

APUNTES SOBRE EL CONTRATO BILATERAL DE PROMESA EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

*Jorge Oviedo Albán**

RESUMEN

En el presente estudio, el autor realiza una descripción general del tratamiento legal y jurisprudencial del contrato bilateral de promesa en el derecho privado colombiano, tanto en el Código Civil como en el de Comercio. El autor se remonta a los antecedentes del contrato en el Código Civil francés, en los proyectos de código civil elaborados por ANDRÉS BELLO, para después estudiar temas como: concepto y elementos; función jurídico económica del contrato, principales características; diferencia con otras figuras contractuales; y requisitos. Finalmente aborda el estudio del contrato de promesa en el Código de Comercio. El estudio está soportado en la consulta de varias de las obras más importantes sobre la materia, así como en los fallos más relevantes de la Corte Suprema de Justicia.

Palabras clave: contratos, obligaciones, contrato de promesa civil, contrato de promesa mercantil.

ABSTRACT

In this paper, the author refers to a general description of legal and jurisprudential treatment of the bilateral contract of promise in the Colombian law, so much in Civil Code as in commercial code. The author goes back to the antecedents of the contract in the French Civil Code, in the projects of civil code elaborated by ANDRÉS BELLO,

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2003

* Abogado y especialista en derecho comercial de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Profesor de derecho comercial y derecho de contratos en la Universidad de La Sabana (Bogotá, D.C. - Colombia). Correo electrónico: jorge.oviedo@unisabana.edu.co.

he stops later to study topics like: concept and elements; economic juridical function of the contract, main characteristic; differs with other contractual figures; and requirements. Finally it approaches the study of the promise contract in the Commercial Code. The study is supported in the consultation of authors and sentences of the Supreme Court of Justice.

Key Words: *contracts, obligations, contract of civil promise, contract of mercantile promise.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. ASPECTOS GENERALES
 - 1.1. Naturaleza jurídica
 - 1.2. Antecedentes
 - 1.3. Ubicación en el Código Civil
 - 1.4. Ubicación en el Código de Comercio
2. CONCEPTO Y ELEMENTOS
3. FUNCIÓN ECONÓMICO JURÍDICA
4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS
 - 4.1. Preparatorio
 - 4.2. Bilateral
 - 4.3. Oneroso
 - 4.4. Conmutativo
 - 4.5. Principal
 - 4.6. Solemne
 - 4.7. De ejecución instantánea
5. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS
 - 5.1. Con los tratos preliminares
 - 5.2. Con la oferta
 - 5.3. Con el contrato prometido
 - 5.4. Con la opción y la preferencia
6. REQUISITOS
 - 6.1. Que la promesa conste por escrito

- 6.2. Eficacia del contrato prometido
- 6.3. Estipulación de plazo o condición que fije la época de celebración del contrato prometido
- 6.4. Determinación plena del contrato prometido

7. OBJETO DEL CONTRATO

8. EFECTOS DEL CONTRATO
- 8.1. Obligación de hacer que surge para las partes
- 8.2. Obligaciones de dar
- 8.3. Pacto de arras simples y/o de cláusula penal

9. EL CONTRATO DE PROMESA MERCANTIL
- 9.1. Consensualidad o formalidad del contrato. Principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales.
- 9.2. El contrato de promesa de sociedad. Características generales

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene como objeto desarrollar los aspectos generales del contrato de promesa en el derecho privado colombiano, partiendo del análisis de su regulación en el Código Civil. Igualmente se tratará el contrato de promesa mercantil, tanto en su regulación general, desde la perspectiva de las diferentes posiciones elaboradas por la doctrina y jurisprudencia, como en la parte especial del contrato de promesa de sociedad.

El contrato preparatorio de promesa¹ es una de las figuras jurídicas que en principio pasa de manera un tanto tímida por la legislación privada en Colombia,

1 Cuando se analice doctrina extranjera sobre el particular, sugerimos se tenga cuidado con la forma como se puede denominar a la figura en otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, el profesor MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE da cuenta de las múltiples formas como se puede denominar a la figura, entre las que están: *precontrato*, *contrato preliminar*, *promesa de contrato*, *contrato de promesa*, *antecontrato*, *promesa contractual de contratar*, *contrato de promesa de celebrar contrato*, y *contrato de contratar*. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, vol. XV, segunda parte tomo IV, Lima, 1999, pág. 50. Por ejemplo, en el moderno Código Civil peruano de 1984 se denomina a esta figura “Compromiso de contratar” y según el artículo 1414 del Código Civil de dicho país “Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”. En el Código italiano de 1942 se regula la figura del “contrato preliminar”. Según el artículo 1351 “El contrato preliminar es nulo si no se hace de la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo”. De acuerdo con BARBERO para las partes nace la obligación jurídica de estipular el contrato definitivo. BARBERO, DOMÉNICO, *Sistema del derecho privado*, tomo 1 parte general, traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967, pág. 483. En el derecho

pero sin duda, es un contrato de inmensa utilidad práctica. De hecho, es una de las herramientas jurídicas a diario utilizada por los operarios del tráfico, generando no pocos inconvenientes en su ejecución. Igualmente es una de las figuras que más inquietudes genera a la doctrina y a la jurisprudencia². El debate sobre la misma dista mucho de terminar. Por eso, hemos querido acometer el estudio descriptivo de la figura, mostrando en varios apartes, las diferentes posiciones asumidas por la doctrina y las soluciones jurisprudenciales.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Naturaleza jurídica

Como primera medida, y antes de pasar a tratar de establecer una definición del contrato de promesa, es necesario partir de la identificación de la disputa doctrinal que existe sobre su naturaleza jurídica. Podemos anticipar el punto señalando cómo algunos sistemas jurídicos han negado la viabilidad de la promesa, (tesis negativa) y otros por el contrario, la han aceptado (tesis positiva)³. Incluso, como se verá, nuestro legislador ha dudado en el pasado sobre la viabilidad del contrato de promesa. Esto se corrobora, como lo mencionaremos, con el estudio de la evolución del pensamiento de don ANDRÉS BELLO sobre el particular y la forma como estaba regulado el tema en la versión original del Código Civil.

La tesis negativa ha sido sostenida por aquellos que piensan que si en un contrato de promesa las partes intervinientes se han puesto de acuerdo en la totalidad, o por lo menos en los aspectos esenciales del contrato prometido, el consentimiento es perfecto para los efectos de la conclusión del contrato proyectado desde el momento en que se celebra dicha promesa, habiéndose solamente aplazado o condicionado los efectos del mismo. De esta manera, la promesa no existe, simplemente debe considerarse como el verdadero contrato definitivo y el acto posterior, al que se da comúnmente el nombre de contrato definitivo, no es sino un acto de ejecución que

italiano se puede consultar también a SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, reimpresión de la primera edición, 1991, pág. 149. Por su parte, autores españoles como DIEZ PICAZO se refieren al *contrato preparatorio* señalando también que se lo suele denominar “precontrato” o “contrato preliminar”. DIEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 329.

2 Igualmente en el caso del derecho español, según lo pone de presente don LUIS DIEZ PICAZO, *ibidem*, *op. cit.*, pág. 329.

3 Sobre las denominaciones “tesis positiva” y “tesis negativa” puede verse más ampliamente a BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *El contrato de promesa, la promesa de compraventa de bienes inmuebles*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1996, págs. 1 a 3. El autor hace a su vez referencia a los doctrinantes que se han matriculado en cada una de las posiciones.

ha sido diferido al acaecimiento de un plazo o una condición⁴. El Código Civil francés acogió esta posición en el artículo 1589:

“La promesa de venta equivale a venta, cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y sobre el precio”⁵.

El profesor BONIVENTO JIMÉNEZ, da cuenta del triunfo de la tesis negativa en dicho país:

“El código de NAPOLEÓN, siguiendo la posición de la tesis <<vencedora>>, vale decir, la negativa, estableció, en el único artículo relativo a la promesa existente en tal cuerpo normativo, el cual se circunscribe en exclusiva a la promesa de venta, que dicha promesa equivale al contrato prometido”⁶.

La tesis positiva por su lado considera que sí es viable el contrato de promesa, entre otros por los siguientes motivos:

- a) el objeto del contrato de promesa es distinto del contrato definitivo, por ejemplo: en una promesa de venta, la obligación que surge es de celebrar el contrato de venta, mientras en la venta en sí misma, la obligaciones son ya de transferir el dominio y hacer la entrega material para el vendedor, y pagar el precio para el comprador; y
- b) la finalidad del contrato de promesa consistente en preparar el camino para el contrato definitivo, le da total autonomía negocial⁷.

La doctrina y jurisprudencia colombianas, califican a la promesa como un contrato. Sin embargo, no hay criterios unánimes o uniformes sobre algunos aspectos.

4 DIEZ PICAZO relata así la crítica de algún sector de la doctrina al contrato de promesa: “... el precontrato constituye un inútil y superfluo rodeo, pues en la práctica lleva al mismo resultado a que lleva el contrato principal del que en rigor tendrá que ser meramente preparatorio. Cuando Ticio le promete a Cayo que le venderá el fundo Corneliano, este consentimiento contractual ya manifestado le vincula y constituye por sí solo un auténtico contrato de compraventa. Intercalar un doble juego de contratos, el contrato preliminar primero y el contrato definitivo después es, como se ha dicho, un circuito inútil”, *op. cit.*, pág. 331.

5 Aunque como indicaremos, la moderna doctrina francesa reconoce la existencia del contrato de promesa.

6 BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER *op. cit.*, pág. 10.

7 “Sin embargo, es cierto que el llamado precontrato o promesa de contrato puede en muchos casos, ... cumplir plausibles finalidades de orden práctico. Se trata muchas veces de preparar y asegurar situaciones jurídicas futuras estableciendo una inicial vinculación de las partes, pero sin provocar todavía una inmediata eficacia del negocio”. DIEZ PICAZO, *cit.*, pág. 332. “A diferencia de la oferta de contrato, el precontrato es un contrato. Sólo que se trata de un contrato preparatorio del contrato definitivo, que todavía no se ha concluido. En virtud de que tiene por objeto preparar el contrato definitivo, el precontrato es, en esencia, provisional o temporal”. LARROUMET, CHRISTIAN. *Teoría general del contrato*, vol. 1, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pág. 223.

1.2. Antecedentes

Establecida la anterior ubicación del contrato de promesa, a partir de los elementos generales, podemos pasar a analizar la forma como ha evolucionado, al menos en nuestro régimen civil.

Los antecedentes de la promesa bilateral en nuestro derecho deben buscarse en el derecho francés y los proyectos de código en los que trabajó ANDRÉS BELLO⁸.

Así pues, en el Código francés, antes de la codificación, se dio una discusión sobre la viabilidad de la promesa. El Código aceptó la teoría negativa, concluyendo que la promesa equivale al contrato prometido⁹. La promesa entonces, bajo esta óptica, produce inmediatamente los efectos de la compraventa prometida, por lo que no tiene ningún sentido ni función.

Ahora, el pensamiento de BELLO fue vacilante en cuanto a la viabilidad o no del contrato de promesa. Veamos cómo evolucionó en varias etapas¹⁰:

a) Primera etapa: proyectos de 1842 y 1847

Tal como indica BONIVENTO JIMÉNEZ:

“En un principio ANDRÉS BELLO omitió reglamentar mediante norma expresa el contrato de promesa dejando, por lo mismo, su regulación a las reglas generales relativas a las convenciones y los contratos”¹¹.

b) Segunda etapa: proyecto de 1853

En el artículo 1733 de dicho proyecto se establece:

8 *Vid.*, BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *op. cit.*, pág. 8. VÉLEZ, FERNANDO, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª edición, t. sexto, Imprenta Paris América, Paris, pág. 231.

9 El profesor LARROUMET indica: “En realidad, si hay casos en que se puede afirmar que la promesa de contrato equivale al contrato definitivo (cf. C.C., art. 1589, según el cual “la promesa de venta equivale venta”), hay otros casos en los cuales la promesa sinalagmática de contrato no puede ser equiparada al contrato definitivo. Esto puede ser así por dos razones: o porque la promesa sinalagmática de contrato constituye un contrato marco que se complementará con contratos de ejecución; o porque le falta un elemento al contrato para que la promesa de contrato pueda equivaler al contrato definitivo”. LARROUMET, CHRISTIAN, *cit.*, pág. 229.

10 BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *op. cit.*, pág. 10 y sigs. CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile – Temis, 1992, t. décimo “De las obligaciones”, pág. 702 y sigs. VÉLEZ, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 231.

11 *Op. cit.*, pág. 11.

“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 sólo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldría al contrato mismo*. La promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno”¹² (subrayamos).

El artículo 1732 del proyecto referido a su vez señala:

“Toda obligación de hacer una cosa se convierte, a elección del deudor, en la de indemnizar los perjuicios si no se hace la cosa. Más, en este caso, el acreedor, si la cosa de que se trata puede ejecutarse por un tercero, tendrá derecho a que se le autorice para hacerla ejecutar a expensas del deudor, quedándole siempre a salvo la indemnización de perjuicios”.

Así entonces, las características de la promesa en dicho proyecto de Código son¹³:

1. El contrato de promesa es consensual: nótese que no se dice nada sobre una posible formalidad a la que deba someterse.
2. En la primera parte del artículo se afirma que debe especificarse el contrato prometido en la promesa.
3. Del contrato de promesa surge una obligación de hacer que consiste en celebrar el contrato prometido.
4. El contrato de promesa no tiene cabida para contratos consensuales, pues en estos casos la promesa equivaldría al contrato prometido¹⁴.

De este elemento histórico podemos afirmar en principio, que don ANDRÉS BELLO no concibió que la promesa pudiera tener cabida en los contratos consensuales, donde ya hay acuerdo sobre los elementos del contrato, limitándola entonces, a los

12 CLARO SOLAR, LUIS, *op. cit.*, pág. 702.

13 BONIVENTO, pág. 12.

14 Según indica CLARO SOLAR: “Se admitía así la idea de la validez, en general, de toda promesa de celebrar un contrato determinado, como obligación de hacer que quedaba sometida a las reglas que se daban respecto de los derechos del acreedor en orden al apremio del deudor a su ejecución, a la autorización del acreedor para hacerla hacer por otro y a la indemnización de los perjuicios por la contravención; pero, estableciendo que en los contratos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, la promesa equivaldría al contrato mismo, idea que la comisión revisora no aceptó; se dio al artículo la redacción que tiene en el Código para indicar los requisitos que se estimaron convenientes para la seriedad de la promesa y para la constancia del compromiso contraído y con arreglo al cual debía celebrarse el contrato de promesa”, *op. cit.*, pág. 703.

contratos reales y solemnes. En parte, el pensamiento de BELLO hasta este momento seguía los postulados franceses, sin embargo, no acoge del todo tal postura al afirmar que sí puede tener valor para cuando de prometer contratos reales o solemnes se trate.

c) Tercera etapa (proyecto inédito y Código Civil chileno)

Artículo 1554:

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

1. Que la promesa conste por escrito;
2. Que el contrato 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 sólo falten para 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”¹⁵.

Al contrario de lo que sucedió con el anterior proyecto, en éste, BELLO consideró que la promesa debía someterse a una formalidad, esto es, en sí misma la promesa es un contrato solemne. En segundo lugar, parece estar igualmente presente la viabilidad del contrato de promesa, tan sólo para los contratos reales y solemnes, no para los consensuales, a pesar de que la redacción entre las dos estipulaciones son distintas. Para mayor claridad en el análisis, transcribimos a continuación las partes pertinentes de los artículos en consideración:

Proyecto de 1853

“... a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el sólo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldría al contrato mismo”.

15 República de Chile, Código Civil, edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 165.

CÓDIGO CIVIL CHILENO

“5. *Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para su perfección, la tradición de la cosa, si el contrato es real, o las solemnidades que las leyes prescriban*”.

En Colombia, en materia civil la promesa ha evolucionado así¹⁶:

a) Código civil de la Unión 1887

El Código decidió negar la eficacia de la promesa, el artículo 1611 dijo:

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

b) Ley 153 de 1887 hasta hoy

La Ley 153 modificó esta disposición por medio del artículo 89, así:

“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 (*sic*) del Código Civil¹⁷.
 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 sólo 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.

Queda derogado el artículo 1611 del Código Civil”.

16 *Vid.*, BONIVENTO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pág. 13 y sigs.

17 Se ha reconocido unánimemente que la cita del artículo 1511 es errada, en cuanto debió citarse el artículo 1502 que es el que contempla los requisitos para la validez de una obligación.

1.3. Ubicación en el Código Civil

La Ley 153 de 1887 que por medio del artículo 89 derogó y sustituyó el contenido del artículo 1611 la reconoce como contrato, a pesar de que en principio no la califique como tal¹⁸. Sin embargo, del análisis de la norma se deriva claramente que la promesa es un contrato, toda vez que de ella surgen obligaciones, bajo las condiciones contenidas en dicha norma.

1.4. Ubicación en el Código de Comercio

En materia mercantil, el contrato de promesa fue objeto de regulación por parte del Código de Comercio de 1971, de la siguiente forma:

- a) En el libro IV relativo a los contratos y obligaciones mercantiles, dentro del título I, de las obligaciones en general, capítulo III, oferta o propuesta, se encuentra ubicado el artículo 861 que dispone:

“La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

- b) En materia de sociedades, el artículo 119 dispone:

“La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban 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 tardare más de dos años en cumplirse.

Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella”.

2. CONCEPTO Y ELEMENTOS

A pesar de que el Código Civil no contenga una definición expresa del contrato de promesa, la misma se puede construir a partir de los elementos que la integran, y sobre todo pensando en cuál es su finalidad, esto es, para qué está destinada.

18 El original artículo 1611 del Código Civil, disponía: “La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna”.

Puede concebirse en primer lugar, como un contrato por medio del cual las partes se obligan de manera recíproca a celebrar otro contrato¹⁹.

De esta manera debemos afirmar que se trata de un contrato preparatorio, como lo califica algún sector de la doctrina, en el sentido de que está destinado a que las partes se pongan de acuerdo previamente sobre el contenido de un contrato al cual quieren ligarse de manera definitiva, que será el acuerdo o convenio posterior. Esto nos permite anticipar y concluir también, que el contrato de promesa, de suyo, está llamado a tener una vida limitada en el tiempo, toda vez que se agotará cuando se cumpla la obligación de hacer que él mismo generó: la celebración del contrato definitivo. Dicha obligación de hacer, que es celebrar el contrato prometido se cumplirá al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición.

A continuación nos permitimos citar algunas definiciones doctrinales, con el fin de ilustrar sobre el concepto de contrato de promesa.

GABRIEL ESCOBAR SANÍN, lo define de la siguiente manera:

“... la promesa es un contrato en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a la celebración de un negocio futuro que se indica en su integridad, y que deberá perfeccionarse dentro de un plazo o al cumplimiento de una condición prefijados”²⁰.

Encontramos también, adecuada y completa la definición de FERNANDO VÉLEZ, según la cual

“... la promesa de contrato, es decir; el convenio de dos o más personas por el cual se obligan dentro de cierto plazo o en el evento de una condición a celebrar un contrato, es en sí un contrato, admisible aun de acuerdo con las legislaciones que no lo reconozcan expresamente, desde que reúne los elementos esenciales para que el acuerdo de voluntades produzca efectos jurídicos (art. 1502 C.C.)”²¹.

BONIVENTO JIMÉNEZ por su parte define a la promesa como:

19 Vid., GHERSI, CARLOS ALBERTO, *Contratos civiles y comerciales, partes general y especial, figuras contractuales modernas*, t. 1, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 362. Vid., LARROUMET, quien al referirse a esta figura la denomina “Promesa sinalagmática de contrato”, entendiéndola como “... un precontrato en virtud del cual cada una de las partes se compromete con la otra a celebrar el contrato definitivo”, cit., pág. 229.

20 ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios civiles y comerciales II, El contrato*, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, pág. 503.

21 VÉLEZ, FERNANDO, *op. cit.*

“... un contrato preparatorio por virtud del cual dos o más partes se obligan a celebrar un contrato determinado al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición”²².

En general podemos concluir que los elementos característicos presentes en las aludidas definiciones son:

- a) Se trata de un contrato preparatorio, que como lo mencionamos, está destinado a preparar el camino del contrato definitivo.
- b) Genera una obligación de hacer: cual es la de celebrar el contrato prometido.
- c) La obligación de hacer (celebrar el contrato prometido) está sometida al acaecimiento de un plazo o de una condición. Quiere decir lo anterior, que si acaecido el plazo sin que se cumpla la obligación o fallida la condición de la cual pende la obligación de hacer, que es celebrar el contrato prometido, se entenderá que el contrato de promesa se incumplió, y en consecuencia la parte incumplida estará sometida a las previsiones del artículo 1610 del Código Civil²³.

Las partes en el contrato son quienes prometen celebrar otro contrato, es decir, los promitentes contratantes. Por ejemplo, si el contrato prometido es de *compraventa*, las partes del contrato de promesa serán el *promitente comprador* y el *promitente vendedor*. En suma, son aquellos que se obligarán por medio del contrato que se deberá celebrar en ejecución de la obligación de hacer que nace del contrato de promesa, que como hemos insistido, es celebrar el contrato prometido.

3. FUNCIÓN JURÍDICO ECONÓMICA

La función económica de los contratos consiste en asumir que éstos son un instrumento idóneo para la reglamentación de los intereses y relaciones de los particulares²⁴. Igualmente tengamos en cuenta que esa función, o finalidad

22 *Vid.*, BONIVENTO JIMÉNEZ, cit., pág. 36. El profesor BONIVENTO JIMÉNEZ hace una detallada referencia y análisis de diferentes definiciones doctrinarias, nacionales y extranjeras. *Ib.*, *op. cit.* pág. 28 a 37.

23 De vieja data es el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia, quien dice que “...la no-ejecución de una promesa, que es una obligación de hacer, da derecho a otras acciones distintas de la resolución del contrato y que no son sino las que determina el artículo 1610”. VÉLEZ FERNANDO, cit., pág. 230. La sentencia citada es del 26 de mayo de 1898, (*GJ*, año 13, 319, 1^o).

24 *Vid.*, SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, cit., pág. 165. Indica el autor: “Para darnos cuenta bien clara del significado y los alcances del contrato (contenido, efectos) (y en general del negocio), debemos detenernos a considerar el reconocimiento de la autonomía contractual, que encuentra su razón de ser en la función que las partes están llamadas a desempeñar al regular por sí mismas sus propios intereses; aspecto éste del mayor interés en nuestra materia”.

económico jurídica del contrato nos permitirá determinar el contenido mismo de los acuerdos negociales, en cuanto a los elementos que lo integran y definen y la adecuación al interés que se quiere satisfacer²⁵.

La doctrina contemporánea habla de una serie de actos que anteceden al contrato definitivo, que son concebidos como *precontratos*. Según LARROUMET,

“El precontrato es un contrato provisional y previo destinado a preparar la celebración de un contrato que va a ser definitivo”²⁶.

Ahora, en cuanto al contrato de promesa se refiere, la función jurídico económica de la figura es clara, y se puede deducir con facilidad de lo que hemos venido manifestando. Existen muchos eventos de la vida ordinaria de las personas — partes en un contrato—, en que por alguna causa determinada, éstas no pueden celebrar un convenio en un momento específico, o bien no lo hacen, sea porque no quieren hacerlo, o consideran que no es conveniente²⁷.

Insistimos y aclaramos que las causas que pueden llevar a las partes a celebrar con posterioridad el contrato definitivo, son de diversa naturaleza: jurídicas, económicas o de conveniencia. Ante esto, de todas formas las partes quieren asegurar la celebración del contrato definitivo, por medio de un convenio con el cual se obligan de manera posterior, sea al acaecimiento de una condición o de un plazo, a celebrar dicho acuerdo²⁸.

Los siguientes casos nos pueden ilustrar el punto:

25 “Contenido del negocio es —como se ha dicho— no ya una voluntad cualquiera, vacía e incolora, sino un precepto de la autonomía privada con el que las partes proveen a regular intereses propios en las relaciones entre ellas o con terceros, en vista de fines prácticos de carácter típico, socialmente ponderables por virtud de su constancia y normalidad”. BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000, pág. 153.

26 LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, cit., pág. 223.

27 *Vid.*, BONIVENTO JIMÉNEZ, cit. pág. 6 y sigs.

28 Hemos anunciado que la moderna doctrina francesa acepta la existencia del contrato de promesa, a pesar de la disposición del artículo 1589 del Código Civil. En este sentido el profesor LARROUMET: “En realidad, sí hay casos en que se puede afirmar que la promesa de contrato equivale al contrato definitivo (cf. C.C., art. 1589, según el cual “la promesa de venta equivale a venta”), hay otros casos en los cuales la promesa sinalagmática de contrato no puede ser equiparada al contrato definitivo. Esto puede ser así por dos razones: o porque la promesa sinalagmática de contrato constituye un contrato marco que se complementará con contratos de ejecución; o porque le falta un elemento al contrato para que la promesa de contrato pueda equivaler al contrato definitivo”, *op. cit.*, pág. 229.

“... puede ocurrir que una persona quiera venderle a otra su casa, pero no de momento sino pasado un tiempo prudencial y necesario para adquirir un nuevo inmueble para su habitación y, por su parte, quien desea comprarla prefiere hacerlo después de obtener un préstamo en dinero que está tramitando en su empresa, con el cual piensa pagar el precio correspondiente”²⁹.

Tal como lo afirma el profesor BONIVENTO JIMÉNEZ, en este caso las razones u obstáculos que impiden a las partes celebrar el contrato definitivo (de compraventa) son de hecho, que nosotros podríamos calificar como de conveniencia y/o económicas.

Pero aún más, los motivos que pueden llevar a las partes a no celebrar el acto jurídico definitivo, (v.gr. una compraventa), pueden ser de tipo jurídico. Meditase el caso de las partes que pretenden celebrar un contrato de compraventa sobre un bien inmueble el día 1° de agosto de 2003, bien inmueble que será adquirido por el vendedor sólo hasta el 20 de agosto. Si las partes celebraran el contrato el día 1° de agosto, el vendedor se vería abocado a una situación de incumplimiento, con las consecuencias negativas del caso, dado que no podría transferir el dominio al comprador, por un simple hecho: el día 1° de agosto el vendedor todavía no es propietario. Sin embargo, las partes pueden asegurar la celebración del contrato de compraventa prometiendo que el día 21 de agosto celebrarán el contrato, día en el cual el vendedor ya ha adquirido el dominio y está, en consecuencia, en posibilidad de transferirle a su vez dicho dominio al comprador.

Podemos citar también otro caso que explica el profesor BONIVENTO JIMÉNEZ:

“...puede pasar que dos personas queriendo en la actualidad llevar a cabo una compraventa de un apartamento, no puedan jurídicamente hacerlo debido a que, por ejemplo, el inmueble objeto del <<negocio>> está embargado y, por lo mismo, su venta prohibida por la ley (numeral 3° del artículo 1521 del Código Civil). Aquí existe, ya no una cuestión fáctica como en el ejemplo anterior, sino un impedimento de derecho, una norma jurídica que proscribe la conclusión de una compraventa en tales condiciones. En tal evento resulta procedente efectuar una promesa de compraventa sobre el apartamento, obligándose las partes mutuamente a celebrar la compraventa respectiva cuando el juez de conocimiento los autorice o cuando el acreedor embargante consienta en ello, que son dos vías previstas en la ley para eliminar la ilicitud de la compraventa de cosa embargada, o, sencillamente, cuando desaparezca, respecto de la cosa, la medida cautelar”³⁰.

29 BONIVENTO JIMÉNEZ, cit., pág. 6.

30 BONIVENTO JIMÉNEZ, cit. pág. 7.

Ahora bien, aunque el punto será explicado más adelante, asumamos que la celebración del contrato prometido se somete al acaecimiento de un plazo, como puede suceder en el caso en que las partes deciden prometer celebrar el contrato de compraventa el 20 de agosto de 2003, o a una condición, como puede suceder en el evento en que las partes decidan prometer celebrar el contrato de compraventa si acaece un hecho futuro e incierto.

En la doctrina extranjera también encontramos casos citados por los autores donde vemos claramente la utilidad o función económica y jurídica del contrato de promesa³¹. Así por ejemplo RIPERT y BOULANGER:

“Tiene lugar en el caso en que, por diversas razones, una persona no puede o no quiere concluir inmediatamente un contrato pero desea reservarse la certidumbre de poder concluirlo posteriormente. Por ejemplo, en el momento de iniciar unas instalaciones costosas, un inquilino obtiene del propietario una promesa de venta del inmueble; le bastará reclamar el cumplimiento de esa promesa para adquirir la propiedad”³².

Esta utilidad práctica y función económica que venimos comentando, ha sido resaltada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, sostuvo la Corte en sentencia de 20 de agosto de 1985 (MP HORACIO MONTOYA GIL):

“Hoy como entonces, es un hecho indiscutible que la promesa de contratar ha alcanzado señalada importancia en comercio y haya logrado sobreponerse a los prejuicios que antaño suscitara; a ella se recurre para asegurar de una vez los resultados de un negocio que los interesados no pueden o no quieren cumplir de inmediato pero procuran, mediante ella, garantizar de antemano sus condiciones; tal ocurre con las transacciones sobre mercancías por fabricar, y en general sobre cosas futuras”³³.

4. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Siguiendo algunos de los conceptos generales, procederemos a caracterizar a la promesa así:

31 *Vid.* Díez PICAZO, cit. DE LA PUENTE y LAVALLE, cit. ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX y otros, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. 1, Contratos: parte general, *Gaceta Jurídica*, pág. 201 y sigs.

32 RIPERT, GEORGES; BOULANGER, JEAN, *Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol, Las obligaciones (1ª parte)*, traducción de DELIA GARCÍA DAIREAUX, La Ley, Buenos Aires, pág. 221.

33 Sobre la misma finalidad económica puede verse la sentencia del 25 de septiembre de 1979 de la Corte Suprema de Justicia.

4.1. Preparatorio

Tal como lo describe BONIVENTO JIMÉNEZ, se trata de un contrato *preparatorio*:

“vale decir, convenciones celebradas para aderezar un contrato futuro. Su fin es, primordialmente, hacer posible la realización de otro contrato que está sujeto a un evento futuro, cierto o incierto, que las partes han previsto expresamente en el campo de la soberanía de la voluntad privada”³⁴.

Significa entonces, que este contrato prepara la celebración de un contrato posterior entre las mismas partes.

Debemos asumir que se trata definitivamente de contratos diferentes, a pesar de las dudas a las cuales pudiera llevarnos el derecho francés y la *tesis negativa*.

CLARO SOLAR es acertado al afirmar que:

“la promesa de celebrar un contrato es una convención que tiene su objeto propio y obligaciones independientes del objeto y obligaciones del contrato prometido. El contrato de promesa tiene por objeto hacer algo, hacer un contrato futuro; y de él nace la obligación de hacer. (...) La promesa de contrato no equivale al contrato mismo que se promete; no se identifica con él; ...”³⁵.

Por su parte RIPERT y BOULANGER:

“La promesa de contrato prefigura el contrato futuro y garantiza su conclusión. En este sentido ha podido decirse que es un antecontrato”³⁶.

4.2. Bilateral

El contrato de promesa es bilateral, en la medida en que surgen obligaciones recíprocas para las dos partes³⁷. Las obligaciones se entiende que son recíprocas, cada parte se obliga a un *hacer* a favor del otro, que es celebrar el contrato

34 *Op. cit.*, pág. 5.

35 CLARO SOLAR, cit., pág. 703.

36 *Op. cit.*, pág. 221.

37 Art. 1496 Código Civil, “El contrato es (...) bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

prometido³⁸. Esta nota característica sirve para diferenciar a la promesa como contrato bilateral, de otros pactos, o promesas unilaterales, como es el caso de la opción, según veremos.

4.3. Contrato oneroso

En el contrato de promesa, cada parte se grava a favor de la otra, se obligan recíprocamente a celebrar en un futuro un contrato, como puede ser el de compraventa, que además les reporta un beneficio³⁹. Ambos contratantes se afectan, ambos obtienen utilidad y tienen interés en el objeto del contrato de promesa, que es asegurar la celebración del contrato prometido. Esta característica no debe confundirse con un “intercambio de valores” como lo denominan RIPERT y BOULANGER, quienes afirman:

“...presenta la característica de no traer aparejado inmediatamente ningún intercambio de valores. Está destinada simplemente a asegurar ese intercambio...”⁴⁰.

4.4. Contrato conmutativo

Hay una equivalencia en las prestaciones de las partes, cuestión que permite inferir que el contrato es oneroso conmutativo⁴¹.

4.5. Contrato principal

El contrato de promesa es principal, y lo preparatorio no lo vuelve accesorio, toda vez que subsiste por sí mismo, no estando llamado a garantizar ninguna obligación⁴².

38 Igualmente señala FERNANDO VÉLEZ que el contrato es bilateral, dado que cada uno de los promitentes está obligado “... a dar su consentimiento al contrato prometido”, *op. cit.*, pág. 235.

39 Art. 1497 Código Civil: “El contrato es (...) oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

40 *Ib. op. cit.*, pág. 221.

41 Art. 1498 C.C., “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”.

42 Así FUEYO LANERI: “... su efecto propio de obligar a contratar, que es sólo efecto, preparatorio y muy típico, no podría restarle en su estructura la cualidad de la *individualidad* propia, o sea, la aptitud para subsistir por sí mismo, sin accesoriadad ni dependencia. En otras palabras, no debe confundirse, “*efectos*” preparatorios con “*estructura íntima*”. FUEYO LANERI, FERNANDO, *Derecho civil*, t. 5º, Los contratos en particular, y demás fuentes de las obligaciones, volumen II, Contratos preparatorios, 2ª edición, Imprenta y Lito. Universo S.A., Santiago de Chile, 1964, pág. 87.

Por otro lado, la promesa no es accesoria del contrato prometido ya que existe válidamente desde el mismo instante en que las partes la celebran de acuerdo con la ley, sin que dicha subsistencia pueda llegar a afectarse por la circunstancia de que el contrato definitivo no llegue a perfeccionarse; cosa distinta será el análisis de los hechos originarios del no perfeccionamiento y de sus consecuencias (caso fortuito, incumplimiento, perjuicios, etc.).

4.6. Solemne

En materia civil la ley no entiende celebrado el contrato si no se celebra por escrito. Sin embargo, no debe confundirse a la solemnidad del contrato de promesa que consiste en un escrito, sea público o privado pues la norma no distingue, con la solemnidad del contrato prometido. Sobre este requisito se volverá más adelante cuando se analice el alcance del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Más adelante se analizará igualmente el régimen de la promesa mercantil y la disputa doctrinal sobre su solemnidad o consensualidad.

4.7. Contrato de ejecución instantánea

El contrato y sus obligaciones nacen de manera sucesánea a su celebración. No debe confundirse esto con que el cumplimiento de la obligación de hacer que se deriva del contrato (celebrar el contrato prometido), la cual estará sometida a un plazo o a una condición. Aunque se difiera la ejecución en el tiempo, se cumple el contrato⁴³.

5. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS

5.1. Con los tratos preliminares

Las tratativas o tratos preliminares son aquellos primeros pasos de acercamiento entre las personas interesadas en la conclusión de un contrato, caracterizado por la

43 “Asimismo, debe considerarse que el contrato de promesa es de ejecución instantánea. La existencia de un término implica tan sólo que las prestaciones que de él se derivan se difieren en el tiempo en razón de la propia naturaleza del contrato”. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho societario*, I, Temis, Bogotá D.C., 2002, pág. 80.

falta de intención de obligarse⁴⁴. Pueden asemejarse en su naturaleza de actos preparatorios del contrato definitivo con la diferencia que hemos señalado.

Las diferencias radican en que mientras las tratativas no son un contrato, la promesa sí reviste tal carácter. Por otro lado, en la promesa se genera una obligación de hacer derivada del vínculo que surge del contrato, mientras de las tratativas no surge tal obligación de hacer. Ahora, en caso de incumplimiento de la promesa, el otro contratante puede pedir su cumplimiento o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios, (artículos 1610, y 1546 del Código Civil, artículo 870 Código de Comercio). En las tratativas la indemnización de perjuicios procederá si se causan daños por violación del deber de actuar de buena fe (artículo 863 Código de Comercio).

5.2. Con la oferta

La semejanza podría radicar en que ambas, tanto la promesa como la oferta, son actos jurídicos obligatorios y preparatorios, pero, la oferta es un acto unipersonal (declaración unilateral de voluntad), mientras la promesa es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas. De esta diferencia se derivan otras como son: el número de obligados.

5.3. Con el contrato prometido

La naturaleza de las obligaciones surgidas tanto del contrato de promesa, como del contrato prometido, sirve como factor delimitador de los dos contratos. Por ejemplo: si las partes prometen celebrar un contrato de compraventa, la obligación del promitente vendedor es esencialmente de hacer, esto es: celebrar el contrato prometido, mientras la del vendedor (cuando se cumpla el objeto de la obligación de hacer, celebrando el contrato de venta), será de dar: transferir el dominio y entregar materialmente la cosa objeto del contrato⁴⁵. En los contratos que generen obligaciones de hacer, el objeto de los mismos será radicalmente distinto de la obligación de hacer que surge del contrato de promesa, así, si se celebra un contrato de promesa de cualquier contrato que genere a su vez una obligación de hacer, las

44 *Vid.*, OVIEDO ALBÁN, JORGE, “La formación del contrato en el Código de Comercio colombiano”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, tomo 114, 2003, págs. 47 y 48.

45 Cfr. artículo 1849 Código Civil, artículo 905 Código de Comercio.

dos obligaciones serán distintas: por un lado celebrar el contrato prometido, y por el otro, ejecutar la acción positiva constitutiva del objeto de dicha obligación⁴⁶.

Se podrían derivar otras diferencias, como la que tiene que ver con la asunción de riesgos: mientras en el contrato prometido los riesgos (como en el caso de la compraventa) los asume en materia civil el comprador desde el momento de perfeccionarse el contrato, y en materia comercial, hasta la entrega del bien al comprador⁴⁷, en la promesa, sea civil o mercantil, al no deberse ninguna cosa, los riesgos del bien prometido pertenecen al dueño del mismo, que en principio no es deudor del bien. No se podría aplicar en este evento el artículo 1607 del Código Civil, toda vez que el “promitente comprador” por ejemplo, no es acreedor de la cosa, será tan sólo acreedor de la celebración del contrato de compraventa.

5.4. Con la opción y la preferencia

Anteriormente habíamos mencionado que el contrato de promesa es de carácter bilateral, en el sentido de que las obligaciones que se generan, son recíprocas: cada una de las partes se obliga para con la otra a celebrar el contrato prometido.

Este hecho sirve para diferenciar al contrato de promesa, de otro tipo de pactos de carácter unilateral. Así, este aspecto nos sirve tal vez para anunciar que se diferencia con la promesa unilateral u opción, regulada en la Ley 51 de 1918 en el artículo 23:

“La opción impone al que concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere 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”.

Mediante el pacto de opción, uno de los contratantes se obliga en el evento de que el otro resuelva efectuar lo pactado⁴⁸. Ejemplo: vendo si usted decide comprar⁴⁹.

46 Sobre este particular habíamos citado anteriormente a CLARO SOLAR.

47 Arts. 1607 y 1876 del Código Civil.

48 El Código Civil peruano de 1984 definió la opción así: “Artículo 1419. Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no”. Téngase en cuenta que el contrato de opción en el código peruano es una especie de los contratos preparatorios.

49 El ejemplo citado por el profesor DIEZ PICAZO es: “El dueño de una finca concede a una persona una opción de compra de la misma durante seis meses”. Nótese qué diferencia habría en que las mismas partes *prometieran* celebrar el contrato de compraventa dentro de seis meses, si esto hicieran estarían en la obligación de celebrar

La opción es unilateral. Quien concede una opción, se obliga a que si el otro quiere, él celebra un contrato; pero el obligado a celebrar un contrato posteriormente no es sino uno de los contratantes: el que concede la opción, de manera que la contraparte en la opción no asume obligaciones. En la opción, el beneficiario a nada se obliga, él queda en libertad de celebrar o no la operación que se le ofrece, sólo que si se decide a ello, debe manifestar su voluntad dentro de cierto plazo. Su libertad para contratar o no, emana precisamente de la opción.

En la promesa, por el contrario, como contrato bilateral que es, las dos partes quedan obligadas a celebrar el contrato que han prometido celebrar —obligación de hacer—⁵⁰.

Las diferencias sostenidas por algunos, son:

- La promesa es bilateral, mientras la opción es unilateral (la obligación del que la otorga se sometería a una condición: que el otro se decida a contratar, caso en el cual la obligación del que concedió la opción debe verificarse).
- La promesa es solemne, en la medida en que debe constar por escrito. La opción por su parte es consensual⁵¹.

el contrato prometido, mientras la opción deja un campo más amplio para operar, en el sentido de que el posible comprador estará en posibilidad de ejercer o no el derecho de opción que se generó, si lo decide, el posible vendedor estará obligado a celebrar el contrato, pero mientras no decida nada el “dueño” de la opción, a nada está obligado. SCOGNAMIGLIO la describe así: “... es forzoso acoger la tendencia que concibe a la opción como un acuerdo enderezado a vincular a una de las partes a un contrato futuro desde sus comienzos, remitiendo la decisión sobre la celebración del contrato al criterio de la contraparte, doctrina que por lo demás es la actitud que corresponde mejor a la función tradicional de la figura”, *op. cit.*, pág. 146. Por su parte GHERSI: “Opción: es aquella figura que faculta a una de las partes a perfeccionar un contrato, si así lo desea, generando de este modo un derecho perfecto en favor del optante. En este caso, la posibilidad de cumplimiento asume el carácter de opcional, toda vez que habrá cumplimiento tanto para el caso de que el optante decida perfeccionar el contrato definitivo, como para el supuesto que optara por no suscribirlo. Es importante destacar la diferencia de posiciones que surge como consecuencia de la opción entre concedente o promitente y el optante, puesto que mientras el primero de ellos queda obligado a celebrar el futuro contrato, el segundo ejerce en un marco de total libertad su potestad de contratar o no. Una vez que ejerce la opción, sólo le resta al optante la obligación de notificar su voluntad al promitente, perfeccionándose así el contrato definitivo”. El autor igualmente señala como típico caso de opción al pacto de retroventa en el contrato de compraventa. *Vid.*, GHERSI, *op. cit.*, págs. 363 y 364.

50 VALENCIA ZEA, citado por BONIVENTO indica esta diferencia:

La opción “consiste en la obligación que contrae una persona de vender, si el comprador resuelve comprar; o en la obligación del comprador de comprar, si el vendedor resuelve vender. Es decir, que sólo uno de los contratantes se obliga para el evento de que el otro resuelva efectuar lo pactado. La opción más frecuente es la que el vendedor da al comprador de comprar si a ello se decide”.

51 BONIVENTO, pág. 63.

- “El plazo o condición que debe pactarse en el precontrato es para fijar la época de celebración del contrato prometido. El plazo o condición exigido en la opción mira es al señalamiento de un tiempo dentro del cual la parte a quien se le concede la opción exprese su voluntad de aceptarla o rechazarla”⁵².
- La opción está limitada legalmente en el tiempo: artículo 23 de la Ley 51 de 1918.

Por otra parte, el pacto de preferencia, consagrado en el artículo 862 del Código de Comercio colombiano dispone:

“Artículo 862. El pacto de preferencia, o sea aquel por el cual una de las partes se obliga a preferir a la otra para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga, será obligatorio. El pacto de preferencia no podrá estipularse por un término superior a un año.

Si la preferencia se concede en favor de quien esté ejecutando en virtud de contrato una explotación económica determinada, el anterior plazo se contará a partir de la expiración del término del contrato en ejecución.

Todo plazo superior a un año quedará reducido, de derecho, al máximo legal”.

El profesor ARRUBLA define al pacto de preferencia de la siguiente forma:

“Por el convenio de preferencia, una parte se obliga para con otra a preferirla para la celebración de un contrato posterior”⁵³.

En el derecho italiano el pacto de preferencia es denominado *pacto de prelación*. De acuerdo con SCOGNAMIGLIO,

“En este caso, definitivamente, el promitente no se vincula desde un principio a la celebración del contrato, sino que apenas se compromete a preferir a un determinado contratante, en caso de decidirse a estipular; de donde resulta que la parte vinculada no está en la obligación de celebrar el contrato, según lo comentado, sino solamente en la de preferir al sujeto contemplado en el pacto, cuando se decida a celebrarlo”⁵⁴.

52 BONIVENTO, pág. 63.

53 ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos civiles*, t. 1, 7ª edición, 1995, Biblioteca jurídica Diké, 1995, pág. 77.

54 SCOGNAMIGLIO, cit., pág. 149.

Las diferencias entre el contrato de promesa y el pacto de preferencia serían:

La promesa es un acto bilateral, mientras la preferencia es unilateral.

“Mientras que en la promesa ambos contratan se obligan a celebrar la compraventa prometida, y en la opción quien la concede se obliga a cumplir su compromiso de vender o de comprar; por el pacto de preferencia no surge obligación alguna de celebrar la compraventa sobre la cual recayó el pacto. Lo que nace es una obligación de preferir a la otra parte dentro del plazo pactado o legal, en el evento en que se venda o se compre el bien de que se trate”⁵⁵.

Por su parte el profesor NARVÁEZ GARCÍA describe así a la preferencia:

“El pacto de preferencia, llamado también *pacto de prelación*, consiste en que una persona contrae el compromiso, para el caso de tomar la decisión de celebrar un contrato determinado, de preferir al beneficiario de la promesa en las mismas condiciones que las ofrecidas por un tercero, o en aquéllas precisadas en el momento del acuerdo. Este pacto puede estipularse hasta por el término de un año respecto de cualquier contrato posterior”⁵⁶.

En el derecho argentino GHERSI, describe así a la prelación, o preferencia:

“Esta figura resulta asimilable con lo dispuesto en el art. 1368 del Código Civil (pacto de preferencia en la compraventa), y se refiere a la obligación que asume una de las partes de contratar con una persona determinada, en caso de que decida hacerlo. Como se observa, el promitente no está obligado a contratar, sino que una vez que lo decide surge su obligación de preferir al beneficiario de la prelación. Dice el artículo: “Pacto de preferencia, es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla”⁵⁷.

5. REQUISITOS⁵⁸

El encabezado del 1611, es equívoco porque da la sensación de que si no se presentan los requisitos allí enumerados, el contrato sería inexistente,

55 BONIVENTO, pág. 67.

56 NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles*, Legis, 2002, pág. 136.

57 GHERSI, cit., pág. 364.

58 *Vid.*, FUEYO LANERI, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 119. CLARO SOLAR, LUIS, *op. cit.*, pág. 704. VÉLEZ FERNANDO, cit., pág. 232. BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *op. cit.*, pág. 102.

“la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes...”.

La expresión: “No produce obligación alguna”, puede dar lugar a sostener que si no se cumplen todos los requisitos en ella señalados, la promesa no tiene ningún valor (sería inexistencia en este caso)⁵⁹.

LUIS CLARO SOLAR, sobre este particular indica:

“Todas las circunstancias que la ley señala deben concurrir para la existencia y validez del contrato de promesa. En lugar de aceptar como regla general, salvo el caso de que el contrato prometido fuera ineficaz en derecho, como lo expresaba el Proyecto de 1853, la validez del contrato de promesa de celebrar un determinado contrato, la ley exige la concurrencia en la promesa de las cuatro circunstancias que el art. 1554 enumera; la falta de una sola de esas circunstancias impide el perfeccionamiento del contrato de promesa; constituyen ellas otras tantas solemnidades del acto, requeridas para su validez y sin ellas juntas no puede tener existencia jurídica; es una excepción a la regla fundamental que el solo consentimiento basta para obligarse”⁶⁰.

Sin embargo, y a pesar de que algunos sostienen que deben cumplirse todos los requisitos⁶¹, sugerimos que se analice cada evento para poder concluir si la omisión de alguno, o algunos de ellos produce nulidad o inexistencia.

Podría sostenerse lo siguiente: la promesa para ser plenamente eficaz requiere reunir todos los requisitos que trae la ley para que exista y produzca efectos, en algunos casos su omisión generará inexistencia y en otros nulidad. Ahora, bien podría afirmarse que si la norma afirma que en caso de no concurrir los elementos allí enumerados la promesa no produce efectos, la consecuencia sería que el contrato es inexistente⁶².

59 Sin embargo, téngase cuidado con el hecho de que no todos los doctrinantes asumen que la inexistencia sea una categoría de ineficacia de los actos jurídicos que estén consagrada en el Código Civil. Por ejemplo, don FERNANDO VÉLEZ sostiene: “La falta de una de aquellas cuatro circunstancias en una promesa, impide que ésta produzca obligación, lo que equivale a que sea nula o no se haya celebrado”, (bastardilla fuera de texto), *op. cit.* pág. 232. De las palabras de don FERNANDO VÉLEZ derivamos que él es uno de los doctrinantes que sostiene que deben observarse las cuatro reglas del artículo 1611 C.C. Sobre el tema de la inexistencia y la nulidad de los actos jurídicos, véase a OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Temis, 4 edición, Bogotá, 1994.

60 CLARO SOLAR, LUIS, *op. cit.*, pág. 703.

61 Por ejemplo, BONIVENTO JIMÉNEZ sostiene: “Las circunstancias previstas en la ley para que el contrato de promesa sea eficaz, deben *coexistir simultáneamente*, esto es, como dice el artículo 89, *concurrir* al mismo tiempo. Basta que falte alguno de tales requisitos al momento de celebrarse el precontrato de compraventa sobre un inmueble para que dicha promesa caiga en ineficacia”. *Cit.*, pág. 80.

62 Sobre el particular véase la posición de CLARO SOLAR: “La ley exige la concurrencia en la promesa de las cuatro circunstancias (...) la falta de una sola de esas circunstancias impide el perfeccionamiento del contrato

De todos modos y a pesar de esta conclusión particular que sostenemos, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1° de marzo de 1991 determinó que:

“Cuando la promesa de contrato carece de cualquiera de las exigencias legales antes señaladas, tal acto se encuentra afectado de nulidad absoluta, como claramente se desprende de lo que dispone el artículo 1741 del Código Civil. En efecto, tiene dicho la Corte que si la promesa de contrato es un pacto solemne y si la ley señala las circunstancias o requisitos esenciales que deben concurrir para su existencia o validez, bien se comprende que la promesa en que se haya omitido alguna de tales circunstancias es nula de nulidad absoluta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil. Porque conforme a esta disposición es nulidad absoluta la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. Los requisitos o formalidades prescritos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para la validez del contrato de promesa son exigidos en razón a la naturaleza de tal pacto”⁶³.

“De esta manera, para la jurisprudencia de la CSJ, una promesa civil de compraventa a la que le faltare alguno de los requisitos legales previstos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, ante la ausencia de consagración expresa de la inexistencia como forma específica de ineficacia en el estatuto civil, debe atacarse vía nulidad absoluta, con fundamento en el artículo 1741 del Código Civil”⁶⁴.

Igualmente ha aceptado la Corte que tal nulidad puede sanearse por ratificación expresa o tácita,

“...el saneamiento tácito sólo es posible mediante el cumplimiento de la obligación de hacer consistente en celebrar el contrato prometido, que es la esencial del vínculo y no mediante el cumplimiento espontáneo de otras prestaciones incorporadas al acuerdo”^{65 66}.

de promesa; constituyen ellas otras tantas solemnidades del acto, requeridas para su validez y sin ellas juntas no puede tener existencia jurídica; es una excepción a la regla de que el solo consentimiento basta para obligarse”, *op. cit.*, pág. 703.

63 Véase también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de enero 27 de 1981. El extracto puede consultarse en la obra de BONIVENTO JIMÉNEZ, cit., pág. 81.

64 BONIVENTO JIMÉNEZ, cit., pág. 82.

65 Ib. pág. 82, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 28 de julio de 1960 y 17 de abril de 1975.

66 *Vid.* Arts. 1753 y 1754 C.C.

6.1. Que la promesa conste por escrito

El requisito del escrito, hace que la promesa civil sea un contrato solemne. La pregunta que necesariamente surge es: ¿se requiere un escrito público o privado?, y además: ¿si el contrato definitivo requiere un escrito público, la promesa debe observar el mismo requisito?, o dicho de otra manera: ¿el grado de formalidad del escrito del contrato definitivo se extiende al escrito del contrato preliminar?⁶⁷.

Doctrinalmente, tanto en Chile como en Colombia, se ha sostenido que la promesa debe constar en escritura pública, en el evento en que el contrato definitivo se deba celebrar igualmente por escritura pública. Sin embargo, la doctrina mayoritaria actual, y la jurisprudencia niegan la viabilidad de esa exigencia⁶⁸.

Igualmente podemos considerar que el contrato de promesa podría constar no sólo en un escrito, sino en un conjunto de escritos⁶⁹, como podrían ser la oferta y la aceptación.

Sea del caso señalar aquí, que nada obsta para que el requisito de que la promesa deba constar por escrito, se verifique cuando las partes celebren dicho contrato

67 Sobre la omisión del requisito, CLARO SOLAR sostiene: “Que la promesa conste por escrito, es la primera circunstancia que debe concurrir para dar existencia jurídica a esa promesa. El escrito en que debe consignarse es una solemnidad, un requisito externo indispensable para la existencia de una promesa de contrato. El escrito está destinado a dar vida jurídica a la promesa de celebrar un contrato posteriormente; no es exigido únicamente como medio de prueba, *ad probationem*, sino como solemnidad, *ad solemnitatem*. (...) No es, por lo tanto nula, sino que no tiene existencia ante la ley, ni puede producir efecto civil una promesa verbal de celebrar un contrato, aunque la parte contra la cual se hace valer reconociera en el juicio, o pudiera probarsele con testigos presenciales que había convenido en la promesa de un contrato”. Cit., pág. 704.

68 “Siempre es admisible el documento privado para hacer una promesa de contrato. Este es el sistema de nuestros tribunales. (...) La Corte Suprema, en sentencia de 11 de diciembre de 1889 y 3 de julio de 1893 (*GJ*, año 4º, 182, 2º y 183, I. a; año 8º, 347, 2.a), resolvió que si se celebra por escritura privada un contrato que tiene por objeto una finca raíz, y al que las partes consideran de compraventa, pues dice que el vendedor *da en venta* y se fija época para elevarlo a escritura pública, tal contrato es nulo como venta, pero vale como promesa de venta, aun cuando no se empleen expresiones que indiquen prometimiento, con tal de que por otra parte, aparezcan los requisitos exigidos por el artículo 89, para el valor de la promesa”. VÉLEZ, FERNANDO, *op. cit.*, págs. 232 y 233. En la jurisprudencia chilena se admitió en un principio que la promesa de contrato que debía celebrarse por escritura pública, debía observar la misma formalidad. VÉLEZ FERNANDO, cit., pág. 233. Sin embargo, CLARO SOLAR, relata el sentido en que varias cortes chilenas optaron en su momento por la tesis contraria: “La Serena admitió la validez de una promesa de venta otorgada en documento privado, fundándose, entre otras consideraciones, en que, <<si en razón de la importancia que atribuye a los inmuebles la ley ha querido que conste por escritura pública el consentimiento de las partes en el contrato de venta de esta clase de bienes, tal consideración no atañe a la promesa, en la cual no se constituye aún la venta, sino que sólo se conviene en celebrarla”. La Corte de Santiago ha declarado que el art. 1554 “no exige tampoco, que la estipulación conste de instrumento público, sino sólo por escrito”. CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 707. Igualmente FUEYO LANERI, cit., pág. 125.

69 *Vid.* PÉREZ VIVES, ÁLVARO, *Compraventa y permuta*, 2ª edición, Librería – Editorial Temis, Bogotá, 1953, pág. 44.

por medios electrónicos. Para tales efectos debe considerarse lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, que dispone:

“Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”⁷⁰.

6.2. Eficacia del contrato prometido

Dispone el numeral segundo del artículo 89 de la Ley 153 de 1889:

“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 art. 1502 (el art. dice 1511) del C.C.”.

Para que una promesa de contrato sea fuente de obligaciones, el contrato prometido

“...no debe referirse a personas legalmente incapaces, ni presentar vicios del consentimiento, ni recaer sobre un objeto o causa ilícitos”⁷¹,

en general: deben observarse los requisitos de validez del contrato prometido. La ley exige que la promesa no se refiera a contratos que sen ineficaces por no observarse en ellos los requisitos generales de validez.

70 Téngase en cuenta para estos efectos el principio de equivalencia funcional de los actos electrónicos, como uno de los principios del derecho de la contratación electrónica. Dicho principio consiste en “... la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, o eventualmente su expresión oral, respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado”. ILLEZCAS ORTIZ, RAFAEL; PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, pág. 332. *Vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, *Derecho privado de Internet*, Civitas, 3ª edición actualizada, 2002, págs. 360 y 361. CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL, “La contratación electrónica: ¿nuevo instrumento para la administración de la empresa?”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 103, Bogotá, pág. 556. De todos modos, a propósito del principio del equivalente funcional, debe tenerse en cuenta que “... la equivalencia no llega sin embargo al documento solemne, público o notarial salvo disposición nacional específica”. ILLEZCAS ORTIZ, RAFAEL, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 45.

71 BONIVENTO JIMÉNEZ. Cit., pág. 113.

Debe tenerse en cuenta que la promesa como contrato debe cumplir con todos los requisitos de existencia y validez, así como los debe cumplir también el contrato prometido. Ese artículo se refiere a eventos en que la promesa individualmente considerada no tuviere vicio alguno, pero llega a ser ineficaz por referirse a un contrato que la ley declara ineficaz.

“No obstante lo anterior, para nuestra Corte Suprema de Justicia, este segundo requisito debe entenderse en términos más estrictos, en el sentido de que no sólo es ineficaz la promesa que tenga por objeto la celebración de una compraventa a la que falte alguna de las exigencias del artículo 1502 del Código Civil, sino que también lo es, cuando la compraventa prometida sea de aquellas que la ley, por cualquier otra circunstancia distinta, sancione con nulidad absoluta o relativa, como es el caso de un contrato de promesa para la celebración futura de una compraventa que ya al momento del precontrato es lesiva”⁷².

Sin embargo, existen eventos que generan la duda sobre si la posible ineficacia del contrato prometido, afecte necesariamente la validez del contrato de promesa. Por ejemplo: Se celebra un contrato de promesa de venta sobre un bien raíz embargado judicialmente. El artículo 1502, al que remite la norma sobre promesa, dispone, entre otros, que para que una persona se obligue con otra, es necesario que recaiga sobre un objeto lícito, ahora: el artículo 1521 del Código Civil, dispone que hay objeto ilícito en la enajenación de

“(3) Las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”.

¿Lo anterior significa que el contrato de promesa de venta de dicho bien embargado es nulo por objeto ilícito?⁷³.

Las situaciones en general a analizar son⁷⁴:

72 BONIVENTO JIMÉNEZ, cit., pág. 113. El comentario se puede hacer extensivo a otro tipo de contratos.

73 Sobre este caso, CLARO SOLAR señala: “No se hallarían, sin embargo, en el mismo caso las promesas de celebrar un contrato de compraventa respecto de bienes embargados por decreto judicial o de bienes sobre cuya propiedad se litiga, celebrados sin autorización del acreedor o del juez, porque lo que la ley prohíbe a su respecto es la enajenación de estos bienes; y como la promesa de contratar no importa enajenación, no le afecta la disposición del art. 1464 del Código Civil, y los requisitos que este artículo exige pueden, sin inconveniente, llenarse antes de otorgar el contrato prometido.

En este caso, la promesa se entiende celebrada bajo la condición de que los bienes puedan ser enajenados en el momento de celebrarse el contrato prometido”. CLARO SOLAR, LUIS. Cit., pág. 709.

74 Recomendamos la consulta de las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: 10 de diciembre de 1992, 22 de marzo de 1979, 26 de marzo de 1999, 23 de junio de 1969, 14 de junio de 1987, 9 de diciembre de 1999. Los extractos correspondientes pueden consultarse en BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *De los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Ediciones Librería del Profesional, 15ª edición, Bogotá, 2002.

1. “Al tiempo de celebrarse el contrato de promesa, la compraventa prometida a que se refiere aquélla, es de las que las leyes declaran ineficaz, pudiendo ocurrir que para la época de cumplimiento de la promesa, o sea, para el momento de celebración de la compraventa, la ineficacia haya o no desaparecido”.

2. “De otro lado, (*sic*) lo que bien puede ocurrir, es que para el momento de celebración de la promesa, la compraventa prometida no se encuentra prohibida por ley alguna, pero para la época de otorgamiento de la escritura pública respectiva, que perfeccione la compraventa especificada, sobreviene un hecho que hace que dicha compraventa prometida sea de aquellas que las leyes tienen por ineficaces”⁷⁵.

FERNANDO VÉLEZ señala algunos casos originados en la capacidad de las partes que celebran el contrato de promesa⁷⁶. Los transcribimos para facilitar su comprensión:

“a. Un incapaz puede celebrar una promesa de contrato y ser incapaz el día en que deba verificarse éste. Si la incapacidad es absoluta (art. 1504), la promesa será absolutamente nula. Si la incapacidad al hacer la promesa es relativa (art. 1504), realizado el contrato prometido éste adolecerá de nulidad relativa, la cual puede sanearse (...). Ratificado el contrato por el incapaz cuando sea hábil, surtirá sus efectos”.

“b. Al celebrarse la promesa es incapaz una de las partes pero al tiempo de verificar el contrato prometido es hábil. La promesa queda afectada de nulidad. Si el contrato se celebra, queda subsanada la nulidad siendo relativa. Si es absoluta, el contrato no tiene como antecedente la promesa. Es claro que en este caso, demandado el cumplimiento de la promesa, el que fue incapaz puede pedir rescisión de ella o alegar su nulidad. Si ésta es relativa, y no se pide la rescisión dentro del tiempo legal (art. 1750), parece que puede tenerse por ratificada tácitamente la promesa”.

“c. Las partes son capaces cuando se celebra la promesa, pero al tiempo de realizarla es incapaz una de ellas, (...). La validez de la promesa no se pone en duda, pero ¿cómo se efectúa?”

Creemos que en el caso de la interdicción, el curador del incapaz debe solicitar permiso judicial para celebrar el contrato, permiso que el juez debe otorgar, (...).”

El profesor BONIVENTO JIMÉNEZ, da cuenta de dos grupos de soluciones, que las agrupa bajo las denominaciones *Tesis amplia* y *Tesis restringida de la condición*.

75 Los casos, aunque referidos a la promesa de compraventa, han sido tomados de: BONIVENTO JIMÉNEZ, cit., págs. 114 y 115.

76 VÉLEZ FERNANDO. cit., págs. 235 y 236.

De acuerdo con la primera,

“...sea que el contrato de promesa se refiera a una compraventa ineficaz, o que siendo el objeto de aquélla una compraventa plenamente válida a la cual sobreviene una circunstancia de nulidad, hay que esperar, de todos modos, hasta la época de cumplimiento del precontrato. Si persiste o surge la nulidad, la compraventa no debe celebrarse por ese mismo motivo. *Contrario sensu*, si desaparece la circunstancia que afectaría a la compraventa prometida, deberá otorgarse la escritura pública correspondiente”⁷⁷.

La tesis amplia, de acuerdo con el análisis del profesor BONIVENTO, no es de recibo en nuestro derecho, toda vez: el carácter restringido del contrato de promesa

“...exige al intérprete rigor en su análisis y no puede dar cabida, por vía de hermenéutica, a contratos de promesa que el legislador precisamente quiso evitar”⁷⁸.

En segundo lugar,

“Esta intención limitativa del legislador se exteriorizó, expresamente, enfrente del requisito en cuestión, si consideramos el término “concurran” utilizado en el encabezamiento de la norma precitada. (...) Esto es, que la exigencia segunda en estudio, para concurrir, debe cumplirse *al tiempo de la promesa* junto con los demás requisitos legales”⁷⁹.

Finalmente,

“...una norma no puede, sin que ello implique una falta de técnica legislativa inexplicable, preceptuar que al momento de la promesa, para que ésta produzca efectos, tienen que concurrir cuatro requisitos, pero, al mismo tiempo, entienda que uno de ellos sólo puede determinar en su ocurrencia para un tiempo *a posteriori* (la celebración de la compraventa prometida). De esta manera, si para la época de celebración de la promesa no se puede precisar si la compraventa prometida es o no ineficaz, pues ésta no existe aún, y por lo mismo, las prohibiciones legales que sobre ella recaen no pueden aún aplicarse en manera alguna, tal interpretación conlleva, en términos sencillos, que el numeral 2 del artículo citado sobra por imposibilidad de darle cumplimiento al momento de la promesa, y mal puede, creemos, analizarse la ley partiendo de un supuesto semejante”⁸⁰.

77 *Ib. op. cit.*, pág. 115.

78 *Ib. op. cit.*, pág. 116.

79 *Ib. op. cit.*, pág. 116.

80 *Ib. op. cit.*, pág. 116.

Según la teoría restringida de la condición,

“... los requisitos de eficacia de la compraventa prometida deben examinarse, para efectos de precisar la validez o nulidad del contrato de promesa, por regla general, al tiempo de la promesa misma y no de la compraventa preparada. Por eso, como el principio general, de existir una causa de ineficacia de la compraventa al momento de su promesa, es la nulidad de ésta, la presente tesis es restringida”⁸¹.

La jurisprudencia, se ha referido al asunto en pocas ocasiones, y en los casos en que se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, lo ha hecho con respecto a los

“... casos de lesión enorme de compraventas precedidas de contratos de promesa”⁸².

La Corte ha concluido que si el contrato

“adolece de un vicio que lo condene a la ineficacia, la promesa de celebrarlo deviene inválida y, por ende, deja de ser obligatoria”⁸³.

El otro caso en que la Corte ha analizado el requisito en mención, es el de la promesa de venta de bienes embargados. En este caso:

“... para la Corte, lo que se puede presentar en estos casos es un fenómeno de incumplimiento de la promesa, no de nulidad o de condiciones tácitas fallidas, si el prometiende vendedor no libera el bien prometido para el tiempo de celebración de la compraventa correspondiente”⁸⁴.

La posición de la Corte Suprema de Justicia, está contenida en sentencia de Casación de 22 de marzo de 1979, ratificada posteriormente en sentencia de 26 de marzo de 1999. Dijo la Corte en la primera ocasión:

“La Corte procede a hacer algunas precisiones y rectificaciones doctrinales al sentenciador de segundo grado y, específicamente, a la tesis por éste sentada, según la cual la promesa de venta resulta ser nula, de nulidad absoluta, cuando el bien objeto de tal convención estaba embargado al momento de cumplirse con la obligación de solemnizar por escritura pública el contrato prometido.

81 *Ib. op. cit.*, pág. 117.

82 *Ib. op. cit.*, pág. 119.

83 *Ib. op. cit.*, pág. 120.

84 *Ib. op. cit.*, pág. 121.

No pueden confundirse, por existir notorias y sustanciales diferencias, la promesa de celebrar un contrato de compraventa con el contrato a que la promesa se refiere. A título meramente enunciativo, difieren en lo siguiente: (...) g) La promesa no es un acto de “enajenación”, por cuanto no siendo título traslativo de dominio, ni generando obligaciones de dar, no va destinada a la mutación del derecho real; el contrato de compraventa sí va orientado al desplazamiento, con la concurrencia del modo, del derecho real, y por tanto, es una convención que resulta ser nula, por objeto ilícito, si al momento de celebrarse se encontraba embargado el bien sobre el cual recae (artículo 1521 C.C.).

Las reflexiones precedentes indican con suficiente claridad que la promesa de contrato difiere del contrato prometido. Y, asentada la doctrina en esta premisa, ha sostenido que puede prometerse en venta un bien que a la fecha de la promesa está embargado, porque si el promitente vendedor libera la cosa con antelación al perfeccionamiento del contrato prometido, se ha colocado en condiciones de cumplir esta última convención; si no lo desafecta de la traba, el contrato prometido no puede celebrarse y, por tanto, ha incumplido con las obligaciones contraídas en la promesa, conducta que la ley sanciona con acciones diferentes de la nulidad (artículos 1610 y 1546 C.C.)⁸⁵.

Como conclusiones parciales —toda vez que el tema no está despejado doctrinaria ni judicialmente— podemos sostener las siguientes:

- a) Coincidimos con la conclusión y propuesta del profesor BONIVENTO JIMÉNEZ, en el sentido de que por regla general, debe ser al momento de la celebración del contrato de promesa, cuando debe analizarse la eficacia o ineficacia de la misma, por no concurrir los elementos requeridos en el numeral 2, artículo 89 de la Ley 153 de 1887⁸⁶.
- b) Consideramos que si el contrato de promesa nace con una causal que lo condene a su ineficacia, nada obsta para que ésta se sanee por haber desaparecido al momento de celebrarse el contrato prometido.
- c) Las partes podrían celebrar un contrato de promesa, que no obstante, en principio ser nulo por referirse a aquellos que las leyes declaran ineficaces, no adolezca de nulidad, toda vez que las mismas hayan pactado como condición para celebrar

85 El profesor BONIVENTO JIMÉNEZ insiste en la incongruencia que se presenta en el pensamiento de la Corte, en los siguientes términos: “Como se observa, en el entender jurisprudencial, la promesa que se refiere a una compraventa lesiva confiere acción y excepción de nulidad con fundamento en el numeral 2° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, pero no así la promesa referida a una compraventa de cosa embargada, la cual es válida aunque pueda llegar a ser incumplida. El porqué de la diversidad en el tratamiento un uno y otro evento es una incógnita que las sentencias respectivas no despejan, al menos no en forma clara y expresa”, *op. cit.*, págs. 121 y 122.

86 *Ib. op. cit.*, pág. 122.

el contrato prometido, que dicha causal de nulidad desaparezca al momento de celebrarse éste⁸⁷.

6.3. Estipulación de plazo o condición

El tercer requisito consagrado en la norma en comento dispone:

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

“No fijándose la época en que deba celebrarse el contrato prometido, desaparecería toda certidumbre sobre el hecho mismo de la celebración del contrato prometido; y se daría lugar a dificultades y discusiones entre las partes, puesto que por el hecho de celebrar un contrato de promesa, las partes están manifestando que no pueden o no desean la celebración inmediata y siendo su intención diferir una celebración es necesario que determinen la época en que deban efectuarla”⁸⁸.

De acuerdo con la norma, es preciso que las partes fijen un intervalo de tiempo entre la promesa y el contrato definitivo, o una condición a cuyo acaecimiento se celebre el contrato prometido. Lo normal puede ser que las partes lo fijen expresamente, o lo hagan de manera tácita⁸⁹.

Nada obsta para que las partes pacten una mezcla de plazo y condición, como podría ocurrir en un ejemplo hipotético donde promitente vendedor y promitente comprador prometen celebrar un contrato de compraventa el día 20 de septiembre de 2003, si para ese día el banco X ha prestado una cantidad de dinero al comprador para que éste pueda pagar el precio del bien.

Ahora bien, es pertinente señalar que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia, no admite la estipulación de plazos indeterminados, ni condiciones indeterminadas⁹⁰. Así por ejemplo, la Corte en sentencia de 29 de mayo de 1992,

87 Sobre el particular, véanse el análisis y conclusiones sostenidas por el profesor BONIVENTO JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

88 CLARO SOLAR, LUIS, cit., págs. 709 y 710.

89 VÉLEZ, FERNANDO, cit., pág. 236.

90 Véase por ejemplo la sentencia de 29 de mayo de 1992 y de 21 de septiembre de 1987.

“...reitera la Sala que tratándose exclusivamente del plazo de una promesa de contrato, se entiende debidamente configurado, al tenor del numeral 3 del artículo 89, cuando cumple la condición de fijar “la época en que ha de celebrarse el contrato”, esto es, de dar certeza y determinación del día en que ha de perfeccionarse el contrato prometido”.

Por ejemplo, si las partes sometieran la celebración del contrato prometido a un plazo indeterminado, como pudiese ser *la muerte*, un hecho futuro y cierto que no se sabe cuándo va a ocurrir, de acuerdo con el pensamiento de la Corte se generaría nulidad absoluta de la promesa. Igual sucedería con la condición, concebida ésta como un hecho futuro e incierto, pero en el cual pueden las partes señalar cuándo debe acaecer, esto es, determinar la época en que debe o se espera que ocurra ese hecho futuro e incierto. En este caso estaríamos hablando de una condición determinada. En el caso de que la promesa esté sometida a una condición indeterminada (hecho futuro e incierto que no se sabe cuándo va a ocurrir) la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema no la admitiría. Debe entonces, tratarse de una condición determinada, hecho futuro e incierto que deba o se espera que ocurra en un tiempo o lapso de tiempo específicos. Si la condición es indeterminada, el contrato de promesa será nulo absolutamente.

Ha sido posición constante de la Corte Suprema de Justicia, interpretar el numeral 3 del artículo 1611, entendiendo que sólo los plazos y condiciones determinadas pueden satisfacer su mandato, así las sentencias de junio 1° de 1965, mayo 19 de 1969, agosto 8 de 1974, julio 5 de 1983, marzo 19 y septiembre 18 de 1986, septiembre 21 de 1987, septiembre 29 de 1988, enero 30 de 1989, mayo 29 de 1992.

Dijo la Corte en la sentencia de junio 1° de 1965:

“La función económica de la promesa consiste en asegurar la celebración de otro contrato hace que el precontrato se vea provisto de un carácter provisional y transitorio, siendo esta transitoriedad elemento esencial del contrato de promesa. De esta manera, no es un convenio destinado a crear una situación jurídica indefinida en el tiempo.

Como consecuencia del carácter no provisional es que el numeral 3 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 exige que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, ya que, si la promesa es transitoria, la forma de evitar que los prometientes contratantes queden indefinidamente obligados por el contrato preliminar es determinando la época en que deberá perfeccionarse el contrato preparado. Por lo tanto, lo principal y subordinante es el señalamiento de la época y el camino para lograrlo es el plazo o la condición que se pacte.

Luego, teniendo en cuenta que plazo indeterminado es aquel que necesariamente ha de llegar pero sin que se sepa cuándo y que la condición indeterminada consiste en que no

se sabe si ha de cumplirse, ni cuándo podría suceder, con tales modalidades no se puede cumplir el mandato del ordinal 3 de fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención de carácter indeterminado”.

Otro ejemplo puede tomarse de la sentencia de 7 de septiembre de 1999, donde la Corte dijo:

“Lo anterior significa que necesariamente bajo una de dichas modalidades, plazo o condición, o de ambas en combinación, pueden y deben las partes establecer cuándo se ha de celebrar o perfeccionar el contrato futuro, en el entendido, claro está, de que si se trata de la segunda “...la única condición compatible con ese texto legal (requisito 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887), en consideración a la función que allí cumple, es aquella “que comporta un carácter determinado”, por cuanto sólo una condición de éstas (o un plazo), permite la delimitación de la época en que debe celebrarse el contrato prometido”⁹¹.

Aunque para efectos prácticos, es conveniente seguir los lineamientos fijados por la jurisprudencia, es necesario tener en cuenta que es un aspecto que amerita visiones diferentes, toda vez que según un sector de la doctrina, no hay razón alguna para que la jurisprudencia interprete la norma introduciendo un elemento (la determinación exacta de la época en que ha de celebrarse el contrato definitivo) que no aparece claramente señalado en la misma. Por ejemplo, para LUIS CLARO SOLAR:

“... no es necesario que se fije un plazo, un día cierto y determinado; basta el señalamiento de una época que dependa de un plazo determinado o indeterminado o de una condición suspensiva, en que deba perfeccionarse el contrato prometido”⁹² (...).

“Si las partes fijan la época de la celebración del contrato prometido por medio de una condición, se requiere que la condición sirva efectivamente a este objeto; pero no es necesario que la condición tenga plazo determinado para cumplirse, aunque no teniéndolo pueda dejar en suspenso la celebración del contrato prometido durante mucho tiempo, pues al admitir la ley que la época de la celebración de ese contrato se fije por medio de una condición, admite que quede incierta e indeterminada esa época. No creemos, por esto, que dentro del precepto expreso del n° del art. 1554 sólo sea válida la promesa de venta, cuando contiene una condición determinada, es decir, una condición que deba cumplirse en cierto tiempo”⁹³.

91 La Corte ha sido reiterativa en su posición. Al efecto puede verse la sentencia de Casación de 25 de noviembre de 2001, MP Dr. JORGE SANTOS BALLESTEROS.

92 CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 710.

93 *Ib. op. cit.*, págs. 710 y 711.

En materia jurisprudencial, citamos el salvamento de voto a la sentencia de 5 de julio de 1983⁹⁴, del magistrado JORGE SALCEDO SEGURA, cuyos sólidos argumentos pasan a engrosar las filas de quienes disienten del planteamiento sostenido por la jurisprudencia.

En dicho salvamento de voto, el magistrado SALCEDO SEGURA puntualizó:

“Todo contrato puede celebrarse bajo condición suspensiva o resolutoria. Específicamente el contrato de promesa, según voces del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para que valga, debe reunir, entre otros, uno de los siguientes requisitos: estar sujeta a un plazo o condición. ¿Qué es la condición? Un hecho futuro e incierto, que puede suceder o no (art. 1530 del C.C.). Entonces, si la promesa puede estar sujeta para la determinación de la época en que debe cumplirse a un hecho que puede suceder o no, es decir, puede por voluntad del legislador someterse a una incertidumbre, ¿cómo es posible que el intérprete de la ley afirme que la promesa debe evitar esa incertidumbre? Entonces, ¿a quién hay que creerle? ¿A la ley o a su intérprete, por autorizado que sea?”.

(...) Si las partes quieren celebrar un contrato cuyo cumplimiento queda sujeto a la incertidumbre, y lo hacen a sabiendas, tal contrato es válido, jamás se puede coartar así su voluntad contractual. Afirmar que el contrato de promesa es nulo cuando es incierto su cumplimiento, siendo que es la propia ley la que permite pactarlo así, es violar la ley so pretexto de interpretarla cuando su sentido es claro y no deja lugar a la menor duda”.

Por otra parte, en la práctica suele ser frecuente que se fije la hora en que deben comparecer las partes a la Notaría a efectos de otorgar la escritura correspondiente, aunque la jurisprudencia ha establecido que no es indispensable fijar la hora exacta de comparecencia⁹⁵. Cuestión esta que nos sirve para ofrecer la recomendación de no fijar en el contrato de promesa horas exactas en las cuales se celebrará el contrato prometido, para no someter a eventuales exigentes y rigurosos intérpretes, que ante cualquier eventualidad que impida a cualquiera de las partes acudir a la celebración del contrato prometido (*v.gr.* en el caso de acudir a una Notaría a celebrar el contrato de venta de un bien inmueble), aleguen incumplimiento del mismo, sino más bien acudir a fórmulas que permitan cierta movilidad. El precedente que mencionamos, está contenido en sentencia de 1º de marzo de 1985, MP JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, donde la Corte dispuso:

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá D.C., julio 5 de 1983, MP Dr. HUMBERTO MURCIA BALLÉN.

95 Véanse sentencias de Casación de 1º de marzo de 1985 y 6 de octubre de 1982.

“No es la hora ni el momento determinante para entender el plazo. No. Cuando se hace expresa referencia al día, se tiene que admitir que los contratantes han querido que, dentro del tiempo de disponibilidad de la Notaría, se pueda cumplir el negocio prometido. Claro está que razones de conveniencia harían más definido el señalamiento de la hora, particularmente para no dejar abierta toda la jornada laborable para atender la obligación; pero la omisión no puede acarrear la consecuencia que el casacionista le endilga a la promesa de contrato de carecer del requisito del plazo”.

6.4. Determinación plena del contrato prometido

El numeral 4 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 dispone:

“Que se determine de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”.

El legislador ha querido que desde la promesa se determine íntegramente el contrato prometido, que no falte ningún elemento por acordar. La promesa está diseñada para que las partes acuerden todo lo que va a regir sus relaciones contractuales.

La jurisprudencia ha establecido que dentro del concepto “determinación del contrato prometido”, está la determinación del *objeto* del mismo. Se ha referido la jurisprudencia a que debe determinarse el contrato con todo lo que él conlleva: el objeto del contrato tiene que ser una de las cosas de absoluta determinación para que quede determinado el contrato prometido.

Por ejemplo, si el bien objeto del contrato prometido es un bien inmueble, la Corte exige que en la promesa se incluyan los linderos del bien⁹⁶. Igualmente si el

96 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 12 de marzo de 1990. “Proyectadas las anteriores premisas al contrato de compraventa de bienes inmuebles, y habida cuenta que en el mismo, por fuera de los sujetos, son elementos esenciales, la cosa vendida, el precio que por ella se haga, y la escritura pública como la solemnidad *ad substantiam actus*, sigue que el otorgamiento de este último acto debe ser el que reste por cumplir, cuando en la promesa los otros componentes del contrato concurren de la manera preestablecida en la ley. Por consiguiente, los sujetos del contrato han de quedar individualizados en el texto de la promesa máxime cuando también son los propios de esta última relación convencional. Por lo que atañe al precio, puede él ser determinado o determinable, acorde con la permisón de los artículos 1864 y 1865; en tal virtud, si el contrato prometido se puede perfeccionar aún en el suspenso de que el precio sea determinable, no existe ningún impedimento para que en la promesa ocurra otro tanto. En cambio, cuando el objeto del contrato es un bien inmueble, la dirección del problema cambia de rumbo, pues si su identificación por medio de los linderos tiene que aparecer en el instrumento público, también debe consignarse en la promesa, porque al notarse su ausencia en ésta simbolizaría que el perfeccionamiento del contrato quedaría supeditado, no sólo al otorgamiento de la escritura pública —como es lo que dice el precepto—, sino también a la averiguación de los detalles por medio de los cuales se distingue un inmueble”.

contrato debe otorgarse ante notario, la jurisprudencia exige señalar la Notaría en la cual se va a otorgar la escritura⁹⁷, si no queda determinado dónde se celebrará. La excepción es que si en el municipio donde se celebre hay una sola Notaría no debe señalarse nada. Omitir todo esto llevaría a indeterminación de la promesa con la consecuencia de la nulidad de la misma.

Sin embargo, sobre el punto existen voces dentro de la doctrina que piensan que para la determinación del inmueble prometido, como es en el caso del contrato de compraventa, puede lograrse sin que se tenga que acudir necesariamente a la especificación de sus linderos, (como es el caso de los profesores GÓMEZ ESTRADA y BONIVENTO FERNÁNDEZ). La jurisprudencia ha declarado nulas absolutamente las promesas de compraventa inmobiliarias en las que no conste la determinación por los linderos del inmueble respectivo (sentencias de 6 de noviembre de 1968, enero 19 y 25 de septiembre de 1979, 18 de septiembre y 27 de noviembre de 1986, 23 de abril de 1987, marzo 12 de 1990 y 1° de marzo de 1991).

Algunos elementos del contrato prometido (como el precio en la compraventa) pueden no estar determinados en la promesa, pero al menos deben fijarse los parámetros para su determinación, es decir: deben ser al menos determinables⁹⁸. A este particular deberán las partes remitirse a las reglas generales sobre determinabilidad del objeto de los contratos, o a las particulares sobre el mismo fin⁹⁹.

7. OBJETO DEL CONTRATO

En este punto queremos acometer el estudio de las clases de contratos que son susceptibles de ser objeto de un contrato de promesa. Una discusión de vieja data

97 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de enero de 1979; sentencia de 19 de marzo de 1986, MP HÉCTOR GÓMEZ URIBE.

98 Artículo 1518 C.C.: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla (...).”

99 Artículo 1864 C.C.: “El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes.

Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen.

Si se trata de cosas fundibles y se vende al corriente de plaza, se entenderá el del día de la entrega, a menos de expresarse otra cosa”.

es la que se ha sostenido para responder a la inquietud sobre que contratos son susceptibles de ser prometidos¹⁰⁰.

Las respuestas han variado dentro de la doctrina, algunos han dicho que todo tipo de contrato puede ser objeto de ser prometido, sea real consensual o solemne¹⁰¹.

Dentro de los doctrinantes que sostienen que el contrato prometido puede ser consensual, real o solemne, se destaca FERNANDO FUEYO LANERI, quien expresa:

“En mi opinión, las *tres formas* de perfeccionamiento admiten la posibilidad de promesa, y por tanto, son válidas.

Empezaré por afirmar que tratándose de las promesas de contrato *real* y *solemne*, el argumento de nuestro n° 4° del art. 1554 resulta *irrefutable*, desde que, al señalarse allí uno de los requisitos de fondo del contrato preparatorio, juega expresamente el supuesto de contrato prometido real, que ha de perfeccionarse por la entrega de la cosa, o de contrato solemne que ha de perfeccionarse por el otorgamiento de la formalidad respectiva.

En otras palabras, *es la propia ley* la que nos señala el supuesto de promesa de contrato real o solemne. ¿Cómo podríamos nosotros dudar de tal posibilidad, o, lo que es más, negarle admisibilidad o validez? (...).

Pero sin necesidad de acudir al mecanismo de la voluntad, en su aspecto técnico-psicológico, la realidad misma nos está indicando que, asentados justamente en la diferenciación

Artículo 1865 C.C.: “Podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes: en caso de no convenirse no habrá venta.

No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes”.

Sobre el particular puede consultarse la sentencia de Casación de 8 de julio de 1977. Dijo la Corte: “Si, pues, la compraventa existe cuando el precio es determinable (artículos 1518, 2 y 1864, 2 C.C.), la Corte no encuentra razón valedera para sostener que la promesa de venta sea ineficaz cuando el precio de la venta prometida, sin embargo de no aparecer determinado en aquélla, sí es determinable con las bases que para conocerlo con certeza se establecen en el contrato. De que el ordinal 4° del artículo 89 precitado establezca que la promesa de contrato, para su validez, tiene que determinar el contrato prometido, no puede seguirse necesariamente que se excluya la posibilidad de estipular un precio determinable: la determinación del contrato prometido, cuando de compraventa se trata, no sólo es compatible sino que se aviene con la determinabilidad del precio de la venta”.

100 Vid. Díez PICAZO, LUIS, cit., págs. 335 y 336. FUEYO LANERI, FERNANDO, cit., págs. 73 a 76. MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de derecho civil, De las fuentes de las obligaciones*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, 5 edición, 1976, págs. 59 y 60.

101 En nuestro medio GABRIEL ESCOBAR SANÍN, quien entre otros argumentos expresa: “El consentimiento en la promesa está manifestado ya, y en el contrato futuro está por expresarse, ya que no es lo mismo prometer vender que vender, existiendo mayor diferencia en los sistemas jurídicos en que el contrato produce el efecto de un modo para adquirir los derechos reales”, *op. cit.*, pág. 510.

nítida del objeto en uno y otro contrato, necesitamos operar a través de un contrato preparatorio que, obligando a las partes a contratar en el futuro, les permite, sin embargo, aquella espera decisiva, con la que se salva algún impedimento, jurídico o material del momento, que intercepta la contratación definitiva.

Por consiguiente, no es cosa de querer rechazar una posibilidad de contrato futuro a través de rebuscadas “identidades” o parecidos entre uno y otro contrato, cuando, por encima de todo, está la razón prevalente de dos realidades incontestables: la del objeto diferenciado en uno y otro contrato, y la de la necesidad material que obliga a la doble contratación, que el derecho debe tutelar y no reprimir”¹⁰².

Igualmente alude el autor a argumentos de tipo histórico, señalando que de la comparación de los textos legales, el de 1853 y el vigente, se puede observar que la redacción varió, y el pensamiento de BELLO también, basta comparar los textos para concluir que ANDRÉS BELLO desechó la posible identidad del contrato de promesa y el contrato prometido¹⁰³.

“Suprimida la fórmula en el texto aprobado, estamos autorizados para sostener que el legislador desechó tal equivalencia y admitió la doble contratación, aun en la hipótesis de ser meramente consensual el contrato definitivo. Reafirmó una vez más su criterio indubitable de la doble contratación, tutelando de este modo la razón de necesidad práctica de una promesa de contrato y de un contrato definitivo”¹⁰⁴.

Para un segundo sector de la doctrina, no todos los contratos son susceptibles de ser prometidos. Se niega en este caso la viabilidad de la celebración de contratos de promesa de contratos consensuales, pues —se afirma—, en este caso se estaría celebrando el contrato definitivo. (Nótese que la posición es similar a la de la tesis negativa a la que hicimos alusión en la parte introductoria)¹⁰⁵.

102 FUEYO LANERI, FERNANDO, *op. cit.*, págs. 74 y 75.

103 Como lo hemos indicado anteriormente, en el proyecto de 1853, BELLO consideró que “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 con el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldría al contrato mismo”. Consideró BELLO que la promesa sería idónea para contratos que no se perfeccionan con el sólo consentimiento, si la promesa versa en un contrato consensual, la promesa equivale al contrato mismo.

En el proyecto inédito, como se anotó anteriormente, varió la redacción en este sentido: si para su perfección requiere la tradición de la cosa —si el contrato es real—, o si se requieren formalidades legales. ¿Significa que esa variación en la redacción implica variación en el pensamiento de ANDRÉS BELLO?

104 *Ib. op. cit.*, pág. 76.

105 *Vid. MEZA BARROS, op. cit.*, págs. 59 y 60. “Si el contrato no es real ni solemne, la cabal especificación del contrato prometido, el completo acuerdo acerca de sus estipulaciones, trae como consecuencia que el contrato quedará desde ya perfecto o, en otros términos, la promesa se identificará con el contrato prometido”. En nuestro medio PÉREZ VIVES, “Nuestro concepto es que, de los antecedentes relatados y del texto mismo de la

Esta forma de ver las cosas, también piensa que de la redacción del numeral 4 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 se puede deducir claramente lo anterior, al establecer la norma que para que la promesa produzca efectos debe determinar:

“... de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”.

Así, se estaría concibiendo que la promesa es viable para los contratos en que para su perfeccionamiento sólo falta la tradición de la cosa o la solemnidad respectiva.

A continuación transcribimos los apartes de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, donde a nuestro modo de ver, se ha tomado partido por la segunda tesis, es decir: jurisprudencialmente se ha reconocido que la promesa de contrato sólo puede tener por objeto contratos reales o solemnes:

“Bajo el anterior marco conceptual, en cuanto tiene que ver con el contrato de mutuo, debe decirse que el Código de Comercio se ocupa de él en sus arts. 1163 a 1169, para destacar en primer lugar su carácter oneroso y consagrar algunas reglas especiales para su regulación, pero sin definirlo, ni determinar expresamente sus características o condiciones esenciales, aunque resulta importante advertirlo, por lo que para el caso interesa, el art. 1169, prevé la promesa de “*dar en mutuo*”, norma esta a partir de la cual se deja por sentada la naturaleza real del contrato de mutuo mercantil, por la posibilidad del contrato allí autorizado, *por cuanto se estima que éste sólo resulta viable frente a contratos reales o solemnes* (PÉREZ VIVES), *pues la consensualidad descarta la promesa misma, porque si ésta en rigor debe contener los elementos del contrato prometido, el acuerdo sobre los mismos necesariamente estaría perfeccionando el contrato que se quería prometer. En otras palabras, la promesa y el contrato consensual prometido se confundirían. De ahí que el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, expresamente descarte esa posibilidad cuando consagra como requisito del contrato de promesa, que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte “la tradición de la cosa” (contrato real) “o las formalidades legales” (contrato solemne), quedando así excluido el contrato consensual.* Con todo, se acota, si en dichos textos legales se notara un silencio normativo, éste más que constituir una aplicación práctica del principio de la consensualidad que impera en la formación de los contratos mercantiles, lo que reflejaría sería una laguna, un vacío del legislador, que debiera llenarse con las reglas señaladas en el párrafo anterior, reglas que, agotadas en el orden establecido

ley, se desprende que el señor BELLO quiso acoger la tesis de quienes han sostenido que la promesa bilateral de un contrato consensual equivale al contrato mismo (véase, DEGNI, *La compravendita*, pág. 9 y sigs).

En esta forma, el acuerdo entre quien, de una parte, promete vender una determinada cosa mueble y quien, de la otra, acepta esa promesa, a cambio de la obligación de pagar una determinada suma de dinero, en nada se diferencia de un contrato de compraventa consensual, que existe desde que las partes han convenido sobre la cosa y el precio”, *op. cit.*, págs. 48 y 49.

conducirían de manera ineludible a las normas del derecho común, contenidas en el Código Civil, por conducto de las cuales se establecería el contenido esencial de tal especie de relación negocial, el cual conllevaría ineluctablemente a la caracterización real que antes se indicaba. Empero, para la Corte tampoco es extraña la teoría de la consensualidad que el recurrente enarbola como pilar de la argumentación, dentro de la cual la perfección del contrato de mutuo mercantil, requeriría del simple acuerdo de las partes contratantes, acerca del monto del crédito otorgado, el plazo y las tasas de remuneración, momento a partir del cual el mutuante queda obligado a la entrega del dinero. Sin embargo, como ya se anotó, la doctrina nacional especializada, considera “*que el estado actual*” de la legislación no permite atribuirle al contrato de mutuo mercantil otra naturaleza distinta a la de contrato real, no sólo por el contenido del art. 1169 del C. de Comercio, atrás referido, sino por la clásica preceptiva del Código Civil, a donde se llega. (RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, págs. 308 y 309; BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos...*, pág. 336)” (bastardilla fuera de texto)¹⁰⁶.

8. EFECTOS DEL CONTRATO

No pretendemos agotar todo el análisis teórico, fáctico y jurisprudencial de los problemas que se derivan en la ejecución del contrato de promesa. Tan sólo hacemos alusión a los más frecuentes y generales.

8.1. Obligación de hacer que surge para las partes

Las partes quedan obligadas a celebrar el contrato prometido, que es una obligación de hacer. A estos efectos podemos entender el cumplimiento de las obligaciones por parte de cada una de las partes como un “pago”, esto es, como la prestación de lo que se debe, en términos del artículo 1626 del Código Civil. El pago de la promesa se efectúa con la celebración del contrato prometido, este “hacer” consiste en celebrar un contrato realizando lo que hacia falta para que el contrato prometido sea perfecto.

Por ejemplo: si se trata de un contrato de promesa de venta de un bien inmueble, el contrato de promesa se cumple cuando se concurre a la Notaría a celebrar el contrato prometido¹⁰⁷. Si el pago, o prestación debida no se realiza por una de las partes, habrá incumplimiento de la promesa.

106 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, expediente 4798, 27 de marzo de 1998, MP Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

107 Art. 1857 C.C., inciso 2: “La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”.

Sea este el espacio para comentar que en caso de requerir prueba de comparecencia de alguna de las partes a la celebración del contrato prometido, como puede ser especialmente el caso de que las partes deban concurrir a una Notaría a celebrar el contrato prometido, la Corte ha dispuesto que existe libertad probatoria para demostrar dicha comparecencia. En anteriores ocasiones, la jurisprudencia había indicado la necesidad de acreditar escritura de comparecencia, por parte del contratante cumplido¹⁰⁸.

Dijo la Corte en sentencia de Casación, de 19 de noviembre de 2001, MP Dr. SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO, (exp. 7036):

“1. Toda vez que la esencia del ataque en casación gira en torno a la apreciación de la prueba testimonial con que el Tribunal halló demostrada la concurrencia del representante legal de la sociedad demandante a la Notaría, a fin de cumplir la promesa de compraventa y, por ende, de perfeccionar el contrato prometido, importa esclarecer, en primer lugar, la eficacia de tal medio de prueba, para después descender a examinar la fuerza demostrativa que para este caso, y en ese preciso aspecto, brindan las versiones de Julio César Gil Rodríguez y Gustavo Humberto Alba Herrera.

2. A lo primero, que tiene génesis en el error de derecho denunciado en el primer cargo, debe responderse que en el procedimiento civil colombiano impera el principio de la libertad probatoria, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las partes y los terceros intervinientes para demostrar los hechos relevantes para la configuración del derecho disputado en juicio o de las defensas que oponga el demandado, por cualquiera de los medios de prueba enunciados en el artículo 175 del C. de P.C., salvo casos muy puntuales en donde la ley exige la demostración de actos o hechos de una manera peculiar, como sucede, por vía de ejemplo, cuando se trata de demostrar las normas jurídicas extranjeras (art. 188 ib.) o la prueba de la costumbre mercantil (art. 190 ib).

3. Ahora bien, la prueba del hecho relativo a la comparecencia ante el notario de quienes han prometido celebrar un contrato de compraventa que versa sobre bienes raíces, no se incluye entre las excepciones a dicho principio de la libertad probatoria; en ese sentido, pues, se equivoca el recurrente cuando cree hallar una restricción de tal índole, consistente en que únicamente cabe esa demostración por medio de certificado del notario respectivo, en los términos previstos en el artículo 45 del decreto 2148 de 1983, norma ésta que simplemente autoriza a ese funcionario para expedir tal certificación, y señala la forma y los términos de la misma, cuando dice que lo rendirá por escrito; mediante acta o escritura pública, a elección del interesado; y en cualquiera de dichas modalidades con constancia de los documentos presentados por el compareciente.

108 *Id.*, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de diciembre de 1982.

4. Bajo dicho cariz, el precepto en mención no constituye una excepción a la libertad probatoria que impera en la actual legislación, toda vez que no implica la imposición de una prueba única y por tanto excluyente para demostrar el hecho relacionado con la comparecencia de los contratantes a efectos de otorgar una escritura prometida, sino que al ser meramente reglamentario de la función testimonial del notario, deja incólume la posibilidad de que el hecho de la comparecencia pueda demostrarse por cualquiera de los medios probatorios de que trata el artículo 175 *ibidem*.

En verdad, tal reglamentación armoniza con lo dispuesto en el artículo 262 del C. de P.C. donde se le otorga a ciertas certificaciones, entre ellas las que expidan los notarios, “en los casos expresamente autorizados por la ley”, el carácter de documentos públicos, constituyendo entonces la norma atrás comentada apenas la autorización legal dada a ese funcionario para certificar sobre la comparecencia de los prometiéndos contratantes a su despacho, pero sin determinar de ningún modo que ese sea el único medio de prueba para verificar ese hecho, y sin excluir otras posibilidades probatorias; desde luego que debe reconocer la Corte que por las características que ofrece la prueba notarial, sigue siendo ella la ideal para verificar el hecho en cuestión, en tanto que, amén de segura, deja establecida a ciencia cierta lo relacionado con la comparecencia de los contratantes para otorgar la escritura pública.

5. En consecuencia, sin desconocerse la fuerza probatoria que tal certificación arroja, debe decirse que siendo factible legalmente acudir a la prueba testimonial para efectos de demostrar el hecho de la comparecencia al despacho notarial escogido por los contratantes con el fin de otorgar la escritura prometida, como acá ocurrió, queda sin piso el error de derecho que se endilga a la sentencia impugnada; y siendo así, el paso siguiente consiste en examinar la mencionada prueba testimonial apreciada por el fallador desde el punto de vista de su contenido material, por cuanto en el cargo segundo se denuncia error manifiesto de hecho en su apreciación”.

Al tratarse de un contrato bilateral, en caso de incumplimiento del contrato prometido por una de las partes, procede la resolución del contrato con efectos retroactivos, tal como lo ha preceptuado la Corte Suprema de Justicia:

“Dando por entendido que en la medida en que sea bilateral, respecto del contrato de promesa y cuando una de las partes incumple con las obligaciones de su cargo, procede sin duda el ejercicio por parte de la otra de la facultad resolutoria consagrada en el art. 1546 del C.C., principio éste que cuenta con firme arraigo en la jurisprudencia (*G.J.*, t. CLII, pág. 447) y que vale tanto para la obligación fundamental consistente en celebrar el negocio prometido como respecto de otras que por lo general la acompañan y representan la ejecución anticipada de prestaciones a este último inherentes, necesario es comenzar estas consideraciones advirtiendo que ciertamente, en el evento de producirse una sentencia con las características de la que hoy es materia de impugnación, la resolución a través de ella puesta de manifiesto tiene como principal consecuencia el extinguir ese conjunto de obligaciones, de suerte que todas desaparecen y, hacia el futuro, dejan de tener la fuerza vinculante que les es propia, ello sin perjuicio de

atribuirseles además eficacia retroactiva cuya finalidad es la de cancelar cualquier clase de efecto que el contrato disuelto haya podido producir, procurando así colocar a los contratantes en la misma situación en que habrían de encontrarse si nada hubieran pactado y tampoco nada hubieran hecho para cumplir lo estipulado”¹⁰⁹.

Por otro lado, y en caso de que ambas partes no cumplan con la obligación de hacer, la jurisprudencia ha desarrollado la tesis del mutuo disenso tácito¹¹⁰.

En sentencia de noviembre de 1979 dispuso la Corte:

“Entonces, cabe preguntar ¿cuál es el correctivo jurídico que tienen las partes contratantes para aniquilar una convención bilateral cuando ambas incumplen con sus respectivas obligaciones, especialmente, cuando debieron cumplirse coetáneamente y así no sucedió?

Así como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el art. 1602 del C.C., “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley.

La primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan *mutuo disenso*, “resciliación”, o *distracto contractual*, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del art. 1625 del Código Civil, en cuanto dice que “toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio la segunda sí requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anonadar el vínculo contractual.

109 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de junio de 1993, MP Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

110 Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencias de casación de 5 de noviembre de 1979, 16 de julio de 1985, MP Dr. JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, 8 de noviembre de 1989, 25 de febrero de 1991, 1° de diciembre de 1993, MP Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de disentimiento mutuo del contrato”.

A pesar de ser la tesis que ha hecho carrera, es de anotar que la misma ha sido criticada por algún sector de la doctrina e incluso por la misma jurisprudencia. Así la crítica sostenida por el magistrado JORGE SALCEDO SEGURA, en sentencia de Casación de 7 de diciembre de 1982:

“Ha venido aplicando la jurisprudencia colombiana la institución del mutuo disenso tácito como un remedio, por demás justo, a la situación de hecho que se presentaba cuando un contrato bilateral era incumplido simultáneamente por ambos contratantes, para evitar el estancamiento del contrato a que daba lugar la aplicación del art. 1609 del Código Civil con la interpretación que desde el siglo pasado vino dando la Corte a esa norma, según la cual, el contratante que ha incumplido no tiene derecho para deprecar la resolución ni la ejecución.

Sea lo primero advertir cómo tal interpretación conduce necesariamente a un estancamiento en las relaciones contractuales, pues si ambos contratantes incumplieron, ninguno puede incoar la resolución ni el cumplimiento, es decir el contrato queda estancado pese a su recíproco incumplimiento. En la medida en que se mantenía la aludida interpretación del art. 1609, la tesis del mutuo disenso tácito como modo de disolver el contrato fue indudablemente una forma justiciera de evitar el estancamiento de los contratos, evento que daba lugar a serias injusticias. Empero, la aplicación de esa doctrina pugna generalmente con la realidad. Si ambas partes estuvieran ciertamente de acuerdo en deshacer el contrato, lo resuelven por mutuo acuerdo, con fundamento en el inc. 1º, del ya citado art., 1625 del C.C., y obviamente sobra la intervención de la rama jurisdiccional del poder público. Es posible, nadie podría negarlo, que las partes hubieran llegado a un acuerdo en tal sentido pero luego una de ellas quisiera desconocerlo. En tal evento sí habría que deprecar del juzgador que dé por probada esa circunstancia fáctica y como consecuencia la disolución del contrato. (...) Lo que no es aceptable es que al simple incumplimiento, sin ningún acuerdo expreso o tácito, el juzgador le dé connotación de negocio jurídico específicamente encaminado a disolver el contrato incumplido. Una cosa es el incumplimiento y otra muy distinta el acuerdo de los contratantes para disolver un contrato. El incumplimiento, aisladamente considerado, no tiene connotación en relación con la posible voluntad de resolver el contrato. Para que tal connotación surja es menester que junto con el incumplimiento haya hechos que inequívocamente demuestren que además de la voluntad de incumplir hubo la de resolver. Eso, precisamente, es lo que se hecha de menos en el caso de autos en que una de las partes incumplidas recabó la resolución y otra se opuso con vehemencia, sin que haya, como hecho adicional, ni siquiera el más leve indicio que demuestre la intención de disolver el contrato por mutuo disenso”.

El magistrado SALCEDO SEGURA, termina dando la que denomina “Verdadera interpretación del art. 1609”, que no es otra que decir, que ante la situación de incumplimiento mutuo, ninguno de los dos contratantes está en mora.

“En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir”. (...) “En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del art. 1609”.

8.2. Obligaciones de dar

Las partes pueden, y suelen además, anticipar desde la promesa efectos del contrato prometido, como por ejemplo en el evento en que decidan hacer la entrega del bien objeto del contrato definitivo, en el momento de realizar el contrato de promesa y anticipar el precio total o parcialmente. Si el contrato prometido no se perfecciona, lo que se pagó o entregó en virtud de ese acuerdo previo, se debe restituir¹¹¹, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la resolución del contrato prometido por incumplimiento (en el caso en que se opte por esta vía), pues en caso contrario podríamos hablar de un enriquecimiento sin causa¹¹².

Ahora, a pesar de que se pacte en el contrato, la obligación de entregar materialmente será un “hacer” y no un dar, pues no hay transferencia de dominio. Incluso tampoco se transmite posesión, dado que la persona que recibe el bien, lo recibe a título de mero tenedor y no poseedor ya que sabe que no es dueño y reconoce que otro lo es. La jurisprudencia ha expresado que la promesa no sirve de justo título para adquirir posesión regular sobre el bien prometido en venta, mientras el contrato prometido (como puede ser la venta) sí lo permite¹¹³.

111 Véase sentencia de Casación de 15 de junio de 1993.

112 La Corte Suprema de Justicia ha expresado que: “...las obligaciones de efectuar la tradición del inmueble por parte del promitente vendedor, y la de pagar su precio, a cargo del promitente comprador, nacen a la vida jurídica en virtud del contrato de venta y no del contrato de promesa, en la cual solamente puede pactarse el pago del precio con anterioridad al otorgamiento de la escritura bien sea total o parcialmente, pero esta obligación no nace de la naturaleza de la promesa, sino de una cláusula accidental que es necesario pactar expresamente”, sentencia de 23 de mayo de 1988, MP DR. PEDRO LAFONT PIANETTA.

113 Sin embargo, sobre este punto sea conveniente anunciar la posición excepcional de la jurisprudencia, es decir: bajo qué condiciones la promesa sí generaría posesión sobre el bien objeto del contrato prometido. Sobre el particular véase la sentencia de la Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, 24 de junio de 1980, MP HUMBERTO MURCIA BALLÉN, donde claramente se indica que: “Cuando el promitente comprador de un inmueble lo recibe por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún, que de este derecho no se ha desprendido todavía el promitente vendedor, a quien por tanto el detentador considera

8.3. Pacto de arras simples y/o de cláusula penal

Nada obsta para que las partes del contrato de promesa, acuerden un pacto de arras simples como garantía de celebración del contrato prometido¹¹⁴. Recordemos que el artículo 1859 del Código Civil, consagra la posibilidad del pacto de arras, "...dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato", en cuyo caso se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas¹¹⁵.

En este caso, y por tratarse de arras simples, como garantía de celebración (por oposición a las arras simples como garantía de ejecución, que se pactarán en el contrato definitivo), las partes pueden hacer uso del beneficio del retracto, esto es: no celebrar el contrato definitivo, sin que dicho retracto signifique incumplimiento de la obligación de hacer generada en el contrato de promesa, con la consecuencia estipulada en la norma: si se retracta el que las dio, las pierde, y si lo hace el que las recibió, restituyéndolas dobladas. Ahora, en caso de que las partes no usen el beneficio de retracto, las arras deberán ser restituidas, a menos que quien las haya dado sea el deudor del precio, como puede suceder con el comprador en el contrato de compraventa, en cuyo caso las arras se imputarán al precio¹¹⁶.

Deberá también tenerse en cuenta el término convencional durante el cual las partes gozarán del beneficio de retracto, o en su defecto, el término supletivo legal consagrado en el artículo 1860 del Código Civil, norma según la cual:

"Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual pueden retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la

dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida. Para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometiende vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el prometiende vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador". También ha dicho la Corte que la promesa de compraventa no agrega posesión: 10 de marzo de 1988.

114 Aun cuando, la Corte Suprema de Justicia, sostuvo en alguna época que el pacto de arras no tenía cabida en el contrato de promesa. *Vid.*, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 6 de octubre de 1953. *Vid.*, sobre esta sentencia, los comentarios de BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, De los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, cit., págs. 51 a 53. Tal como lo relata el profesor BONIVENTO, la Corte modificó este criterio en sentencia de 21 de febrero de 1967. También admite el pacto de arras simples en la promesa GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR, *De los principales contratos civiles*, 3ª edición, Temis, Bogotá, 1996, pág. 25.

115 Estas arras han sido denominadas también como "penitenciales o de retractación". Véase sobre el particular a BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ib.*, op. cit. pág. 44.

116 *Vid.*, BONIVENTO FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 45.

convención, ni después de otorgada la escritura pública de la venta o de principiada la entrega”¹¹⁷.

Igualmente es viable el pacto de cláusula penal, sujetándose cualquiera de los promitentes contratantes, a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal, según los términos del artículo 1592.

La cuestión que se suscita es si es viable pactar en un contrato de promesa (como también podría ser en el de compraventa), un pacto de arras simples o de retractación, junto a una cláusula penal.

La respuesta por la que optamos es que en principio pueden haber conjuntamente los dos pactos, sólo que no podrían hacerse valer sus efectos al mismo tiempo, toda vez que si se está en posibilidades de ejercer un derecho lícito, que es el de retractarse del cumplimiento de la obligación de hacer que surge del contrato de promesa, esto es: celebrar el contrato prometido, no puede alegarse incumplimiento de los términos pactados, y mucho menos hacer valer la cláusula penal por dicho incumplimiento. La única posibilidad de hacer valer tal cláusula penal, sería cuando el pacto de retracto haya caducado, según términos del artículo 1860.

9. EL CONTRATO DE PROMESA MERCANTIL

9.1. Consensualidad o formalidad del contrato.

Principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales¹¹⁸.

El artículo 861 del Código de Comercio dispone:

“La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

117 Para GÓMEZ ESTRADA, el artículo 1860 al decir que el derecho de retracto “...tampoco puede ejercerse después de otorgada escritura pública, evento en que se refiere al caso de que las partes han celebrado una promesa de venta de un inmueble, dándose arras en garantía de que el contrato de venta habrá de celebrarse; si antes de transcurrido el plazo convencional o el legal para ejercer el retracto, las partes cumplen la promesa de venta celebrando el contrato prometido mediante el otorgamiento de la escritura pública pertinente, ya no podrán retractarse porque el cumplimiento de la promesa implica la renuncia a la retractación. El retracto puede tener lugar en relación con obligaciones no satisfechas, no en relación con las ya ejecutadas y cumplidas”, *op. cit.*, págs. 25 y 26.

118 *Vid.*, ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles*, t. 1, cit., págs. 70 a 76. MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, “El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato “veinte años después”, en GARCÍA-MUÑOZ, JOSÉ ALPINIANO; OVIEDO ALBÁN, JORGE (coordinadores), *Estudios de derecho económico*, t. 1, Instituciones de derecho comercial, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, págs. 265 a 277. NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles*,

El problema doctrinal y jurisprudencial se puede sintetizar así:

Algunos han sostenido que dado que la norma citada del Código de Comercio no dispone nada sobre la formalidad o consensualidad del contrato de promesa, y como consecuencia de dicha omisión debe aplicarse un principio general de la contratación mercantil contenido en el artículo 824 de la codificación comercial, donde se dice que:

“(…) Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”,

para pasar a sostener que ante el silencio del artículo 861, debe asumirse que el contrato de promesa comercial es consensual¹¹⁹.

Además, se aduce, el hecho de que en una norma especial, que es el artículo 119 del Código de Comercio al tratar de la promesa de sociedad a la que nos referiremos, se opta por la formalidad, al requerir expresamente que el contrato conste por escrito, quiere esto significar que en la regla general, que es el artículo 861, al no estipular formalidad alguna, y según lo dispuesto en el artículo 824 que acabamos de citar, se optó por la consensualidad de la promesa.

Una segunda postura, sostiene que, no importa si el legislador comercial repitió o no lo hizo, las mismas formalidades en algunas instituciones jurídicas que tienen una doble regulación: civil y mercantil, pues ante tal silencio, debe acudir a la remisión expresa que a la legislación civil hace el artículo 822 del Código de Comercio en el sentido de que:

“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”¹²⁰.

cit., págs. 133 a 136. ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios civiles y comerciales II, El Contrato*, cit., págs. 518 a 522.

119 *Vid.*, ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *op. cit.*, págs. 519 y 520.

120 Esta es la tesis sostenida por el profesor JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, *op. cit.*, págs. 73 y 75 y por el profesor SERGIO MUÑOZ LAVERDE, *op. cit.*, págs. 265 a 277. El profesor SERGIO MUÑOZ LAVERDE había realizado un crítico análisis sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de noviembre de 1981, donde la Corte declaró la consensualidad del contrato de promesa mercantil, “El problema de la consensualidad de la promesa mercantil de celebrar contrato”, en *Vniversitas*, n° 63, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1982, págs. 327 a 343.

De esta forma entonces, debe asumirse que el artículo 1611 del Código Civil modificado por el 89 de la Ley 153 de 1887 se aplica de manera directa a la materia comercial, para concluir finalmente que el contrato de promesa en materia comercial también debe celebrarse por escrito.

La tesis de la consensualidad de la promesa mercantil ha sido sostenida por la Sala de Casación Civil de La Corte Suprema de Justicia, desde sentencia de 13 de noviembre de 1981, MP Dr. ALFONSO GUARÍN ARIZA, reiterada en sentencia de Casación de septiembre 12 de 2000¹²¹.

Como conclusión sobre la viabilidad y requisitos del contrato de promesa en materia comercial, podemos indicar:

- a) Es un contrato consensual, por interpretación jurisprudencial.
- b) Solamente puede versar sobre contratos reales o solemnes, igualmente por interpretación jurisprudencial, contenida en sentencia de Casación de 27 de marzo de 1998.
- c) El contrato de promesa produce obligación de hacer, por expresa disposición del artículo 861 del Código de Comercio.
- d) Se aplican los demás requisitos (a excepción del escrito para su constitución) contenidos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que resultan aplicables por vía del artículo 822 del Código de Comercio.

9.2. El contrato de promesa de sociedad¹²².

Características generales

El artículo 119 del Código de Comercio, dispone:

“La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación

121 Sobre un análisis detallado de estas sentencias, además de la incongruencia que se presenta en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia, al analizar el planteamiento sostenido en los aludidos fallos, enfrente del sostenido en sentencia de 27 de marzo de 1998, véase el escrito del profesor SERGIO MUÑOZ LAVERDE que hemos citado.

122 *Vid.*, NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano, teoría general de las sociedades*, 8ª edición, Legis, 1998, págs. 95 y sigs. PINZÓN, GABINO, *Sociedades comerciales*, vol. 1, Teoría general, 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1986, págs. 76 y 77. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho societario*, I, cit, págs. 72 a 83.

del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse.

Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella”.

Lo sostenido en la parte general de este escrito, en cuanto a la función que presenta el contrato de promesa, adquiere plena validez a la hora de analizar la función del contrato de promesa de sociedad¹²³.

El contrato de promesa de sociedad presenta las siguientes características:

a) Es un contrato solemne, al requerirse que se celebre por escrito.

El escrito requerido en la norma, al igual que en el Código Civil, puede ser público o privado, dado que el artículo no hace la distinción. También se puede aplicar el principio del equivalente funcional al que nos hemos referido oportunamente, para cuando el contrato se haya celebrado por medios electrónicos.

Nos permitimos citar, la que al igual que el profesor REYES VILLAMIZAR, no dudamos en calificar como una “paradoja”. Dice el profesor REYES:

“Esta formalidad sustancial a que se sujeta la promesa del contrato de sociedad plantea una paradoja respecto del contrato prometido: la regulación normativa suscita la antinomia que permite considerar que mientras el contrato de sociedad es consensual (la falta de formalidades da origen a la sociedad de hecho prevista en el artículo 499 del Código de Comercio), la promesa de celebrar tal contrato, por estar supeditada a una formalidad *ad substantiam*, es un contrato solemne”¹²⁴. Agregamos a lo anterior, que cabrá la promesa de sociedad para cuando las partes acuerden expresamente el momento o condición, a cuyo acaecimiento, van a elevar el contrato a escritura pública. Es la única forma de no entrar en contradicciones interpretativas sobre las normas mercantiles.

123 En este sentido, ha señalado FRANCISCO REYES VILLAMIZAR: “En el caso específico de la sociedad, los sujetos interesados en su constitución pueden dilatar el surgimiento de la sociedad, sin que ello afecte la seguridad jurídica respecto de la efectiva celebración del contrato social. Puede ocurrir, por ejemplo, que los futuros asociados demanden un tiempo prudencial para obtener los recursos económicos necesarios para integrar el capital social o para definir, mediante estudios de factibilidad o de mercado, el ámbito definitivo de la empresa que se propondrán acometer dentro del objeto social; en fin, pueden también querer dilatar la constitución de la persona jurídica con la idea de preparar los trámites necesarios para el comienzo de las actividades empresariales propuestas, tales como la obtención de patentes o licencias gubernamentales, etc.”. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 77.

124 *Op. cit.*, pág. 80.

En caso de omitirse tales requisitos, la doctrina señala como consecuencia, la inexistencia del contrato de promesa, y no la nulidad absoluta como en material civil, partiendo de la base de que la primera sí está expresamente recogida en el Código de Comercio¹²⁵.

- b) Debe contener las cláusulas que se expresarán en la escritura pública, que son las enumeradas en el artículo 110 de la codificación mercantil¹²⁶.
- c) Debe precisarse el plazo o la condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. En principio, creemos, el requisito de la condición a la cual se somete la celebración del contrato prometido, no debe interpretarse de la manera estricta que se ha hecho en materia de contrato de promesa civil, toda vez que las partes no están llamadas a precisar exactamente la fecha en que debe acaecer la condición. Es la ley la que determina un plazo dentro del cual debe cumplirse dicha condición, so pena de que se tenga por fallida, a no ser que las mismas partes hayan fijado un plazo mayor dentro del cual debe acaecer la condición.
- d) Los promitentes asociados son llamados a responder de manera solidaria e ilimitada de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, con independencia de los límites de responsabilidad consagrados en el tipo prometido¹²⁷.
- e) Los requisitos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 resultan aplicables al contrato de promesa de sociedad, igualmente por vía del artículo 822 del Código de Comercio, siempre y cuando la norma especial, que es el artículo 119 del Código de Comercio no haya dispuesto algo diferente¹²⁸, como puede suceder con aquella parte de la norma que señala que la condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse.
- f) La obligación de hacer que se genera del contrato de promesa, consistente en celebrar el contrato prometido, deberá someterse a todas las formalidades y

125 *Ib. op. cit.*, pág. 80.

126 “Esta exigencia, a pesar de ser un tanto formalista, puede entenderse como un mecanismo de protección y seguridad para los prometientes, pues la totalidad de las condiciones estatutarias que regirán a la sociedad (incluidos los nombramientos iniciales) son conocidos *a priori* por los futuros asociados” REYES VILLAMIZAR, *op. cit.*, pág. 82.

127 “Y como la sociedad prometida sólo adquiere existencia cuando se celebra el contrato correspondiente, en interés suyo o en desarrollo de su objeto no pueden iniciarse operaciones. Si éstas se llevan a cabo no pueden considerarse, pues, como actividades de la sociedad prometida, sino como negocios realizados en desarrollo adicional de socios de hecho” PINZÓN, GABINO, *op. cit.*, pág. 77.

128 REYES VILLAMIZAR. *op. cit.*, pág. 79.

requisitos del caso, y en lo general tendrá cabida lo mencionado para la materia civil, salvo las cuestiones especiales reguladas en normas específicas del Código de Comercio, como sucede en el artículo 337, a cuyo tenor:

“La escritura constitutiva de la sociedad en comandita simple será otorgada por todos los socios colectivos, con o sin intervención de los comanditarios; pero se expresará siempre el nombre, domicilio y nacionalidad de éstos, así como las aportaciones que haga cada uno de los asociados”.

Igualmente, en la sociedad en comandita por acciones, que según el artículo 343 del Código,

“En el acto constitutivo de la sociedad no será necesario que intervengan los socios comanditarios; pero en la escritura siempre se expresará el nombre, domicilio y nacionalidad de los suscriptores, el número de acciones suscritas, su valor nominal y la parte pagada.

La en comandita por acciones no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”¹²⁹.

También cabe anotar que las partes podrían adelantar efectos del contrato prometido, evento en el cual caben los comentarios hechos sobre tal particular para el contrato de promesa civil.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX y otros, “Exégesis del Código Civil peruano de 1984”, tomo 1. *Contratos: parte general*, Gaceta Jurídica.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles*, tomo 1, 7ª edición, Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

BARBERO, DOMÉNICO, *Sistema del derecho privado*, tomo 1 parte general, traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.

BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *De los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Ediciones Librería del Profesional, 15ª edición, Bogotá, 2002.

129 *Vid.*, REYES VILLAMIZAR, op. cit., pág. 82.

- BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *El contrato de promesa. La promesa de compraventa de bienes inmuebles*, t. décimo “De las obligaciones”, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 1996.
- CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL, “La contratación electrónica: ¿nuevo instrumento para la administración de la empresa?”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 103.
- CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile - Temis, 1992.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, vol. XV segunda parte, tomo IV, Lima, 1999.
- DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, *Derecho privado de Internet*, Civitas, 3ª edición actualizada, 2002.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I. Introducción. Teoría del contrato, Civitas, Madrid, 1996.
- ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios civiles y comerciales II, El contrato*, 1ª edición, Biblioteca Jurídica Diké, 1994.
- FUEYO LANERI, FERNANDO, *Derecho civil*, t. quinto, “Los contratos en particular, y demás fuentes de las obligaciones”, volumen II, “Contratos preparatorios”, 2ª edición, Imprenta y Lito, Universo S.A., Santiago de Chile, 1964.
- GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR, *De los principales contratos civiles*, 3ª edición, Temis, Bogotá, 1996.
- GHERSI, CARLOS ALBERTO, *Contratos civiles y comerciales, partes general y especial, figuras contractuales modernas*, t. 1, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- ILLEZCAS ORTIZ, RAFAEL, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001.
- ILLEZCAS ORTIZ, RAFAEL; PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003.
- LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, vol. 1, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999.
- LEAL DÁVILA, ORLANDO, *Promesa de contrato, opción y preferencia*, Temis, Monografías jurídicas 74, Bogotá, 1991.
- MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de derecho civil, De las fuentes de las obligaciones*, tomo 1, 5ª edición, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.
- MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, “El problema de la consensualidad de la promesa mercantil de celebrar contrato”, en GARCÍA-MUÑOZ, JOSÉ ALPINIANO; OVIEDO ALBÁN, JORGE (Coordinadores). *Estudios de Derecho Económico, tomo 1, Instituciones de Derecho Comercial*, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 2003.

- MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, “El problema de la consensualidad de la promesa mercantil de celebrar contrato”, en *Vniversitas*, n° 63, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1982.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano, teoría general de las sociedades*, 8ª edición, Legis, 1998.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles*, Legis, Bogotá, 2002.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Temis, 4ª edición, Bogotá, 1994.
- OVIDEO ALBÁN, JORGE, “La formación del contrato en el Código de Comercio colombiano”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, t. 114, 2003.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO, *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, 2ª edición, Librería - Editorial Temis, Bogotá, 1953.
- PINZÓN, GABINO, *Sociedades comerciales*, vol. 1, “Teoría general”, 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1986.
- República de Chile, *Código Civil*, edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho societario, I*, Temis, Bogotá, 2002.
- RIPERT, GEORGES; BOULANGER, JEAN, *Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol. Las obligaciones* (1ª parte), traducción de DELIA GARCÍA DAIREAUX, La Ley Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ FONNEGA, JAIME, *Del contrato de compraventa y materias aledañas*, Ediciones Lerner, Bogotá, 1960.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, reimpresión de la primera edición, 1991.
- VALENCIA ZEA ARTURO, ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO, *Derecho civil. De las obligaciones*, t. III, 9ª edición, Temis, 1998.
- VÉLEZ, FERNANDO, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª edición, t. sexto, Imprenta Paris América (Paris).