

Contratos preparatorios. El contrato de promesa*

FERNANDO HINESTROSA

SUMARIO: I. Los contratos preparatorios o preliminares.- II. El contrato de promesa de contrato.- III. El contrato preliminar o preparatorio.- IV. El contrato de promesa.- V. Razón de ser del contrato preparatorio.- VI. Su irrevocabilidad.- VII. Muerte o pérdida del poder de disposición del promitente.- VIII. Requisitos de la promesa.- IX. La forma del contrato de promesa.- X. Determinación de los 'essentialia negotii' del contrato prometido.- XI. Regularidad del contrato prometido.- XII. Oportunidad de la capacidad y de la legitimación.- XIII. Vicios de la voluntad.- XIV. Poder para prometer la enajenación.- XV. Ilícitud al momento de la promesa o al tiempo del contrato ulterior.- XVI. Determinación de la época de celebración del contrato.- XVII. Naturaleza de la obligación del promitente.- XVIII. Ejecución anticipada del contrato definitivo.- XIX. Invalidez del contrato preparatorio.- XX. Ruptura del equilibrio contractual.- XXI. Sucesión 'mortis causa' en la promesa.- XXII. Cesión del contrato de promesa. Cambio de beneficiario.- XXIII. Celebración del contrato prometido.- XXXIV. Incumplimiento del contrato de promesa y derechos del promisorio.- XXV. Ejecución específica de la obligación de contratar.- XXVI. Incumplimiento con la interposición de un tercero.- XXVII. Titularidad de la pretensión.- XXVIII. Promesa unilateral.- XXIX. Promesa bilateral.- XXX. Resolución del contrato de promesa por incumplimiento.- XXXI. Arras y cláusula penal.- XXXII. Restitución de lo dado a cuenta del contrato definitivo.

I. LOS CONTRATOS PREPARATORIOS O PRELIMINARES

Al contrato, tomado como la disposición última de sus intereses por partes que se proponen determinados resultados prácticos, con la mayor frecuencia, de naturaleza económica, se puede llegar por distintos caminos, a distinto ritmo, y con posibilidad de hacer escalas numerosas en el recorrido. Todo lo que ocurra antes "previo", esto es, anterior al contrato, y dentro de las múltiples variedades de aproximaciones entre las futuras partes está la posibilidad de celebración de un

* Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 7-9 de septiembre de 2005.

contrato, previo o preliminar con relación al final o definitivo. Inclusive, dentro de la gama de actos que pueden darse en esa fase está el acto de apoderamiento, por medio del cual una de las partes o ambas, o uno o varios de los miembros de una de ellas autorizan a alguien para que obre por cuenta suya; acto de autorización y no de disposición, pero también preparatorio.

II. EL CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO

La doctrina francesa primero habló de promesa de venta (art. 2589 *Cod. civ.*), luego de promesa de contrato, y a la postre, de lo que ocurre antes (*avant*) de la celebración del contrato, con empleo de una expresión amplia, a la vez que equívoca: *avant-contrat*, por cuanto se la utiliza igual para designar los acuerdos (que no contratos) a que paulatina y sucesivamente van llegando los candidatos a contratantes a lo largo de las negociaciones, que para indicar el contrato preparatorio o preliminar, este sí, un verdadero contrato¹, con caracteres especiales², e inclusive, sin más, para abarcar todo lo que ocurre antes (*avant*) de la celebración del contrato³. En ese ordenamiento la promesa bilateral, en razón de que "el comprador adquiere de derecho la propiedad [...] desde que se convinieron la cosa y el precio" (art. 1583 *Cod. civ.*), produce, en principio, los efectos del contrato definitivo⁴.

En el derecho alemán, se pasó de los *pacta de contrahendo* a la noción del *Vorvertrag*⁵, contrato autónomo, concebido para permitirle a las partes retardar los efectos del contrato principal, a tiempo que asegurar su celebración.

En el Código de BELLO (C. C. chileno, art. 1554), la promesa aparece como una figura general, inclusive con la prevención de que frente a su incumplimiento, el acreedor (de obligación de hacer) podrá obrar en los términos prevenidos para la ejecución de esta; simplemente su validez se somete al escrito como re-

- 1 La nomenclatura de '*contratos provisionales*' corresponde a R. DEMOGUE. *Les contrats provisoires*, en *Études Capitantes*, Paris, Dalloz, 1939 [Paris, Librairie Duchemin, 1977], 159 s. PH. MALAURIE et L. AYNÈS. *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, v. II, *Contrats, quasi-contrats*, 11.ª ed., Paris, Cujas, 2001/2002, 59 ss., se refieren a los '*Avant-contrats provisoires et obligatoires*', entre los cuales incluyen los "contratos preparatorios", "la promesa unilateral de contrato" y la "promesa sinalagmática".
- 2 "Los *avant-contrats* son en realidad contratos propiamente dichos, cuya sola particularidad concierne a la naturaleza de la obligación que generan: es un crédito consistente en una simple facultad de exigir la formalización del contrato definitivo [...] En fin de cuentas, una variedad de obligación de hacer": A. BÉNAVENT. *Droit civil, Les obligations*, 9.ª ed., Paris, Montchrestien, 2003.
- 3 J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, en su preciosa obra *L'avant-contrat*, Éd. FRANCIS LEFEBRE, Levallois, 2001, tan solo consagran una tercera parte a los contratos preliminares o preparatorios; el grueso de su exposición corresponde a las negociaciones.
- 4 "*Promesse de contrat vaut contrat*". Cfr. MOUSSERON, GUIBAL et MAINGUY. *L'avant-contrat*, cit., n.º 573, 359 y nota 755, n.º 574, 360.
- 5 DEGENKOLB. *Der Begriff des Vorvertrages*, 1887.

quisito de forma. Ese texto llegó tal cual a la Nueva Granada; sin embargo, en el Código adoptado como de la República por la Ley 57 de 1887, el artículo 1611 previno extraña y terminantemente: "La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna". Cuatro meses después, la Ley 153 (art. 89) subrogaba aquel precepto con la redacción del original chileno, pero sin el último inciso que remite al artículo anterior para la ejecución coactiva de la promesa. Y el Código de Comercio (de 1971) previene que "la promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso".

El Código Civil de Quebec (art. 1396) asimila la "oferta de contratar" a la "promesa de celebrar el contrato previsto", "en cuanto el destinatario manifieste al oferente claramente su intención de tomar en consideración la oferta y de responderla en un plazo razonable", con la adición de que "la promesa por sí sola no equivale al contrato previsto, pero, cuando el beneficiario de la promesa la acepta o toma la opción que se le dio, se obliga de la misma manera que el promitente a celebrar el contrato".

III. EL CONTRATO PRELIMINAR O PREPARATORIO

Sea lo primero subrayar que el llamado contrato preliminar o preparatorio, es un contrato, es decir, un acuerdo de dos o más partes, generador de obligaciones (art. 1495 C. C. colombiano), caracterizado por su función particular de obligar a ambas partes o a una sola a celebrar, en un futuro determinado, otro contrato, que por ello se denomina definitivo, cuyos puntos o elementos esenciales individualiza, y que posee una función específica, que contrasta con la genérica, puramente instrumental, del preparatorio, consistente en obligar a contratar⁶, ora unilateralmente, ora recíprocamente. En ese sentido el contrato futuro será un acto debido, un contrato forzado: ambas partes o la sola parte comprometida, no son ya libres de contratar o no, porque se comprometieron a hacerlo⁷.

6 "El contrato preliminar (llamado también *promesa de contrato* o *precontrato* o –latinamente– *pactum de contrahendo* o *pactum de ineiundo contractu*), es un contrato con una finalidad peculiar. "Es uno de los aspectos de la *formación progresiva* del contrato (o *formación ex intervalo*), o mejor, de la *formación progresiva* de los efectos contractuales, en cuanto, en razón del c. preliminar, los efectos normales no se producen todos inmediatamente, porque ese es el propósito de las partes. Se produce uno solo, que es de índole esencialmente *formal e instrumental*: la *obligación* (de naturaleza estrictamente personal) de *estipular* entre las mismas partes *otro contrato futuro*, que se llama definitivo (o también principal). La función del c. preliminar es, por tanto, meramente preparatoria, la de proyectar un contrato posterior": F. MESSINEO. "Contratto preliminare", en *EdD*, x, Milano, Giuffrè, 1962, 1, 166.

7 A diferencia de otros contratos "forzados" o "impuestos" por la ley, como la constitución de servidumbre en favor de predio enclavado, la expropiación, o el de servicios públicos para los cuales el empresario no puede rechazar la oferta del usuario.

IV. EL CONTRATO DE PROMESA

Dentro de las varias figuras de contrato preliminar o preparatorio sobresale el contrato de promesa, al punto de que es frecuente la asimilación de aquel a este. Así, en el derecho italiano el contrato preliminar resulta asimilado al contrato de promesa⁸. El contrato de promesa es un contrato preliminar, lo cual, inmediatamente, muestra la diferencia de dicha figura con la oferta y con el contrato definitivo sujeto a condición suspensiva o a condición resolutoria, *v. gr.* con la venta con pacto comisorio, o con el pacto de reserva de dominio, y por supuesto, con la venta cuyo "perfeccionamiento" no demanda formalidad especial, pero que las partes someten al otorgamiento de escritura pública (art. 1858 C. C.). Es un contrato medio⁹, puente para llegar a un contrato fin. La promesa obliga a contratar, a celebrar el contrato futuro, objetivo genérico, en tanto que este último obliga a las prestaciones que se derivan de su función específica; obligaciones que en tal sentido podrían calificarse de sustanciales¹⁰. Con una concatenación lógica y práctica entre ellas, de modo que, en la hipótesis de imposibilidad de ejecución de estas prestaciones, sobrevinida en el tiempo intermedio, no habría lugar a la celebración del contrato previsto, al margen de la razón de ser de dicha imposibilidad, relevante tan solo para decidir acerca de la responsabilidad de promitente, caso de serle imputable.

V. RAZÓN DE SER DEL CONTRATO PREPARATORIO

El contrato de promesa no tiene mayor antigüedad y no salió del razonamiento de los juristas. Su progenie es puramente práctica¹¹. Surgió como promesa de compraventa y de allí se extendió a todos los contratos¹². En el mundo actual de los negocios, el contrato de promesa, tanto unilateral como bilateral, ha alcanzado importancia y frecuencia grandes. Así, la opción es empleada intensamente en el comercio de toda clase de bienes muebles, especialmente de insumos,

8 "Por contrato preliminar se entiende el contrato por el cual las partes se comprometen a celebrar, posteriormente, otro contrato. En la práctica se tienen el c. preliminar de venta, de obra, de arrendamiento, de sociedad, etc.": R. SACCO. "Il contratto preliminare", en *La preparazione del contratto*, en *Tratato di diritto privato*, dir. por P. RESCIGNO, t. 10, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, Torino, Utet, 1983, 361 s.

9 Cas. 4 septiembre 2004, exp. 5420.

10 MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., 191.

11 "El contrato preliminar no es fruto de las lucubraciones de los juristas. Tiene su origen en la práctica, estimulada por el deseo de evitar, o diferir, ciertos resultados en razón de exigencias varias. La práctica le otorgó derecho de ciudadanía al contrato preliminar. Su reconocimiento y su disciplina legislativa fragmentaria son el producto de dicha práctica muy difundida": MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., 2, 168 s. "El contrato preliminar se afirmó sólidamente en la práctica de todos los países mucho antes de que los legisladores lo regularan, y antes de que la doctrina lo clasificara": SACCO. *Il contratto preliminare*, cit., 363.

12 R. DE MATTEIS. *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, Cedam, 1991, 30 ss.

comodities, papeles y valores bursátiles, y la promesa bilateral es dijérase que imprescindible en la compraventa de inmuebles, para no hablar de la promesa de sociedad, tan útil en el proceso de formación de esos entes.

Posponer la celebración de un determinado contrato, cuyos términos están ya convenidos y a la vez asegurarla, esa la razón de ser de la figura, que, en consecuencia, presupone, de un lado, una decisión madura, o mejor, ya tomada, y de otro, la postergación del acuerdo definitivo. Varias son las razones que pueden llevar a posponerlo: piénsese en el contrato de promesa de cesión o de licencia relativo a un descubrimiento o invención aún en curso o con patente en trámite, o acerca de un libro por escribir o cuya redacción avanza; en la promesa de venta o de arrendamiento de inmueble cuya construcción está todavía en planos o apenas se adelanta; en la promesa de venta de un bien perteneciente a una sucesión no concluida; o en la promesa de venta de inmueble para cuya adquisición el promitente comprador está pendiente de un crédito institucional; o en el contrato de promesa de mutuo; o en la promesa de venta que se celebra porque para alguna de las partes o para ambas, es más conveniente fiscalmente que la venta se feche en la vigencia siguiente; o simplemente en el contrato cuya celebración se pospone porque quien ha de pagar el precio de contado, no tiene en el momento el dinero, o en la promesa unilateral que celebra un intermediario que desea asegurar el precio de las mercancías, que aspira a colocar luego en el mercado con ganancia; o en el arrendamiento con opción de venta, o en la promesa de arrendamiento de servicios.

VI. SU IRREVOCABILIDAD

A diferencia de lo que sucede con los acuerdos preliminares: "carta de intención", "acuerdo de principio"¹³, "puntuación"¹⁴, y con la oferta, que son de natural revo-

13 "Los llamados 'acuerdos de principio' obligan a los contratantes a negociar con miras a celebrar un contrato definitivo. La obligación principal que generan es la obligación firme de negociar y de hacerlo de buena fe. Obligación que, empero, no es la de celebrar un contrato": PH. DELEBECQUE et F-J. PANSIER. *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Paris, Litec, 2000, n.º 78, 40.

14 "Con la palabra '*punctuation*', a veces se designa la formación del contrato por etapas sucesivas, si que también la celebración del contrato 'punto por punto'. Pero, más frecuentemente, el término '*punctuation*' se toma en un sentido más estricto y más técnico, de modo de designar el escrito redactado por las partes para fijar los puntos de las negociaciones en los que ya hay acuerdo": A. RIEG. "La '*punctuation*', contribution à l'étude de la formation successive du contrat", en *Études offerts à A. Jauffret*, Faculté de droit et science politique d'Aix-Marseille, 1974, 593. "La *puntuación* (o sea la *minuta*) sirve para fijar algunos puntos del contrato futuro, sobre los cuales se ha llegado a un acuerdo entre las partes, cuando no se da la formación instantánea del contrato. Pero, a diferencia del c. preliminar, no es un contrato, es solamente la *documentación provisional*, con fin nemotécnico, de aquel *acuerdo* alcanzado, que, por lo demás, no es vinculante, y cuyo contenido será vertido o trasvasado en el contexto del contrato, *solamente* si se llega a él, pues no se excluye que las partes no vayan más allá de la puntuación, caso en el cual esta queda completamente privada de valor jurídico": MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., 192.

cables¹⁵, el contrato de promesa no es revocable unilateralmente. "La promesa de contrato crea a favor del destinatario de ella una situación estable, una seguridad jurídica que le da una ventaja considerable"¹⁶. Las partes quedan firmemente comprometidas en los términos de la promesa, y ninguna de ellas puede desdecirse o modificar por su sola cuenta lo allá acordado. Para ello han de proceder de consuno (*contrarius consensus*). La promesa surge en el curso de las negociaciones, o mejor dicho, al término de ellas, como su culminación, en vez del contrato definitivo, que simplemente se condiciona o se pospone. En la promesa unilateral, el beneficiario puede renunciar *ad libitum* en cualquier momento al derecho que el contrato le concede de disponer la celebración del contrato definitivo. Y si toma la opción, cual acontece con la oferta, la mera manifestación positiva y oportuna suya implica su celebración, salvo que la ley imponga para el contrato en cuestión una solemnidad especial constitutiva, evento en el cual habrá de procederse a cumplirla y, si el promitente fuere remiso, el promisario iniciará la ejecución correspondiente.

VII. MUERTE O PÉRDIDA DEL PODER DE DISPOSICIÓN DEL PROMITENTE

En caso de muerte del promitente, sus obligaciones pasan a los herederos, quienes con la aceptación de la herencia asumen la correspondiente obligación de hacer, cuya ejecución puede verse entrabada, no por su dimensión propia, sino, pensando en la ejecución de las obligaciones de dar que eventualmente genere el contrato prometido: el bien entra en sucesión, por lo cual habrá que esperar a su terminación con la consiguiente partición de la herencia y adjudicación de la hijuela o lote de deudas y gastos.

Por el contrario, si lo que ocurre es la suspensión del poder de disposición, como es el caso de concurso, quiebra, toma de posesión, trámite concordatario o de liquidación, el promisario habrá de acudir con el crédito de la promesa a donde se adelante el trámite respectivo, para su reconocimiento y ulterior calificación, a fin de que, reducido a dinero, sea cubierto conforme lo indique la providencia de graduación de créditos, salvo que, excepcionalmente, se decida la ejecución específica.

15 MALAURIE et AYNÈS. *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, v. II, *Contrats, quasi-contrats*, cit., 57, hablan de 'casi-contratos' (*presque-contrats*), para indicar "ciertas convenciones, que sin embargo de no ser obligatorias, no están desprovistas de todo efecto, sea en razón de su similitud con el contrato, pero en un ámbito extra-jurídico —es el compromiso de honor—; sea por su proximidad con el contrato que anuncian —es el acuerdo de principio".

16 SABATIER. "La promesse de contrat", en *La formation du contrat - L'avant-contrat*, 62 Congrès de Notaires de France, Perpignan, 1964, 96.

VIII. REQUISITOS DE LA PROMESA

El contrato de promesa, en cuanto acto de disposición de intereses, está sometido a las exigencias generales propias de su naturaleza contractual, o sea a aquellas comunes a todo contrato: en fin de cuentas, capacidad, poder de disposición (legitimación) e idoneidad del objeto (art. 1502 C. C.), además de aquellas que la ley señale específicamente para él¹⁷. Como se anotó atrás, el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, subrogatorio del artículo 1611 C. C., previene: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1.^a Que la promesa conste por escrito; 2.^a 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 [1502] del Código Civil¹⁸; 3.^a Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4.^a Que se determine de tal suerte el contrato, que para 'pefeccionarlo' solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". Adicionalmente, también lo gobiernan, en la medida de lo pertinente, las reglas propias del contrato prevenido¹⁹.

IX. LA FORMA DEL CONTRATO DE PROMESA

De la disposición transcrita se sigue que el contrato de promesa es formal; el documento es aquí una solemnidad constitutiva, cuya omisión se ha dicho tradicionalmente que genera nulidad absoluta, pero que en rigor lo que determina es la inexistencia (art. 898 C. Co.). Ahora bien, en cuanto hace al contrato de promesa mercantil, sin perder de vista que el ordenamiento especial prevé que "la promesa de contrato de sociedades deberá hacerse por escrito" (art. 119 C. Co.), ha de tenerse presente que a partir de sentencia de casación del 13 de noviembre de 1981, la Corte ha sostenido que la promesa mercantil es informal o consensual, basada en que, con arreglo a la norma del artículo 824 C. Co., los contratos comerciales no exigen formalidad alguna, a menos que la ley expresamente la imponga, lo que no ocurre con el de promesa, excepción hecha del de promesa de sociedad.

17 "El esquema del c. preliminar no permite que se remita al c. definitivo la actividad de formulación del negocio posterior [...] De ahí se sigue que el c. preliminar debe determinar el contenido del definitivo mediante la predisposición de las representaciones correspondientes al conjunto de las cláusulas que conformarán el texto del contrato futuro. El carácter de 'plenitud' que en concreto debe revestir el c. preliminar para que sea admisible su operatividad en el ámbito del ordenamiento jurídico ha sido afirmado siempre por los intérpretes": A. GIUSTI, *Funzione, elementi essenziali, vizi*, en A. GIUSTI e M. PALADINI. *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1992, 76.

18 Consentimiento, capacidad objeto idóneo, causa lícita.

19 Porque "suponiéndose un esquema de contrato definitivo, nulo [...] no se ve cómo pueda ser válido un contrato paralelo, preliminar": SACCO. *Il contratto preliminare*, cit., p. 363.

En el fondo tal precisión no tiene mayor significado práctico, como quiera que la costumbre y el empeño de seguridad, mayor en un contrato cuyo fin es el de asegurar la celebración de otro, hacen que las partes celebren toda promesa por escrito, pues no se confían a la palabra. A lo que se agrega que la dificultad de probar el lleno de los demás requisitos del contrato de promesa contribuye a esa imposición del hábito.

Por lo demás, valga anotar que la inclinación general frente a los contratos preparatorios es la de exigir solemnidades, de ordinario la misma demandada legalmente para el contrato definitivo: arts. 1351 *codice civile* it., 2246 C. C. de México D. F., 1417 C. C. de Brasil. *Versus* arts. 1415 *Code civil* de Quebec, 462 C. C. de Brasil.

X. DETERMINACIÓN DE LOS *ESSENTIALIA NEGOTII* DEL CONTRATO PROMETIDO

Dadas la razón de ser y la función del contrato de promesa, es obvia la exigencia de que en él se indiquen tanto la figura *iuris*, como los 'elementos esenciales' del contrato definitivo²⁰, o más propiamente, que se determinen y haya acuerdo sobre ellos. A este propósito es elemental el reenvío al supuesto de hecho de las normas que disciplinan el contrato correspondiente, o en su caso, al supuesto de hecho de la figura socialmente típica prevista en el contrato preliminar, con la anotación complementaria de que para establecer cuál es el respectivo *factum*, es indispensable haber individualizado la figura escogida por las partes²¹.

En lo que hace a la determinación del o, mejor, de los objetos del contrato, la remisión ha de hacerse a lo dispuesto en general sobre la determinación del objeto, y sobre todo, en cuanto a la posibilidad de hacerla posteriormente, cómo o por quién y cuándo, con las eventuales limitaciones de esa flexibilidad por parte de la ley.

XI. REGULARIDAD DEL CONTRATO PROMETIDO

La prevención de que el contrato previsto no vaya a estar afectado de anomalía o vicio que genere su nulidad, es también natural. La irregularidad en cuestión, ahora en ciernes o futura, porque el contrato no se ha celebrado, pero cierta en su configuración, contamina al contrato preparatorio, que no es autónomo, sino dependiente del definitivo. Ello implica el examen de este en todos sus aspectos, o mejor,

20 Así el artículo 1415 C. C. de Perú. El artículo 2246 C. C. de México D. F. dice que debe: "contener los elementos característicos del contrato definitivo".

21 "Si las características del contrato no están suficientemente indicadas, habrá simplemente un proyecto no obligatorio, y será menester un nuevo acuerdo de las partes para determinar un elemento del contrato, y no simplemente la aceptación de la promesa de la que resultará el contrato": SABATER. *La promesse de contrat*, cit., 131.

de sus requisitos de validez: capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto idóneo, poder de disposición. Y se agregará la realidad, autenticidad y licitud de la "causa", para completar el elenco legal.

El texto normativo se expresa diciendo, al respecto, que "el contrato no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos" legales de validez.

A este propósito valga anotar que la jurisprudencia colombiana en casación del 23 de julio de 1969, basada en esa prevención, pronunció la nulidad absoluta de una promesa de compraventa de inmueble cuyo precio estimó lesivo, con lo cual, aceptando indirectamente la relevancia de la lesión en el contrato de promesa, la sancionó más drásticamente que la lesión en la compraventa misma, al pronunciar la nulidad en vez de la rescisión y privar de ese modo a la parte vencida del derecho a la subsistencia del contrato completando el justo precio o devolviendo el exceso.

XII. OPORTUNIDAD DE LA CAPACIDAD Y DE LA LEGITIMACIÓN

Análogamente a como se predica de la capacidad respecto de la procura, en caso de contrato celebrado por medio de apoderado, que la capacidad del *dominus* se exige para el momento en que otorga el poder, mas no para la oportunidad en que este se ejerce, acá ha de afirmarse que la capacidad de los contratantes de la promesa se impone entonces, pero no al tiempo de celebrar el contrato prometido. En otras palabras, las partes deben ser plenamente capaces solamente a la celebración de la promesa²². De llegar a incapacitarse luego, para la celebración del contrato prometido habrá de intervenir el representante legal, o si ello no bastare, por las exigencias de ley, deberá hacerlo el juez, ante quien acudiría la otra parte, siguiendo el mismo trámite previsto para la ejecución coactiva de la obligación²³.

A la inversa, en cuanto atañe al poder de disposición o legitimación, su presencia es necesaria para cuando se celebre el contrato definitivo, pero no a la celebración del de promesa. Y la razón es elemental. El poder de disposición es ineludible al celebrarse el acto respectivo, y el contrato preparatorio no envuelve en sí enajenación, apenas la previene. Es más, puede ser que precisamente la razón de no celebrar ahora el contrato definitivo sea la falta actual de legitimación, a cuya presencia futura oportuna se remite el contrato preparatorio.

22 "El promitente debe tener la capacidad para celebrar el contrato que promete realizar, por lo mismo que se compromete definitivamente, da su consentimiento desde el instante mismo de la promesa y no puede darlo válidamente si no es capaz": SABATER. *La promesse de contrat*, cit., p. 130.

23 Así, GIUSTI e PALADINI. *Il contratto preliminare*, cit., 111 s.

XIII. VICIOS DE LA VOLUNTAD

La existencia de los vicios de la voluntad se determina siempre en razón de las circunstancias y hechos ocurridos con anterioridad y al momento de la celebración del contrato, sobre cuyos elementos pueden darse aquellos. Por eso, y como quiera que en la promesa es menester voluntad de celebrarla cierta, consciente, ilustrada y libre, y teniendo en cuenta el carácter instrumental de dicho contrato con relación al definitivo, ha de afirmarse que los vicios de voluntad relevantes son aquellos que pudieron presentarse entonces, y que no se conciben vicios de la voluntad suscitados posteriormente, luego de haberse tomado la decisión y asumido el compromiso en condiciones del todo determinadas²⁴.

XIV. PODER PARA PROMETER LA ENAJENACIÓN

Por lo mismo que la promesa de contrato de "enajenación" acarrea la obligación de celebrar tal contrato, cuya ejecución, a su turno, lleva consigo la transferencia del dominio del bien objeto de él, cuando quiera que a nombre del promitente de la enajenación obre un tercero, es indispensable que esté legitimado al efecto, toda vez que el poder de suyo solo habilita para actos de administración (arts. 2158 C. C. y 1263 C. Co.), apoderamiento especial cuya exigencia se extiende a aquellos actos que tienen vocación de enajenación, como son la constitución de prenda o de hipoteca.

XV. ILICITUD AL MOMENTO DE LA PROMESA O AL TIEMPO DEL CONTRATO ULTERIOR

Parece incuestionable la exigencia de licitud de la operación entendida en su conjunto, que abarca tanto el contrato preparatorio como el definitivo, y de su objeto y causa, conforme a las circunstancias imperantes al momento de la celebración de la promesa, porque su ilicitud golpearía la disposición definitiva, según se desprende de la previsión del ordinal 2.º del artículo 1611 C. C.²⁵. Y si en el entretanto surge razón de ilicitud, el contrato prometido no podría celebrarse válidamente y tampoco cabría su ejecución coactiva.

24 "No hay duda de que los vicios del c. preliminar se resuelven siempre y de todos modos, en una valoración negativa del acuerdo originario *inter partes*, subsumible en la óptica de la nulidad, anulabilidad, rescindibilidad, resolubilidad del propio acuerdo, según el tipo de disciplina aplicable a cada caso": GIUSTI e PALADINI. *Il contratto preliminare*, cit., p. 142.

25 "Así, la promesa de constituir una sociedad que tenga por objeto una explotación ilícita será nula, y la nulidad de la promesa puede ser demandada antes de la celebración del contrato": SABATER. *La promesse de contrat*, cit., p. 133.

XVI. DETERMINACIÓN DE LA ÉPOCA DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

El contrato definitivo es ineludiblemente futuro con relación al preliminar, y en aras de la seguridad y rapidez de consolidación de las relaciones jurídicas, el ordenamiento se esmera en exigir que la oportunidad de su celebración esté inequívocamente determinada. Así, el numeral 3 del artículo 1611 C. C. previene: "Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato".

Plazo, hecho futuro y cierto; condición, hecho futuro e incierto. La norma permite el empleo de cualquiera de las dos modalidades, y la jurisprudencia se ha ocupado de estos temas en orden a precisar que la determinación de la oportunidad del contrato futuro no ha de dejar incertidumbre alguna, por lo cual ha indicado que el señalamiento de la época "no puede someterse a una condición indeterminada" (cas. 1.º de junio de 1965 y 5 de julio de 1983)²⁶.

Por consiguiente, la consecuencia de no haber fijado plazo ni puesto condición, ora al celebrar el contrato de promesa, ora al acordar una prórroga del término inicial, es la nulidad del contrato preparatorio.

XVII. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE

El efecto propio, característico del contrato de promesa es la generación de una obligación de hacer, calificada, consistente en la celebración del contrato futuro²⁷. De él se sigue que el promitente, preventivamente, tiene el deber de ajustar su conducta de manera de estar en condiciones de cumplir en oportunidad²⁸,

26 Cas. 23 junio 2000, exp. C-5295: "como uno de los requisitos definitorios de la promesa de contrato es que "contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato", la Corte ha sostenido que ese presupuesto debe quedar "determinado de antemano", lo cual no sería posible frente a una condición indeterminada, no sólo por ser incierta la ocurrencia del evento, sino por ignorarse la época en que éste puede ocurrir. De ahí que en la misma sentencia inmediatamente citada se consignara que "Es el momento de la celebración del contrato el que da lugar al nacimiento de la condición con todos los atributos propios de su naturaleza y es en ese momento en el que puede calificarse a la condición como indeterminada o determinada". Cas. exp. 5478: "un plazo no siempre se estipula del mismo modo; y no cabe duda que la forma más sencilla de expresarlo es señalando con toda exactitud un día venidero, hipótesis que en verdad arroja la más redonda certidumbre. Ciertamente que en el *sub lite* no ocurrió de esa manera, habida cuenta que, según lo transcrito, al decirse 'dentro de los 60 días siguientes', quedó establecido que para el cumplimiento de la promesa se disponía, no de un solo día, sino de los varios comprendidos en ese intervalo. De esta circunstancia, empero, no se sigue que se eche de menos la estipulación de un plazo apto en la promesa".

27 "Según la concepción corriente, del contrato preliminar se deriva la obligación de 'consentir', de 'prestar el consentimiento' necesario para la celebración del definitivo": SACCO. *Il contratto preliminare*, cit., p. 364.

28 "Del carácter meramente obligatorio del c. preliminar, se sigue ciertamente para el obligado, una prohibición implícita, de naturaleza personal, de enajenar o de constituir, en cabeza de otro, el derecho prometido": MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., n.º 6, p. 177. Cfr. SACCO. Ob. y loc. cit.

cuanto lo primero, el de no incurrir en comportamientos que impidan la celebración de aquel o alteren la producción de sus efectos, como serían los actos de enajenación o de entrega de tenencia del bien²⁹. Y correlativamente, ha de reconocerse al promisorio el derecho a ejercer los actos de conservación pertinentes, para lo cual vale la *analogia legis* con la posición del acreedor bajo condición suspensiva, prevista en el artículo 1180 *Code civil*.

El efecto, puramente personal, expone naturalmente al promisorio a la ineffectividad de su derecho a causa de actos definitivamente impositivos, si que también a una afectación del mismo por actos de gravamen o de administración, que no está en posibilidad de impedir. Su única defensa consistirá en la demanda de inoponibilidad de ellos, en la medida en que el tercero haya obrado con conocimiento del compromiso previo contraído por su contraparte (*consilium fraudis*), o que haya adquirido su derecho a título gratuito, con aplicación de las normas que rigen la acción "revocatoria" (art. 2491 C. C.).

Valga resaltar la innovación introducida por el Código Civil de Brasil (arts. 1417 y s.), con antecedente en el § 883 BGB que otorga derecho de persecución contra terceros a quien obtuvo anotación de su derecho en el registro inmobiliario, y en el artículo 683 ZGB (Código Civil suizo), relativo a la realidad del derecho de recompra y recuperación, al erigir la figura de la promesa de compraventa con "derecho real a la adquisición del inmueble", sobre la base de su celebración mediante instrumento público o particular inscrito en el registro inmobiliario³⁰.

La obligación de celebrar el contrato, en el evento de que sea subjetivamente compleja, por la presencia de varias personas en la respectiva parte, debe ser ejecutada conjuntamente, en otras palabras, es subjetivamente indivisible y, por lo mismo, es razón de ser de un litisconsorcio necesario³¹.

XVIII. EJECUCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DEFINITIVO

Dadas las características y la función del contrato de promesa, es del todo factible que las partes al tiempo de su celebración o en fecha en todo caso anterior al contrato definitivo y a buena cuenta de él, en razón de la promesa, anticipen la ejecución de alguna o algunas de las prestaciones de aquel. De la mayor frecuen-

29 La gran mayoría de promesas sinalagmáticas de venta contienen cláusulas de este estilo: "Al 'vendedor' le queda prohibido a partir de hoy todo acto que pueda implicar compromiso del derecho de propiedad y de las condiciones de goce prometidos al adquirente. En especial se compromete a mantener los bienes objeto del presente contrato en el estado en que se encuentran. Al vendedor le está prohibido, durante la vigencia de la presente promesa, enajenar el inmueble objeto de ella, hipotecarlo, arrendarlo, permitir o dejar adquirir cualquiera servidumbre, y en términos generales, realizar cualquier acto o permitir cualquiera acción que pueda tener por resultado una depreciación de su valor o del de su uso": MOUSSERON, GUIBAL et MAINGUY. *L'avant-contrat*, cit., n.º 579, 365 s.

30 Análoga seguridad está prevista en el derecho catalán.

31 Así, MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., n.º 7, 179.

cia en las promesas bilaterales de venta de inmuebles es el pago anticipado de parte del precio, como también la entrega anticipada del bien. Llegado el momento de la celebración del contrato prometido, el comprador pagará el saldo, y en cuanto al bien, continuará detentándolo y, si se considera que no es aún poseedor simplemente cambiará el título al cual lo ocupa el comprador³².

XIX. INVALIDEZ DEL CONTRATO PREPARATORIO

En la misma medida en que el contrato preparatorio está sometido a los requisitos de validez señalados para todo contrato, cabe decir que sobre él pesan las mismas causales de nulidad que gravan en general al acto de autonomía privada (arts. 1740 y ss. C. C.), susceptibles de invocación tanto por vía de acción como por vía de excepción, esta última sin duda más ágil y expedita para evitar la celebración inútil de un contrato con todos los visos de ser declarado nulo³³.

XX. RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Es posible que en el intervalo entre la promesa y su ejecución, sobre todo si el término es prolongado, se presenten alteraciones monetarias que alteren considerablemente el equilibrio inicial de las prestaciones. Se pregunta qué hacer entonces, y más precisamente si, dada la gravedad del desajuste, el contratante agraviado con la situación sobrevenida está obligado a cumplir la promesa, pese a la evidencia del descalabro, o si puede sustraerse a su ejecución o subordinarla al reajuste para tornar a la proporcionalidad.

Lo primero que se ocurre anotar es que el contrato definitivo no se entiende celebrado desde la promesa o, más propiamente, que sus efectos no se retrotraen a la fecha de esta. Sentado lo anterior, ha de volverse a la inquietud planteada atrás (n.º XI), en el sentido de afrontar el tema de la lesión en la promesa, y en términos más generales, la cuestión de a qué momento se ha de remitir el cotejo entre el precio convencional y el "justo precio". En efecto, son varias y disímiles las hipótesis que se pueden presentar: la promesa desequilibrada puede permanecer tal hasta el día de la celebración del contrato prometido, como también puede ocurrir que el desajuste desaparezca en el entretanto; eventualmente las partes ejecutaron por anticipado íntegramente o en buena medida las respectivas prestaciones; o, por el contrario, no se dio ejecución alguna preventiva o esta fue insignificante. Todo ello a partir del principio de que la lesión consiste en el desequilibrio prestacional en el contrato, o en otras palabras, en su economía al momento de su celebración.

32 Cfr. *infra* xxxii.

33 SACCO. *Il contratto preliminare*, cit., p. 365.

En el derecho francés, la Corte de Casación ha confirmado el justiprecio a la fecha del contrato definitivo, comparado, obviamente, con el determinado en el de promesa³⁴. Y en lo que hace a la satisfacción anticipada de las respectivas contraprestaciones, se me ocurre que la apreciación del valor debe sujetarse al tiempo de su ejecución, con miras a una conclusión justa y equitativa. Otra cosa es la tarifa rígida establecida por nuestro legislador como mínimo del desequilibrio relevante.

XXI. SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN LA PROMESA

En el tiempo que media entre la celebración de la promesa y la oportunidad en ella señalada para la celebración del contrato definitivo, puede sucederse la muerte de cualquiera de las partes, o de ambas. En la promesa unilateral, la defunción del beneficiario de la opción implica la transferencia del derecho a sus herederos, quienes como ocurre en todos los casos de obligación indivisible, habrán de proceder de consuno en lo que atañe a las decisiones correspondientes (*ex art. 1583 [6.º] C. C.*). Y la del promitente, acarrea el paso de la deuda a sus herederos, quienes, reconocida en el trámite mortuario, habrán de satisfacerla o proveer a su satisfacción conforme a las reglas sucesorales, sin perjuicio de su exposición a la demanda ejecutiva del promisario, llegado el caso.

En cuanto a la promesa sinalagmática, siendo cada parte recíprocamente acreedora y deudora de la obligación de contratar, crédito y obligación entran de plano en la herencia, con las consecuencias indicadas. Los herederos son los sujetos calificados para el cumplimiento de la promesa y, por lo mismo, los destinatarios legitimados para recibir la demanda de cumplimiento, dentro de un litisconsorcio necesario.

Ahora bien, para el evento de que haya que esperar para el cumplimiento de la obligación de hacer al término de la causa mortuoria, ha de advertirse que, tratándose de una obligación contraída por el difunto, los herederos están en el deber de denunciarla e inventariarla, a fin de que en la partición se asigne el bien, dentro de la hijuela o lote de deudas, para que el o los herederos asignatarios de aquella cumplan la obligación. A este propósito valga anotar que esa inclusión del bien en la hijuela de deudas y la asignación de esta, que necesariamente han de ser inscritas en el registro inmobiliario (folio de matrícula), le otorgan un alcance real al derecho. En otros términos, que si el asignatario del bien, recibido con esa carga real, llegare a enajenarlo o a gravarlo, el tercero adquirente podrá ser perseguido exitosamente por el promisario. Así lo decidió la Corte Suprema de Justicia en casación civil.

34 Cfr. CH. LARROUMET. *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 5.ª ed., Paris, Economica, 2003, n.º 418, 401 s.

XXII. CESIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA. CAMBIO DE BENEFICIARIO

El crédito surgido de la promesa unilateral, como también el contrato de promesa bilateral pueden ser cedidos, a menos que en el contrato se hubiere prohibido su cesión, y aun en ese supuesto seguirían siéndolo, si se demuestra que la otra parte no tiene interés en dicha limitación o que su interés es insignificante (*ex arts. 1642 y 1643 C. C.*, relativos a la diputación para recibir el pago). Esa transferencia puede ocurrir, y ello es frecuente, en el momento mismo de la celebración del contrato prometido, dijérase que *brevi manu* en la opción, y por manifestación formal o informal en ella y en las promesas sinalagmáticas; en estas, obviamente a condición de que el cedente cumpla con su propia obligación.

El cesionario, como es obvio, podrá hacer efectivo el crédito, expuesto a que la contraparte le oponga la excepción de contrato no cumplido, mas, como tal, no podrá demandar la resolución del contrato, pretensión que corresponde al contratante en esa calidad.

XXIII. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO PROMETIDO

Lo natural y habitual es que las partes ejecuten el contrato, que las dos, en la promesa bilateral, o el solo promitente en la unilateral, se preparen para la celebración del contrato definitivo y que efectivamente lo celebren. Esa es su obligación, que elíptica y confusamente se señala como la de "otorgar la escritura", en los contratos que exigen esa solemnidad. Con ello habrán cumplido y extinguido ese deber³⁵, y dado paso a la ejecución de las obligaciones emanadas del contrato principal.

La promesa unilateral está concebida para que el contrato se considere celebrado en cuanto el beneficiario de la opción haga uso de ella, la tome. Cosa que puede hacer por cualquier medio de expresión; dijérase que la única exigencia es que su declaración, su comportamiento o su conducta concluyente, sea inequívoca, a menos que en el contrato preparatorio se hubiera limitado la relevancia del ejercicio de ese derecho a determinada o determinadas formas, esto es, que se hubiera establecido solemnidad constitutiva (por disposición particular), hipótesis en la cual el promitente podría no tener en cuenta una manifestación hecha por medio distinto, como también podría, a su discreción, hacer caso omiso de esa limitación y tener por suficiente la expresión informal del promisorio, análogamente a lo que ocurre con las exigencias de forma para la aceptación de la oferta, impuestas por el proponente.

35 "La promesa unilateral de venta es en sí misma un contrato en el que el promitente da desde ese momento su consentimiento a la venta. En razón de la celebración de dicha promesa, la venta es del todo independiente de toda manifestación de voluntad futura del promitente": ALLART y GAULLIER. *L'exécution du contrat*, cit., n.º 3283, 710.

XXIV. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA Y DERECHOS DEL PROMISARIO

Al mencionar el incumplimiento de la promesa, las imágenes que al rompe vienen a la mente son la del retardo en la celebración del contrato, la de la negativa del promitente (o de cualquiera de ellos, en la promesa bilateral), y la de su aparente disposición, pero sin estar en condiciones de celebrarlo. Sin embargo, el espectro se ha de ampliar, de modo de abarcar el comportamiento del deudor que impide la transferencia del dominio del bien prometido, o lo limita o grava, o lo deteriora, o impide su goce en la oportunidad debida.

XXV. EJECUCIÓN ESPECÍFICA DE LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR

La promesa unilateral permite la celebración del contrato con la sola toma de la opción por parte del promisario³⁶, a menos que el contrato previsto demande solemnidades o la entrega de una *res*, hipótesis en las cuales habrá de procederse al lleno del requisito correspondiente. Y si el promitente se resiste, el acreedor podrá proceder a la ejecución coactiva como cualquiera de los promisarios en la promesa sinalagmática, u optar por la resolución.

En la promesa bilateral en el evento de que cualquiera de los promitentes se rehúse a celebrar el contrato prometido, su contraparte podrá optar entre la ejecución específica de dicha obligación calificada, por el procedimiento consagrado en el artículo 501 CPC, de ser ello física y jurídicamente factible³⁷, o demandar la resolución del contrato, y en ambos casos pretender además la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, por incumplimiento.

El artículo 2932 *codice civile* italiano prevé: "Si quien está obligado a celebrar un contrato no cumple la obligación, la otra parte, siendo ello posible, o cuando no haya sido excluido en el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado"³⁸.

Se suele indicar por ello que en caso de renuencia del promitente, el juez lo sustituye otorgando la escritura pública o el documento privado. En realidad, como

36 MALAURIE et AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 55, 62.

37 A partir de la Ley 66 de 1945, se abrió la posibilidad de ejecución específica de la obligación de hacer consistente en "la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte el deudor", *rectius*, celebración de un negocio jurídico, al autorizar al juez para proceder a nombre del deudor, "si requerido no lo hiciera dentro del plazo que se señale al efecto". Esa prevención se mantuvo y reguló con detalle en el artículo 501 CPC (Dcto. 1400 de 1970). El artículo 2932 *codice civile* italiano previene que "sea posible y no haya sido excluida en el título", lo cual da fe de la libertad de prescindir preventivamente de la ejecución específica en caso de incumplimiento, análogamente a como se puede prescindir de la acción resolutoria por incumplimiento y dejar sola la acción ejecutiva para el cobro del saldo del precio en una compraventa. Cfr. DE MATTEIS. *La contrattazione preliminare*, cit., 149 ss.

38 N. VASSALLI. *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre* (art. 2932 c. c.), Padova, 1955.

lo prevé el ordenamiento italiano, la ejecución se produce por medio de la sentencia judicial³⁹, por demás constitutiva, de manera que bien podría omitirse la presencia física del juez en el acto, pues bastaría protocolizar con la escritura copia auténtica de aquella, o adosarla al documento privado. El caso es que por este medio se vence la resistencia del promitente remiso y el promisorio obtiene su satisfacción específica⁴⁰. Podría decirse que es esta la única hipótesis de verdadera ejecución *in natura* de una obligación de hacer⁴¹.

Ello quiere decir que no está al arbitrio del promitente que sea impedir la satisfacción del acreedor con su sola renuencia, pues el promisorio cuenta con la protección primaria que otorga el ordenamiento a todo acreedor, consistente en permitirle obtener su satisfacción *in natura* aun contra la voluntad del deudor. Ello sin perjuicio de que el acreedor opte desde un principio o posteriormente por exigir el subrogado pecuniario de la prestación.

Esta misma solución se impone en la hipótesis de que el contrato no se pueda celebrar por hecho o culpa del deudor⁴².

XXVI. INCUMPLIMIENTO CON LA INTERPOSICIÓN DE UN TERCERO

Ahora bien, dentro de los ejemplos de imposibilitación sobresale por su complejidad el consistente en la enajenación a un tercero de la cosa prometida, dado que allí entra en juego, colisión, el interés de este. A la pregunta de si el beneficiario podrá impugnar tal acto, o más directamente, podrá pedir que se le declare inoponible a él, ha de responderse que, en principio, no, a menos que el tercero conociera la existencia de la opción. Algunos agregan que también se exige que estuviera enterado, al tiempo de su contrato, de que el promisorio se proponía hacerla efectiva. Sin embargo, todo hace pensar que, al efecto, basta la mala fe del tercero, es decir, haber procedido a sabiendas de la vigencia de la promesa, y sin importarle que al interponerse imposibilitaba el cumplimiento de ella por parte

39 "La declaración de voluntad contenida en la sentencia ocupa el lugar de la declaración rehusada por el promitente, en concurso con la declaración de voluntad del promisorio, contenida en la demanda judicial, y sirve para constituir el *subrogado del acuerdo* (o consenso); de ahí que la sentencia sea de accertamiento constitutivo, o como se dice corrientemente, *sentencia constitutiva*": MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., 182.

40 Cfr. G. PALERMO. *Contratto preliminare*, Padova, Cedam, 1991, 89.

41 "Hay sólo un caso de ejecución en forma específica de obligaciones no fungibles, y es el del deber de celebrar un contrato [...] allí el juez pronunciará una sentencia que producirá los mismos efectos del contrato no celebrado": COSTA. *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, 69. Cfr. S. MAZZAMUTO. *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.

42 Una sentencia de la Sección 3.ª de la Corte de Casación francesa del 15 septiembre 1993 decidió que el promitente puede retractarse a su arbitrio de la promesa unilateral suya, sin otra consecuencia que su obligación indemnizatoria. La doctrina ha criticado esta "jurisprudencia calamitosa", en la que ha perseverado la alta jurisdicción, que coloca al opcionado en condiciones inferiores a las del destinatario de una oferta con término: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. *Les obligations*, cit., n.º 192, 189, nota 3.

del deudor⁴³. Ciertamente el promisorio se encuentra expuesto a un riesgo, pero este es el riesgo natural de incumplimiento, de evasión y de insolvencia, inherente a toda obligación⁴⁴. Valga la referencia a la exposición del acreedor bajo condición suspensiva, que no puede reivindicarla del comprador de buena fe (art. 1547 C. C.). Exposición que, cual se anotó, se tiende a morigerar, sobre todo en el comercio de inmuebles para habitación en construcción, introduciendo la promesa con efectos *erga omnes*, o real por su inscripción en el registro inmobiliario.

XXVII. TITULARIDAD DE LA PRETENSIÓN

Naturalmente, la acción de cumplimiento o de ejecución *in natura*, como en su caso la resolutoria, compete en primer término al promisorio; él es el acreedor. Pero ha de tenerse en cuenta que como quiera que la posición de contratante pasa a los herederos en caso de muerte del sujeto individual, y a los adjudicatarios en caso de liquidación de la persona jurídica, serán aquellos o estos los titulares de la acción, y que si son varios, todos habrán de obrar de consuno. Igualmente se ha de advertir que la promesa es un derecho cesible: cesible el crédito, cesible el contrato. En ambos casos, el cesionario puede proponer la acción de cumplimiento. Pero la acción resolutoria, repítese, por lo mismo que es inherente al estatuto del contratante, no va con la sola cesión del crédito, sino apenas con la del contrato. En fin, a los acreedores, y en su caso al cónyuge y a los socios en sociedad de personas, les compete ejercer las acciones derivadas del contrato de promesa, cuando la inercia del deudor, cónyuge o representante social en su ejercicio, lesiona su derecho o implica una amenaza de lesión⁴⁵. Es esta la acción subrogatoria u oblicua, legitimación por derecho propio para ejercer los derechos de otro, prevenida expresamente a favor de los acreedores en el artículo 1166 *Code civil* francés: "Los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, exceptuados aquellos exclusivamente ligados a la persona", si que también en el artículo 2900 *codice civile* italiano, naturalmente, a condición de probar el daño que se está causando ya o en ciernes.

XXVIII. PROMESA UNILATERAL⁴⁶

La promesa unilateral, es un contrato, mediante el cual una parte se obliga para con la otra, gratuita o remuneradamente, a celebrar con esta el contrato (defini-

43 Cfr. F. BELLIVIER et R. SEFTON-FREEN. "Force obligatoire et exécution du contrat en droits français et anglais: bonnes et mauvaises surprises du comparatisme", en *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offerts à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, n.º 2 y nota 3, 92, y H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD. *Droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, 9.^a ed., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, n.º 135-2, 128 s., todos con anotación de la reticencia jurisprudencial a decretar sustitución del tercero por el promisorio.

44 SABATER. *La promesse de contrat*, cit., 96.

45 Cfr. MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., 181.

tivo) determinado en él, en los términos y la oportunidad que este señala, si el promisorio así se lo solicita.

Unilateral, por cuanto hay un solo promitente, que concede a la otra parte una opción: la de celebrar o no el contrato, a su arbitrio⁴⁷. Si bien, en principio está referida a la compraventa y como opción de venta, no hay duda de que cabe para la compra (pacto de retro-compra) y respecto de toda clase de contratos.

Es un contrato unilateral, preliminar o preparatorio, a diferencia de la oferta, para el caso la oferta irrevocable, que es un acto unilateral, contrato que celebran partes, del todo enteradas, pero no decididas todavía, una de las cuales desea tener la seguridad de la celebración posterior del contrato prometido a su mayor conveniencia, sin asumir de su parte compromiso alguno⁴⁸, pues solo el promitente se obliga, cierta e irrevocablemente, en tanto que el promisorio es libre de contratar o no, sin tener que dar explicación de su decisión y, más aún, sin asumir responsabilidad alguna de su negativa. El promitente habrá de mantenerse en disposición hasta cuando el beneficiario le comunique su renuncia al derecho o, en últimas, hasta la expiración del término señalado para la opción.

La doctrina italiana distingue entre promesa unilateral y opción, en cuanto que aquella obliga a la celebración del contrato prometido, en tanto que esta permite la celebración del contrato con la sola aceptación del beneficiario⁴⁹. Acá, empero, se las toma como sinónimas.

Del contrato de promesa unilateral (opción) surge un derecho subjetivo singular, el de celebrar el contrato con la sola manifestación de tomarla o ejercerla, en cuanto aquel sea de forma libre, o de obtener coactivamente la ejecución de obligación de hacer calificada, en el supuesto de que dicho contrato sea solemne. Derecho que es cesible⁵⁰.

46 E. CAMILLERI. *Le promesse unilaterali*, Milano, Giuffrè, 2002.

47 "La opción es el contrato que atribuye a una parte (opcionado) el derecho de constituir la relación contractual final mediante su propia declaración de voluntad": C. M. BIANCA. *Diritto civile, 3. Il contratto*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, 261 s. "La opción es un contrato por el cual una parte emite irrevocablemente una propuesta de celebrar un contrato posterior, que la contraparte podrá perfeccionar con la aceptación propia, unilateral, de él": SACCO. *L'opzione*, en *La preparazione del contratto, Trattato*, dir. da P. RESCIGNO, t. 10, cit., 371.

48 "La promesa unilateral de contratar difiere tanto de la oferta de contratar, como del contrato a celebrar. En cuanto *contrato*, es más que una oferta, y en cuanto *contrato unilateral*, es menos que el contrato a celebrar [...] La promesa crea una verdadera obligación a cargo del promitente, quien en razón de ella y a partir de ella se encuentra comprometido": TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. *Les obligations*, n.º 192, 189. Cfr. BIANCA. *Il contratto*, cit., 262 s.

49 "El acto del opcionado es suficiente para constituir la relación contractual, sin necesidad de un acuerdo posterior de las partes. En esto se capta la distinción segura con el contrato preliminar del que surge la obligación de estipular el contrato definitivo. De la opción surge, en cambio, el poder de formar el contrato final: poder calificado comúnmente como derecho potestativo. Poder al que no corresponde deber alguno. La parte vinculada no está obligada a emitir una nueva declaración de consentimiento. Se trata más bien de una posición de sujeción respecto del poder del opcionado": BIANCA. *Il contratto*, cit., 263 s.

Otra cosa es si el promisorio remunera o no el otorgamiento de la opción a su favor, con el pago de una suma de dinero compensatoria de la seguridad que obtiene de la celebración posterior del contrato a discreción y de la pérdida eventual de oportunidades para el promitente, como sería en el caso de la promesa unilateral de mutuo, *rectius*, apertura de crédito, en la que los establecimientos crediticios suelen cobrar una tasa de compromiso, inferior a la del préstamo, como compensación de la disponibilidad del crédito a que se comprometen. Pero, como bien se percibe de la mera observación del fenómeno, ese reconocimiento no convierte al contrato en bilateral, como quiera que la función del contrato es la de otorgarle a una de las partes la opción: no se obligan las dos a contratar, sino una sola, a solicitud de la otra, que no se obliga a ello⁵¹.

Así mismo, cabe estipular esa compensación o "indemnidad" por la inmovilización del bien, para el caso de que el beneficiario no haga uso de la opción. Hipótesis en la cual el promitente automáticamente podría cobrarla al cumplirse esta condición. La doctrina francesa debate acerca de la posibilidad de que el promisorio pida rebaja de aquella en razón de su exceso, análogamente a como ocurre con la cláusula penal, pero la jurisprudencia la rechaza, en el entendido de que no se trata de indemnización de daño causado por incumplimiento de obligación.

El pacto de preferencia mediante el cual "una de las partes se obliga a preferir a la otra para la conclusión [*sic*] de un contrato posterior sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero en determinadas condiciones o

50 SACCO. *L'opzione*, cit., p. 372.

51 En el derecho antiguo "La promesa de venta era nula e inválida, si no había de parte del estipulante promesa recíproca de comprar": SABATER. *La promesse de contrat*, cit., 121. "El equilibrio entre las situaciones de las dos partes —que indudablemente se perturba cuando el c. preliminar es unilateral (en cuanto una sola parte tiene derechos y solo la otra está obligada)—, usualmente se restablece mediante una contraprestación especial, llamada 'prima', a favor de quien queda comprometido para con el otro contratante": MESSINEO. *Contratto preliminare*, cit., n.º 3, 172. "Caso de considerar esta suma como una 'indemnización de inmovilización', que tiene por causa 'la doble obligación contraída por el promitente de no enajenar a otro el bien objeto de la promesa durante la vigencia de la opción y de mantener su oferta por ese tiempo', y ver en ella el 'precio de la opción', ello bastaría para conferir a la convención un carácter sinalgmático. Pero el solo hecho de que el beneficiario se comprometa a pagar una indemnización no transforma la promesa unilateral en promesa sinalgmática, pues el compromiso de vender no está correspondido por un compromiso simétrico de comprar, que sería lo característico de la promesa sinalgmática [...] Según la alta jurisdicción, sin embargo, la promesa unilateral se transforma en promesa sinalgmática cuando el monto de la indemnización es de una importancia tal que el beneficiario se ve compelido a comprar [...] Esta solución ha sido criticada por una parte de la doctrina, que resalta que la intención de adquirir no equivale a compromiso de adquirir": TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. *Les obligations*, n.º 192, 190 s. "Pese a este elemento de reciprocidad, doctrina y jurisprudencia consideran que no se vuelve por ello sinalgmático; por el contrario, toma un carácter sinalgmático, en vez de mantenerse dentro de las normas habituales, cuando la cláusula de retracto fue fijada por un precio demasiado alto para una indemnización de inmovilización": MALINVAUD. *Droit des obligations*, cit., n.º 26, 22. En igual sentido, MALAURIE et AYNÈS. *Les obligations*, cit., n.º 56, 62.

en las mismas que dicho tercero" (arts. 862 y 974 C. Co.), es ejemplo de promesa unilateral, como también lo son los pactos de retro-venta y de retro-compra.

XXIX. PROMESA BILATERAL

La promesa bilateral o "promesa sinalagmática⁵² de contratar", es un contrato por medio del cual dos partes se comprometen recíprocamente a celebrar en un futuro determinado el contrato cuya naturaleza y contenido determinan entonces⁵³. Las dos partes son recíprocamente acreedora y deudora de la obligación de celebrar el contrato, para cuyo cumplimiento ambas deben colaborar. De más está decir que cuando se debe otorgar un instrumento público, todo lo más una escritura pública, actuación compleja, que exige de ordinario la presentación de documentos de origen administrativo, especialmente relacionados con el o los bienes objeto del contrato prometido, no basta la mera comparecencia y la declaración del sujeto negocial, por lo mismo que debe ir provisto de aquellos.

Como quiera que no son infrecuentes las controversias suscitadas acerca de la plenitud y regularidad de la documentación necesaria para el otorgamiento de la escritura, indispensable para la celebración de la compraventa de inmuebles, la ley ha previsto que, no pudiendo otorgarse aquella, cada parte haga su manifestación autónoma ante el notario, para futura memoria.

XXX. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA POR INCUMPLIMIENTO

El contrato de promesa bilateral es resoluble por incumplimiento de cualquiera de las partes, a solicitud de la otra, que habrá de haber cumplido o estado lista a cumplir su obligación, pues de lo contrario se expondrá a la paralización de sus pretensiones en virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus: inadimplenti non est inadimplendum*.

A este propósito ha de pensarse en la dificultad grande teórica y práctica de resolver la situación que se presenta cuando el contrato no se celebró en la oportunidad y términos debidos por causa imputable a ambas partes, o dicho en otras palabras, por incumplimiento de las dos. Por mucho tiempo la jurisprudencia sostuvo que esa situación impedía a ambas el ejercicio, tanto de la acción ejecutiva como de la resolutoria, de donde se seguía que las partes, en imposibilidad de ponerse de acuerdo, quedaban inmovilizadas a perpetuidad, en una situación eventualmente desequilibrada al máximo, en el evento de que hubiera habido ejecución anticipada de las prestaciones del contrato definitivo, para el caso de promesa de venta: una habiendo entregado el bien, la otra habiendo pagado una parte mínima del precio. Ese absurdo, producto de un entendimiento angosto de las normas que gobiernan

52 Así, MOUSSERON, GUIBAL et MINGUY. *L'avant-contrat*, cit., n.º 573, 359.

53 Ídem.

el funcionamiento de los contratos bilaterales (arts. 1546 y 1609 C. C.), fue difícilmente removido por medio de una fórmula a la vez ingeniosa y de lógica elemental: la interpretación del no cumplimiento de las respectivas obligaciones y el mantenimiento de ambas partes en esa posición, como un mutuo disintimiento 'tácito' o, más propiamente, como un *contrarius consensus* expresado por medio de conducta concluyente, sin exigencia de solemnidad alguna⁵⁴.

XXXI. ARRAS Y CLÁUSULA PENAL

La práctica estableció la costumbre de incluir en los contratos de promesa, bien un pacto de arras, bien una cláusula penal, a la manera de cláusulas de uso común, que las partes acogen al utilizar formularios, o que los redactores del proyecto de promesa escriben sin mayores conocimiento y cuidado. Ello da lugar a sorpresas y decepciones, como también a litigios inexplicables, por tratarse de figuras conocidas y empleadas de tiempo inmemorial y que se supone hacen parte del recetario de los profesionales del derecho.

En lo que hace a las arras, está la distinción entre las arras penitenciales o de destrate, y las arras *pars pretii* o señal de haber quedado convenidos (arts. 1859 a 1861 C. C. y 866 C. Co.). Las primeras, que son un *naturalia negotii* de las arras, autorizan el retracto, cuyo precio está fijado de antemano: si quien desiste fue quien las dio, las perderá, y si fue quien las recibió, deberá devolverlas dobladas. Tiempo tardó la jurisprudencia en reconocer que allí no había incumplimiento, que las arras no constituían pena, como tampoco indemnización de perjuicios, que *poenitentia* quiere decir precisamente arrepentimiento, y que arras penitenciales significa el precio convenido y pagado por el derecho unilateral de echarse atrás, y de contera, que quien lo ejerce no está expuesto a juicio de responsabilidad. Las segundas, son un santo y seña de la celebración del contrato, eventualmente consistente en una parte del precio, a partir de la cual se contará el saldo en caso de celebración del contrato prometido.

La cláusula penal, estimación anticipada de perjuicios, a la vez que apremio al cumplimiento, en sus dos variedades: cláusula penal compensatoria y cláusula penal moratoria, ambas necesitadas de la constitución en mora del deudor para su exigibilidad (arts. 1595 y 1600 C. C.); la primera es una de las alternativas que se abren para el acreedor ante el incumplimiento de su deudor, junto a la ejecución específica y a la resolución, de manera que aquel no puede acumularlas en sus pretensiones, sino que debe escoger, simplemente, en el caso de la pena, con la ventaja de estar dispensado de probar el perjuicio y su cuantía; la segunda es un verdadero apremio en caso de mora, por lo cual es exigible sin perjuicio de demandar el cumplimiento o la resolución con pago de equivalente pecuniario y resarcimiento de daños (arts. 1594 C. C. y 867 C. Co.).

54 Casaciones del 5 de noviembre de 1979 y 16 de julio de 1985.

De esa manera, si se estipularon arras penitenciales, el beneficiario de la promesa habrá de reducirse al juego de dicha estipulación en caso de que su contraparte desista, o en palabras usuales, "no cumpla". Le está vedado tanto exigir el cumplimiento *in natura*, como la indemnización de perjuicios. Esa una consecuencia natural de esa clase de arras. Y si medió cláusula penal compensatoria, a su elenco de remedios (ejecución y resolución) se agrega la pena, valga reiterarlo, alternativamente. La moratoria le permitirá hacerla efectiva por la sola mora, quedando a salvo su derecho a pretender su satisfacción específica o el subrogado pecuniario y perjuicios.

XXXII. RESTITUCIÓN DE LO DADO A CUENTA DEL CONTRATO DEFINITIVO

Como se anotó, es de la mayor frecuencia que los contratos de compraventa de inmuebles, sobre todo para vivienda, estén antecedidos de promesa, y dentro de esa práctica, lo es la entrega anticipada del bien. Habiéndose presentado incumplimiento y no pudiéndose dar ejecución específica o no queriéndola la contraparte cumplida, hay lugar a la resolución de la promesa, con las consiguientes restituciones mutuas, momento en que se plantea el problema del reintegro del bien, no porque las normas pertinentes sean confusas, sino porque se discute acerca de si la entrega que se hace en virtud de una promesa, convierte al promitente comprador en poseedor, o simplemente lo hace tenedor.

Siendo, por definición legal, la "posesión la tenencia de un bien con ánimo de señor y dueño" (art. 762 C. C.), parecería incuestionable que quien recibe el bien en razón de la promesa, cuyo cumplimiento lo convertirá en comprador, que, una vez satisfecho por el vendedor que le haga la tradición, pasará a ser dueño, está de sobra reconociendo el señorío ajeno, reconocimiento incompatible con la posesión. Sería, sin más, un tenedor, y ese el tratamiento que habría de recibir; ante todo en cuanto a los trámites para la recuperación del bien⁵⁵. Empero, se ha sostenido que, como tiene vocación adquisitiva, es un poseedor y que la entrega lleva consigo "el propósito de permitir el ejercicio de actos posesorios, pues es apenas lógico presumir que, tratándose de un contrato que tiene por finalidad transferir un derecho real, todo el proceso cumplido desde su planeación y su celebración hasta el último de ejecución debe entenderse orientado a realizar la tradición y no una mera tenencia"⁵⁶. Lo cual plantea la necesidad de examinar la situación concreta y aceptar que

55 "Cuando el promitente comprador de un inmueble lo recibe por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entregar del contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de ese derecho no se ha desprendido todavía el promitente vendedor, a quien por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida": cas. 13 de marzo de 1981.

56 G. ESCOBAR-SANÍN. *Negocios civiles y comerciales, II, Teoría general de los contratos*, Bogotá, Diké, 1994, n.º 1030 s., 547 s.

quien recibe como promitente comprador bien puede ser considerado poseedor, en razón de su comportamiento, como sería el caso de quien recibe apartamento en obra gris y entra a completar la obra a su medida, o del adquirente de edificio de apartamentos que entra a adecuarlo para oficinas, o del que recibe una hacienda en la que, en seguida, emprende obras de riego.