

## La promesa de contrato y la opción <sup>(1)</sup>

1.—Don Andrés Bello comprendió que en el sistema jurídico de las Siete Partidas, cual era el romano del contrato *verbis*, se hacía eficaz la promesa de contrato mediante la formalidad de la promisión— equivalente a la *stipulatio*—, y tuvo en cuenta que no habiendo trabas legales, dentro de los pactos o contratos consensuales innominados también cabía la promesa de contratar, o sea la convención mediante la cual una o más personas se obligan a prestarse a la celebración de algún contrato; y encontrando que el Código de Napoleón no presentaba sino inconvenientes en esta materia, desde luego que no hablaba de la promesa de contrato fuera del tratado de la venta, y ello para limitar los efectos del pacto, dedujo que lo mejor era dejar que el asunto se rigiera por los principios generales sobre eficacia de las convenciones y sobre mora en virtud de reconvencción hecha por el acreedor, y así, en sus dos primeros proyectos omitió lo relativo a la promesa de contrato.

Mas en el de 1853 (Art. 1733) se puso:

*“La promesa de celebrar un contrato especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeta*

(1) Honramos la sección jurídica de esta Revista con el presente estudio, que hace parte de las conferencias que el Dr. Jaime Rodríguez Fonnegra —catedrático del curso de profundización de Derecho Civil— viene dictando en la Facultad de Jurisprudencia de este Colegio Mayor. Al final van las observaciones sobre la Jurisprudencia con que el profesor remata la Introducción al Estudio de los contratos.—N. de la R.

a lo dispuesto en el artículo precedente (1); a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo.

*“La promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno”.*

Que en general la promesa de contrato produjera obligación de hacer no merecía objeción, correspondiéndose con la realidad; pero el segundo colon del primer inciso, cuyo autor puede haber sido alguno de los miembros de la Comisión Revisora (2), y el que fue tal vez determinado por que halagara la solución consignada en el Código de Napoleón sobre que la promesa de vender equivalía a la compraventa, resultaba defectuoso, como ilógico. Por manera que en el Proyecto definitivo, que se ha llamado Inédito, por haberlo estado algún tiempo, se compuso el asunto escribiéndose lo que hoy rige (art. 1.733 de aquel proyecto):

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

*“1° Que la promesa conste por escrito;*

*“2° Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces;*

*“3° Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;*

*4° Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para su perfección, la tradición de la cosa, si el contrato es real, o las solemnidades que las leyes prescriban.*

(1) El cual decía: “Toda obligación de hacer una cosa se convierte, a elección del deudor, en la de indemnizar los perjuicios, si no se hace la cosa; mas 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”.

(2) El pensamiento no parece de Bello; y la redacción menos, puesto que ahí se toma el relativo “cuyo” en acepción notarial que el autor del Código censura (“Gramática”, Nos. 1.050 y 1.051).

*“Concurriendo estas circunstancias, habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente (1).”*

2.—Acabóse, pues, por establecer que la promesa de contrato no produciría efectos sino mediante las condiciones siguientes, fuera de las necesarias para todo pacto:

a) Que la promesa constara por escrito.

b) Que se fijara claramente el contrato a que se refiriera la promesa.

c) Que el pacto contuviera o plazo o condición determinante de la obligación de celebrarse el contrato.

Lo concerniente a la promesa plurilateral de contrato no requiere explicaciones (el banquero y su cliente acuerdan que cierto día, o al cumplimiento de condición determinada, el primero dé en mutuo al segundo cierta cantidad de dinero al interés del 6% anual: constando eso por escrito, ambas partes contraen obligación de hacer, ya a plazo o ya condicional, según lo pactado).

Pasemos, pues, a otro punto.

3.—Al aceptar la conveniencia de que no se rigiera el asunto por los principios generales, no se limitó el señor Bello a indicar la necesidad de pactar plazo o condición, sino que agregó las voces “que fije la época de la celebración del contrato” para calificar al sustantivo condición y declarar así la eficacia de lo que los juristas llaman “promesa unilateral de contrato”, según vamos a ver.

El fenómeno de la promesa unilateral de contrato se presenta en casos como éste: *A* ofrece casa en venta por \$ 10.000 pagaderos de contado; *B* le dice: “acepto las condiciones; pero me falta dinero y no sé si logre conseguirlo en un banco. Propongo, pues, a usted que no disponga de la casa en tres días, y yo le avisaré entre tanto si hago el negocio o no, contando con que usted lo hará por su parte”; y *A* entonces consiente en ello. Pues bien: conforme a lo establecido, ese pacto produce el efecto de obligar a *A* en cuanto el convenio conste por escrito.

(1) La frase final falta en la ley colombiana, si bien está en el código chileno. El artículo 1.732 de ese proyecto pasó a ser el artículo 1.610 de nuestro código.

Otro ejemplo: *C* propone a *D* compra de una casa por determinada suma que ofrece pagar a los tres meses; *D* le contesta: “me agrada el negocio; pero yo preferiría el pago de contado, y tal vez consiga comprador que no me exija plazo; de suerte que deme usted una semana para resolver si hago el negocio o no, siendo entendido que otorgaremos la escritura si yo determino llevarlo a cabo”; y *C* acepta la contrapropuesta que se le hace. En tal hipótesis, *C* queda obligado, a constar su promesa por escrito.

En los casos de los ejemplos anteriores, la condición produce efectos a pesar de ser potestativa (1), por no ser potestativa de la persona que se obliga: el obligado es *A* o *C*, y no *B* ni *D*.

4.—Esto no ha sido entendido en Chile, donde es corriente la tesis que expone Alessandri Rodríguez (*“De la compra-venta y de la promesa de venta”*, tomo II, pág. 1.249) con estas palabras:

*“La promesa unilateral de venta es aquélla en que el vendedor se obliga a vender una cosa si el comprador quiere o declara que quiere comprarla. El comprador, como en todo contrato bilateral, es a la vez deudor y acreedor. Sus obligaciones son recibir la cosa y pagar el precio, de manera que si consiente en comprar, en obligarse hacia el vendedor, se convierte en un deudor. En la promesa unilateral de venta queda a su voluntad obligarse o no. Se obligará si quiere, si le da la real gana, si se le antoja; en una palabra, su obligación está afecta a una condición potestativa que depende de su mera voluntad. Esta obligación, por depender de su mera voluntad, es nula, según el artículo 1.478 (2). Siendo nula lo es el contrato de que emana, puesto que la nulidad de la obligación afecta a la causalidad de aquél”.*

(1) No se trata en esos casos de condición que consista en hecho serio y voluntario, sino de verdadera condición **si volueris**, a que debe asimilarse la consistente en hecho voluntario baladí.

(2) Idéntico al 1.535 de nuestro Código, que reza: “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga.

“Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”.

A lo cual ha de observarse —repito— que si bien esa condición consiste en la mera voluntad de una de las partes, no hay motivo para que sea nula, según el texto citado, porque la voluntad de que se trata no es la de la persona que se obliga, sino la de aquélla en cuyo favor se contrae la obligación condicional, que es *obligación de hacer* en el sistema del Código. Por otras palabras: el promitente se obliga definitiva y firmemente, y la otra parte, o sea el acreedor de la obligación, es quien queda libre de celebrar o no el contrato prometido, y así, el artículo en referencia no le es aplicable. Como dicen Colin & Capitant (tomo 2º, pág. 426), el artículo 1.589 del Código de Napoleón —del que fue tomado el 1.478 del chileno y el 1.535 del nuestro —“supone que hay consentimiento recíproco, o sea obligación de cada una de las partes”. En Francia, la jurisprudencia no ha vacilado en el particular (1), y los expositores ya no discuten acerca del asunto (2).

5.—Mayor falta de criterio que en la argumentación de Alessandri Rodríguez que dejo señalada, y aun carencia de *sindéresis*, encuentro en lo que siguiendo a la Jurisprudencia chilena el mismo sostiene, sobre que la promesa unilateral de venta es nula “tanto porque nuestra legislación no admite la venta unilateral como porque en tal caso, el contrato no se especificaría”; lo que el autor deduce de que el contrato

(1) En fallo dictado por la Corte de París a 28 de mayo de 1895 (*Pandectes françaises*, 96, 2, 97) se halla consignada esa doctrina.

(2) Planiol (tomo II, N° 1.401) expresa:

“Cette obligation conditionnelle n'est pas contraire à l'art. 1.174, qui prohibe l'emploi des **conditions potestatives** dans les conventions. La condition prohibée comme potestative est celle qui fait dépendre l'obligation de la volonté ultérieure **du débiteur**: on ne s'oblige pas sérieusement quand on se réserve le droit de se dédire purement et simplement de son engagement. Mais dans la promesse de vente le promettant est lié d'une manière définitive, et c'est seulement **au profit du créancier** qu'il existe une condition potestative” (V. además, Laurent, tomo XXIV, págs. 14 y 15; Baudry Lacantinerie & Saignat, tomo XIX, N° 62; Aubry & Rau, tomo V, pág. 392; y especialmente Andrés Lecompte, “De la nature juridique de ventes a option” en “*Revue trimestrielle de droit civil*”, 1931, págs. 550 y siguientes).

prometido “carecería de uno de los requisitos esenciales para su existencia, como es el concurso de voluntades sobre la cosa y el precio en forma de crear obligaciones también recíprocas para ambos contratantes” (Loc. cit., págs. 1.244 a 1.262), como si “contrato prometido” fuese lo mismo que “promesa de contrato”, y como si el verbo especificar no significase lo propio que el autor afirma: “dar a conocer una cosa por sus atributos, cualidades o requisitos especiales o esenciales, de manera que no haya duda sobre su especie o naturaleza” (1). Esa tesis, tomada en parte de Merlin (*Repertoire, Vente*, § VII), no es sostenible ni en el derecho francés, en que hay texto con arreglo al cual “la promesa de venta equivale a la venta” (Art. 1.589 del Código francés), y resulta inexplicable en el nuestro, donde la promesa de contrato es ciertamente acto contractual que produce *obligación de hacer* a cargo de quien la efectúa (2).

6.—Conviniendo aclarar algunas ideas sobre el punto en que estamos, vuelvo a los ejemplos del número 3, y agrego:

A no contraería la obligación de contratar, aun cuando la promesa constara por escrito, si no se fijara término para que B manifestara su intención de comprar: no habría condición si no se indicara término dentro del cual

(1) Más propia es la definición de la Academia: “declarar con individualidad una cosa”.

(2) A desconocimiento de este principio, o bien a ignorancia de en qué consiste la obligación de hacer, atribuyo estas expresiones que Alessandri Rodríguez reproduce de sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso:

“Una promesa de compraventa no puede considerarse como contrato prometido sino en el caso de que en ella, a más de la determinación de la cosa vendida, concurra el consentimiento mutuo de los contratantes”.

Y las que tomo de Barros Errázuriz (*Curso de Derecho Civil*, tomo III, N° 45):

“Nuestro Código exige en el N° 4 del art. 1554 que se especifique el contrato prometido, o sea que se establezcan en la convención las bases del contrato prometido, de tal manera que sólo falten la tradición de la cosa, si el contrato es real, o las solemnidades de su otorgamiento, si se trata de un contrato solemne. Ahora bien, esas bases de un contrato

debiera manifestarse la aceptación de B, por ser imposible que la otra parte contrajera obligaciones irredimibles, así como falla la condición por la no aceptación oportuna. De la propia manera: si no se ha fijado término para que D manifieste su voluntad de vender, resulta la promesa inválida,

---

futuro no pueden fijarse sin la aceptación de las dos partes que celebran su promesa.

*“Así, si se trata de una promesa de compraventa, debe comprometerse, el uno a vender y el otro a comprar, en ciertas y determinadas condiciones especificadas en el contrato de promesa; de otra manera no se habrían fijado las bases del contrato prometido, que es uno de los requisitos para la validez de la promesa”.*

Esto muestra, como tengo dicho, que el autor no considera que la promesa de contrato causa obligación de hacer, que puede ser a cargo de cualquiera de las partes, y que determina indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento; mas ocurre que él se contradice, pues en otra parte anota:

*“c). La promesa de celebrar un contrato produce obligación de hacer para las partes que se comprometen a celebrarlo; y la ejecución o cumplimiento de la obligación de hacer consiste en la celebración del contrato prometido. Hay que considerar, pues, dos convenciones: una es el contrato de promesa, que se rige por el art. 1.554; y otra es el contrato prometido, que se rige por las reglas que la ley fija en cada caso, atendida su naturaleza propia”.*

¿Por qué, pues, limitar los efectos de la promesa de contrato al mero caso de que surjan de ella obligaciones recíprocas de las partes?

Lo que hay es que los autores chilenos se hallan imbuídos del concepto absurdo de que la promesa de contrato es el contrato prometido, concepto que a corresponderse con la realidad conduciría a negar que la promesa de contrato produjera obligación de hacer; como se ve por lo que Barros Errázuriz afirma con las palabras que siguen:

*“La promesa de celebrar un contrato bilateral equivale al contrato mismo, cuando el contrato prometido es consen-*

puesto que C no puede obligarse para siempre; lo cual sería contraer obligación irredimible. Por donde se descubre que si no se hubiera establecido que la promesa de contrato fuera formal, no se habría requerido texto para reconocer la eficacia de la promesa de contrato, según notó el señor Bello al redactar los dos primeros proyectos: la necesidad de fijar plazo para la ejecución de la promesa plurilateral de contrato, como la de señalar término para la realización del hecho (potestativo o no) en la promesa unilateral de celebrar alguno, se halla en la naturaleza de las cosas, en no haber obligaciones perpetuas; y esto se entendería establecido entre nosotros aunque no existiera el artículo 37 de la Constitución de 1886 (34 de la actual).

Ahora pues: a mi juicio, el efecto de cumplirse la condición, expresado con las palabras “que fije la época de la celebración del contrato”, es el de hacer la convención obligatoria para la parte no obligada, o para todos los promitentes, según el caso, y no también el de constituirlos en mora de pagar sus obligaciones recíprocas, a diferencia del vencimiento del plazo a que se halle sometida la promesa plurilateral de contrato, de que también habla la ley. No encuentro, pues, que se haya hecho excepción a las reglas del artículo 1.608 del Código Civil (1).

---

*sual, o sea, de los que se perfeccionan por el solo consentimiento. Así, la promesa bilateral de vender una cosa mueble que otro promete comprar, dentro de un plazo que fije la época de la celebración de la venta, es un verdadero contrato de venta, perfeccionado por el consentimiento del vendedor y del comprador”.*

Llegan las contradicciones del último hasta el punto de que habiendo consignado esa conclusión, advierte:

*“La promesa de celebrar un contrato no importa transferencia de derechos ni cambio en los riesgos de la cosa prometida.”*

---

(1) Costará trabajo entender esto a los actuales Magistrados de la Sala de Casación: conozco fallo en que dicen ellos no ser necesaria reconvencción para que haya mora del heredero encargado de pagar legado condicional, bastando con el cumplimiento de la condición.

7.—El texto del Código Civil chileno en punto de promesa de contrato, que pasó al de Cundinamarca, dejó de ser entendido por reaccionarios que se llamaban liberales, quienes llegaron a establecer en el Código Civil de La Unión que la promesa de contrato no produciría ninguna obligación, haciendo imposible la ejecución de actos jurídicos necesarios para la vida; pero los conservadores reprodujeron el texto del chileno por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, donde se contienen las reglas a que vengo refiriéndome: así, los liberales obraron con criterio de conservadores; y éstos, con criterio de liberales. Sin embargo, los últimos tampoco se percataron completamente del asunto, que dejaron lo único objetable del sistema chileno: la necesidad de que la promesa conste por escrito, según veremos.

Luego, el Congreso dejó de entender la institución por segunda vez, al dictar la Ley 51 de 1918, cuyo artículo 23 dice:

---

Esa tesis, que riñe con los principios generales y cuyas consecuencias no se han medido, se fundará en que el artículo 1.542 del Código expresa que la obligación condicional puede exigirse una vez cumplida la condición; y si ello es así, resulta que la Corte ignora el valor de las palabras: en el lenguaje forense, "obligación exigible" es "obligación pura y simple", concepto contrapuesto al de "obligación modal" y que tiene cabida en materia de obligación que ha dejado de ser condicional por efecto de haberse verificado la condición. Quien haya estudiado el Derecho Romano, jamás olvida estas nociones; y al que no lo haya hecho le parecen tontearías... mientras no le enseñen esto: pues mora es **retardo culpable**, el principio de la necesidad del requerimiento (*interpellatio* de los romanos) para constituir al deudor en mora, no tiene excepción lógica sino en materia de obligaciones procedentes de culpa o delito, en que la mora está determinada por la ejecución del hecho; sólo que en el ordinal 1º del artículo 1.608 se acepta la regla *dies interpellat pro homine*, atribuida falsamente a los romanos, y en el 2º del propio canon, excepción semejante a esotra.

Quien no se haya disciplinado en el Digesto se confundirá, por supuesto, comparando el artículo 1.542 con el 1.553: según el último, pensará, "el pago de la obligación a plazo no puede exigirse, por lo general, antes de expirar el plazo, es decir, que puede ser exigido desde que el plazo termina, que no hay necesidad de reconvención, y esto mismo es lo expresado en el artículo 1.542, en

*"La opción impone al que la 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".*

Con efecto: en Europa y en los Estados Unidos la palabra opción se aplica principalmente a las convenciones sobre negocios como éste: sujeto que desea obtener una concesión minera o petrolífera se presenta al propietario del terreno y le propone tomar la concesión pero no en firme, sino para decidir dentro de término más o menos largo si él hace o no la operación (generalmente, para que el propietario consienta, el proponente ha de pagarle una suma), y hecha la negociación, si por las circunstancias del mercado le conviniera el negocio a aquél a cuyo favor se ha estipulado la opción, lo manifestará así al otro y pagará el precio convenido, y si no, abandonará la opción perdiendo lo pagado o prometido. Estipúlase a veces opción a favor del vendedor que ofrece títulos como del comprador que desea adquirirlos, y

---

materia de obligación condicional, respecto de la cuya condición se ha cumplido". Sin embargo, no es así: ambos textos contemplan situaciones puramente negativas (el no haberse cumplido la condición y el no haber expirado el plazo), y es claro que en ninguna de tales situaciones hay obligación exigible. En efecto: hácese la obligación exigible por el cumplimiento de la condición o por el vencimiento del plazo; pero en la primera hipótesis, el deudor queda constituido en mora, no a virtud del precepto consignado en el primer inciso del artículo 1.553, sino en razón de lo establecido excepcionalmente en el ordinal 1º del 1.608; y en la segunda, no queda en mora, sino en la condición ordinaria del deudor (la del cuya obligación es pura y simple), pues en tal caso no ocurre evento de los señalados en los numerales 1º y 2º del propio artículo, y ha de atenderse a la regla general, establecida en el ordinal 3º del mismo.

Tal vez los señores Magistrados hubiesen caído en la cuenta del asunto, aun sin ponerse a estudiar, si hubiesen pensado, que haciéndolo habrían concebido la posibilidad de contrato bilateral causante de obligación condicional: en este supuesto, ¿se habrían atrevido ellos a decretar la resolución del contrato y la in-

esta manera de negociar es muy usual en lo que se refiere a otras operaciones de bolsa y, especialmente, a negocios con los gobiernos y a concesiones de minas, en que se confiere al contratista o concesionario término dentro del cual pueda manifestar si quiere llevar a efecto la celebración del contrato (1), a fin que entre tanto él haga estudios, o efectúe las gestiones conducentes a encontrar quien avie la empresa, etc.

En vista de lo anterior, puede afirmarse que hay opción cuando quiera que la firmeza del contrato prometido es dependiente de que alguna de las partes manifieste dentro de cierto plazo la voluntad de celebrarlo (2), y forzosamente se concluye que la opción cabe en los términos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, como que se corresponde precisamente con el fenómeno de la promesa unilateral de contrato.

Esto fue lo que no entendió el Legislador en 1918, quien pensó que establecía institución necesaria, cuando lo que había no era sino que él no comprendía el alcance de los principios vigentes.

Ni siquiera en la redacción del artículo en referencia estuvo feliz el Legislador: acabamos de ver que era inútil expresar en ley nueva que al conceder opción el promitente se

---

demnización de perjuicios compensatorios, sin reconvencción previa, por la mera circunstancia de haberse cumplido la condición, y aun cuando el deudor no hubiera tenido conocimiento de que la condición estaba cumplida?

Recuérdese, por último, que entre nosotros no se admite lo que en Francia: el ser bastante la demanda para producir la mora, y téngase en cuenta que si en el artículo 1.852 del Código Judicial se omite la exigencia de la mora para que haya acción ejecutiva, no por ello podría decretarse ejecución sin ella.

---

(1) La palabra opción, que viene del latín *optare*, escoger, se aplica en lenguaje forense a la elección que se hace entre los dos términos de cualquier alternativa. Así, en los casos a que me he referido, aquel a cuyo favor se establece, opta, escoge, entre hacer firme el contrato y no celebrarlo.

(2) Según esto, el lapso del tiempo determina la caducidad de la promesa.

obligaba; y respecto de la segunda parte del inciso primero, es de observar:

a). Si toda opción es necesariamente condicional, ¿cómo es eso de que si la opción no está sometida a una condición no vale? ¿Cómo se emplean los términos de la ley, si los conceptos de opción y condición no pueden separarse?

b). El texto señala como alternativos la condición y el término, lo cual es falso: la opción depende siempre de una condición, y jamás de un término.

Por lo demás, basta con notar que precisamente porque no se daba cuenta de lo que había concebido el señor Bello, el Legislador añadió que la condición se tendría por fallida si tardase más de un año en cumplirse, dejando a las partes facultad para ampliar o restringir este plazo, y sin decir hasta qué punto; como no podía efectuarlo sino a vista de las variables necesidades del comercio. Sin duda el señor Bello acertó al no indicar plazo máximo dentro del cual debiera cumplirse la condición, dada la complejidad de los negocios posibles.

8.—En cambio, se cometió, al redactar el Código (1), el error de hacer acto solemne la promesa de contrato, impidiéndose construir en materia de policitación. El punto es claro: teniendo que ser acto solemne la promesa de contrato, o en otras palabras, no causando ninguna obligación la promesa de contrato que no se haya otorgado por escrito, no cabe afirmar, entre nosotros, que la mera oferta cause obligación de celebrar siquiera contrato consensual, y hace falta la institución causante de que alguna exista en casos determinados (2).

En materia comercial, es de otro modo, contradictorio por supuesto: a los desaciertos del Legislador y a la ridiculez de algunos textos se agrega que si la oferta produce obligaciones en ciertas circunstancias (C° C°, arts. 185 y sigs.),

---

(1) Probablemente no por el señor Bello, que había sido partidario de no reglamentar el asunto, sino por los miembros de la Comisión Revisora, a cuyos puntos de vista o incomprensión hubo de ajustarse la obra muchas veces.

(2) El Código Alemán lleva en esto ventajas a cualquiera otro.

la opción y, en fin, la promesa de contrato no se considera perfeccionada sino constando por escrito, según la regla general (art. 182, C° C°). La contradicción resulta, como se ve, de no haber comprendido el Legislador la institución que restablecía con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 (1), que es precisamente lo sucedido en Chile (N. 5).

9.—¿Habrálala entendido la jurisprudencia nacional? No siempre: al lado de conclusiones exactas (J. C. tomo I. Nos. 3.212, 3.214, 3.215, 3.218; tomo II, N° 1.898; tomo III, N° 1.988) y de otras que lo son más o menos (J. C., tomo I, N° 3.217), se hallan conceptos demasiado estrechos sobre el alcance del ordinal 2° del artículo 89 y hasta opiniones que muestran absoluto desconocimiento del fenómeno.

Entre las últimas se incluyen:

a). La de ser la promesa o unilateral o bilateral, según la "naturaleza del contrato prometido" (J. C., tomo II, N° 3.225): que la promesa de contrato sea unilateral o bilateral no depende sino de que ese acto contractual produzca obligaciones a cargo de una sola de las partes (opción) o de que obligue a todos los contratantes para día fijo o para el evento de alguna condición (N. 4) (2).

b). La de ser promesa de contratar el contrato celebrado por el Poder Ejecutivo sin autorizaciones para celebrarlo. (G. J., tomo 28, pág. 221, cols. 1° y 2°).

c). La de poder aplicarse el inciso 2° del artículo 1.929 del Código Civil a la promesa de venta de inmueble hipote-

(1) No sobraría notar que esto mismo determinó que al ordinal 2 de ese texto se agregara: "por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1.511 (1.502) del Código Civil": hay contratos ineficaces por motivos no señalados allí (como el de compra de cosa propia), y es claro además que la promesa de celebrar alguno de ellos adolece del mismo vicio de que adolecería el contrato que fuera celebrado en cumplimiento de la obligación de hacer que produce la promesa.

(2) Por la sentencia cuya doctrina se resume en el lugar citado, la Corte desechó documento privado sobre promesa de venta por no estar suscrito sino por el promitente vendedor. En mi concepto, la Corte acertó en ello: faltaba la solemnidad, pues no se había manifestado por escrito el consentimiento de alguna de las partes.

cado, según el art. 8° de la Ley 153 de 1887 (G. J., tomo 23, págs. 334 y 335): causando la promesa de venta obligación de hacer, que se paga celebrando el contrato de venta y cuyo incumplimiento produce indemnización de perjuicios, resulta absurdo que se le aplique precepto concerniente al pago de la obligación de dar que tiene el vendedor. Ante esto, parece pálido hasta el siguiente comentario, que soltó la pluma vigorosa de Luis Eduardo Villegas en el salvamento de voto correspondiente al fallo en referencia: "El tranvía del Norte conduce a Chapinero; mas esa vía y esa población son cosas diferentes, y todo lo que se predique de aquélla, no puede predicarse de éste".

d). La de no valer la promesa de contrato en que no se haya puesto condición, lo que se trasluce, con dificultad, entre la jerigonza de fallo de 9 de septiembre de 1937 (G. J., tomo XLIV, pág. 724, 2° col).

Parece que la condición era la obtención de licencia judicial para enajenar inmueble, perteneciente a mujer casada (Loc. cit. pág. 722, col. 2°). Estimó la Corte que eso no era condición, y de ahí ella dedujo que la promesa era nula. Sus propios vocablos hacen el proceso a la entidad falladora:

*"En el contrato declarado nulo por el Tribunal no se produjo indudablemente obligación alguna, de acuerdo con el inciso primero del art. 89 de la Ley 153 de 1887, porque el ordinal tercero de ese mismo artículo no puede referirse sino a la condición que lo sea conceptualmente. La circunstancia convenida por las partes no es sino una condición de derecho, sin cuya realización el negocio es imperfecto y no simplemente eventual".*

El fallo es, por otro aspecto, una curiosidad: anótase al explicar el de segundo grado que no se fijó la época en que debería celebrarse el contrato prometido, y nada se observa en el particular, bastando ello para declarar la nulidad de la promesa y para confirmar la sentencia objeto del recurso. (N. 6).

Concepto estrecho sobre el alcance del ordinal 2° en referencia, es el consignado en sentencia de 8 de febrero de 1908 (resumido en J. C., tomo II, Nos. 3.219 a 3.221), sobre que la promesa de venta de bienes raíces del pupilo adolece

de nulidad absoluta, por cuanto conduciría a celebrar contrato vicioso, como nulo o rescindible: considérese que el contrato de venta no sería ineficaz sino anulable, y se concluirá que ni aun dándose valor exagerado a las palabras añadidas por el legislador colombiano al ordinal 2º, habría nulidad absoluta en la promesa de celebrarse el indicado, y que éste no quedaría con otro vicio que el de nulidad relativa, tal como el contrato mismo. (Nº 8 nota final). Ni aun hay motivo de orden práctico para sostener lo contrario, suspendiéndose la prescripción lo mismo para la promesa que para el contrato celebrado, como que ambos constituyen actos contractuales, y da la circunstancia de que la tesis de la Corte impide la ratificación del menor que haya llegado a la mayoría, cuando lo celebrado es mera promesa, pero no cuando se ha hecho la venta. Con razón, pues, la Corte recogió velas en fallo de 16 de septiembre de 1919 (G. J. tomo 27, págs. 292 y siguientes). Tratábase en esta ocasión de promesa de vender inmueble perteneciente a mujer casada en cuanto se obtuviese licencia judicial para efectuarlo, y la mujer promitente había muerto sin haberla obtenido. La Corte reputó, como era natural, que la muerte de la mujer equivalía al cumplimiento de la condición (el otorgamiento de la licencia), puesto que muerta ella no era necesario obtenerla, y condenó a sus herederos a celebrar el contrato: porque los últimos no habían alegado nulidad relativa de la promesa de contrato, no podía ser éste desconocido, ni tocar el punto la Corte. (Fue ponente el Dr. José Miguel Arango).

#### CULPA IN CONTRAHENDO

10.—Pasemos ahora a la teoría de la *culpa in contrahendo*, que debemos estudiar finalmente para acabar de fijar el estado actual de nuestra legislación con respecto a la oferta, a la promesa de contrato y a la no celebración del acordado por causa distinta de la voluntad de las partes.

La teoría de la culpa in contrahendo, que se basa en principios de equidad que forman la base de la legislación civil, consiste en decir: cuando una persona propone a otra la celebración de un contrato, se obliga implícitamente a

proveer de su parte cuanto sea necesario para que la convención quede firme y estable; y la parte a quien se hace la propuesta contrae compromiso análogo al iniciar el trato. De consiguiente, si por falta de cuidado de una de las partes la convención queda inválida, tiene que responder ella de los perjuicios que su omisión, falta de diligencia, descuido, etc. haya ocasionado a la otra. Por ejemplo: si ofreciendo alguno a otro una cosa en permuta, aquel a quien se dirige la propuesta y entra en negociaciones abandona la cosa que se propone permutar y ésta se pierde por esa causa, y si el segundo celebra el contrato creyendo que la convención será efectiva, el proponente, que no tiene contra el otro las acciones del contrato, puede exigirle indemnización de los perjuicios que haya experimentado por el abandono del objeto del contrato no formado, por haber éste cometido la culpa consistente en no haber puesto los medios a su alcance para lograr el resultado. Es tan cierto que existe ese compromiso, expresa el autor de la teoría, que si al tiempo de celebrarse un negocio una de las partes pregunta a la otra si le garantiza la realidad del contrato, la segunda contesta sin vacilar: "por supuesto". Esa teoría fue creada por Von Iering con posterioridad a la redacción del Código chileno; mas, como se funda en la equidad, no sería de maravillar que allí se la hubiera consagrado. Averigüemos, pues, si Bello lo hizo.

Es de advertir, en primer lugar, que el Código expresa en su artículo 1.512:

*"El error acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato."*

*"Pero en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato."*

Por lo tanto, si deseando obtener cuadro ejecutado por pintor famoso, de tal manera que sea la fama de ese pintor lo que me determine a encargar el cuadro, me dirijo al estudio que creo sea el suyo y propongo la ejecución del cua-

dro al que allí trabaja y él por su parte se compromete a ejecutarlo y yo me obligo a pagar cierta cantidad de dinero; y si después descubro que no es ese el pintor con quien yo tenía intención de contratar y el contrato se anula por error substancial; en este caso, el pintor, que contrató conmigo de buena fe, tiene derecho a exigirme los perjuicios que de mi culpa se le han originado.

Cosa parecida ocurre en la venta con relación a la cabida cuando la diferencia entre la cabida real y la manifestada alcanza a más de la décima parte, casos en que a pesar de no haber incumplimiento del vendedor, éste, según el artículo 1.888 del Código, ha de resarcir al comprador que desiste.

Establécese, por último, en el artículo 1893:

*“Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.*

*“Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito”.*

Tenemos, pues, a este propósito: deseando arrendar casa de mi propiedad, la consigno en alguna agencia de arrendamientos; al día siguiente se me presenta un amigo mío, me propone que se la arriende, y celebramos el contrato; pero ya entonces la casa estaba arrendada por la agencia y entregada la finca a otro arrendatario, de suerte que me he puesto en imposibilidad de entregar la casa a mi amigo: con arreglo a ese texto, él tiene derecho para desistir del contrato con indemnización de perjuicios.

Sin embargo, en este caso el fenómeno difiere sustancialmente del anterior: en el de error en cuanto a la persona del pintor famoso, el contrato se rescinde; y en el otro es

(1) No sobraría notar que la nueva Corte no entiende la institución a que me refiero, a juzgar por sentencia que será comentada en el tratado de la venta.

firme, pero como dejo de cumplir a mi amigo y el arriendo no ha comenzado a ser ejecutado, él tiene derecho de pedir el pago de mi obligación de hacer (la que no siendo pagada se resuelve en la de indemnizar perjuicios) o de desistir del contrato y demandar la indemnización de perjuicios compensatorios, que es lo que en el artículo 1.893 se establece. Así, pues, tal artículo nada tiene que ver con la teoría de la *culpa in contrahendo*; pero queda por contestar no sólo si el inciso final del artículo 1.512 constituye o no aplicación de ella, sino también si en el 1.888 la hay o no, y en caso de respuesta afirmativa, si en uno u otro o en ambos, se contiene o no principio general.

11.—La teoría general de la *culpa in contrahendo* se funda, como está visto, en que la oferta produce obligación contractual a cargo del policitante (1), y en el sistema de nuestro Código Civil no es así ni aun siquiera en punto de contratos consensuales, puesto que la misma promesa de contrato (que es acto contractual y no antecontractual), no se forma sino mediante la celebración de acto formal (2). Y si bien algunas veces la oferta causa obligaciones en materia mercantil —sólo tratándose de contrato consensual—, no deja de influir aquella misma circunstancia en contra de la teoría, y hasta redundando en su daño la contradicción legal en referencia: tal como sucede con los contratos solemnes y con los reales y hasta con mayor razón, reitero, no se concibe que por el solo hecho de la oferta el policitante se obligue a poner los medios para que el contrato quede celebrado, es

(1). *“Un autre système, celui l'avant-contrat, fait un pas de plus; il voit dans la pollicitation simple le fondement d'une obligation de nature contractuelle à la charge du pollicitant. Dans l'offre faite avec délai d'option, il y a, dit-on, en réalité, deux offres, l'offre de contrat qui attend, pour se transformer en contrat, l'adhésion du correspondant, et l'offre de s'engager à maintenir la pollicitation pendant le délai indiqué”.* (Colin & Capitant, tomo II, pág. 271).

(2). No podría sostenerse que la responsabilidad resultante de la *culpa in contrahendo* es de origen delictual, dada la naturaleza del fenómeno. Recuérdese, con efecto, lo que apuntan Colin & Capitant (loc. cit.):

*“Le premier de ces systèmes enseigne qu'en retirant son*



tableciéndose que la promesa de contrato sea contrato solemne.

Más aún: conforme al inciso final del artículo 1.870 del Código Civil, aplicable a los asuntos comerciales, el que ha vendido "a sabiendas" lo que en todo o en parte considerable no existía, debe indemnizar al comprador de buena fe. Ahí se contempla, no ya el caso de culpa, sino el de mala fe, y se excluye el primero en materia de compraventa y, en rigor jurídico, por regla general. Luego la teoría de la *culpa in contrahendo* apenas tendría cabida en los casos de los artículos 1.512 y 1.888.

Ahora pues: a vista de los artículos 1.512, 1.888 y 1.870, de que vengo hablando, puede afirmarse que la responsabilidad del contratante no es, en los casos de los dos primeros, la que resulta de la culpa *in contrahendo*, sino puramente *cuasi-delictual*, a virtud de disposiciones excepcionales que están en pugna con el principio general del artículo 1.870, y asimismo que el último, aplicable a todo caso en que no se forme contrato por causa impeditiva que haya sido conocida y callada por uno de los contratantes, determina responsabilidad del mismo, por motivo delictual.

El sistema es objetable, con todo, por ilógico: el mal principal está en haberse prescrito solemnidad para la promesa de contrato, y el menor en haberse dictado el artículo 1.870.

12.—¿Será el último imputable a Bello? El puso en el primer proyecto:

Art. 7° Si antes de perfeccionarse el contrato, y sin co-

---

*offre, comme on persiste à dire qu'il en a le droit tant qu'il n'y a pas eu accord des volontés, le pollicitant peut encourir une certaine responsabilité, mais de nature délictuelle. Son correspondant pourrait lui réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice qu'il a subi en comptant sur l'offre qui lui était adressée et en prenant ses dispositions en conséquence. Nous croyons un tel système insoutenable. D'abord, il résout la question par la question. Il s'agit de savoir si, oui ou non, le pollicitant avait le droit de rétracter son offre avant l'expiration du délai. Si oui, il n'a pu encourir de responsabilité délictuelle en usant de son droit dans des conditions normales".*

*nocimiento del comprador, la cosa que se vende ha perecido toda ella, o la mayor parte de ella, o la parte por cuya consideración se hace el contrato, no valdrá la venta. Pero, si sólo ha perecido en parte de menor importancia, tendrá derecho el comprador para exigir una rebaja proporcional del precio, que se valorará por peritos.*

*"Y si el vendedor hubiere procedido de mala fe, será obligado a pagar los perjuicios".*

Mas en el segundo proyecto (el elaborado entre 1846 y 1847) no se halla cosa parecida, y esto muestra que Bello se arrepintió de lo escrito en la ocasión anterior. Confirma este punto de vista que el tercer proyecto (el de 1853) no contenga el inciso final del que es el artículo 1.870 de nuestro Código, sino apenas los dos primeros de aquellos incisos, con distinta redacción el segundo. (Art. 1.994 del Proyecto). A más de lo anterior, permite sospechar que el autor del inciso 3°, introducido en el "Proyecto Inédito", fuera alguno de los miembros de la Comisión Revisora:

(a) Que se prescindiera en éste de las comas (,) que había antes y después de "a su arbitrio", muy propias de Bello.

(b). Que el mismo proyecto fuera el en que se consignara (art. 1.773) el haber de ser acto solemne la promesa de contrato, contra el parecer anterior del mismo, y el en que se volviera al pensamiento primitivo de éste en punto de responsabilidad de quien vendiera a sabiendas de haber perecido la cosa.

(c). Que en los primeros proyectos mostrara Bello, con el silencio, no querer reglamentar asuntos concernientes a lo anterior al contrato ni aun al acto contractual de la promesa de celebrar alguno, para dejar abierto el campo al libre desarrollo de la jurisprudencia en esas materias.

Y a la verdad, Bello no fue comprendido por los miembros de la Comisión Revisora, cuya intervención habría sido benéfica si ella, siendo puramente consultiva, se hubiese limitado a discutir y, cuando más, a proponer reformas; porque Bello era superior al medio en que vivía.