

EFFECTOS REALES DE LA COMPRA VENTA

RODRIGUEZ SARMIENTO OSCAR

HENRIQUEZ IGUARAN ALICIA

GONZALEZ CURVELO HERNAN

Trabajo de Grado presentado
para optar al título de
ABOGADO.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1993

DE 70136



EFFECTOS REALES DE LA COMPRA VENTA

PERSONAL DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

RECTOR:	DR. JOSE CONSUEGRA BOLIVAR
VICE RECTOR:	DR. EUGENIO BOLIVAR
SECRETARIO GENERAL:	DR. RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
DECANO:	DR. CARLOS LLANOS S.
SECRETARIO ACADEMICO:	DR. PORFIRIO BAYUELO
DIRECTOR CONSULTORIO JURIDICO:	DR. ANTONIO SPIRKO CORTES

TABLA DE CONTENIDO

	pág
INTRODUCCION	1
0.1. ESCOGENCIA DEL TEMA	2
0.2. DELIMITACION DEL TEMA	2
0.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
0.4. OBJETIVOS	5
0.4.1. Objetivo general	5
0.4.2. Objetivos específicos	5
0.5. MARCO HISTORICO	5
0.6. DURACION DE LA INVESTIGACION	13
0.7. METODOLOGÍA	13
1. EFICACIA DE LA COMPRAVENTA	14
1.1. CONSIDERACIONES GENERALES	14
1.2. TESIS DOCTRINARIAS	19
1.3. TESIS AMPLIA	19
1.4. TESIS RESTRINGIDA DE LA CONDICION	22
1.5. POSICION PERSONAL	26
2. EFECTOS	31
2.1. EFECTOS PERSONALES	32
2.2. OBLIGACIONES DE LAS PARTES	32

2.2.1. Tesis doctrinarias	32
2.2.1.1. Tesis de DARE	32
2.2.1.2. Tesis de FACERE	32
2.2. POSICION JURISPRUDENCIAL	33
2.3. CONCEPTO PERSONAL	37
3. EFECTOS REALES	48
3.1. SOBRE LA PROPIEDAD	48
3.2. SOBRE LA POSESION	51
3.2.1. Adquisición de la posesión por el promitente comprador	52
3.2.2. Acción reivindicatoria de promitente vendedor contra promitente comprador	55
CONCLUSION	64
BIBLIOGRAFIA	67

INTRODUCCION

La escogencia del tema " Eficacia de la Promesa de Compraventa Prometida, no es fruto del azar. La promesa de contrato, no obstante su vieja existencia dentro del mundo del derecho, se presenta hoy más que nunca como un auge controversial indiscutible. La constante utilización por parte de los particulares de sus atractivos y ventajas para la regulación de sus intereses, los no pocos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia acerca de temas controvertibles referidos en su mayoría a la promesa de compraventa sobre bienes raíces y el gran interés que entre la doctrina especialmente foránea ha despertado su viabilidad jurídica, conforman en su conjunto motivos más que suficientes para detenernos en su estudio y poder así, alentados con un esfuerzo estrictamente personal, presentar una visión general pero integral y en lo posible profunda de la figura jurídica elegida.

0.1. ESCOGENCIA DEL TEMA

La escogencia del tema Eficacia de la compraventa prometida no es punto al azar. La existencia de ésta dentro del mundo del derecho, se presenta hoy más que nunca como un auge contravencional indiscutible, particularmente en cuanto al derecho colombiano respecta.

0.2. DELIMITACION DEL TEMA

El tema mismo.

0.2.1. Delimitación espacial. La delimitación de nuestro temá lo realizaremos desde la aparición de las diferentes corrientes hasta las diferentes tesis de nuestros días.

0.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cuando revisamos los requisitos generales del contrato de promesa, precisamos cómo, al nacer de aquel una obligación de hacer consistente en celebrar la compraventa inmobiliaria prometida, tal hecho, según el artículo

1518 del Código Civil debe ser física y moralmente posible; lo cual sólo se configura cuando el contrato de venta preparado no sea contrario al orden público, a las leyes, ni a las buenas costumbres. Pues bien, cuando nuestro legislador ordena que la compraventa prometida no sea de aquellas que las leyes declaren ineficaces, no hace cosa distinta que explicitar el principio general antes referido.

Pero esta exigencia legal, que en principio se presenta apenas obvio y lógica, parece perder esa claridad diáfana al ser analizada frente a casos concretos y particularizados dando origen al planteamiento de diversas posiciones jurídicas en las que, cada una partiendo de ciertos parámetros generales diferentes, fijan finalmente sentidos y alcances también distintos respecto del requisitos que nos ocupa. En otras palabras, si al tenor literal del art. 89 de la ley 153 de 1887, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna cuando el contrato a la que la promesa se refiere es de aquello de que la ley declara ineficaz. Ello significa, que una promesa de compraventa de inmueble entre cónyuges o por cualquiera de las personas incapacitadas para celebrar una compraventa de inmueble entre cónyuges o por cualquiera de las personas incapacitadas para celebrar una compraventa; o una promesa de compraventa sobre un bien

raíz embargado judicialmente, por citar algunos casos, ¿son todos ellos ejemplos de violación del numeral 2º del artículo referido?, en caso afirmativo, ¿tales promesas serán inexistentes?, nulas, absolutamente o simplemente adolecerán de nulidad relativa?.

Aún más siguiendo los ejemplos precitados, si han de llegar el momento precitado para celebrar la compraventa prometida, los cónyuges se divorcian; el inmueble es legalmente desembargo o fué desafectado del patrimonio pública y pasa a propiedad del promitente vendedor; las promesas siguen siendo nulas, inexistentes o válidas? o aún más bien ¿devienen en validez y deben por lo mismo cumplirse? o, ¿ sencillamente, eran nulas pero el vicio de que adolecían quedó subsanado?.. Por el contrario, si al tiempo de la promesa dos novios se obligan a celebrar una compraventa inmobiliaria en el futuro o se concluye una promesa sobre un inmueble que no se encuentra embargado o es un bien privado; pero para la época del cumplimiento de la misma, los novios se hayan casados, o un tercero acreedor embargó el inmueble prometido de venta, o pasó a ser de propiedad del Estado, respectivamente, tales promesas son válidas, hay una nulidad sobreviniente de los contratos preliminares o en general qué consecuencias jurídicas se siguen esas circunstancias fácticas.

0.4. OBJETIVOS

0.4.1. Objetivo general. Analizar la viabilidad y efectividad de una promesa de compraventa inmobiliaria.

0.4.2. Objetivos específicos. Interpretar el papel que jugará la expedición de nuevas disposiciones sobre la materia analizada.

- Hacer un análisis fáctico y comparativo de la legislación actual y las disposiciones anteriores y extranjeras.

0.5. MARCO HISTORICO

La historia fidedigna de su establecimiento muestra que en los proyectos antecesores directos del artículo 89 de la ley 153 de 1887 y en su texto vigente, el contrato de promesa solo fué tenido en cuenta de manera excepcional y prohibitiva. Este carácter restringido exige al intérprete estritez en su análisis y no puede dar cabida a contratos de promesa que el legislador precisamente quiso evitar.

Esa intención limitada del legislador se exteriorizó expresamente en frente del requisito en cuestión, si consideráramos el término " CONCURRAN" utilizando en el encab-

zamiento de la norma precitada. Aunque este aspecto ya fué destacado al inicio del presente capítulo, debemos puntualizar que el significado natural y obvio de "concurrir" es " juntarse en un mismo lugar o tiempo diferentes personas, sucesos o cosas". Esto es, que la exigencia segunda en estudio debe cumplirse al tiempo de la promesa junto con los demás requisitos legales.

La ley no puede exigir que una cosa concorra con otra en un mismo momento, si la primera solo puede hacerlo en un momento posterior, o sea, que una norma no puede, sin que ello implique una atrocidad legislativa, preceptuar que al tiempo de la promesa deben concurrir cuantos requisitos para que produzca efectos el contrato, si frente a uno de ellos solo puede determinarse su ocurrencia para un tiempo a posteriori (celebración de la compraventa prometida). De esta manera si para la época de la celebración de la promesa no se puede precisar si la compraventa prometida es o no es ineficaz, esta no existe aún y por lo mismo las prohibiciones legales que sobre ella recae no pueden aún aplicarse, ello implica, en términos sencillos que el numeral 2º del artículo citado sobre dos imposibilidades de darse cumplimiento al momento de la promesa y mal puede interpretarse la ley partiendo de un supuesto semejante.

Dentro de esta tesis se enfila la gran mayoría de los autores que tratan el punto, fundamentan su posición en estas consideraciones:

A diferencia de la teoría precedente, los requisitos de la eficacia de la compraventa prometida deben examinarse, para efectos de precisar la validez o nulidad del contrato de promesa, por regla general al tiempo de la promesa misma y no de la compraventa separada. Por eso, como al existir una causa de ineficacia de la compraventa al momento de su promesa, la regla general es la nulidad de ésta, la presente tesis es RESTRINGIDA. Así, la promesa de compraventa inmobiliaria entre cónyuges o la que recae sobre cosas que por su naturaleza estén fuera del comercio o sobre bienes del Estado, son contratos nulos.

Pero este principio general que se basa en circunstancias de ineficacia permanente que dejan vislumbrar, según los defensores de esta posición, inequívocamente la ineficacia de la compraventa proyectada, sufre excepción en tratándose de la promesa de compraventa sobre un inmueble que para la época de la promesa está judicialmente embargado. En este evento, al estar el inmueble fuera del comercio pero en forma temporal y transitoria cabe la posibilidad de que para la época de la celebración de la compraventa pactada en el precontrato, tal bien

se encuentre desembargo y por ende, la conclusión de la compraventa resulte perfectamente viable conforme a la ley. Adicionalmente, el artículo 1521 del C. C. al establecer que " hay objeto ilícito en la enajenación... de las cosas embargadas por Decreto judicial, al menos que el juez lo utilice o el acreedor consienta en ello" lo que se está prohibiendo es la enajenación de bienes embargados y como el contrato de promesa no trasmite el dominio del promitente vendedor al promitente comprador, al no configurar la enajenación mal puede recaer sobre él la prohibición requerida; por lo tanto en esta hipótesis siempre ha de entenderse que el contrato preliminar está condicionado a que para la época de la celebración de la compraventa prometida, el inmueble prometido en venta se encuentre libre de la medida cautelar respectiva. Luego, la promesa de compraventa de un bien raíz embargado es válido, solo que si para el día de otorgar la escritura pública, el inmueble sigue embargado, la compraventa, falla la condición táctica, y por lo mismo, la obligación de celebrar el contrato prometido no nace al mundo jurídico resultando procedente la excepción de inexistencia de la obligación para oponerse los promitentes contratantes al otorgamiento de la Escritura Pública pertinente. Si por el contrario, el inmueble es desembargado, no hay excepción alguna que pueda alegarse por este concepto y la compraventa deberá concluirse conforme a la ley.

De otro lado, acerca de las consecuencias jurídicas que desencadenan un contrato de promesa que recae sobre una compraventa que para la fecha del precontrato es plenamente eficaz pero luego cae en la ineficacia, la tesis en comento guarda silencio. Solo Fernando Vélez, se pronuncia tímidamente al respecto en estos términos:

" Mucho menos sería nula si se promete venderla cuando no está embargada y después se embarga"¹.

En realidad, si se reviste con todo detenimiento, no solo las promesas de compraventa de bienes embargados judicialmente son las que puedan dar tiempo de celebración de la compraventa prometida, eliminar la prohibición legal existente levantándose el embargo respectivo.

También, es bien posible que dos cónyuges que prometen celebrar entre sí, en un futuro, una compraventa inmobiliaria, se divorcian para la época de otorgamiento de la escritura pública correspondiente, o que el inmueble prometido en venta era un bien público pase a ser de propiedad del promitente vendedor y así sucesivamente.

¹VELEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano Tomo II. p. 235.

Cosa muy distinta, es que en frente de situaciones normales, unas circunstancias son más factibles que otra, o algunas, su permanencia menos demorada en el tiempo que otras. Precisada así la cuestión, tendríamos que generalizar que toda promesa en que se obliga a celebrar una compraventa que es ineficaz en el tiempo de verificarse la promesa, debe entenderse celebrada bajo la condición que en tal ineficacia desaparezca para la época de perfeccionamiento de la compraventa respectiva. Y siendo ello de esta manera, tendríamos que esperar, como en la primera teoría analizada, el día de la celebración de la compraventa para verificar en aquel entonces si la ineficacia continua, caso en el cual la condición táctica habrá fallado, o si la prohibición legal ha desaparecido, evento en el cual deberá otorgarse la escritura pública de vida. En consecuencia, la presente tesis aunque con argumentaciones diversas, llegue en última instancia a semejarse sustancialmente a la posición doctrinal anteriormente examinada, resultando por lo mismo admisible a ser extensiva en este momento, en su integridad, las críticas que de ésta última hicieron en líneas precedentes. No puede entenderse que el artículo 89 de la ley 153 de 1887 al señalar en su numeral 2º que la promesa de celebrar un contrato genera obligaciones para sus partes cuando el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquella que las leyes declaren ineficaces,

es lo mismo que decir que la promesa que se refiere a un contrato que la ley declara ineficaz es válida solo que se entiende celebrada bajo la condición de que la ineficacia existente al tiempo del precontrato se elimine al tiempo de perfeccionar la compraventa prometida. Una interpretación como la anotada, reiteramos, tergiversa el verdadero alcance y finalidad de la norma interpretada.

El profesor de la Universidad de Buenos Aires, Eduardo Zannoni, al estudiar las nulidades de los actos jurídicos plantea una clasificación peculiar de aquellos, en lo que el llama " Eficacia e Ineficacia Pendientes". Según el autor citado, " los ejemplos más sencillos que pueden darse son: por uno y otro caso, los de actos jurídicos subordinados a condición resolutoria o suspensiva, respectivamente"².

Esta clasificación y los conceptos que envuelven, podría ser empleada para dar solución a los interrogantes que hemos venido despejando. En el evento de un precontrato para perfeccionar en el futuro una compraventa que hoy es válida, no hay duda de la eficacia momentánea de la

ZANNONI, Eduardo. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Buenos Aires, 1986. p. 130.

" La incertidumbre recae sobre sí, en el futuro, conservará su eficacia actual. Entonces puede decirse que un negocio sujeto a condición resolutoria, tiene una plena eficacia actual, pero pendiente, ya que si la condición (ineficacia sobreviniente de la compraventa prometida en el caso que nos ocupa se cumple no solo cesarán los efectos del acto sino que, además, lo sucedido durante el lapso de interinidad se consideran como no realizado en atención aquel propio acto jurídico se tiene como no otorgado".

Aquí se configura la validez pendiente. En cambio, cuando la compraventa prometida es en la actualidad ineficaz pero puede llegar a ser eficaz para la época de otorgamiento de la escritura pública pertinente, lo que existe es una nulidad pendiente.

Un negocio sujeto a condición suspensiva no produce sus efectos propios (aunque produce sus efectos propios tendientes a asegurar su futura eficacia para el caso de que la condición se cumpla ya que, respecto de estos efectos propios, es ineficaz).

Esta ineficacia actual está pendiente del cumplimiento de la condición suspensiva.

0.6. DURACION DE LA INVESTIGACION

El tiempo de desarrollo de esta investigación será de tres meses.

0.7. METODOLOGIA

Nuestra investigación la enfocamos dentro de una trayectoria dialéctica, las teorías básicas que se enmarcan dentro de los cambios sociales.

1. EFICACIA DE LA COMPRAVENTA

El segundo requisito especial que debe reunir la promesa de contrato es " que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil".

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

- Sea lo primero, anotar que la norma remitida por el numeral 2 del artículo 89 de la ley 153 de 1887, vale decir, el artículo 1511 del Código Civil, lejos de precisar los requisitos para que un acto jurídico sea eficaz, se limita en su integridad a regular el error de hecho sobre la sustancia o calidad esencial del objeto como vicio del consentimiento partiendo de esta incongruencia, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han coincidido en afirmar que el artículo que debió citar el legislador de 1887 era el 1502, que sí es la norma que fija las condiciones de existencia y validez

de cualquier manifestación de voluntad que pretenda producir efectos en el mundo del derecho. Así, para que una promesa de compraventa sobre bien inmueble sea fuente de las obligaciones pactadas en ella, la compraventa prometida no debe referirse a personas legalmente incapaces, ni presentar vicios del consentimiento, ni recaer sobre un objeto o causa ilícitos. No obstante lo anterior, para nuestra Corte Suprema de Justicia, este segundo requisito debe entenderse en términos más estrictos, en el sentido de que no sólo es ineficaz la promesa que tenga por objeto la celebración de una compraventa a la que falta alguna de las exigencias del artículo 1502 del Código Civil, sino que también lo es, cuando la compraventa prometida sea de aquellas que la ley, por cualquier otro vicio distinto, declara ineficaz, como es el caso de un contrato de promesa para la celebración futura de una compraventa que ya al momento del precontrato es lesiva. (Sentencias de Casación Civil de Julio 23 de 1969, septiembre 20 de 1983 y agosto 20 de 1985).

- Cuando revisamos los requisitos generales del contrato de promesa, precisamos cómo, al nacer de aquel una obligación de hacer consistente en celebrar la compraventa inmobiliaria prometida, tal hecho, según el artículo 1518 del Código Civil debe ser física y moralmente

posible ; lo cual sólo se configura cuando el contrato de venta preparado no sea contrario al orden público, a las leyes, ni a las buenas costumbres. Pues bien, cuando nuestro legislador ordena que la compraventa prometida no sea de aquellas que las leyes declaran ineficaces, no hace cosa distinta que explicitar el principio general antes referido.

- Pero esta exigencia legal, que en principio se presenta apenas obvia y lógica, parece perder esa claridad diáfana al ser analizada frente a casos concretos y particularizados dando origen al planteamiento de diversas posiciones jurídicas, en las que, cada una partiendo de ciertos parámetros generales diferentes, fijan, finalmente, sentidos y alcances también distintos respecto del requisito que nos ocupa.

En otras palabras, si al tenor literal del artículo 89 de la ley 153 de 1887, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna cuando el contrato a que la promesa se refiere es de aquellos que la ley declara ineficaz, ello significa, que una promesa de compraventa de inmueble entre cónyuges y por cualquiera de las personas incapacitadas para celebrar una compraventa; o una promesa de compraventa sobre un bien raíz embargado judicialmente, por citar sólo algunos casos,

¿ son todos aquellos ejemplos de violación del numeral segundo del artículo referido? en caso afirmativo, ¿tales promesas serán inexistentes, nulas absolutamente o simplemente adolecerán de nulidad relativa?. Aún más, y siguiendo los eventos precitados, si antes de llegar el momento precitado para celebrar la compraventa prometida, los cónyuges se divorcian; el inmueble es legalmente desembargado o fue desafectado del patrimonio público y pasó a propiedad del promitente vendedor, ¿ las promesas siguen siendo nulas, inexistentes o válidas? o más bien ¿ devienen en válidas y deben por lo mismo cumplirse? o, ¿ sencillamente, eran nulas pero el vicio de que adolecían quedó subsanado?. Por el contrario, si al tiempo de la promesa dos novios se obligan a celebrar una promesa sobre un inmueble que no se encuentra embargado o es un bien privado, pero, para la época de cumplimiento de la misma, los novios se hallan casados, o un tercero acreedor embargó el inmueble prometido en venta, o pasó a ser de propiedad del Estado, respectivamente, ¿ tales promesas son válidas? ¿ Hay una nulidad sobreviniente de los contratos preliminares? o en general ¿ Qué consecuencias jurídicas se siguen de esas nuevas circunstancias fácticas?.

Si se medita sobre todas y cada una de las hipótesis

planteadas, se encuentra que la determinación del alcance, significación e interpretación que debe dársele a este segundo requisito especial de la promesa, no resulta de ninguna manera tarea fácil. Y la conclusión a que se llega, no deja de ser por ello, esencialmente controvertible. Ello se demuestra, entre otras cosas, por la circunstancia comprobable de la falta por parte de los autores, por lo menos los consultados, de un tratamiento completo del tema que cobije hipótesis como las enunciadas.

- En este orden de ideas, son tal vez dos las situaciones que deben ser analizadas para obtener una visión integral respecto del verdadero contenido, regulación y mandato del numeral 2 del artículo 89 de la ley 153 de 1887, a saber:

1. Al tiempo de celebrarse el contrato de promesa, la compraventa prometida sobre un inmueble a que se refiere aquella, es de los que las leyes declaran ineficaz, pudiendo ocurrir que para la época de cumplimiento de la promesa, o sea, para el momento de celebración de la compraventa, la ineficacia haya desaparecido.

2. De otro lado, lo que bien puede ocurrir es que para el momento de celebración de la promesa, la compraventa

prometida no se encuentra prohibida por ley alguna, pero que, para la época de otorgamiento de la escritura pública respectiva que perfeccione la compraventa especificada, sobrevenga un hecho que hace que dicha compraventa prometida sea de aquellas que las leyes tiene por ineficaces.

1.2. TESIS DOCTRINARIAS

Ahora bien, frente a los supuestos recién esbozados, los estudiosos del derecho han surgido diferentes teorías explicativas, las cuales, utilizando un criterio general y unificador podríamos agrupar en tres clases: la tesis amplia, la tesis restringida de la condición y la tesis restringida de la nulidad y validez pendientes.

1.1. TESIS AMPLIA

Los defensores de esta teoría (BOYER y BOFFI), entre otros) afirman que el objeto de la promesa de compraventa es distinto al objeto del contrato de compraventa. El primero consiste en una obligación de hacer verificable otorgando la escritura pública que perfeccione la compraventa prometida; el segundo radica en el precio y en la cosa vendida. Luego, si para el tiempo de la promesa, v.gr, los dos contratantes se encuentran casa-

dos entre sí, ello no importa ni le resta validez en frente de la promesa, ya que lo que la ley prohíbe es la venta entre cónyuges pero nos los precontratos de ellas. De tal manera, que es en el momento de celebración de la compraventa prometida, el que hay que tomar en consideración para revisar las ineficacias que puedan presentarse. En consecuencia, sea por el contrato de promesa se refiera a una compraventa ineficaz o sea que siendo el objeto de aquella una compraventa plenamente válida a la cual sobreviene una circunstancia de nulidad, hay que esperar, de todos modos hasta la época de cumplimiento del pre-contrato. Si persiste o surge la nulidad, la compraventa no debe celebrarse por ese mismo motivo. Si deviene en válida o permanece eficaz la compraventa prometida, deberá otorgarse la escritura pública correspondiente. Autodenominamos como " tesis amplia " la anterior posición doctrinaria, porque al constituir el centro de su argumentación el hecho de que sólo será nula la promesa si al tiempo de cumplirse existe un vicio de nulidad en la compraventa prometida, permite la utilización de contratos de promesa aun cuando recaigan sobre compraventas que son ineficaces para la época del pre-contrato.

La tesis recién expuesta, resulta criticable si tomamos en cuenta y repasamos algunos conceptos:

La historia fidedigna de su establecimiento muestra que en los proyectos antecesores directos del artículo 89 de la ley 153 y en su texto vigente, el contrato de promesa sólo fue tenido en cuenta de manera excepcional y prohibitiva. Este carácter restringido exige al intérprete estrictez en su análisis y no puede dar cabida a contratos de promesa que el legislador precisamente quiso evitar.

- Es intención limitativa del legislador se exteriorizó expresamente en frente del requisito en cuestión, si consideramos el término "CONCURRAN" utilizado en el encabezamiento de la norma precitada. Aunque este aspecto ya fue destacado anteriormente, debemos puntualizar que el significado natural y obvio de "concurrir" es "juntarse en un mismo lugar o tiempo diferentes personas, sucesos o cosas". Esto es, que la exigencia segunda en estudio debe cumplirse al tiempo de la promesa junto con los demás requisitos legales.

- La ley no puede exigir que una cosa concorra con otras en un mismo momento, si la primera sólo puede hacerlo en un momento posterior, o sea, que una norma no puede, sin que ello implique una atrocidad legislativa, preceptuar que al tiempo de la promesa deben concurrir cuatro requisitos para que produzca efectos el contrato,

si frente a uno de ellos sólo puede determinarse su ocurrencia para un tiempo a posteriori (celebración de la compraventa prometida). De esta manera si para la época de celebración de la promesa, no se puede precisar si la compraventa prometida es o no ineficaz, pues esta no existe aún y por lo mismo las prohibiciones legales que sobre ella recaen no pueden aún aplicarse, ello implica, en términos sencillos, que el numeral 2 del artículo citado sobra por imposibilidad de darle cumplimiento al momento de la promesa y mal puede interpretarse la ley partiendo de un supuesto semejante.

1.4. TESIS RESTRINGIDA DE LA CONDICION

Dentro de esta tesis se enfilan la gran mayoría de los autores que tratan el punto (LUIS CARLOS SOLAR, ALVARO PEREZ VIVES, FERNANDO VELEZ, principalmente) y fundamentan su posición en estas consideraciones:

- A diferencia de la teoría precedente, los requisitos de eficacia de la compraventa prometida deben examinarse, para efectos de precisar la validez o nulidad del contrato de promesa, por regla general, al tiempo de la promesa misma y no de la compraventa preparada. Por eso, como al existir una causa de ineficacia de la compraventa al momento de su promesa, la regla general es

la nulidad de esta, la presente tesis es RESTRINGIDA, Así, la promesa de compraventa inmobiliaria entre cónyuges o la que recae sobre cosas que por su naturaleza estén fuera del comercio, o sobre bienes del Estado, son contratos nulos.

- Pero este principio general que se basa en circunstancias de ineficacia permanentes que dejan vislumbrar, según los defensores de esta posición, inequívocamente la ineficacia de la compraventa proyectada, sufre excepción en tratándose de la promesa de compraventa sobre un inmueble que para la época de la promesa está judicialmente embargado. En este evento, al estar el inmueble fuera del comercio pero en forma temporal y transitoria, cabe la posibilidad de que para la época de celebración de la compraventa pactada en el precontrato, tal bien se encuentre desembargado y, por ende, la conclusión de la compraventa resulte perfectamente viable conforme a ley.

Por lo tanto, en esta hipótesis, siempre ha de entenderse que el contrato preliminar está CONDICIONADO a que para la época de celebración de la compraventa prometida, el inmueble prometido en venta se encuentre libre de la medida cautelar respectiva. Luego, la promesa de compraventa de un bien raíz embargado es válida,

sólo que si para el día de otorgar la escritura pública el inmueble sigue embargado, la compraventa querida no podrá perfeccionarse. Agregaríamos nosotros, dentro del pensamiento de la teoría que reseñamos, que al continuar embargado el bien prometido en venta para la época de perfeccionamiento de la compraventa, falla la condición tácita y, por lo mismo, la obligación de celebrar el contrato prometido no nace al mundo jurídico resultando procedente la excepción de inexistencia de la obligación para oponerse los prometientes contratantes al otorgamiento de la escritura pública pertinente. Si por el contrario, el inmueble es desembargado, no hay excepción alguna que pueda alegarse por este concepto y la compraventa deberá concluirse conforme a ley.

- De otro lado, acerca de las consecuencias jurídicas que desencadena un contrato de promesa que recae sobre una compraventa que para la fecha del pre-contrato es plenamente eficaz pero luego cae en la ineficacia, la tesis en comento guarda silencio. Sólo FERNANDO VELEZ se pronuncia tímidamente al respecto en estos términos: "Mucho menos sería nula si se promete venderla cuando no está embargada y después se embarga".

En realidad, si se revisa con todo detenimiento, no

sólo las promesas de compraventa de bienes embargados judicialmente son las que pueden para el tiempo de celebración de la compraventa prometida eliminar la prohibición legal existente levantándose el embargo respectivo. También, es bien posible que dos cónyuges que prometen celebrar entre sí, en un futuro, una compraventa inmobiliaria, se divorcien para la época de otorgamiento de la escritura pública correspondiente; o que el inmueble prometido en venta que era un bien público pase a ser de propiedad del prometiente vendedor y así sucesivamente.

Cosa muy distinta, es que en frente de situaciones normales, unas circunstancias son más factibles que otras, o algunas, su permanencia menos demoradas en el tiempo que otras. Precisada así la cuestión, tendríamos que generalizar que toda promesa en que se obligue a celebrar una compraventa que es ineficaz en el tiempo de verificarse la promesa, debe entenderse celebrada bajo la condición que tal ineficacia desaparezca para la época de perfeccionamiento de la compraventa respectiva. Y siendo ello de esa manera, tendríamos que esperar, como en la primera teoría analizada, el día de celebración de la compraventa para verificar en aquel entonces si la ineficacia continúa caso en el cual la condición tácita habrá fallado, o si la prohibición legal ha desa-

parecido , evento en el cual deberá otorgarse la escritura pública debida.

En consecuencia, la presente tesis, aunque con argumentaciones diversas, llega en última instancia a asemejarse sustancialmente a la posición doctrinal anteriormente examinada, resultando por lo mismo admisible hacer extensivas en este momento, en su integridad, las críticas que de esta última hiciéramos en líneas precedentes. No puede entenderse que el artículo 89 de la ley 153 de 1887 al señalar en su numeral 2º que la promesa de celebrar un contrato genera obligaciones para sus partes cuando el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellas que las leyes declaren ineficaces, es lo mismo que decir que la promesa que se refiere a un contrato que la ley declara ineficaz es válida sólo que se entiende celebrada bajo la condición de que la ineficacia existente al tiempo del precontrato se elimine al tiempo de perfeccionar la compraventa prometida. Una interpretación como la anotada, reiteramos, tergiversa el verdadero alcance y finalidad de la norma interpretada.

1.5. POSICION PERSONAL

Es el momento de fijar nuestra propia opinión acerca

del asunto debatido, la cual, como se deja entrever, se aparta de las anteriormente detalladas. En nuestro modo de pensar, la determinación del verdadero significado e interpretación que merece el numeral 2º del artículo 89 de la ley 153 de 1887, obliga a enfatizar en las siguientes consideraciones:

1. Nos parece, en primer lugar, que la revisión del desarrollo histórico del contrato de promesa, principalmente desde los proyectos de don Andrés Bello para el Código Civil Chileno hasta la actual consagración de la figura en el derecho colombiano, de un lado, y del otro, el repaso del sentido natural y obvio en término "concurrir" utilizado por la ley en la norma que nos ocupa, dan base más que suficiente para concluir, con la seguridad que las materias jurídicas controvertibles permiten, que tanto el espíritu del legislador como el tenor literal del artículo 89 mencionado coinciden en exigir que sea al momento de la celebración del contrato de promesa cuando deba examinarse si la compraventa inmobiliaria prometida es o no ineficaz, o mejor aún, lo que la ley quiere y así lo contempla es que por un contrato de promesa sus partes no queden obligadas a perfeccionar un contrato de compraventa que desde el momento mismo de la promesa ya es ineficaz.

2. Pero el anterior principio general no debe ser entendido en forma absoluta; esto es, que al decir que es al tiempo de la conclusión de la promesa cuando debe constatarse si el contrato prometido era o no eficaz, para determinar la validez o nulidad del pre-contrato, no queremos significar con ello que siempre que en una promesa conste que la compraventa prometida para el tiempo de aquella, ya era ineficaz, el contrato de promesa de compraventa siempre será nulo. No. Una promesa violará el numeral 2º del artículo 89 de la ley 153 de 1887 sólo cuando sus prometientes contratantes se obliguen a celebrar una compraventa preliminar está prohibida legalmente. Las dos últimas ideas, que en principio parecen significar lo mismo y configurar simplemente un juego de palabras, conllevan en realidad la clave esencial para deducir el marco general de interpretación del segundo requisito especial de la promesa. Aquí entra a jugar papel principalísimo recordar la utilidad práctica del contrato de promesa de compraventa inmobiliaria, al igual que los efectos jurídicos fundamentales que modalidades como el plazo y la condición desencadenan en los contratos.

3. Veámos: Cuando el artículo 1852 del Código Civil señala como consecuencia de la incapacidad particular para celebrar una compraventa que: " Es nulo el contrato

de venta entre cónyuges no divorciados", o cuando el artículo 1521 del mismo estatuto en su numeral 3º regula la que: Hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez autorice o el acreedor consienta en ello", resulta indiscutible que tales normas están declarando ineficaces los contratos de compraventa que así se celebren pero no los pre-contratos de ellas, y que, por ende, las promesas de celebrar compraventa como las citadas, al no caer en las prohibiciones respectivas serían válidas. Pues bien, la realidad es otra, cuando dos cónyuges se obligan a celebrar entre sí en un futuro una compraventa inmobiliaria, el contrato de promesa realizado es ineficaz, pero no violar el artículo 1852 del Código Civil, pues, como dijimos, los cónyuges no son incapaces para celebrar contratos de promesa de compraventa como si lo son para verificar contratos de compraventa; sino que tal pre-contrato es ineficaz por contrariar el mandato del numeral 2º del artículo 89 de la ley 153 de 1887.

De igual manera, si por una promesa, prometiende vendedor y prometiende comprador se obligan a perfeccionar posteriormente una compraventa sobre un inmueble que se encuentra en la actualidad embargado, dicho contrato

preliminar, al no implicar la venta actual ni la enajenación de la cosa prometida en venta, no violenta el numeral 3º del art. 1521 del C. C., pero sí se opone al numeral 2º del artículo 89 de la ley 153 citada.

En uno y otro caso estamos en frente de promesa, en las que su partes se obligan a celebrar, en el futuro una compraventa que para la fecha de la promesa es nula. Obviamente que las circunstancias de nulidad puede desaparecer en el futuro antes de la época de la celebración de la compraventa prometida, en estas eventualidades, como el requisito estudiado debe concurrir, para que la promesa sea válida; en el momento del precontrato y no en otro, su no concurrencia general inexorablemente la nulidad de éste aunque con posterioridad dicha exigencia si llega a observarse al eliminarse el factor de ineficacia. Habrá deber, en este último supuesto, si la nulidad de que adolece el contrato de promesa es absoluto o relativo y adicionalmente, saneable, según las reglas generales.

Hasta aquí tenemos que lo que la ley busca impedir es que las personas dentro del desarrollo del tráfico jurídico se obligue a celebrar compraventas que al tiempo de prometerlas son ineficaces.

2. EFECTOS

Cuando en una promesa de compraventa sobre bienes inmuebles concurren todas y cada una de las exigencias, tanto generales, comunes a todo contrato, como las especiales, propias del contrato de promesa previstos en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, podemos decir que estamos en frente de un acuerdo promisorio existente y perfectamente válido, generador, por lo mismo de efectos en el momento del derecho. Las consecuencia de un contrato de promesa de compraventa la podríamos analizar desde dos puntos de vista diferente: Uno, que comprende el estudio de los derechos personales o de créditos de las partes, y más concretamente aún, el tema de las obligaciones derivadas del precontrato, y el otro, dirigido a precisar sus efectos sobre el bien inmueble prometido en venta. El primero contiene, pues, lo que llamaremos EFECTOS PERSONALES y, el segundo, lo que denominaremos EFECTOS REALES del contrato preliminar de compraventa inmobiliaria.

2.1. EFECTOS PERSONALES

2.2. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

2.2.1. Tesis doctrinarias. Sobre las obligaciones a que da origen el precontrato de compraventa inmobiliaria se han formulado, fundamentalmente, dos posiciones bien definidas en sus contornos:

2.2.1.1. Tesis del "DARE". Para todos aquellos autores que se pronuncian en contra de la autonomía jurídica de la promesa de contrato, la naturaleza de las obligaciones surgidas por un precontrato de compraventa sobre un bien raíz radica en un "dar" recíproco entre los contratantes, de manera tal que el vencimiento del plazo o el acaecimiento de la condición el promitente vendedor deberá transmitir el dominio del inmueble al promitente comprador y éste a aquel, cancelar el precio pactado.

Lo anterior es la síntesis central del pensamiento de doctrinantes como VON TUHR, LEDUC, CASTRO Y BRAVO Y MOLINEO.

2.2.1.2. Tesis del "FACERE". En cambio, para quienes el contrato de promesa se presenta jurídicamente bien distinto del contrato prometido, no cabe duda alguna

sobre el carácter de obligación "de hacer" a que da lugar aquella, consistente, para el caso concreto de la promesa de compraventa inmobiliaria en el otorgamiento de la Escritura Pública que de perfeccionamiento a la venta prometida. (CARRARA, LOPEZ DE ZAVALIA, FUEYO LANERI, ALESSANDRI y la generalidad de la doctrina nacional).

El destacado jurista Chileno, Fernando Fueyo Laneri, refiriéndose a una sentencia de la Corte de Santiago de Chile resume la tesis en comentario, al afirmar:

En efecto, el contrato de promesa de venta de bien raíz no tiene por objeto adquirir el precio para una de las partes ni el precio para la otra, sino obligarse recíprocamente a celebrar el contrato de compraventa en la fecha fijada; es decir, las partes por medio de un contrato de esa naturaleza, no se constituyen en deudores de una cosa sino que de un hecho, cual es el de otorgar el contrato de compraventa, el que solo una vez otorgado conferirá a las partes el derecho de reclamar sus derechos personales respectivos.

2.2. POSICION JURISPRUDENCIAL

La Corte Suprema de Justicia en sinnúmero de pronunciamientos (sentencia de julio 28 de 1960, noviembre 15

de 1966, noviembre 6 de 1968, abril 17 de 1975, marzo 22 de 1979, diciembre 7 de 1982, julio 23 de 1986, marzo 23 de 1988) ha manifestado que existen notarias y sustanciales diferencias entre la promesa de la compraventa y la compraventa prometida y que, en consecuencia, la obligación principal que surge de aquella no reside ni en el pago del precio ni en la dación de la cosa, sino en el hacer consistente en el otorgamiento de la escritura pública que perfeccione la compraventa inmobiliaria. Así ha dicho la Corte:

De la promesa de compraventa nace como obligación específica para cada una de las partes la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido, en el término o al cumplimiento de la condición al efecto estipulado. Esto es, que, como la señala la doctrina, solo produce obligaciones de hacer. Tratándose de la promesa de compraventa quiere decir que los derechos y las obligaciones que la promesa como tal encarna, no son los mismos que la compraventa genera, esto es que la promesa no confiere al promitente vendedor título alguno al pago del precio ni al promitente comprador título alguno a la entrega de la cosa, efecto que solamente originará la compraventa en cuanto sea celebrada, pero que no podrá ser subsumida por la mera promesa cuyo poder vinculatorio no va más allá de obligar mutua y recíprocamente a las

partes a la celebración del contrato prometido.

Pero la claridad del concepto precedente se desvanece cuando la misma corte en otras tantas ocasiones (sentencia de casación civil de julio 23 de 1969, agosto 8 de 1974, septiembre 20 de 1983, marzo 19 de 1986, entre otras) ha reconocido explícita e implícitamente la eficacia jurídica de una tendencia que hoy por hoy podríamos decir que es generalizada, consistente en estipular en el contrato mismo de promesa que el promitente comprador se obliga a cancelar la totalidad o parte al menos del precio y/o el promitente vendedor de su lado, entrega el bien inmueble prometido en venta a aquel y/o se condiciona el otorgamiento de la escritura pública de compraventa al pago íntimo del precio en varias cuotas fijadas en el precontrato.

La cuestión que se destaca es, pues, muy simple: Si teóricamente resulta bien claro que el contrato de compraventa sobre un inmueble da origen a la obligación de pagar un precio y de traditar la cosa vendida, mientras que en un contrato de promesa de compraventa no produce tales efectos sino que genera la obligación a cargo de los promitentes contratantes de llegar a celebrar dicha compraventa, en la gran mayoría de las promesas que se verifican en la actualidad, en las cuales se pacta la obli-

gación de pagar parte o la totalidad del precio y/o de entregar el inmueble prometido en venta para épocas anteriores al nacimiento y existencia jurídica de la compraventa, ¿son tales obligaciones en un todo conforme a derecho y, en especial, consultan la naturaleza del contrato de promesa de compraventa y de la compraventa misma?.

La verdad sea dicha, es de tal magnitud la práctica referida, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, encargada cada una dentro de su ámbito propio de acción, de interpretar las normas jurídicas, han pasado por alto y de manera desapercibida el problema sin llegar a insinuar ni siquiera, la existencia de algún tipo de anomalía legal en este punto. Ante este silencio absoluto no sabemos si pensar lo que realmente equivocado seamos nosotros y que no hay porque ver problemas en estipular en un precontrato la obligación de pagar un precio correspondiente a la compraventa que aún no ha nacido.

Un abogado Antioqueño, Carlos Toro Zuluga, se plantea la misma inquietud, a la cual da la siguiente solución: Si en la promesa el promitente vendedor se obliga a dar el bien y el promitente comprador a pagar el precio, la pretendida promesa, al producir para las partes las obligaciones propias de la compraventa, no será bajo

ninguna consideración un precontrato, pues produjo los efectos del contrato que se prometía. Pero si las obligaciones propias de la compraventa que los promitentes contratantes anticipan en su cumplimiento no llegan a configurar el contrato prometido, como cuando solamente se obliga el promitente comprador a pagar el precio o parte de él, esa estipulación no puede entenderse como contentiva de una obligación, pues su fuente no puede ser ni la promesa, que solo genera obligaciones de hacer y no de dar, la compraventa, que aún no ha nacido.

Así, si el promitente comprador se obliga a pagar el precio antes de celebrar el contrato prometido, debe interpretarse la cláusula correspondiente, para que produzca algún efecto, diciendo que las partes sujetaron la celebración del contrato prometido también a la condición de anticipar el precio, conclusión perfectamente válida y ajustada al querer de los intervinientes en el contrato de promesa. Esto sí, el precio no podrá ser cobrado compulsivamente por el promitente vendedor y si el promitente comprador se abstiene de entregarlo, la condición habrá fallado.

2.3. CONCEPTO PERSONAL

1. En primer lugar, aparece indiscutible que en el dere-

cho colombiano el contrato de promesa y que concurren todos sus requisitos legales origina una obligación de hacer consistente en celebrar el contrato prometido, y en tratándose de una promesa de compraventa sobre el bien raíz, se traduce en el otorgamiento de la escritura pública del perfeccionamiento a la venta proyectada. Esta obligación de hacer puede estar sujeta, según el numeral 3º del artículo 89 de la ley 153 de 1887, a un plazo o a una condición suspensiva, con las consecuencias jurídicas que de una u otra forma se siguen, según lo vimos en su oportunidad.

De este modo celebrado válidamente un contrato preliminar la única obligación que necesaria y inexorablemente genera es la de perfeccionar el contrato preparado, este es pues, un elemento de la esencia de la promesa. Pero que de ello sea así no impide, de manera alguna que los promitentes contratantes, en desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad, prevean otras estipulaciones adicionales creadora, igualmente, de obligaciones a cargo de una o ambas partes, si la promesa siempre origina una obligación de hacer, pero no excluye la posibilidad de obligaciones de otra naturaleza, el punto debatido se circunscribirá a determinar si dentro de estas últimas obligaciones tendrían cabida la de pagar el precio de la compraventa y/o la de entregar el inmueble

objeto de la futura venta en tiempo de la promesa para cuando no se haya aún perfeccionada la compraventa.

2. Al examinar el numeral cuarto del artículo 89 de la ley 153 de 1887, enfatizamos que en él la ley exige que en el contrato de promesa, sus partes precisen, de una vez el inmueble que se va a vender y el precio de la compraventa, esto es, que se determinen los elementos esenciales del contrato prometido. Pero el hecho de que en la promesa se haga constar tanto el bien como el precio de la futura compraventa no significa, bajo ningún tipo de consideración que desde ese entonces existan jurídicamente la obligación de pagar el precio por parte del promitente comprador y la de entregar el inmueble a cargo del promitente vendedor, sino la obligación recíproca de celebrar la compraventa que dé origen a tales prestaciones. Si una persona promete vender un inmueble determinado a otra, y este promete aquel comprárselo en una suma también determinada de dinero, señalando una época futura para el perfeccionamiento de la compraventa prometida, durante el interregno de la celebración de la promesa y la celebración de la compraventa el promitente vendedor no puede exigirle a su contraparte el pago del precio y el promitente comprador no puede hacer lo propio en relación con el inmueble, una y otra obligación acaerán, como regla general al otorgarse la escritura pública respectiva y deberán pagarse ante la falta de acuerdo

en contrario, tan pronto como se celebre la compraventa (art. 1882 y 1929 del C.C.).

Cuando hablamos de " regla general" y de "falta de acuerdo en contrario" hacemos referencia a la viabilidad de que en la promesa al determinar el contrato prometido, se prometa celebrar una compraventa cuyas obligaciones sean adicionales o sujetas a un plazo, caso en el cual no serán exigibles al tiempo de la compraventa sino solo hasta cuando acaezca la condición o venza el plazo prefijado. Obsérvese, desde ya, que todas las anteriores formas de cumplir en el tiempo la obligación de pagar un precio y de entregar un bien (pura y simple a plazo o condicional) tiene un común denominador: La preexistencia de un contrato de compraventa, si no existe una compraventa ¿ puede existir acaso la obligación de pagar el precio y/o de dar el inmueble? . Piénsese, por ejemplo, al margen de la promesa, en el caso de una compraventa condicional, como lo es la venta de una cosa futura (art. 1869 del C. C.), en que no existe compraventa hasta cuando no exista el bien objeto del acuerdo. Aquí, si el comprador para un tiempo anterior al cumplimiento de la condición se obliga a pagar al vendedor todo o parte del precio, ¿ tiene el comprador jurídicamente hablando, la obligación de pagar el precio en la fecha estipulada?, ¿ el vendedor puede exigirle su cumplimiento? y, si paga ¿ paga lo debido? realmente, al no existir

aún compraventa, mal puede entenderse como existente sus efectos y por ello, las estipulaciones encaminadas a obtener el cumplimiento anticipado de la compraventa no pueden producir las consecuencias deseadas; a no existir contrato no pueden haber obligaciones por cumplir ni mucho menos exigibles. El ejemplo precedente nos deja ver como aún en el caso de la compraventa condicional, que si bien es condicional contiene en sí ya un acuerdo de compraventa, sin compraventa judicialmente existente no puede nacer, y menos cumplirse las obligaciones a que está llamada a producir. Y si esto es así, ¿ qué razón de peso puede esgrimirse para sostener que en tratándose de obligación de pagar el precio y/o de entregar el inmueble contenida en un acuerdo (que ni siquiera es de compraventa, aunque condicionalmente como el caso anterior), que, precisamente está diseñado para celebrar de futuro una compraventa como es la promesa, la conclusión deba ser distinta?.

De este modo, como toda obligación de pagar el precio de una compraventa y la de entregar el inmueble objeto de la compraventa, SOLO PUEDEN TENER ORIGEN en un contrato de compraventa jurídicamente existente y válido, el contrato de promesa de compraventa inmobiliaria, por su naturaleza, por su función económica jurídica, por su razón de ser, por sus diferencias esenciales con la

compraventa prometida, por el deseo implícito de los contratantes de su celebración traduce en no querer de momento realizar una compraventa sino solo prometer su verificación y en fin, por la simple aplicación de todos los aspectos que a lo largo del presente trabajo se han formulado no resultan jurídicamente aptos para producir las obligaciones propias de la compraventa prometida. Sin ser nuestra intención, en ningún momento, pecar de impertinencia, consideramos que si nuestra Corte Suprema de Justicia, para el tiempo en que la utilización de los contratos de promesa tomó un auge inusitado y empezó a ser fuente variada de pleitos y controversias de toda índole, buena parte de las cuales encuentran su origen directa e indirectamente en el asunto que ahora nos ocupa, hubiéramos realizado un estudio integral y estrictamente jurídico de la figura del precontrato, y tal vez habríamos llegado a una conclusión como la anotada y se podría, en consecuencia, haber evitado a tiempo la generalización de la práctica tantas veces requeridas y por ende, una gran variedad de conflictos que hoy por hoy son y seguirán siendo discutibles, dando origen a multiplicidad de interpretaciones que cobijan todas las posibilidades y es que en la actualidad es un hecho incontrovertible, y de cuya demostración se encarga la misma experiencia fáctica, que no existe contrato de promesa de compraventa sobre bien inmueble que no contenga

ga el pago total o parcial del precio y/o la entrega del inmueble al promitente comprador. Esta "costumbre" reviste una fuerza tal, que en realidad podríamos llegar inclusive afirmar que en la gran mayoría de casos, la promesa entendida en su sentido general y legalmente consagrado como se ha venido explicando ha dejado de existir como una entidad jurídica propia y autónoma, limitándose, en la práctica a ser solo el punto de partida de un proceso de perfeccionamiento del contrato de compraventa prometido, esto que en Colombia la compraventa empieza en la promesa de celebrarlo.

En promesa como las que hacemos mención, la intención real y verdadera del promitente comprador que paga para la fecha del precontrato o que se obliga a ella durante la época de pendencia del plazo o de la condición a que se sujeta la obligación de celebrar la compraventa es la de abonar parte o la de cancelar la totalidad del precio de la compraventa futura, según sea el caso y el deseo del promitente vendedor al hacer entrega material a aquel, es el de cumplir de una vez y con carácter, por lo menos para ese entonces, definitivo y permanente, con la obligación de entregar que la compraventa originara en un tiempo posterior. Así, si bien desde el punto de vista teórico el contrato de promesa queda reducido a una etapa de la compraventa prometida perdien-

do toda individualidad, en la práctica ha ganado una amplitud en su campo de acción, en un punto tal, que puede llegar a cumplir las funciones propias que la ley ha reservado para la compraventa prometida. Entonces, si lo que se quiere es concebir que el contrato definitivo de venta no sea sino el desarrollo del contrato preliminar, deberá existir una forma legislativa en su sentido. Pero hasta que ello ocurra, las normas vigentes deben interpretarse en su contenido mientras que el contrato de promesa y contrato prometido sean dos cuestiones jurídicamente distintas con autonomía propio, los efectos de cada uno no podrán ser suplantados por el otro, y viceversa.

El fenómeno que viene presentándose en torno a la promesa coincide con el criterio de Ramón María Roca Sastre, no aplicable, en el derecho colombiano, para que en el precontrato es un " contrato preparatorio, consensual, bilateral, y atípico o general en virtud del cual las partes sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraer la obligación de desenvolverlas o desarrollarlas en el futuro, a fin de que aquel último quede en definitiva completo y concluso".

En síntesis: el querer de los sujetos de derecho, basándose en el principio innegable de la autonomía de la

voluntad privada, no puede ser revistido de un poderío tal que pueda llegar, inclusive hacer producir efectos a un contrato que aún no existe, a crear obligaciones expresamente reservadas por el legislador a un contrato diverso del que las partes dicen celebrar y si ello ocurre las estipulaciones respectivas serán inválidas y no podrán producir el efecto deseado. (Art. 6, 16, 1518, 1523, 1741, 1849, 1880, 1928 del C.C).

3. Y es que para la consecución de las finalidades que los contratantes quieren lograr, forzando exageradamente el contenido legal de la promesa, el legislador ha previsto otras figuras jurídicas para el efecto. El contrato preparatorio fué diseñado para los casos en que los particulares por situación de hecho o de derecho no pueden o no quieren celebrar de momento el contrato de compraventa prometida, para el evento en que no se quiera quedar afectado en la actualidad por los efectos de ésta. Si lo que buscan es que el vendedor cumplan sus obligaciones, pero solo después que el comprador pague la totalidad del precio, para esto está no solamente la promesa sino el pacto de reserva de dominio de la compraventa que cobija tanto bienes como inmuebles en materia mercantil y solo a muebles en civil, o la posibilidad de preveer el pago, para tiempos diferentes, del precio y la cosa, de manera que fijando primero la obligación de pagar

el precio, el vendedor pueda ante su incumplimiento dar aplicación a los artículos 1546 y 1609 del C.C. o pactar la entrega de arras de retractación por parte del promitente comprador.

Ahora, si lo que se desea es que el promitente comprador entre de una vez, en el uso y goce de la cosa, se podrá acudir al usufructo, al uso, al derecho de habitación, al uso, al arrendamiento simple o a un arrendamiento con opción de compra o, en fin a la compraventa directa.

En cambio, cuando las partes de los que quieren es que un contrato de momento no nazca, pero sí que produzca ya alguno o todos sus efectos, el derecho, y más que él la lógica, lo impide, negándole cualquier eficacia a estipulaciones dirigidas a ese fin.

4. Entonces, si estas obligaciones "anticipadas" de pago del precio y entrega de la cosa no pueden tener su origen en la compraventa por la sencilla razón de que ésta aún no existe, ni tampoco pueden ser válidamente consagradas en un contrato de promesa de compraventa, como quedó dicho, cuál sería, pues las fuentes de tales obligaciones".

Por último, conviene aclarar de que aún en el supuesto

de que se considere que las obligaciones mencionadas encuentren sus causas en las cláusulas accidentales del contrato de promesa, eso sí bajo ninguna circunstancias se puede entender que la suma de dinero que el promitente comprador entrega al promitente vendedor es precio y que la entrega del inmueble de éste a aquel es cumplimiento de la obligación de entrega proveniente de la compraventa, por lo que sus alcances se regirían y regularían conforme a las reglas generales de las obligaciones de dar una suma de dinero y de entregar un inmueble, respectivamente, pero nunca por las reglas especiales de la compraventa sobre precio y cosa.

3. EFECTOS REALES

Precisado ya el régimen obligacional derivado del contrato de promesa, entraremos ahora a concretizar brevemente los efectos que el convenio promisorio genera o puede generar sobre la propiedad y la posesión del bien inmueble prometido en compraventa.

3.1. SOBRE LA PROPIEDAD

Siendo un bien raíz de propiedad de una persona, el hecho de que ella celebre un contrato en el cual promete en venta dicho inmueble, implica, en cuanto a la titularidad del bien se refiere tomar en consideraciones ciertas pautas jurídicas:

a. La regla de oro de interpretación de esta materia consiste, sencillamente en dar aplicación al concepto mismo del contrato de promesa de compraventa y más concretamente, tener de presente su naturaleza jurídica y el carácter de las obligaciones a que da lugar. En efecto, para fijar las incidencias que respecto al domi-

nio de un bien puede acarrear el prometerlo en venta, basta traer a colación que por la promesa sus partes se obligan a celebrar en el futuro una compraventa inmobiliaria, esto, son deudores recíprocos de un "FACERE". El precontrato no es el medio para adquirir la cosa ni el precio sino solo una vía idónea para asegurar la realización posterior de la compraventa que origina esas obligaciones. Mientras que la compraventa es fuente de la obligación de dar el precio y la cosa, el contrato de promesa genera una obligación bilateral de hacer consistente en perfeccionar dicha venta otorgando la escritura pública del caso.

b. Como primera consecuencia de la premisa precedente, el contrato de promesa de compraventa no es un título traslativo del dominio, vale decir, por su naturaleza no sirve para transferir la propiedad. No requiere mucha explicación esta afirmación. Para que un título sea traslativo de dominio se quiere que origine una obligación de dar sobre una cosa. Al no crear la promesa una prestación de dar sobre el inmueble prometido en venta sino una obligación de hacer para celebrar la compraventa respectiva, mal puede configurar aquella un título transmisor del dominio .

c. De los conceptos expuestos anteriormente, como conse-

cuencia necesaria, que celebrado un contrato de promesa de compraventa sobre un bien inmueble, el promitente vendedor conserva el dominio pleno de la cosa sin limitación alguna, aún en el evento en que se haya hecho dicha entrega anticipada del bien al promitente comprador por lo que puede sin restricción alguna, vender a otra persona el bien o hipotecarlo, darlo en usufructo, etc.

Circunstancia distinta es el incumplimiento de la promesa que por la realización de tales actos puede generarse a cargo del promitente vendedor y en favor del promitente comprador. Quede bien claro que durante la vigencia del contrato preliminar, el promitente comprador no tiene derecho real alguno sobre el inmueble prometido en compraventa.

b. La promesa faculta a sus partes no para exigir un precio y una cosa sino para requerir un hecho, por lo que las acciones para obtener el cumplimiento del precontrato son personales ejercitables, por lo mismo, contra la otra parte contratante, pero nunca frente a terceros. Así, si después de celebrada una promesa de compraventa el promitente vendedor vende la cosa a un tercero, el promitente comprador como tal no tendría acción reivindicatoria frente al actual detentador del bien y sin perjuicio, como lo dijimos, de la situación de incumplimien-

to que puede presentarse.

3.2. SOBRE LA POSESION

Los problemas relacionados con el tema de la posesión se configuran cuando el promitente vendedor antes de la celebración de la compraventa y en cumplimiento de la promesa hace entrega material del bien inmueble prometido en venta al promitente comprador. Nosotros ya fijamos nuestra posesión respecto del alcance de las obligaciones propias de la compraventa prometida que se pactan en la promesa. No obstante, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constituye una fuente formal del derecho y por lo mismo veadora de normas jurídicas individuales y, cuando son uniformes y reiteradas, de principios generales, resulta indispensable presentar esquemáticamente los diversos pronunciamientos judiciales de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre tres puntos específicos, a saber:

La adquisición o no por parte del promitente comprador de la posesión sobre el bien prometido en venta.

La posibilidad o no de que el promitente vendedor pueda reivindicar la cosa de mano del promitente comprador.

Y por último, si el contrato de promesa de compraventa

sirve para unir o agregar las posesiones de los antecesores a la detentación que tiene el futuro comprador.

3.2.1. Adquisición de la posesión por el promitente comprador. Al respecto podemos separar las distintas opiniones que nuestro máximo Tribunal de Justicia, ha sentado, en tres grupos diferentes.

3.2.1.1. Tesis de la tenencia. En un principio la Corte sostuvo por algún tiempo como simple tenedor a quien había recibido la cosa con base en una promesa de compraventa, pues la entrega del bien se hace en ejecución de un título no traslativo de dominio y el promitente comprador tiene el inmueble pero reconociendo la propiedad en cabeza de su contraparte (artículos 775 y 786 del c.c.).

3.2.1.2. Tesis de la posesión simple. Autodenominó como tesis de la posesión simple el pensamiento de la corte que en oposición al precedente, cimentó sobre el supuesto de que el no existir un título traslativo de dominio impide la adquisición de la posición regular pero no de la irregular y que el promitente comprador cuando recibe el bien anticipadamente no la hace para tenerla a nombre del promitente vendedor sino para sí.

En sentencia del 25 de abril de 1975 la Corte manifestó:

Pero no es acertado que este ánimo de dueño solo puede tenerse como factor generativo de posesión, cuando se funda en un título que de ser regular sería para la adquisición del dominio, porque esa intención del señorío o voluntad de portarse como dueño en el inicio de la ocupación de una cosa, constituye una situación subjetiva que podría darse aún en circunstancias en que faltase el título legítimamente de la posesión. Claro es que en esta hipótesis, por no proceder justo título, la posesión sería irregular, pero no dejaría por ello de estar amparada por el " ANIMUS DOMINI " que concurre a darle tal carácter de posesión. Tiénese entonces, que en el caso de la litis en que las partes, por haberlo pactado así, anticiparon desde el principio la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido, la situación del promitente comprador que recibió materialmente la cosa no era la de quien viniese a tener esta para el promitente vendedor, sino para quien entraba a ocuparla por cuenta propia, es decir, con ánimo de señor y dueño, y al espera de que por aquél se le otorgarse la escritura pública de la venta, única formalidad faltante en orden al perfeccionamiento del negocio. Vale decir que la situación del promitente vendedor era, desde el momento en que la cosa objeto de la venta prometida le fue material-

mente entregada, la de un verdadero poseedor, así fuera irregular, porque al recibir en cumplimiento anticipado de la prevista compraventa, incumbió a su tenencia el ánimo de dueño.

3.2.1.3. Tesis de la posición manifestada. La tesis vigente de la corte en este punto reside en afirmar que el contrato preliminar de compraventa por sí no sirve para generar posesión a favor del promitente comprador que recibe la cosa en cumplimiento de aquel. Se exige para su configuración que en la promesa se declare y manifieste expresamente que el promitente vendedor entrega la posesión material de la cosa al futuro comprador. La Corte en fallo de junio 24 de 1980 explica esta teoría en los siguientes términos:

Cuando se alega título como antecedente para poseer la cosa, es preciso distinguir si dicho título es o no traslativo de dominio. Si lo primero, es claro que mantiene el enajenante se desprenda el animus dominio, el cual por consiguiente pasa al adquirente; si lo segundo, resulta evidente que el elemento intencional o psicológico de la posesión, salvo expresa estipulación en contrario tiene que continuar y en efecto continúa en quien entrega la cosa, desde luego que el otorgamiento del título de esa clase no permite interferir contra lo que ese título

de esa clase no permite interferir contra lo que es título de por sí significa que al dador de la cosa sea determinado de su dominio sobre éste.

Cuando el promitente comprador de un inmueble por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no se ha desprendido todavía el promitente vendedor; a quien por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le trasmita la propiedad ofrecida.

Para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el promitente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa pues solo así versa el contrato de promesa pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo del señor o dueño en el promitente vendedor y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador.

3.2.2. Acción reivindicatoria de promitente vendedor contra promitente comprador. Para la Corte, mientras

el contrato de promesa subsista jurídicamente, el promi-
tente comprador puede conservar la cosa en frente de
las pretensiones reivindicatorias por parte del promi-
tente vendedor. En efecto, en marzo 12 de 1981, la sala
de casación civil dijo:

Ahora bien: la pretensión reivindicatoria excluye de
suyo todos los casos en que la posesión del demandado
sea de naturaleza contractual, es decir, se rija por
un contrato celebrado entre el dueño y el actual posee-
dor. En tales casos, mientras el contrato subsista cons-
tituye ley para las partes (artículo 1602 del código
civil) y como tal tiene que ser respetado por ellas.

Entonces, la restitución de la cosa poseída, cuya posesión
legítima el acuerdo de voluntades, no puede demandarse
sino con apoyo en alguna cláusula que la prevea, mientras
el pacto esté vigente. La pretensión reivindicatoria
sólo puede tener cabida si se la deduce como consecuencia
de la declaración de simulación, de nulidad o de resolu-
ción o terminación del contrato, es decir, previa la
supresión del obstáculo que impide su ejecución.

3.3.3. Unión o agregación de posesiones. Nuestro Tribu-
nal de Casación viene considerando en la actualidad que
la promesa al no ser un negocio traslativo entre promi-

tente comprador, no sirve como título para unir, agregar, añadir o sumar la posesión sobre el inmueble de los anteriores poseedores ni aunque en la misma promesa se exprese dicha transferencia. En efecto, en sentencia de junio 26 de 1986, la Corte consideró:

1. La llamada sucesión jurídica de posesión, que como es sabido consiste en la unión o incorporación de posesiones en cuanto el poseedor actual de un bien puede hacer suya, para todos los efectos legales, la relación de hecho mantenida por los antecesores, está reconocida en el ordenamiento civil en los artículos 778 y 2521 del código civil como una fórmula benéfica de proyección del poder de hecho de las personas sobre las cosas.

2. La unión de posesiones puede derivarse bien por causa de muerte, a título universal, ora por acto entre vivos; precisamente en lo que concierne a la modalidad derivativa por acto entre vivos está la que nace de las declaraciones convergentes de voluntades para trasladar, por título idóneo, las prerrogativas surgidas de esa situación de hecho y de esta manera alcanzar, luego, el dominio por la usucapión.

Significa lo anterior que el vínculo jurídico que se forme debe hacerse de acuerdo con la naturaleza del bien.

En otras palabras, si se trata de un inmueble tiene que instrumentalizarse tal como lo indica el Código Civil para el acto respectivo, esto es, que si es compraventa, permuta, donación, etc, debe hacerse por escritura pública, bajo el designio traslativo que encierran estos negocios.

3. El reconocimiento que hace el artículo 778 del código civil de la unión o agregación de posesiones a título singular en armonía con el 2521 ibídem, es para lograr, entre otros fundamentos, la propiedad mediante la prescripción adquisitiva.

Se parte de una noción: la posesión comienza con el sucesor, o sea que per se no se transfiere, "a menor que quiera (el sucesor) añadir la de su antecesor a la suya", es decir, que para que tenga ocurrencia el fenómeno de la incorporación de esa condición fáctica se hace necesario:

1. Que exista un negocio jurídico traslativo entre sucesor y el antecesor que permita la creación de un vínculo sustancial, como compraventa, permuta, donación, aporte en sociedad, etc.

2. Que el antecesor o antecesores hayan sido poseedores

del bien; y la cadena de posesiones sean ininterrumpidas.

3. Que se entregue el bien, de suerte que se entre a realizar los actos de señorío calificadorios de la posesión.

Luego agrega:

La promesa de compraventa de un inmueble como se sabe genera obligación de hacer el negocio prometido, es decir más allá de la simple expectativa como lo sostuvo el tribunal; sólo que es suficiente para transferir posesión alguna, aun cuando se diga en el contrato que se da la posesión.

Esta comienza, si hay categórica voluntad de reconocer ese hecho en el promitente vendedor, cuando se hace entrega y se realizan los actos de señorío, pero no se sucede al faltar la instrumentalización exigida, que se logra, ha de insistirse, cuando se celebra el negocio traslativo, como la compraventa. No basta entonces, que en una promesa de venta de inmuebles se expresa la voluntad de conceder la posesión y de transferir ese poder de hecho para que se opere el fenómeno jurídico de la unión de posesiones por cuanto el título constituido es el de hacer y jamás de trasladar. Ese propósito volitivo puede generar o derivar una posesión inmediata, si es

inequívoca la declaración de las partes en ese sentido, empero no puede trascender ese ámbito negocial, para enca- denar cualquier derecho o hecho anterior sobre el in- mueble.

7. Y en la conclusión de rechazar la unión de posesiones estuvo acertado el tribunal, lo que permite advertir que los agravios a los textos legales denunciados no se han dado, puesto que el tiempo para prescribir no se satisface en el proceso.

La relación material reconocida sobre el predio sólo se alcanza en el demandante cuando lo recibe del promi- tente vendedor Mendoza Parilla, y no hacia atrás, por cuanto la promesa de compraventa no es título que otorgue la incorporación de posesiones sobre el inmueble. Se requerirá de una venta, con las voluntades convergentes de añadir las posesiones anteriores, que solamente podía perfeccionarse mediante escritura pública.

Más recientemente, el 23 de marzo de 1988, reiteró:

Cuando el demandante acude a la institución de la suma de posesiones para completar el tiempo exigido por la ley para la posesión veintenaria, en razón a que él no ha poseído el lapso necesario para adquirir la cosa

por usucapión, debe anotarse que conforme a los artículos 778 y 2521 del Código Civil, esta agregación requiere la demostración de los siguientes requisitos:

a. Que exista o se establezca un vínculo jurídico entre el antecesor y el actual poseedor.

b. Que la suma sea de posesiones sucesivas e ininterrumpidas.

Significa lo precedente que el prescribiente debe demostrar que tenga la calidad de sucesor a título universal o singular respecto de quien indicó como antecesor, es decir, la prueba idónea que tenga la virtualidad de transferir, para que de esta manera quede evidenciada la cadena de posesiones hasta el tiempo requerido, pues de lo contrario, esto es, no allegando la prueba requerida de los respectivos trasposos, quedarían desvinculados los períodos de tiempo.

Sobre el particular ha dicho la Corte que "el vínculo jurídico que se forme debe hacerse de acuerdo a la naturaleza del bien. En otras palabras, si se trata de un inmueble tiene que instrumentalizarse tal como lo indica el Código Civil para el acto respectivo., esto es, que si es compraventa, permuta, donación, etc, debe hacerse por escritura pública, bajo el designio traslativo que

ba aceptable en que fundamentalmente pretente apoyarse la censura para sumar a su posesión la de su antecesora, menos pueden estructurarla otros medios de prueba que solo se enderezan a corroborar o ratificar la celebración de este contrato.

De la anterior manera dejamos expuestos los conceptos fundamentales relativos a los efectos tanto personales como reales derivados de una promesa de compraventa sobre bien raíz válidamente celebrada.

CONCLUSIÓN

Al finalizar el presente estudio investigativo hemos podido llegar a las siguientes conclusiones:

- Que las promesas de celebrar compra-venta serían válidas, pues no caen en las prohibiciones de los contratos de compraventa, como nos hemos venido refiriendo, los cónyuges no son incapaces para celebrar contratos de promesa de compraventa; sino que tal precontrato es ineficaz por contrariar el mandato del numeral 2º del artículo 89 de la ley 153 de 1887.

- Que la ley busca impedir que las personas dentro del desarrollo del tráfico jurídico se obliguen a celebrar compra-ventas que al tiempo de prometerlas son ineficaces.

- Y por último tenemos que concluir que cuando la celebración de la compra-venta prometida depende del acaecimiento del hecho futuro e incierto de que el vicio que impide la verificación instantánea de la compra-venta

desaparezca, el contrato de promesa así pactado expresamente y por escrito es válido. Se está prometiendo, en todo caso, que el contrato mismo, el perfeccionamiento futuro de una compra-venta eficaz.

Si la condición se verifica, la obligación de celebrar la compra-venta prometida nace a la vida jurídica y debe por lo mismo cumplirse.

B I B L I O G R A F I A

- ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II. Volúmen I, Barcelona, 1975.
- ALESANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil. Tomo IV Santiago de Chile, 1942.
- BELLO, Andrés. Obras completas. Tomo XV. Código Civil de la República de Chile. Caracas, 1981.
- CORDOZO ISAZA, Jorge. Apuntes sobre obligaciones. Bogotá 1986
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudio del contrato primitivo Lima, 1983.
- GOMEZ ESTRADA, Cesar. De los principales contratos civiles Bogotá, 1987.
- NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Introducción al derecho mercantil, Bogotá, 1976.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoria general de los actos y negocios jurídicos. Bogotá, 1983.