



EL PERIODO PRECONTRACTUAL

JAIME ALBERTO ARRUBLA P.

**Profesor de Contratos
Facultad de Derecho U. P.B.**

EL PERIODO PRECONTRACTUAL

I. LA FORMACION DEL CONTRATO

Importante innovación presenta en este punto el actual Código de Comercio Colombiano, pues ni el anterior Código, ni el Código Civil, sistematizaron en forma amplia y organizada el estudio de la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato.

Resulta que esas dos voluntades que forman el contrato pueden examinarse aislada y separadamente antes del perfeccionamiento del negocio y también en esa misma forma independiente producen efectos y generan responsabilidades. Antes del contrato, esas declaraciones de voluntad pueden observarse cada una como un negocio jurídico autónomo, de naturaleza unilateral y con efectos propios y transitorios. Una vez se perfeccione el contrato expiran esos efectos jurídicos cuya existencia estaba condicionada a la perfección del contrato.

Observando de esta manera autónoma las declaraciones de voluntad, tienen nominación propia, requisitos y efectos diferentes y por ello distinguimos entre la OFERTA y la ACEPTACION.

Las legislaciones antiguas, continuadoras ortodoxas de los principios del derecho Romano, parecen ignorar que sucede antes del contrato con las declaraciones de voluntad que lo formarán. Parten del supuesto de que el contrato es un acuerdo prácticamente simultáneo entre

las partes, cuando en realidad, esas partes han recorrido a veces un camino bastante espinoso y demorado para llegar al contrato.

Aunque el tema es propio del derecho Civil, es el Código de Comercio quien viene a tratarlo, estudiando en forma sistemática y detenida todo el proceso del "ITER CONTRACTUS", con la importante connotación, que en este estudio del camino hacia el contrato, nutre la legislación civil, la cual podrá recoger para sí, por la vía analógica, las instituciones de la oferta y la aceptación.

LA INVITACION A CONTRATAR

No toda iniciativa dirigida hacia la formación de un contrato, produce consecuencias en derecho. Solamente cuando esa iniciativa de contratación reúne una serie de exigencias legales que la transforman en la oferta, producirá los efectos propios de la misma.

Es necesario dejar muy en claro que una serie de manifestaciones anteriores a la oferta o al mismo contrato, si bien pueden considerarse como actividad precontractual, se trata de meras invitaciones sin consecuencias jurídicas.

La diferencia fundamental entre la simple invitación a contratar y la oferta estribará en que la segunda supone el cumplimiento de una serie de requisitos que adelante detallaremos.

LA OFERTA O PROPUESTA A CONTRATAR

Definimos la OFERTA como un acto jurídico unilateral, dirigido a la perfección de un contrato, el cual contiene los elementos esenciales del negocio jurídico que se requiere celebrar. Generalmente la oferta la realiza quien toma la iniciativa de contratar, pero no necesariamente, pues bien puede haberse presentado una simple invitación para la oferta por quien será en un futuro el destinatario de la misma.

Podemos distinguir tres requisitos para que se presente una oferta:

- a. Que exista una declaración de voluntad.
- b. Que esté encaminada a la celebración de un negocio jurídico.
- c. Que sea completa.

a. Que exista una declaración de voluntad. Esta declaración de voluntad puede ser expresa, es decir utilizando todos los medios idóneos para hacerla conocer, verbalmente o por escrito, o bien tácita, es decir expuesta con actos concluyentes que no den lugar a la opinión contraria, como sucede con las ofertas expuestas al público en general.

Los autores Alemanes como Larenz(1) se refieren a las ofertas expuestas al público señalando que dan lugar a obligaciones cuya fuente es una conducta social típica. Aunque según nuestros textos legales sobre las fuentes de las obligaciones, no hay cabida para una fuente de tal naturaleza, la verdad es que nuestra legislación mercantil en cierta forma admite el criterio de los doctrinantes Alemanes en esta materia señalando en el artículo 848 del Código de Comercio que, las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. No le da el mismo alcance obligatorio a las ofertas de mercaderías, dirigidas a personas indeterminadas por medio de circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita.

Sobre la finalidad perseguida con esta disposición señala la Comisión redactora del proyecto de 1958: "Se quiere mediante esta norma conseguir dos fines: moralizar al comercio, imponiéndole el respeto y seriedad a sus propias ofertas hechas al público, y además, facilitar el conocimiento por parte de dicho público y de las autoridades, de los precios que fijan para cada artículo en el comercio local, cosa indispensable en relación con el costo de la vida".

Si las mercancías ofrecidas se agotan dentro del término durante el cual es obligatoria la propuesta, el comerciante queda liberado de su obligación.

También se consagra como obligatoria, otra eventualidad de oferta pública, como el anuncio por medio del cual se ofrecen al público uno o más géneros determinados, o cuerpos ciertos por un precio fijo. El ejemplo típico es el anuncio de ciertos comerciantes de vehículos, publicados en los periódicos señalando su modelo, características y precio. Se obliga al comerciante a cumplir su oferta hasta el día

(1) Citado por RODOLFO O. FONTANAROSA. Derecho Comercial Argentino. Op. cit. 79.

siguiente al del aviso. Es una elemental exigencia de seriedad y además para evitar que se caucen perjuicios a terceros.

b. Que esté encaminada a la celebración de un negocio jurídico. La declaración de voluntad debe tender a vincularse contractualmente. Para el oferente, la propuesta debe ser vinculante, es decir, debe estar dispuesto a vincularse en el evento de que el destinatario la acepte. No será oferta, aquella a la cual se agregue la nota "sin compromiso" o cuando se deje sujeta a confirmación por el mismo proponente.

c. Debe ser completa. La oferta debe ser comprensiva de todos los elementos esenciales del negocio que se espera celebrar. La propuesta debe ser de tal manera, que tratándose de un negocio jurídico consensual, con la mera aceptación, el negocio jurídico quede perfecto. No sucederá lo mismo con el negocio jurídico solemne, pues de todas maneras quedará pendiente para la perfección del contrato el cumplimiento de la solemnidad, pero los demás elementos deberán estar contenidos en la oferta. La oferta de un negocio jurídico cuya solemnidad consista en constar en un instrumento público o privado, no tiene que ser solemne, pues según la Ley comercial la oferta puede ser verbal o por escrito.

También en este mismo requisito decimos que la oferta debe ser comunicada al destinatario, esto es ser exteriorizada, hacérsela saber por cualquier medio idóneo.

LA OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA

La doctrina clásica sentó el principio de la revocabilidad de la oferta y así lo consagra el artículo 186 del anterior Código de Comercio Colombiano. La doctrina moderna que orienta el Código Alemán, consagra el principio de la irrevocabilidad de la propuesta.

Nuestro actual Código de Comercio adoptó una posición al parecer ecléptica, pero que puede afirmarse como contradictoria.

Al referirnos al tema de la revocabilidad de la oferta, estamos pensando en la posibilidad que pueda tener el oferente de retirarla, en el lapso de tiempo que media entre su formulación y el tiempo de que disponga el destinatario para aceptarla.

Sostener que es irrevocable, como categóricamente lo enuncia el artículo 846 del Código de Comercio Colombiano, equivale a afirmar que tal

retractación no tiene consecuencia jurídica y que a pesar de que ello ocurra, el destinatario podrá aceptar o rechazar la misma y si la acepta, tratándose de un contrato consensual, quedará perfecto, pues el arrepentimiento del oferente, no tuvo la relevancia suficiente para retirar su declaración de voluntad de ese negocio jurídico el cual ya es perfecto y podrá por tanto el otro contratante demandar su cumplimiento.

Pero sucede que en la segunda parte de la norma se señala, que una vez comunicada la oferta no puede retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación al destinatario. Esta segunda enunciación de la norma es contractoria con la primera, pues si bien analizamos en el párrafo anterior que la irrevocabilidad hacia posible la perfección al menos de ciertos actos, aunque se produjera una renuncia del oferente, dando posteriormente lugar a acciones de cumplimiento propios de los contratos incumplidos; en el segundo enunciado, no habría perfección del acto, no habría lugar al cumplimiento forzoso, sino simplemente a una acción de indemnización de perjuicios ocasionados, no con el incumplimiento, sino con la retractación.

Como las normas jurídicas deben interpretarse en todo su contexto y no en sus apartes, debemos concluir que la oferta si es revocable, pero su revocación injusta obliga a indemnizar perjuicios al oferente.

LA AUTONOMIA DE LA OFERTA

Por autonomía de la oferta se entiende la independencia de ella de la muerte o de la incapacidad legal que sobrevenga al oferente después de la exteriorización (2) .

Nuestro código sigue la orientación Alemana según la cual, es irrelevante la muerte o incapacidad del oferente antes que aquella sea aceptada, apartándose del derecho común, según el cual esos mismos hechos extinguirían la oferta. Se consagra una excepción en el sentido de admitirse disposición contraria en la misma oferta o que la naturaleza de ella sea imposible mantenerla como en aquellos contratos que se celebrarían en consideración a la persona del oferente.

Nada dice nuestra legislación sobre lo que debe suceder con la oferta en evento que fallezca el destinatario o se incapacite sin haberse pro-

(2) FONTANAROSA. Op. cit., pág. 63 .

ducido la aceptación. Si fallece o se incapacita el oferente, sus herederos o curadores deben aceptarla y mantenerla, pero ¿podrán aceptarla los herederos o curadores del destinatario fallecido o incapacitado?

Consideremos que debe mantenerse el mismo principio y los herederos o curadores del destinatario podrán aceptar o no; la oferta no se extinguirá, a menos que se haya dispuesto otra cosa o que de la naturaleza misma de ella, se desprenda que el contrato sólo tendría sentido con la presencia del destinatario.

EL DESTINATARIO DE LA OFERTA

Como ya lo hemos anotado las ofertas pueden dirigirse a personas determinadas o a personas indeterminadas.

Lo que merece especial detenimiento es la oferta a personas indeterminadas, es decir, al público en general. No en todos los casos es obligatoria. No es obligatoria cuando se dirige en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita. Son obligatorias las que hagan los comerciantes en vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercancías ofrecidas. También lo son las ofertas de uno o más géneros determinados o de cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio.

En las ofertas dirigidas al público en general, se presentaría una dificultad en el supuesto de que varias personas aceptaran simultáneamente la oferta y que el oferente no pudiese contratar con todos por haberse agotado o porque sea insuficiente la mercancía ofrecida. En esta eventualidad se dispone que tendrá derecho a contratar aquella persona de quien el oferente reciba aviso primero.

Si varias personas avisan al mismo tiempo, se deja la posibilidad al oferente para que escoja, atendiendo a quien mejor cumple las condiciones de la oferta, pudiendo partir la prestación, si fuera divisible.

La oferta al público es revocable antes del vencimiento del término de la misma si se presenta una justa causa para la revocación. Señala la ley un deber adicional para el oferente y es de hacer conocer del público la revocación en la misma forma que hizo conocer la oferta o al menos en una forma equivalente. Pero como es obvio, si alguna o varias personas habían aceptado la oferta o cumplido sus requisitos, la revocación no produce efectos contra ellos.

MODALIDAD DE LA OFERTA

La oferta puede realizarse verbalmente o por escrito, lo cual incidirá en el término para su aceptación. La oferta verbal puede hacerse telefónicamente.

Los pliegos en las licitaciones públicas o privadas se consideran ofertas, y cada postura equivale a la celebración del contrato condicionado a que no haya postura mejor.

LA ACEPTACION

Se puede definir la aceptación como un acto jurídico unilateral, por medio del cual, el destinatario de la oferta manifiesta su aceptación incondicional a la misma.

Observemos ahora algunas características que debe tener la aceptación:

a. La aceptación es un acto voluntario. De ninguna manera puede pensarse en que el destinatario de la oferta esté obligado a aceptar. Sin embargo, algunos autores alemanes se detienen ampliamente para analizar la obligación de aceptar, que no es otra cosa que la contratación forzosa que se presenta ante ciertos servicios públicos.

No por el hecho de repudiar la oferta o dejar pasar su término se pueden generar obligaciones para el destinatario, como sería por ejemplo la de resarcir al oferente de los gastos en que hubiese incurrido. Pero en ésta como en cualquier otra actividad precontractual, las partes intervinientes, así sea aisladamente, deben tener cierto comportamiento de buena fe, so pena de hacerse responsables como adelante lo observaremos.

b. Debe ser pura y simple. Con esta nota queremos significar que es mucho más sencilla que la oferta, tanto como que debe equivaler a un simple "Sí". Debe ser coincidente con la oferta por completo, pues de lo contrario significaría una negativa y a su vez una nueva propuesta o como suele denominársele una contraoferta. Por este requisito que analizamos señala el artículo 855 del Código de Comercio Colombiano: "La aceptación condicional o extratemporal será considerada como una nueva propuesta".

c. Debe ser oportuna. Ya se observa este requisito en el texto anteriormente citado del Código de Comercio. La aceptación debe

ser hecha en tiempo. Para nuestro legislador la aceptación tardía se considera como una nueva propuesta. Esta solución es prácticamente la misma a la cual llegan algunos autores como FONTANAROSA (3) al proponer dos soluciones para la aceptación tardía: o se considera ineficaz o bien se deja al proponente la opción de considerarla eficaz o ineficaz.

La propuesta no es de duración indefinida y su eficacia va unida al plazo que bien pueda haberle fijado el oferente o en defecto de su manifestación la ley. En este sentido, el legislador distingue si la oferta es escrita o verbal.

Si la oferta se hace por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis (6) días siguientes a la fecha que tenga la propuesta en el evento que el destinatario resida en el mismo lugar del oferente. Si residen en lugares diferentes a dicho término se sumará el de la distancia. (Artículo 851 del Código de Comercio).

Si la oferta es verbal y oferente y destinatario están presentes, la oferta deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. Para estos mismos efectos de aceptarse o rechazarse, la oferta telefónica la asimila la ley mercantil a la verbal. (Artículo 850).

d. La aceptación debe ser expresa o tácita. Sería una aceptación expresa aquella en que el aceptante utilice un medio idóneo encaminado a hacer conocer al proponente su aceptación. La aceptación será tácita, cuando se presente por parte del destinatario un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto. La aceptación tácita producirá los mismos efectos jurídicos de la expresa, siempre que el oferente conozca el hecho, dentro de los mismos términos señalados para que la aceptación sea oportuna.

En este punto la doctrina se introduce en toda una discusión sobre el valor que puede tener el silencio como aceptación. Para el profesor LUIS MUÑOZ (4), como norma general, el silencio no debe tenerse como aceptación, pero admite excepciones; dice así el tratadista: "El silencio del destinatario de la oferta no es aceptación tácita, y no se trata de un acontecimiento positivo concluyente, sino de

(3) Op. cit. pág. 74

(4) DERECHO COMERCIAL CONTRATOS. Tomo 1. Buenos Aires. 1960. Tipografía Editora Argentina, pág. 261.

inherencia y de comportamiento o de conducta equívocas. Empero en ocasiones, el silencio vale como aceptación pues si la parte que calla tiene la carga de hablar, y quiere evitar que su silencio se considere como aceptación, debe hacerlo”.

Como el mismo pensamiento se presenta el tratadista FRANCISCO MESINEO (5), quien señala: “Hay que decir que el silencio, como comportamiento de suyo equívoco y como comportamiento observado en una situación en que el sujeto no está obligado a contestar en cualquier sentido al proponente, no puede considerarse, en general, como aceptación. Por otra parte, reflexionemos sobre la gravedad de las consecuencias de orden social que derivarían de una aceptación diversa: todos, por el solo hecho de recibir una propuesta de contrato, estarían expuestos a ser considerados como aceptantes, si no se apresuran al declarar que no aceptan”.

En nuestra opinión, el silencio como voluntad no manifestada, aún sea reconocible, no puede considerarse como aceptación. Como bien lo decía DEL VECCHIO “fuera del mundo físico no puede ocurrir nada, y todo acto que es, además un acontecimiento, implica necesariamente un elemento de orden físico”. Además la alusión que hace el artículo 854 a la aceptación tácita, señalando concretamente en qué eventos produce efectos jurídicos de aceptación expresa, deja de lado definitivamente el problema del silencio como virtual forma de aceptación.

Así como la oferta debe hacerse conocer al destinatario, la aceptación debe hacerse conocer del oferente por medio idóneo.

En conclusión la aceptación debe equivaler a un simple “Sí”, de tal manera que, si el destinatario, luego de recibir una oferta adopta una de las siguientes conductas: a) guardando silencio; b) responde que no acepta; c) responde extemporáneamente; d) la acepta pero con modificaciones; tenemos que entender que no ha ocurrido una aceptación a la misma.

LA FORMACION DEL CONTRATO:

Parecería que la aceptación implica la perfección del contrato, pero no siempre es así. Si se trata de un contrato consensual y la oferta

(5) DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO. T. I. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1952, pág. 324.

y la aceptación se realizan entre personas presentes, indudablemente, el contrato se perfecciona en forma simultánea con la aceptación. Pero si se trata de contrato real o solemne, así esté presente oferente y aceptante, será necesario que se proceda a la entrega o al cumplimiento de la solemnidad.

Cuando oferente y aceptante no estén presentes, así se trate de negocios jurídicos consensuales, la mera aceptación no perfecciona el negocio. Surgen alrededor de este tema varias teorías sobre cuál debe ser el momento en que se perfeccione el contrato.

- a. La manifestación de la aceptación. El contrato se perfeccionará en el momento en que se manifieste la aceptación sin ser necesario el conocimiento que de la misma tenga el oferente.
- b. El momento de la recepción. Según este criterio el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la propuesta.
- c. El momento de la expedición. Se perfecciona el contrato, cuando el aceptante expide la noticia de su aceptación.
- d. El de la recepción. El momento de la perfección del negocio sería aquel en el cual llega el documento que contiene la aceptación o la noticia de ella, sin necesidad que se entere el oferente.

Nos interesa saber cuál es el momento en que se perfeccionaría el contrato según nuestra legislación. No está consagrada en forma expresa la adopción de alguna de las teorías anteriores, sin embargo, refiriéndose A LA OFERTA el artículo 845 señala que ésta debe ser COMUNICADA al destinatario, es decir, se hará partícipe de ella. Consideremos que para hacer a otro partícipe, es necesario al menos expedirle la noticia. De esta manera frente a la teoría de la expedición, aplicable también a la aceptación en una analogía "mutatis mutandi".

¿Qué sucede si el destinatario de una oferta fallece o se incapacita. En el lapso de tiempo que ocurre entre el momento de la propuesta y la fecha que según la misma oferta o la ley debe producirse su aceptación. Nos interesa saber si sus herederos podrían aceptar por el difunto o incapaz. No hay norma al respecto, pues el inciso segundo del artículo 846 se refirió exclusivamente a la muerte o incapacidad del oferente y no del destinatario, sin embargo, opinamos que por su existir la misma razón, debe aplicarse la misma disposición.

Así tenemos que como norma general, los continuadores patrimoniales del destinatario podrán aceptar por él o sus coradores, según el caso, si se ajustan a las normas para la administración de los bienes del incapaz, a no ser que, por la naturaleza de la oferta o la voluntad del proponente se deduzca intención contraria. El primer evento sería si el negocio ofrecido fuera un contrato intuitu personae, y en consideración a la persona del destinatario.

Otras legislaciones como la Italiana traen una solución bien distinta señalando que se extinguen propuesta y aceptación, por la muerte o incapacidad de quien las pronuncia(6).

II. EL CONTRATO DE PROMESA

La promesa de celebrar un contrato es todo un contrato: el contrato de promesa, que puede haber estado sometido a las mismas vicisitudes de cualquier contrato para su formación, las cuales estudiamos en el capítulo anterior.

Por muchas razones, las partes interesadas en celebrar un contrato quieren postergar su celebración, pero no obstante desean quedar vinculadas por un contrato de promesa. Quieren por ejemplo completar el precio o realizar un examen más detenido de la cosa; o tal vez concluir un juicio pendiente sobre ella, someterla a un examen técnico o conseguir los paz y salvos fiscales que deben acompañarse en ciertas escrituras públicas.

Con este objeto aparece esta figura contractual, vinculando a las partes desde su celebración, hasta que se perfeccione el contrato prometido.

Podemos para una mayor claridad traer la definición que emplea el tratadista chileno RAMON MEZA BARROS(7): "La promesa es un contrato en que una o varias partes se obligan a celebrar en el futuro un determinado contrato".

(6) ALFREDO ROCCO. Principios de Derecho Mercantil. Editora Nacional, México. 1966. pág. 342.

(7) MANUAL DE DERECHO CIVIL DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 5a. ed. 1976, pág. 57.

AUTONOMIA CONTRACTUAL DE LA PROMESA

Antes observamos que la promesa es todo un contrato, completamente diferente al contrato prometido y a los actos jurídicos unilaterales, preparatorios, que la hayan precedido. Por tanto, como negocio jurídico autónomo que es, deberá reunir los elementos de todo contrato, además de los especiales que le señala la ley.

LA REGULACION DE LA PROMESA EN EL CODIGO CIVIL

Cuando fue expedido el Código Civil Colombiano, el artículo 1611 se refirió a la promesa, pero para señalar que no producía obligación alguna. Decía así la norma original: "La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna".

Muy pronto se vio la necesidad de volver al texto original del Código Civil Chileno, y al ser expedida la Ley 153 de 1887, se derogó por el artículo 89 del texto original del artículo 1611.

El Artículo 1611, ya modificado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, conservó como premisa general que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, a no ser que se cumplan una serie de requisitos, a saber:

- a. Que la promesa conste por escrito.
- b. 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 (debió citarse el artículo 1502 en dicha ley).
- c. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.
- d. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

La norma citada de la Ley 153 de 1887 que derogó el artículo 1611 y por lo tanto le reemplaza, queda ubicada en el sitio del artículo, que es precisamente el TITULO 12 DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES del LIBRO CUARTO DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y LOS CONTRATOS, del Código Civil Colombiano.

Esta norma está regulando en materia civil, la formación y los efectos del CONTRATO DE PROMESA, en la teoría general, de tal manera que son aplicables para cualquier contrato que se prometa celebrar, como compra—venta, permuta, mutuo, comodato, etc.

REQUISITOS DE LA PROMESA

Podemos a continuación detenernos en los requisitos que señala la ley civil para la validez de la promesa de contrato:

a. Que conste por escrito. Es entonces un contrato solemne y la solemnidad es el escrito. Basta el escrito privado, así el contrato prometido sea de aquellos que deben constar por escritura pública.

b. El contrato prometido debe ser válido. El contrato prometido debe reunir todos los requisitos para la validez del negocio jurídico; que los contratantes sean legalmente capaces, que consentan en el acto y que ese consentimiento esté libre de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

c. Que se convenga un plazo o condición para fijar la época en que el contrato debe celebrarse. Se debe señalar el tiempo en que se celebrará el contrato prometido y hay dos formas de señalarlo: mediante la fijación de un plazo o mediante la estipulación de una condición.

La fijación de un plazo, será el señalamiento certero de un hecho futuro y cierto, el contrato prometido se celebrará en su advenimiento.

La estipulación de una condición. Debe ser tal la condición, que sirve para señalar la época en que se celebrará el contrato.

Establecer más requisitos alrededor de estos conceptos legales, como en ocasiones lo ha hecho nuestra jurisprudencia, no es otra cosa que modificar el precepto legal.

d. La especificación del contrato prometido. Debe especificarse de tal manera el contrato prometido, que para su perfeccionamiento no falte sino la tradición de la cosa o el cumplimiento de las formalidades legales.

EFFECTOS DEL CONTRATO DE PROMESA

Los efectos del contrato de promesa son precisamente las obligaciones que genera para los contratantes. En unos casos son de dar, como entregar el precio o parte de él, entregar cosas; y en otras son de hacer, como otorgar la escritura ante el notario si el negocio jurídico prometido requiere de esa solemnidad.

EL CONTRATO DE PROMESA EN EL CODIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio no reguló el contrato de promesa, apenas el artículo 861 se limitó a redundar en uno de sus efectos que ya conocíamos y en una forma imprecisa y parcial. Dice así el artículo 861: "La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato se someterá a las reglas y formalidades del caso".

Es impreciso y parcial en su colon inicial, cuando dice "La promesa de celebrar un negocio jurídico producirá obligación de hacer", porque también puede generar otras obligaciones de distinta naturaleza, como obligaciones de dar.

La afirmación del segundo colon es innecesaria y sobra en aras de la brevedad y precisión que deben caracterizar las normas jurídicas. Señala este aparte que "La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso", cosa que ya sabemos, pues la promesa es un contrato independiente del prometido, con normas para su formación también diferentes.

En síntesis, este artículo nada aporta a la promesa, en nada varió lo que teníamos sobre ella; y por haberse anotado en el Código de Comercio o si no se hubiese hecho, la regulación de la promesa de contrato traída por el Código Civil no se modificó.

Sin embargo, nuestra opinión no parece estar generalizada, como veremos a continuación.

OTRAS OPINIONES SOBRE LA PROMESA MERCANTIL DE CONTRATO

Para algunos, el artículo 861 del Código de Comercio es de trascendental importancia. Quieren ver en dicho artículo una regulación de la promesa de contrato en materia mercantil y sostienen que por no habersén reproducido en dicha norma los requisitos establecidos por

la Ley 153 de 1887 en su artículo 89, se debe dar aplicación al artículo 824 del Código de Comercio que consagra la CONSENSUALIDAD de los negocios mercantiles, cuando la ley mercantil no establece otra cosa.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de noviembre 13 de 1981 siendo Magistrado ponente el Doctor ALFONSO GUARIN ARIZA, fue partidaria esta tesis. Dice así la Corte: "Es preciso anotar, primeramente, que esa disposición no reprodujo el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa, omisión de la cual se puede inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contratar".

"El texto comercial así redactado constituye, en efecto, una aproximación casi total al artículo 1733 del Proyecto de 1853 elaborado por Bello; ordenamiento que a su turno se conformaba con el principio fundamental según el cual las obligaciones nacen del solo consentimiento de las partes, o "en cualquiera manera que uno se quiso obligar a otro", conforme lo señalaban la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, y posteriormente el Libro X de la Novísima Recopilación. Dicho artículo era del siguiente tenor: "La promesa de celebrar un contrato, especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo. La promesa de un contrato que las leyes declaren ineficaz, no tendrá valor alguno".

"La anterior opinión no fue aceptada por la comisión redactora, dándose en el Código Civil de Chile la reducción que tiene el artículo 1554 hoy vigente, el cual fue más o menos reproducido en el 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el 1611 de nuestro Código Civil. En ella dice Luis Claro Solar: "Se admitía la idea de la validez, en general, de toda promesa de celebrar un contrato determinado, como obligación de hacer que quedaba sometida a las reglas que se daban respecto de los derechos del acreedor en orden al aprecio del deudor a su ejecución, a la autorización del acreedor para hacerla hacer por otro y a la indemnización de los perjuicios de la contravención". (Explicaciones del Derecho Civil Chileno y comparado V, 5o., pág. 702).

"El artículo 861 del Código de Comercio coincide en lo fundamen-

tal con el anotado del proyecto de Bello, y esa identificación necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y que reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como regla general, ya que es norma especial respecto al artículo 89 de la Ley 153 de 1887; ordenamiento con el que es incompatible en el campo comercial. Viene de ahí que cuando la promesa mercantil se refiere a contratos reales o solemnes adquiera su pleno significado jurídico, de manera autónoma, y que indefectiblemente emerge de ella el deber de celebrarlos imponiendo obligaciones de hacer, aunque no esté consagrada en un escrito, si por otra parte las condiciones de existencia y validez de todo negocio jurídico" (8).

También opiniones muy autorizadas como la del doctor ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ, se muestran partidarias de esta tesis sostenida por la Corte. Señala al respecto el distinguido tratadista:

"Obsérvese que esta norma (se refiere al artículo 861 del Código de Comercio), en lugar de exigir la presencia del documento escrito, como requisito esencial de la existencia de la promesa, guarda silencio sobre el punto y se limita a ordenar el cumplimiento de las "formalidades del caso", solamente para el contrato prometido".

"La cuestión relativa al convenio cuyo cumplimiento se promete es, pues, clara; éste debe observar las "formalidades del caso" cuando así lo exija la pertinente disposición legal; menos inequívoca resulta, en cambio, la situación de la promesa comercial propiamente dicha, pues ya hemos visto que, en punto de solemnidad, el artículo 861 guarda silencio a su respecto".

"El problema, empero, no es de difícil solución, porque cuando un precepto especial, calla, podemos y debemos acudir a la norma que, por vía general, haya consagrado la respectiva solución; y éste no es otra que el artículo 824 del Código de Comercio, que concede a los comerciantes plena libertad de formas en materia contractual, salvas las excepciones consagradas en el mismo estatuto. . ." (9).

(8) REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Tomo XI, No. 122, de febrero de 1982, pág. 103.

(9) REVISTA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS. Universidad Pontificia Bolivariana. No. 67, 1984, pág. 119.

CONCLUSIONES

No compartimos el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, ni el de tan distinguido comercialista. Consideramos que la remisión que hace el artículo 822 del Código de Comercio a las normas del Código Civil, en cuanto a la formación de los actos y sus efectos, siempre que la ley mercantil no establezca otra cosa, tiene plena vigencia tratándose de la promesa de contrato.

En efecto, la ley civil, en su artículo 1611, que fue derogada por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, señala los requisitos para la formación de la promesa de contrato, entre los cuales figura aquel que nos dice que debe constar por escrito.

La ley mercantil, en su artículo 861, no dijo nada, simplemente redundó en un efecto que ya sabíamos que existía.

Luego la conclusión correcta sería afirmar, que para la promesa de contrato mercantil se exigen exactamente los mismos requisitos de la promesa civil; no solamente aquel que señala que debe constar por escrito, sino todos los demás.

No sabemos cuál se la opinión de los partidarios de la tesis de la consensualidad de la promesa mercantil de contrato, sobre los demás requisitos que establece la Ley 153 de 1887, diferentes al de constar por escrito, pero sería de suponer según su razonamiento, que tampoco se exigen, pues no los produjo el analizado 861 del Código de Comercio, con lo cual se llegaría a la verdadera inseguridad jurídica de tener que aceptar como promesas de contrato, manifestaciones verbales de las partes, que no señalan ni plazo ni condición para perfeccionar el contrato prometido, ni siquiera los elementos esenciales del mismo.

III. EL PACTO DE PREFERENCIA

También se conoce esta figura simplemente con el nombre de prelación. La Ley 51 de 1918, en su artículo 23, es la primera en acercarnos a una idea sobre este convenio en Colombia, señala así esta norma: "La opción impone a quién la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviera sometida a un término o a una condición será ineficaz".

"La condición se tendrá por fallida si tardase más de un año en cumplirse".

“Las partes pueden ampliar o restringir este plazo”.

El actual Código de Comercio en su artículo 862, reestructura esta figura realizando en ella importantes mutaciones que podemos sintetizar en las siguientes características:

1. Se trata de un pacto, es decir, un convenio contractual, el cual puede tener una existencia independiente, o como es usual, incorporarse a manera de cláusula accidental en los contratos.

Sin embargo, es de advertir que si bien, como norma general, el derecho de preferencia, debe ser resultado de un convenio contractual, es decir, se trata de una cuestión accidental a los contratos mercantiles, en ocasiones la ley lo introduce como una cuestión de la naturaleza de ciertos contratos y por tanto, si los contratantes guardan silencio, se entenderá involucrado al convenio el derecho de preferencia. Por ejemplo, el artículo 863 del Código de Comercio consagra para los socios en la sociedad de responsabilidad limitada, un derecho de preferencia con relación a las cuentas que otro socio pretende ceder; derecho que, salvo pacto en contrario, se entiende incorporado en todos los contratos sociales.

2. POR EL CONVENIO DE PREFERENCIA, una parte se obliga para con otra a preferirla para la conclusión de un contrato posterior.

Implica el pacto de preferencia una obligación para una de las partes. Una de éstas quedará vinculada, obligada a preferir a la otra. Para la otra parte, no hay obligación correlativa derivada del pacto de preferencia, ella podrá optar por celebrar con el obligado un contrato para el cual se le está prefiriendo o no celebrarlo. Las motivaciones que llevaron a una de las partes a conceder la preferencia, pueden ser diversas y en principio no interesan; a lo mejor fue un factor de atracción para celebrar con el beneficiario de la preferencia un contrato anterior, como es utilizado en arrendamientos de bienes costosos en los cuales el arrendatario tendrá que realizar importantes y cuantiosas inversiones para su establecimiento, de no ser por una preferencia para una venta futura, a lo mejor no le hubiese interesado el arriendo.

Este convenio resulta de importante aplicación práctica en algunas figuras contractuales atípicas, como en el LEASING FINANCIERO.

El promitente no se obliga a celebrar ningún contrato, pero el evento de que se decida a celebrarlo, en razón del pacto de preferencia, deberá preferir al otro pactante. El beneficiario del pacto no puede pues obligar al otro a la celebración del contrato, si quien concede la preferencia se decide a celebrar un negocio, estará obligado a preferir al beneficiario de la prelación.

La diferencia fundamental del pacto de preferencia, en cuanto a su función y no en cuanto a su forma que es bien diferente, con relación a la PROMESA DE CONTRATO, consiste en que en el primero no hay obligación para contratar, mientras en la segunda, existe la obligación y para ambos contratantes.

Si el comprometido a la preferencia decide celebrar el negocio jurídico, deberá comunicar su intención al beneficiario de ella, a fin de que ese preferido pueda decidir si hace uso o no de su derecho de preferencia, en igualdad de condiciones con los terceros que estén interesados en el pacto y atendiendo además las condiciones que pudieron establecerse en el mismo pacto. Acompaña al beneficiario del pacto la libertad de decidir si contrata o no, es decir, si ejerce su derecho a la preferencia o si prefiere no hacerlo.

3. En el pacto de preferencia deben determinarse las cosas que serían soporte material de las futuras obligaciones de las partes. El precio y las condiciones también deberán fijarse, pero en su lugar, las partes podrán establecer que el precio y sus condiciones sean los que ofrezca un tercero y en tal evento, el precio y las condiciones que ofrezca ese tercero serán obligatorios.

4. El pacto de preferencia no puede estipularse por término superior a un año. Los plazos superiores a un año, quedan reducidos a dicho término. La sanción por estipular términos mayores es la reducción legal al máximo término legal y no otro tipo de sanciones.

Sin embargo, si la preferencia se concede a favor de quien esté ejecutando a virtud de contrato una explotación económica determinada, el plazo se contará a partir de la expiración del término del contrato de ejecución. Tal es el caso, de quien tiene arrendado un inmueble donde instaló su establecimiento de comercio y sobre el cual, el propietario arrendador le concedió preferencia en el evento que decidiera proceder a su venta, el plazo del pacto solamente comenzará a contarse a la expiración del contrato de arrendamiento.

Queda entonces definida la naturaleza jurídica con que se adopta en nuestra legislación el pacto de preferencia; es todo un convenio contractual y no se trata como opinan algunos doctrinantes extranjeros que lo entienden como una simple oferta irrevocable.