

**LA PROMESA DE CONTRATO Y LA COMPRAVENTA  
EN EL CODIGO CIVIL Y EN EL DE COMERCIO**

**Por:  
Dr. ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ**

**Profesor de Derecho Comercial y  
Sociedades en la Facultad de  
Derecho de la U.P.B.**

Un atento análisis de los dos estatutos del derecho privado colombiano permitirá comprobar que sus respectivas normas sobre la compraventa y la promesa de contrato, difieren en **varios aspectos de notoria importancia**.

Es pues necesario disipar la idea, algunas veces expuesta con ligereza, en el sentido de que la normativa civil y la comercial **son casi coincidentes** en estas materias, en forma tal que sólo resulta posible hallar en ellas diferencias secundarias.

Con la exposición de los puntos que siguen se procurará comprobar que tales diferencias están lejos de ser interascendentes.

## I. PROMESA DE CONTRATO

Según el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la promesa de celebrar un contrato civil "no produce obligación alguna" si no consta por escrito; estamos, pues, frente a una exigencia de carácter formal indispensable para la existencia misma del contrato preliminar.

¿Qué ocurre, en cambio, cuando el contrato prometido en el convenio preparatorio no es civil sino mercantil?

Por razón del cambio de materia, debemos desplazarnos al Código de Comercio, en el cual encontramos a este propósito el artículo 861, cuyo texto dice:

"La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer la **elaboración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso**".

Obsérvese que esta norma, en lugar de exigir la presencia del documento escrito, como requisito esencial de 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 solemnidades, 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 ésta 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; dice así esta disposición:

"Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una

norma legal exige determinada solemnidad **como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad**".

Así que, en materia mercantil, la consensualidad es la regla general y **la solemnidad la excepción**; por ello mismo, es posible afirmar que la promesa mercantil, o sea aquella por la cual se promete la celebración de un contrato comercial, no requiere formalidad alguna para su perfeccionamiento, porque en su caso, ninguna disposición especial la ha exigido, resultando así legalmente inadmisibles desplazar el principio dominante de la consensualidad"

Sólo por excepción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 119 del estatuto mercantil, "la promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito. . .".

Pero el hecho mismo de que el legislador comercial haya creído necesario señalar para este caso, de modo expreso, la forma escrita, constituye una prueba indirecta pero inequívoca de la existencia de la regla general de la consensualidad, porque si, al contrario de lo que se ha expuesto, las promesas comerciales fueran solemnes como las civiles, ninguna disposición de carácter particular, que exigiese la forma escrita, habría sido necesaria para el caso del precontrato de sociedad.

Parece evidente, por otra parte, que sólo en lo relativo a la exigencia del escrito pueden las promesas comerciales apartarse de la disciplina del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, porque tanto en materia civil como mercantil, el contrato prometido no puede ser de aquellos "que las leyes declaren ineficaces", y es igualmente obvio que dicho contrato debe ser determinado por entero en su contenido, así como sujeto en su celebración a una época precisa, dependiente del plazo o la condición.

Debe observarse finalmente que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre 13 de 1981, admitió sin vacilación alguna la consensualidad de la promesa comercial de contrato.

## II. COMPRAVENTA DE VEHICULOS AUTOMOTORES

De materia civil la compraventa de vehículos automotores presenta una situación bastante simple y clara: tratándose, como se trata, de bienes muebles, el contrato es consensual y la tradición se cumple por la simple entrega.

Es cierto que el traspaso de vehículos exige determinados trámites, formalidades y registros en las oficinas de tránsito y transportes, pero no lo es menos que, en materia de compraventas civiles, estas diligencias sólo tienen un carácter administrativo y carecen de toda trascendencia jurídica.

Las cosas no son, por el contrario, igualmente sencillas en el caso de las compraventas comerciales de vehículos automotores, respecto de cuya tradición dice así el artículo 922 del estatuto mercantil:

“La tradición del dominio de bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa.

**PARAGRAFO.—** De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades”.

La interpretación del párrafo transcrito, efectuada en armonía con el inciso que lo precede, permite formular las siguientes aseveraciones:

1.— En materia comercial, a diferencia de la civil, la tradición de los vehículos automotores no es simple sino compleja, puesto que, además de su entrega material, requiere la inscripción del título “ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes”.

2.— “La inscripción del título” no es, pues, en este caso una simple medida de publicidad destinada a hacer oponible el contrato a terceros, como sucede con las que se efectúan en el registro mercantil, sino algo de más importancia sustantiva y de mayor trascendencia jurídica; en efecto, tal inscripción es un elemento esencial de la tradición de los vehículos automotores y, por consiguiente, sin ella no opera la transferencia del dominio de los mismos, aunque ya se haya efectuado su entrega material.

3.— Surge entonces de lo anterior una conclusión interesante: como sin título, esto es, sin documento escrito no puede haber inscripción y como, a su vez, sin ésta no existirá tradición, o sea traspaso de la propiedad, resulta que por este razonamiento indirecto pero insoslayable llegamos a la necesidad de afirmar que la compraventa comercial de vehículos automotores, al contrario de la civil, es un contrato solemne, que exige para su celebración la elaboración de un documento escrito, ya que su estipulación simplemente consensual haría imposible la mencionada inscripción y, por ende, la adquisición del dominio por el comprador.

4.— Es cierto que el párrafo del artículo 922 no es completo en sí mismo, pues se remite a “las disposiciones legales pertinentes” que determinen el funcionario competente para efectuar la inscripción, así como la forma en que ésta debe cumplirse; sucede, empero, que, no existiendo tal normatividad complementaria, resulta difícil conocer cuál es la manera de dar eficacia práctica al mencionado párrafo; creemos, con todo, que mientras no se organice el registro comercial de automotores, éste puede y debe ser cumplido en las oficinas administrativas de tránsito y transportes, no sólo porque así lo ha establecido la costumbre (auténtica frente del derecho mercantil, con autoridad para llenar los vacíos de la ley escrita), sino también porque esa es la opinión de nuestra Corte Suprema de Justicia, según puede observarse en el siguiente extracto de su sentencia de febrero 3 de 1981:

"Sobre el particular, ya la Corte se ha pronunciado de modo reiterado, entre otras, en sentencias del 23 de septiembre y 10 de noviembre de 1976, y del 10 de febrero de 1977.

"Tratándose de compraventa de automotores, la tradición no se hace por la simple entrega, sino es menester además la referida inscripción — — — — — Pero esta inscripción no es la que según el Decreto 1255 de 1976, ya derogado, debía hacerse en la oficina de instrumentos públicos y privados, sino la que debe llevarse a cabo en las correspondientes oficinas públicas de transporte y tránsito, cual lo son las inspecciones en ese ramo". (subraya el suscrito).

### III. LA LESION ENORME EN LA COMPRAVENTA

Generalmente se cree que, mientras la compraventa civil es susceptible de rescisión por lesión enorme, la comercial nunca está expuesta a tal eventualidad.

Esa era, en efecto, la situación que indudablemente existía antes de la expedición del actual Código de Comercio, pues mientras los artículos 1946 del Código Civil y 32 de la Ley 57 de 1887, admitían y admiten la lesión enorme en las compraventas civiles, con excepción de las que se refieren a bienes muebles y de las que se hagan por ministerio de la justicia, el 218 del estatuto mercantil derogado advertían tajantemente que "no hay rescisión por causa de lesión enorme, en los contratos mercantiles".

Cabe preguntar, empero, si tan clara contraposición entre la ley civil y la comercial subsiste en la actualidad.

La respuesta parece ser negativa y al mismo tiempo fácil de sustentar, porque el Código Comercial vigente, en lugar de conservar una norma tan explícita como la de su antecesor, no se refirió a la lesión enorme de los contratos mercantiles, ni para autorizarla ni para proscribirla.

En tales condiciones, no queda más camino que el que señala el artículo 822 del mismo Código, conforme al cual "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa". (subraya el suscrito).

Por consiguiente, como en materia de lesión enorme nada ha establecido la ley mercantil, es inevitable admitir que en las compraventas comerciales relativas a inmuebles ella puede ser causa de rescisión, pues así lo dispone la normativa civil, aplicable precisamente a este caso como ante el silencio de la comercial.

### IV. TRADICION DEL DOMINIO DE BIENES RAICES

Mientras en derecho civil la tradición del bien raíz vendido se efectúa y agota

simplemente con la diligencia de inscripción, no siendo el acto de entrega material sino el cumplimiento de la primera y más elemental de las obligaciones del vendedor, **sin tener jamás el sentido jurídico de auténtica tradición**, para las compraventas mercantiles, en cambio, el **artículo 922** del Código de Comercio concibe de manera muy diferente la cuestión, porque, como ya se ha visto, su texto indica que "la tradición del dominio de bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la **entrega material de la cosa**".

Tratándose, por tanto, de compraventas mercantiles de inmuebles, su tradición ha sido convertida por el Código en un **acto complejo**, que exige tanto el **trámite formal** del registro como el **trámite material** de la posesión; la entrega del bien deja de ser, entonces, simplemente el acto de cumplimiento de la principal obligación del vendedor, para alcanzar además el **carácter jurídico de parte integrante de la tradición**.

Esta innovación del Código Mercantil parece constituir un grave error porque, si se quieren evitar situaciones equívocas, es preciso que el traspaso del dominio depende solamente de un **acto único o instantáneo**; al apartarse el estatuto comercial de esta consideración elemental, exigiendo para la transferencia de la propiedad dos actos diferentes, que pueden no ser simultáneos y que con frecuencia no lo son, **propicia estados de hecho confusos y potencialmente conflictivos**, como el que se presentaría cuando el inmueble ya ha sido inscrito a favor del adquirente, sin que éste haya recibido aún su entrega material; si se considera este caso, con todo el rigor que impone el artículo 922, el comprador no es todavía dueño del bien raíz, porque a la tradición le falta aún uno de sus elementos esenciales; no podrá, en consecuencia, ni gravarlo ni transferirlo a otra persona y sus acreedores estarán, del mismo modo, imposibilitados para embargarlo, a pesar de todo lo cual el registro, en el que ya figura como dueño el comprador, dirá, al menos en apariencia, todo lo contrario.

Consideramos, pues, preferible la vieja sabiduría del Código Civil, el cual, sin menospreciar la importancia de la obligación de entrega a cargo del vendedor, hace depender la tradición del dominio de los bienes raíces únicamente del registro en la oficina competente.

## V. LOS RIESGOS DEL CUERPO CIERTO VENDIDO

Como es bien sabido, el problema de los riesgos del cuerpo cierto vendido sólo se presenta en el período inmediato entre el título y el modo, es decir, durante el tiempo que transcurre entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la tradición; porque es indiscutible que, así como antes de la compraventa el riesgo es del vendedor, su verdadero dueño, después de la tradición lo asume el comprador, nuevo propietario.

Pero ¿qué ocurre una vez concertado el acuerdo y pendiente aún la tradición?

¿Cuál de las dos partes contratantes debe soportar la pérdida del cuerpo cierto vendido?

**Y ¿cómo incide esa pérdida sobre la eficacia vinculante del contrato?**

En este punto las soluciones civil y comercial no sólo difieren sino **que se oponen**.

En las compraventas civiles, como es bien sabido, el riesgo del cuerpo cierto lo asume el comprador, desde el instante mismo de la celebración del contrato y aunque jurídicamente no sea aún el dueño, por no haberse efectuado la tradición.

Por consiguiente, aunque la cosa se pierda por fuerza mayor o caso fortuito, la compraventa **permanecerá inalterable en su fuerza vinculante** y el comprador **deberá pagar el precio estipulado**, a pesar de que nada podrá ya recibir.

De modo disímil resolvió el problema, para las compraventas mercantiles, el artículo 929 del Código de Comercio, cuyo texto expresa que "en la venta de un cuerpo cierto, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso deberá el comprador el precio íntegro de la cosa".

Este artículo, que conserva en el vendedor el riesgo de la pérdida fortuita del cuerpo cierto, mientras no se despoje de su condición de propietario mediante el cumplimiento de la tradición, da lugar a otra consecuencia interesante, consistente en la **pérdida simultánea de la eficacia vinculante del contrato celebrado, el cual queda resuelto de derecho**.

Así lo ordena el artículo 930 del Código de Comercio al expresar que "si la falta de entrega procediera de la pérdida fortuita de las mercancías vendidas, por causa no imputable al vendedor, **el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor libre de toda responsabilidad**".

#### **IV. COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO**

Es muy notorio a este propósito el contraste entre el Código Civil y el de Comercio, pues mientras el primero pretende resolver todos los problemas, no siempre sencillos, de la compraventa con reserva de dominio mediante un solo artículo —el 1o. de la Ley 45 de 1930, que sustituyó el 1931— el estatuto comercial vigente contiene una regulación completa, adecuada y acertada sobre esta materia, comprendida en los artículos 951 a 967, que integran el capítulo VI del título 2o. del libro 4o.

Sin hacer un estudio pormenorizado de la compraventa con reserva de dominio, intentaremos destacar y explicar, al menos, las diferencias entre su regulación civil y la mercantil.

1.— En el Código Civil el pacto de reserva de dominio sólo está autorizado para bienes muebles, de suerte que, tratándose de bienes raíces, no produce efecto alguno; en cambio, en el Código de Comercio la compraventa con dicha reserva es válida respecto de una y otra clase de bienes;

2.— Mientras el Código Civil autoriza la estipulación de la reserva del dominio para toda clase de bienes muebles, el de Comercio ha tenido cuidado de restringirla a los que sean singularizables, identificables y no fumigables que, además, **no estén destinados expresamente a la reventa** y no formen parte integrante de un inmueble, del cual no puedan separarse sin grave daño.

Sin embargo, en la realidad, estas restricciones mercantiles tendrán aplicación aun a las compraventas civiles, si no de derecho por lo menos de hecho, ya que por razones prácticas evidentes resultará no sólo inusual sino ineficaz la estipulación de una reserva de dominio sobre bienes que, por ejemplo, no puedan identificarse, o sean consumibles o perecederos, o se compren con propósitos inmediatos de reventa.

3.— La compraventa civil con reserva de dominio no exige el otorgamiento de documento alguno, aunque, desde luego, es seguro que en todos los casos las partes se cuidarán de redactarlo y suscribirlo, a pesar de la ausencia de norma que así lo exija, porque una reserva consensual sería de hecho ineficaz, en razón de dificultades prácticas tan obvias como insuperables.

Tratándose de bienes muebles, el Código de Comercio tampoco exige, de manera directa y explícita, solemnidad alguna para las compraventas mercantiles con reserva de dominio; sin embargo, la suscripción de un documento es en este caso aún más imprescindible que en el anterior, porque la inscripción del mismo en el registro público de la oficina competente será necesaria para que la reserva del dominio tenga eficacia contra terceros.

4.— Mientras las compraventas civiles con reserva de dominio no deben ser inscritas en ningún registro público, las mercantiles sí, de la siguiente manera: en la oficina de registro de instrumentos públicos las que versen sobre bienes raíces; en las dependencias de tránsito y transporte las que se refieran a vehículos automotores; y en la Cámara de Comercio las restantes.

5.— Tanto en derecho civil como en derecho comercial la reserva del dominio no produce efectos en relación con terceros de buena fe; por consiguiente, uno y otro estatuto consideran válida la enajenación y la tradición que haga el comprador a favor de un adquirente que actúa sin conocer o sin deber conocer la existencia del mencionado pacto suspensivo; de esta manera, la ley acepta, por excepción, que el comprador transfiera bastante más de lo que tiene, pues a pesar de ser un mero tenedor, traslada el tercero, con total eficacia jurídica, la propiedad del bien; y no podía ser otra la solución legal, en vista de la necesidad de proteger la buena fe de este último, poniéndolo a salvo de todo intento reivindicatorio que contra él pretenda iniciar el primitivo vendedor.

Sin embargo, esta salvaguardia de los intereses del adquirente de buena fe es la que precisamente hace ineficaz casi por entero el pacto de reserva de dominio en las compraventas civiles de bienes muebles, porque no existiendo para ellas la obligación de inscribir el documento en un registro público, es normal que los terceros ignoren la existencia de la estipulación de reserva, quedando así a salvo de los efectos de la misma; ciertamente podría darse el caso de que tuvieran conocimiento de tal pacto, pero ésta no pasaría de ser una situación excepcional y, además, para el primitivo vendedor sería muy difícil probar dicho conocimiento y por ende la nula fe del adquirente, prueba que está precisamente a su cargo y sin la cual no hay posibilidad de recuperar el bien.

Por el contrario, la existencia en la legislación comercial del registro público a cargo de la Cámara de Comercio, en el cual deben ser inscritas las compraventas mercantiles con reserva de dominio, salvo las que recaigan sobre bienes raíces y automotores, cuyo registro ha de cumplirse en las oficinas competentes antes mencionadas, hace que el pacto produzca plenos efectos sobre los terceros, frente a quienes siempre será oponible, quedando así imposibilitados para alegar buena fe exenta de culpa, puesto que o conocieron la reserva inscrita o estaban en el deber de conocerle, para lo cual bastaba tener el cuidado elemental de consultar el registro de la oficina competente.

Así que, en conclusión, en derecho mercantil el registro de las compraventas con reserva de dominio, en las tres oficinas habilitadas para ello, según sea la naturaleza del bien vendido, hace oponible el pacto a terceros, impide que éstos puedan alegar buena fe y asegura la completa eficacia de la reserva, permitiéndole al vendedor reivindicar el bien de cualquier ulterior adquirente, nada de lo cual acontece en el caso de las compraventas civiles de bienes muebles por la falta, a su respecto, de esta indispensable institución del registro.

6.— Como la estipulación de la reserva tiene la virtud de conservar el dominio del bien en el patrimonio del vendedor, a pesar de su entrega al comprador, el cual no pasa de ser, por ende, un simple tenedor del mismo, es indudable que los acreedores del vendedor pueden embargar dicho bien, aunque ello implique, como en efecto implica, un grave perjuicio para el adquirente.

Con todo, esto no ocurre sino en las compraventas civiles, porque para las mercantiles los artículos 964 y 965 del Código de Comercio, procurando precisamente la mejor protección de los intereses del comprador, impiden el embargo del bien vendido bajo reserva de dominio; dicen, en efecto, estas dos disposiciones legales:

“964.— El vendedor puede oponerse al embargo de la cosa vendida bajo reserva de dominio, decretado a instancia de los acreedores del comprador o de un tercero, representando el contrato de venta que llene los requisitos previstos en el artículo 953 de este Código” (los relativos al registro).

“965.— Podrá oponerse el comprador al embargo de la cosa, decretado a instancia de los acreedores del vendedor o de un tercero, presentando el contrato de que trata el artículo anterior -----”.

Las que han sido expuestas son, en síntesis, las diferencias más notorias entre el régimen civil y el mercantil, en materia de compraventa con pacto de reserva de dominio.

7.— **Los efectos del incumplimiento del comprador.** En Derecho Civil, como es bien sabido, si el comprador no paga el precio, el vendedor puede, según lo previsto en el artículo 1930 del Código de la materia, exigir el cumplimiento de esta obligación u optar por la resolución del contrato, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios.

No cabe duda alguna de que en las compraventas mercantiles existe a favor del enajenante igual acción alternativa.

Sucede empero, que el artículo 948 del Código Mercantil concede al vendedor comercial **una posibilidad adicional de recuperar el bien, sin necesidad de iniciar la acción resolutoria por la vía ordinaria, beneficio del cual carece, en cambio, el vendedor civil.**

Dice así la disposición citada, en sus dos primeros incisos:

“En caso de mora del comprador en el pago del precio tendrá derecho el vendedor **a la inmediata restitución** de la cosa vendida, si el comprador la tuviere en su poder y no pagare o asegurare el pago a satisfacción del vendedor.

“La solicitud del vendedor **se tramitará como los juicios de tenencia, pero podrá solicitarse el embargo o secuestro preventivos de la cosa**”.

Aunque la disposición está bien inspirada, pues pretende defender con mayor eficacia el interés del vendedor frente al comprador incumplido, no deja de acusar **cierta falta de técnica, pues asimila este último al simple tenedor, olvidando su auténtico carácter de poseedor y dueño.**

Por ello pensamos que la norma transcrita **no es completamente lógica sino en las compraventas con pacto de reserva de dominio**, porque sólo en éstas, como ya se ha hecho notar, el comprador no pasa de ser un mero tenedor mientras no pague la totalidad del precio.

Medellín, noviembre de 1984