

así como el del deudor, es siempre necesario que exista una voluntad expresada.

Ha sido sentenciado que si la promesa consta por escrito la entrega de dicho escrito á la persona en provecho de quien se hizo la promesa basta para que haya aceptación; en efecto, aquel que recibe un escrito conteniendo una obligación en su favor manifiesta por esto la voluntad de aprovecharse del ofrecimiento si hay lugar; si no consintiera en el ofrecimiento se negaría á recibir el escrito en que consta (1).

11. Hay otra causa de confusión en esta materia. ¿Cuando el que promete hace su ofrecimiento por escrito debe dicho escrito hacerse por *duplicata*? La negativa es segura, puesto que el art. 1,325 no se aplica más que á los contratos bilaterales, y el mismo nombre de promesa unilateral implica que la convención es unilateral. (2) Pero poco importa la forma en la cual la promesa esté redactada; esto es cosa de la prueba, y no debe confundirse la prueba con la validez de la promesa. Puedo comprometerme oralmente á vender; esta promesa será perfectamente válida, salvo la dificultad de la prueba. Asimismo una acta hecha por duplicado no probaría la existencia de un contrato bilateral, á no ser que el acta comprobase que hay recíproco compromiso de vender y de comprar. Volveremos más adelante á esta confusión que se encuentra tan amenudo en las sentencias, entre la validez del hecho jurídico y la validez del escrito redactado para hacerlo constar.

### II. Efecto de la promesa unilateral.

12. La promesa de venta aceptada es obligatoria para el que ofrece. ¿En qué consiste esta obligación y cuáles son sus efectos? Aquel á quien se hace la promesa tiene el derecho de aprovecharse de ella si por su parte quiere compro-

1 Lieja, 12 de Febrero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 169).

2 Bruselas, 23 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, 2, 60).

meterse en comprar. Este es un derecho personal en el sentido de que no adquiere ningún derecho en la cosa que es objeto del contrato. Fué sentenciado por la Corte de Casación que este no es un derecho inmobiliario, lo que es incontestable, (1) pues el derecho inmobiliario sólo pudiera ser un derecho en el inmueble; es decir, un derecho de propietario; y mientras la parte interesada no ha declarado su intención de comprar, sólo hay una obligación del que ofrece vender, y éste, como lo dice Pothier, no vende, pues no lo puede hacer con su sola voluntad.

Se pregunta si el derecho resultante de una promesa de venta puede cederse. La jurisprudencia está dividida. La Corte de Casación decidió que el derecho puede cederse. En principio no vemos en ello ninguna duda. Todo derecho puede ser cedido, á no ser que por su naturaleza no pueda cederse; y el derecho de que se trata es un derecho pecuniario, es el derecho de transformar una promesa en venta; este derecho nada tiene de personal, permanece, por consiguiente, bajo el imperio de la regla general. La Corte agrega una restricción: es que el cedente queda obligado directamente para con el autor de la promesa, cualesquiera que sean las estipulaciones intervenidas entre él y el cesionario. (2) A primera vista no se ve cuáles sean las obligaciones del cedente, pues la promesa de venta no lo obliga, pero lo obliga eventualmente para el caso en que quiera aprovechar la promesa y transformarla en venta definitiva; se obliga, pues, hacia el que ofreció á pagar el precio si la venta se realiza; y si se pueden ceder sus derechos no se pueden ceder sus obligaciones. De esto resulta que la cesión del derecho á la realización de la promesa no liberta al cedente de la obligación que contrajo de pagar el precio. Esto tam-

1 Denegada, 20 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 364).

2 Casación, después de deliberación en Sala de Consejo, 31 de Enero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 69). En sentido contrario Aix, 21 de Diciembre de 1863, casada (Daloz, 1865, 2, 29); París, 2 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 2, 127).

bién se funda en la razón; puedo prometer vender á una persona cuya solvencia me inspira entera confianza, mientras que no haría la misma promesa á su cesionario, á quien no conozco.

13. En qué consiste el derecho de aquel á quien fué hecha la promesa si la quiere aprovechar? La cuestión está controvertida; los mismos autores que parecen tener la misma opinión están en desacuerdo; la jurisprudencia está igualmente dividida. En nuestro concepto la dificultad no es dificultad. Se trata de saber cuándo y de qué manera se formalizará la venta. La venta se forma por el concurso de voluntades de ambas partes. Y el vendedor ha declarado su voluntad de vender: ¿qué falta, pues, para perfeccionar la venta? La voluntad de la otra parte; luego desde que ésta declare que quiere comprar, el concurso de voluntad existirá y, por consiguiente, la venta quedará perfecta (art. 1,583). (1)

Se objeta que el que ofrece no se obligó á dar sino á hacer; es decir, á vender la cosa; y que si se niega á cumplir este hecho el acreedor no lo puede obligar á ello, que sólo puede reclamar daños y perjuicios, puesto que cualquiera obligación de hacer se resuelve por daños y perjuicios, en el caso de inejecución por parte del deudor (art. 1,142). (2) Pothier contesta que este principio sólo recibe aplicación á los hechos que exigen la intervención personal del deudor; no se aplica á los hechos que pueden suplirse por una decisión del juez; y tal es el hecho del que ofrece si se niega á prestarlo, haciendo su contrato de venta, el juez decidirá que su sentencia substituye el contrato, y en virtud de esta sentencia el comprador entrará en posesión. (3) La mayor parte de los autores modernos siguen la opinión de Pothier. (4) Hay una

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 333 y nota 10, pfo. 349 (4.ª edición).

2 La Corte de Amiéns sentenció en este sentido, 24 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 300).

3 Pothier, *De la Venta*, núm. 479.

4 Durantón, t. XV, pág. 78, núm. 52. Troplong, pág. 71, núm. 115.

contestación más perentoria que hacer á la objeción: es que la obligación del que ofrece no tiene por objeto un hecho; consintió en vender, ya no necesita consentir; lo que falta para perfeccionar la venta es el consentimiento de la otra parte; desde que ésta consiente hay venta. ¿Es necesario que el juez intervenga para obligar al que ofreció á hacer su contrato, como se dice? Hacer el contrato quiere decir redactar el acta de venta, y el acta sólo es una cuestión de prueba y de ejecución. Sin duda si el que promete se niega á ejecutar la venta el comprador necesitará de una acta ejecutoria; pero esta acta no debe necesariamente ser la sentencia del juez. Si el que ofreció se obligó á vender por acta auténtica, y si la otra parte se compromete á vender por acta auténtica, estas dos actas reunidas formarán una acta ejecutoria en virtud de la cual el comprador tendrá derecho á entrar en posesión. El juez sólo deberá intervenir para asegurar la ejecución forzada de la venta cuando no haya acta auténtica; en este caso no condenará al que ofreció á hacer el contrato, como se dice; comprobará que hay venta y su sentencia reemplazará el acta.

La jurisprudencia ha consagrado la opinión de Pothier. Conduce al mismo resultado que la nuestra, pero una vía indirecta que no parece inútil y que se presta al error. Así una sentencia dice que *la sentencia vale venta*. (1) La expresión es inexacta; nunca puede la sentencia reemplazar el contrato, pues el contrato consiste en el concurso de voluntades, y no pertenece al juez consentir por las partes. En realidad las partes han consentido; sólo se trata de dar al comprador un título de ejecución. La Corte de París sentenció mejor condenando al que ofreció á hacer el acta, y decidió que si se negaba *la sentencia reemplazaría el acta*. (2)

1 Amiéns, 16 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 290, 7.º)

2 París, 10 de Mayo de 1826 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 290), 3.º Bruselas, 31 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 61).

¿Pero para qué condenar al que ofreció á que haga el acta si la sentencia basta?

14. Al decir que el consentimiento del acreedor basta para perfeccionar la venta suponemos que todos los elementos necesarios á la perfección de la venta existen; es decir, que las partes están acordes en la cosa y el precio (art. 1,583). La promesa de venta debe reunir todas las condiciones requeridas para la perfección de la venta, luego una cosa y el precio; el que promete se compromete á vender la cosa por tal precio; después el acreedor declara que se compromete á comprar esta cosa en el precio indicado en la promesa. En efecto, la única diferencia entre la promesa unilateral de venta y la venta misma es que en la primera una sola parte se obliga, pero esta obligación debe ser de tal naturaleza que pueda transformarse en contrato bilateral por la sola expresión de voluntad del acreedor; no se concibe que haya promesa de venta sin objeto, tampoco se concibe una promesa de venta sin precio. Pothier tiene una opinión contraria en lo que se refiere al precio; dice que la promesa de venta es válida sin que el precio esté expresado en ella; el que ofrece está como si se hubiese obligado en el justo valor de la cosa, tal cual podrá ser fijado por los expertos que las partes nombraron. Esto es inadmisibile. Para que haya venta es necesario el consentimiento de ambas partes en la cosa y en el precio; las partes son las que deben determinar el precio y no los expertos; decir que están *como si* hubieran vendido en el justo precio es presumir su consentimiento, y el consentimiento no se presume nunca. La promesa sin indicación del precio está, pues, imperfecta, porque la venta no se puede perfeccionar. Esta es la opinión general. (1)

1 Pothier, *De la Venta*, núm. 481. En sentido contrario Duvergier, t. I. página 140, núm. 128 y todos los autores. Marcadé que critica á todos, es, en el fondo, de la misma opinión.

15. El acreedor declara que consiente en comprar. ¿Desde este momento habrá venta? La cuestión es muy importante en lo que se refiere á la transmisión de propiedad y de los riesgos. Desde que la venta es perfecta la propiedad de la cosa está adquirida por el comprador y los riesgos están á su cargo. ¿La venta existe desde la promesa ó sólo desde la declaración del acreedor por la cual se compromete á comprar? En nuestra opinión la respuesta no es dudosa; la promesa de venta difiere de la venta en un punto esencial: sólo hay consentimiento por parte del que ofreció: para que la promesa se vuelva venta es necesario además el consentimiento del acreedor; cuando este consentimiento está dado hay concurso de voluntades y, por lo tanto, venta. Luego la venta sólo existe á partir del momento en que el acreedor declara querer comprar; es desde aquel momento cuando se vuelve propietario y sufre los riesgos. (1)

Hay una opinión contraria según la cual la venta existe desde la promesa; encontró un hábil defensor en el Sr. Colmet de Santerre; tenemos que detenernos en ella. (2) La promesa de venta, se dice, implica una condición y produce el efecto de transmitir la propiedad condicional; el que ofrece se compromete á transferir la propiedad de la cosa si el comprador se compromete por su parte á comprarla; aquél es, pues, un deudor condicional de la cosa; aquel á quien se hizo la promesa es acreedor condicional de la cosa; cuando cumple la condición ésta retrotrae; él es, pues, propietario desde el momento de la promesa condicional. Nos parece que es desnaturalizar la promesa de venta el considerarla como un contrato unilateral condicional. La promesa es pura y simple. ¿Qué dice? Que el que ofrece se compromete á vender; este compromiso unilateral no puede transferir la propiedad, pero ésta no se transfiere sino por

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 334, nota 11, pfo. 349, y las autoridades que citan.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 21, núm. 10 bis V.

un concurso de voluntades. ¿Cuándo existe este concurso? Desde el momento en que el acreedor declara que quiere comprar. Es, pues, á partir de aquel momento cuando habrá venta y transmisión de dominio. Las partes no han estipulado ninguna condición y su convención no implica condición; es una venta imperfecta porque una de las partes sólo se ha obligado; se volverá perfecta cuando la otra parte esté obligada por su parte; unilateral en su principio, el contrato se volverá bilateral cuando el acreedor se obligue á comprar; y el contrato unilateral sólo puede volverse bilateral por la retroacción de un consentimiento. Esta retroacción es imposible, pues resultaría que habría contrato bilateral en un momento en que sólo hay un contrato unilateral: La equidad está acorde con el derecho. En nuestra opinión el que ofrece permanece propietario y soporta los riesgos porque aun no hay venta. En la opinión que combatimos el acreedor sería propietario y no obstante el deudor soportaría el riesgo, pues el acreedor, no estando ligado aún en el momento en que la cosa llegare á perecer, mucho se cuidaría de consentir la venta. Aprovecharía, pues, de la buena suerte que aumentaría el valor de la cosa, y no sufriría los malos, lo que sería injusto.

La jurisprudencia ha consagrado la opinión general. El propietario de un terreno se compromete á no vender á nadie más que á la persona indicada en el acta, durante un tiempo de cuatro años á partir del 1.º de Abril de 1843. Se decía en el acta que el trato sólo se haría obligatorio para el acreedor desde el día en que manifestara su voluntad por acta extrajudicial, fijando la época de la convención del acta privada en acta auténtica á la toma de posesión del terreno. El precio fijado era de 40,000 francos. Intervino después la ley de 19 de Julio de 1845 que decretó el establecimiento del ferrocarril de París á Estrasburgo. La vía férrea debía pasar en el terreno y resultaba que éste adqui-

ría un valor de más de 15,000 francos. El acreedor se apresuró á hacer apremio al prometiende; éste se negó á realizar su promesa. Oponía primero la nulidad de la promesa unilateral de venta: esta era una mala chicana; la Corte de París la desechó y estableció á la vez el principio tal cual lo hemos formulado. La promesa unilateral de venta, dice, no está prohibida por ninguna ley; la venta está subordinada en este caso á la aceptación del comprador, lo que imprime un carácter sinalagmático y opera la transmisión del derecho de propiedad que hasta entonces había permanecido en la persona y riesgos de aquel que había ofrecido vender. La venta era, pues, perfecta con la declaración del acreedor de querer comprar. En la opinión del Sr. Colmet de Santerre que combatimos el acreedor podrá decir: soy propietario desde la promesa porque mi acción retrotrae: aprovecho el mayor valor del terreno. Pero no hubiera sufrido la suerte de la depreciación. En nuestra opinión la venta sólo fué perfecta en el momento de la aceptación del acreedor; el precio estaba fijado en 40,000 francos, pero el terreno había adquirido un aumento enorme; nacía la cuestión de saber si no había lesión por más de las siete doceavas partes y, por consiguiente, si la venta era rescindible. De hecho había lesión y de derecho la acción de rescisión debía de ser admitida, puesto que la venta sólo existía por la aceptación del acreedor; era en aquella época cuando se debía estimar el valor del inmueble para calcular la lesión. En el recurso la decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. (1)

16. Del principio de que el que ofrece permanece propietario se sigue que éste puede vender la cosa á un tercero, gravarla con derechos reales, darla en arrendamiento; estas actas serán perfectamente válidas para con los terceros, pues-

1 París, 26 de Agosto de 1847, y Denegada, 9 de Agosto de 1848 [Dalloz, 1848, 2, 43, y 1, 185].

to que para con ellos aquél conserva la propiedad plena y entera de la cosa. El acreedor á quien fué hecha la promesa de venta no puede oponer su derecho á los terceros, pues sólo tiene un derecho personal ó de crédito, no tiene derecho en la cosa; sólo tendrá, pues, una acción por daños y perjuicios contra el que ofreció. Si éste hubiera dispuesto de la cosa en fraude de los derechos del acreedor habría lugar á la acción pauliana, suponiendo que el tercero fuera cómplice en el fraude. Estas son las consecuencias lógicas del principio de que la propiedad no está transferida por la promesa de venta. (1) Si la aceptación del acreedor retrotrajera éste sería propietario desde la promesa; podrá, pues, oponer su derecho á los terceros; se entiende bajo condición de registrar el acta que estableciera su propiedad. (2) Se puede objetar que en nuestra opinión los derechos del acreedor pueden ser destinados por el prometiente; esto es verdad, pero así sucede con cualquier derecho personal; al acreedor toca estipular garantías, puesto que estaba bajo el imperio del derecho común.

17. Estos principios reciben aplicación á la convención llamada *pacto de preferencia*. Esta es la cláusula por la cual el propietario de una cosa se compromete, para el caso en que enajenase, á venderla con preferencia á tal persona. Este pacto no es otra cosa más que una promesa unilateral de venta; sólo que el prometiente no se obliga á enajenar la cosa. Esta es, pues, una promesa de venta condicional. Se induce que el pacto es nulo, puesto que la condición es potestativa; el prometiente puede ó no enajenar según su voluntad: ¿no es este el caso de aplicar el art. 1,174 que declara nula la obligación contraída bajo condición potestativa por parte de quien se obliga? Nó, la condición potestati-

1 Véanse las autoridades citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 334, notas 12 y 13. Denegada, 14 de Marzo de 1860 [Dalloz, 1860, 1, 163].

2 Véase, en este sentido, Durantón, t. XVI, pág. 79, núm. 53. Larombière, *De las obligaciones*, t. I, pág. 178, núms. 13-15 del art. 1138 [Ed. B].

va del art. 1,174 es la que depende únicamente de la voluntad del deudor; y no depende siempre de nosotros el vender; las circunstancias pueden obligarnos á ello, ¿y desde que el prometiente enajena debe dar la preferencia á aquel en provecho de quien fué convenido el pacto? Este tiene, además, el efecto de una promesa de venta en el sentido de que sólo da al acreedor un derecho personal; si el prometiente vende á otra persona, la venta será válida, excepto el caso de fraude; el acreedor sólo tendrá acción á daños y perjuicios. (1)

18. La promesa unilateral de venta no se vuelve venta más que cuando el acreedor declara querer comprar. ¿Puede siempre hacer esta declaración? Hay que distinguir. Ordinariamente la convención fija un plazo en el cual el acreedor debe manifestar su voluntad. Este plazo es una de las condiciones de la promesa; si el acreedor lo deja expirar sin usar de su derecho ya no puede invocar la promesa, puesto que ésta caducó. ¿Qué debe decidirse si la convención no contiene ninguna limitación de tiempo? No se debe concluir que el acreedor puede siempre prevalecerse de la promesa; semejante interpretación sería contraria á la intención de las partes contratantes, pues no se puede suponer que el prometiente haya entendido ligarse indefinidamente con el acreedor; hay, pues, un plazo tácito; si las partes interesadas no convienen en determinarlo, lo hará el juez. Pothier así lo decide. Para libertarse de la promesa, dice, el prometiente debe obtener una sentencia que versará sobre que el acreedor deberá declarar en qué plazo podrá comprar, y fenecido dicho plazo sin que haya hecho la declaración, el prometiente estará libre de su obligación. Se ha sostenido que un simple apremio ~~trataba~~ esto no nos parece ser exacto; se trata de decidir cuál es el plazo que convi-

1 Burdeos, 19 de Agosto de 1834. Tolosa, 15 de Julio de 1818 [Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 311]. Riom, 30 de Junio de 1843 [Dalloz, 1845, 2, 58].

nieron las partes tácitamente; y una de ellas no tiene el derecho de interpretar la convención sin el concurso de la otra, y este poder sólo pertenece al juez (1)

Pothier agrega que si ha pasado un tiempo considerable desde la promesa sin que el acreedor haya manifestado la voluntad de aprovecharla, puede resultar una presunción de que las partes se han desistido tácitamente de la convención. (2) No pudiera tratarse de una presunción legal, y las presunciones del hombre no sólo se admiten como prueba en el caso en que la ley admite la prueba testimonial. La renuncia á un derecho no se presume nunca y la voluntad se manifiesta por hechos tanto como con palabras. La cuestión debe, pues, presentarse en los siguientes términos: ¿hay hechos que prueben que el acreedor ha renunciado al derecho que le daba la promesa? ¿y cómo puede probarse? Debe contestarse que se está bajo el imperio del derecho común, puesto que la ley no lo deroga.

Hay una sentencia de la Corte de Angérs en este sentido. Una promesa se había hecho á un municipio de volverle á vender su casa cural, enajenada como bien nacional. Casi pasaron treinta años sin que el municipio pidiera la ejecución de la promesa; además compró una parte de la finca sin reservarse los derechos que le daba la promesa de venta. Este último hecho, reunido al largo silencio del acreedor, fué considerado como una prueba del desistimiento del municipio. (3)

### III. De la promesa unilateral de comprar.

19. Esta promesa es válida por la misma razón por la cual se admite la validez de la promesa de venta. Se supo-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 480. Compárese Troplong, pág. 23, núm. 117-Duvergier, t. I, pág. 138, núm. 127. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 24, números 10 bis X y XI. Denegada, 12 de Julio de 1847 [Dalloz, 1847, 1, 347].

2 Compárese Durantón, t. XVI, pág. 85, núm. 58. Troplong, pág. 73, número 117.

3 Angérs, 28 de Agosto de 1829 [Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 291, 6. =

ne que el propietario de la cosa la aceptó. Resulta una convención unilateral que obliga al que promete sin obligar al acreedor. Este, el propietario, podrá transformar el contrato unilateral en contrato de venta declarando su voluntad de vender. El concurso de ambas voluntades bastará para perfeccionar la venta.

El acreedor que es propietario está libre para disponer de la cosa como quiera. A nada se obligó; si vende á otra persona que no sea el acreedor, éste no tendrá ningún derecho contra el vendedor y mucho menos contra los terceros, pues el acreedor no contrajo ninguna obligación para con él; la venta que efectúa sólo tiene un efecto para con el promitente: es que lo liberta de su promesa, pues el propietario que vende la cosa se coloca en la imposibilidad de entregarla al que promete; renuncia, pues, al beneficio de la promesa; no pudiendo ésta recibir su ejecución, el que promete no puede estar obligado á cumplirla.

20. Conservando el acreedor la propiedad de la cosa sin estar comprometido hacia el que promete resulta que también sufre los riesgos. Este es el caso de aplicar el adagio de que la cosa perece para su propietario. Esto es evidente cuando la cosa perece por entero; la venta aun no se formó; ya no puede, pues, formarse por faltar la cosa. ¿Qué debe decidir si la pérdida es parcial? Creemos que hay lugar á aplicar el art. 1,601 que dice: "si sólo una parte de la cosa perece en el momento de la venta el adquirente puede escoger entre abandonar la compra ó pedir la parte conservada ventilándose el precio." Se objetará que el art. 1,601 no supone una promesa unilateral de comprar que haya precedido la venta; que aquel que prometió comprar se obligó y que debe cumplir su compromiso cualquiera que sea el estado de la cosa en el momento en que la venta se perfecciona. Contestaremos, y la contestación nos parece ser peren-