

EL CONTRATO PREPARATORIO O LA PROMESA DE CONTRATO *

SUMARIO: I.—El contrato de promesa en el Derecho Romano: el “*pactum de ineundo contractu*”, o “*pactum de contrahendo*”.—2.—El contrato preparatorio en el Derecho moderno.—Diversas teorías sobre la naturaleza de dicho contrato.—La tesis que considera al contrato preliminar como una mera fase en la formación del contrato, o como un contrato con efectos aplazados, llamada por nosotros “*tesis negativa del pre-contrato*”.—Crítica a dicha teoría.—La tesis que ve en la promesa un contrato perfectamente diferenciado del contrato definitivo al cual tiende, o “*tesis positiva del pre-contrato*”.—Antecedentes de esta concepción autónoma del contrato preliminar en nuestro derecho positivo y en nuestra jurisprudencia.—Códigos Civiles de 1870 y de 1884.—Derecho Comparado Mexicano.—Análisis de la tesis positiva conforme al Código Civil de 1928.—Definición del contrato preparatorio.—Promesa unilateral y promesa bilateral.—Distinción de la promesa y otras figuras jurídicas afines.—Elementos de la promesa: (a)—De existencia; I.—Consentimiento.—II.—Objeto: crear la obligación de celebrar un contrato futuro, cuyos elementos característicos o esenciales (*essentialia negotii*), deben quedar determinados desde la propia promesa.—(b)—Elementos de validez.—I.—Capacidad.—II.—Forma.—III.—Ausencia de vicios de consentimiento.—IV.—Licitud del objeto de la promesa.—V.—Limitación de la promesa a cierto plazo.—Naturaleza del término en la promesa.—3.—Efectos de la promesa: (a)—Entre las partes: Críticas de los partidarios de la tesis negativa.—Su justificación.—Los efectos de la promesa en el Código de 1928, conforme al artículo 2,247.—Crítica a este precepto.—Modificación aportada por nuestra jurisprudencia al rigorismo dogmático de la teoría.—(b)—Con relación a terceros: efectos del contrato conforme a la Ley.—Códigos de Nuevo León y Chihuahua.

* Capítulo de una Monografía en preparación, sobre “*Contratos en particular*”.

1.—El Derecho Romano conoció el contrato preparatorio bajo la forma de un pacto: “*pactum de ineundo contractu*”, llamado por los comentaristas: “*pactum de contrahendo*”. Molitor (1), al estudiar la formación de los contratos en la legislación romana, afirma la validez de aquel convenio por el cual las partes se comprometían a celebrar un contrato: “*conventio seu pactum de ineundo contractu*”, añadiendo que siempre que el convenio hubiese sido revestido de la forma de la estipulación (por ejemplo, si Primus estipula que Secundus le prestará tal suma, que Secundus aceptará en depósito tal cosa), daba derecho a una “*condictio incerti*”, tendiente a obtener el mutuo o el depósito, o una indemnización de daños y perjuicios.

Para otros autores el pacto de contrahendo sería válido sin necesidad de que se le diera forma por medio de la estipulación, sino celebrándolo como uno de los posibles “*pacta adjecta*” del Derecho Romano, esto es, como uno de aquellos convenios añadidos a un contrato y relacionados con éste de tal manera, que engendraban por sí mismos una obligación que se sancionaba con la propia acción del contrato.

Esta distinción entre “convenio” y pacto”, por una parte, y “contrato” por la otra, básica en el Derecho Romano, será estudiada con detalle en el Capítulo relativo a la teoría de los contratos innominados, como precedente histórico del estudio que allí hacemos sobre las formas anómalas de contratos. Bástenos decir, por ahora, que en el Derecho Romano el simple pacto o convenio no engendraba ni acción ni obligación alguna, siendo necesario para que un convenio fuese eficaz en derecho que formáse parte del cuadro restringido de categorías contractuales: contratos formales, reales y consensuales.

Al evolucionar el Derecho hubo necesidad de reconocer igualmente validez a las formas contractuales anómalas, y pronto surgió la categoría jurídica de los contratos innominados y, junto a ella, las diversas especies de pactos (pretorianos, legítimos). Dentro de estos convenios a-típicos, sancionados por el *jus civile*, encontramos los “*pacta adjecta*” —*pacta bonae fidei contractui adjecta*—, los que añadidos a contratos de buena fé, no de derecho estricto, producían efectos civiles que se hacían valer, según hemos dicho, por virtud de la misma acción del contrato principal.

(1) Molitor, J. P., “*Cours de Droit Romain Approfondi*”, “*Les obligations en Droit Romain*”. N.º 51.

Sea, pues, como contrato formal celebrado a través de la estipulación, o como un simple pacto accesorio, el hecho es que el "pactum de ineundo contractu", o "pactum de contrahendo" para los comentaristas, producía el efecto de obligar a la celebración de un determinado contrato, sancionándose su incumplimiento con una acción similar a la concedida para todo contrato innominado con validez civil: la "actio praescriptis verbis", o la "condictio incerti". Fuera de aquellas formas, el pacto de contrahendo no sería sino un "nuda pacta", es decir, un convenio desprovisto de efectos civiles y que sólo engendraría obligaciones naturales, como todos los pactos de esta especie (2).

Interesante es, por la influencia sobre el Derecho moderno, determinar si en caso de incumplimiento la acción derivada del pactum de contrahendo podía tener el alcance de obligar al promitente a celebrar el contrato convenido, esto es, a contratar (ejecución forzosa in natura), o si por el contrario sólo quedaría obligado al "id quod interest", es decir, al pago de una indemnización de daños y perjuicios. Esta última solución es la que seguramente prevaleció en el Derecho Romano, pues siendo la obligación derivada del contrato preliminar una obligación de hacer (consistente en contratar), tiene neta aplicación el principio de que las obligaciones de hacer, no cumplidas voluntariamente, se resuelven en daños y perjuicios: "Nemo praecise ad factum cogi potest".

2.—Una vez establecido el antecedente romano de nuestro contrato de promesa (contrato preliminar, preparatorio, ante-contrato, pre-contrato), vamos a examinar las diversas teorías que se refieren a dicha figura jurídica y a estudiar, aunque sea sucintamente, la controversia que se ha elevado sobre la naturaleza del pre-contrato. Dos opiniones fundamentales encontramos al respecto: (a)-La tesis que considera el contrato preliminar como una mera fase de la formación del contrato, o como un contrato con efectos aplazados, llamada por nosotros "teoría negativa del pre-contrato"; y (b)-Aquella que vé en la promesa un contrato diverso y perfectamente diferenciado del contrato definitivo al cual tiende, o "tesis positiva del pre-contrato" (3).

(2) Maynz, Ch., "Cours de Droit Romain", Núms. 207 y 249; Sohm Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, N.º 70-III.

(3) Todavía podría hablarse de una "tesis intermedia", para la cual las promesas unilaterales de contrato sí serían contratos diversos del definitivo, pero no así las promesas bilaterales que deben asimilarse al contrato definitivo.

(a)-TEORIA NEGATIVA DEL PRE-CONTRATO: En el fondo de esta teoría encontramos la siguiente idea: no puede distinguirse la promesa, del contrato definitivo o futuro al cual aquella tiende. No hay, en realidad, más que un solo contrato, pero aplazado en sus efectos. O en otras palabras: lo que hay en el fondo de la promesa de contrato, es que se retardan los efectos de la promesa y se conviene en que esos efectos no se presentarán sino a partir de determinado momento. Pero, entre el contrato preparatorio y el contrato futuro o definitivo, no hay diferencia sustancial alguna, porque se trata de un solo acto, de un solo y único contrato: si se celebra una promesa de venta, de arrendamiento, de mandato, en realidad lo que se han celebrado son contratos de venta, de arrendamiento o de mandato, pero los cuales no surten todavía sus efectos, porque las partes han convenido en aplazar dichos efectos, o porque no pueden éstos producirse en atención a que falte alguno de los elementos del contrato.

Demogue (4) es uno de los autores que con mayor énfasis sostiene la teoría negativa del precontrato. Para este autor, "el precontrato es sólo un fase en la realización de un contrato, es un contrato incompleto, imperfecto: los elementos de un acto jurídico, dice Demogue, voluntad objeto, etc., se agrupan en moldes tradicionales de actos jurídicos como el contrato, testamento, etc., y quedan como cristalizados en ese molde, en espera de que nuevos elementos vengán a completarlos, en aquellos casos muy frecuentes en que no todos los elementos del contrato se presentan simultáneamente, sino en forma sucesiva". En estos casos, cuando los elementos del contrato van apareciendo sucesivamente, "el contrato no se forma sino hasta después de que su último elemento ha venido a añadirse, y sus efectos sólo se producen cuando todos sus elementos se hallan reunidos".

Así se explicaría para Demogue, la promesa unilateral de contrato no como un contrato diverso al definitivo, sino como un contrato imperfecto: si se celebra por ejemplo una promesa de venta, de arrendamiento, sujeta a la ratificación de una de las partes, o a determinada solemnidad que se llenará después y que no pueda satisfacerse desde luego, esa promesa unilateral no será un contrato diverso de la venta o del arrendamiento al cual tiende, sino que será ya alguno de estos contratos, pero imperfecto: sus efectos se aplazarán hasta que se

(4) Demogue, "Traité des obligations en generale", T. II, pág. 3.
reúna el elemento que falta.

La misma idea, en lo sustancial, podría aplicarse a la promesa bilateral, para explicarla no como un contrato diverso del contrato definitivo al cual tiende, sino como el mismo contrato definitivo, pero con efectos aplazados. Es que, para Demogue, lo que hay en el fondo de la promesa bilateral y de todo contrato preliminar, es "el retardo en los efectos de la promesa, puesto que las partes convienen en que esos efectos no se presentarán sino a partir de determinada fecha. Se puede convenir en que la promesa de arrendamiento o de venta no conferirá el goce o la propiedad del inmueble, más que a partir de tal o cual fecha, o acordar que la sociedad que se ha prometido constituir, no datará sino de una época posterior". Desde el momento en que se celebra la promesa, añade el autor, se está celebrando el contrato, pero se retarda tal o cual efecto, sea la transmisión de la propiedad, la entrega de las cosas, la adquisición de los riesgos, etc., etc.

La conclusión de la tesis de Demogue es que el pre-contrato no crea una obligación de hacer (celebrar un contrato futuro), sino que asimilándose al contrato mismo, tiene como efectos crear todas las obligaciones que sean inherentes al contrato en cuestión, dada su naturaleza, transmitir la propiedad, el uso, realizar una función de garantía, etc., etc.

La teoría negativa de Demogue, que comparten otros autores franceses, se explica frente a un texto como el contenido en el artículo 1589 del Código de Napoleón (5), que equipara expresamente la promesa de venta a la venta; pero no sólo tiene partidarios entre los franceses, sino que la comparten aun jurisconsultos de otros países. Así, v. gr., Schlossmann, citado por Alguer (6), partiendo de la distinción que algunos autores hacen de los contratos preparatorios, en precontratos de contratos reales, precontratos de contratos formales y precontratos de contratos consensuales (7), distinción aceptada

(5) El artículo 1,589 del Código Civil Francés, dice: "La promesa de venta equivale a la venta, cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes, sobre cosa y precio".

(6) Alguer, José, "Para la crítica del concepto de pre-contrato". Revista de Derecho Privado, T. XXII, 1935, Núms. 265, 266, 267, Pág. 417.

(7) Alguer, (Op. cit., pág. 383), considera que "la única distinción que cabe hacer entre los precontratos es: precontratos de contratos reales y precontratos de contratos consensuales, porque la intervención de una res o prestación real como requisito del perfeccionamiento de los contratos reales, determina para el contrato principal (definitivo) un plus frente a su respectivo pre-contrato, que hace visible la distinta naturaleza de uno y otro. Quien se obliga por un precontrato de contrato real —añade—, se obliga no sólo a consentir en lo futuro el contrato real, sino a la

en Derecho europeo, estima inadmisibile el concepto de promesa de contrato consensual, sosteniendo que: "El pretendido precontrato coincide en un todo con el contrato principal. En efecto, el precontrato, como cualquier contrato, necesita para surtir plenos efectos jurídicos estar suficientemente determinado; por tanto ha de precisar, de manera vinculante los elementos esenciales del contrato a concluir en lo futuro. Si cumple este supuesto el precontrato y el contrato principal (definitivo) no requiere además, ni una forma especial, ni una *res* en la que hubiere de apoyarse el consentimiento del contrato principal, resulta que mediante el pretendido precontrato ha quedado establecida y aclarada ya, como una voluntad contractual presente, la voluntad contractual que integra el llamado contrato principal (definitivo)". Otro autor citado por *Alguer, Storch*, cree que nadie ha dudado jamás de la identidad del precontrato de contrato consensual, con su correspondiente contrato definitivo o futuro; de la identificación entre ambos. "Otorgar un contrato —dice— sobre un contrato a concluir, vale tanto como obligarse a que uno quiere obligarse, o vincular su voluntad a que la voluntad esté vinculada".

Alguer es igualmente partidario de la tesis negativa del contrato preliminar, o, en otras palabras, no admite el contrato de promesa como distinto del contrato futuro. En primer lugar sostiene, como otros autores, que el contrato definitivo surgido a virtud del precontrato tendría un consentimiento viciado, porque el promitente lo celebraría no libremente sino coaccionado por la obligación que contrajo de contratar, a virtud de la promesa, lo que representaría además una violación al principio de la autonomía de la voluntad (8).

res, esto es, a hacer o a dar una prestación de cosa". Lo anterior se comprenderá mejor si se piensa que la distinción romana de los contratos en formales, reales y consensuales, ha subsistido en casi todo el Derecho europeo, por la que la distinción entre sus correspondientes precontratos, es perfectamente admisible. Aquí en México, donde nuestro Código ha hecho de todos los contratos, contratos consensuales (si se exceptúa a la prenda que es, de acuerdo con el art. 2,858, el único contrato real —*Gastélum, Ignacio Alfonso, "El Consensualismo en el Derecho Positivo Mexicano"*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo 1, No 3, Pág. 331—,) sólo hay precontratos de contratos consensuales. En consecuencia, la crítica que reproducimos en el texto sobre la posibilidad lógico-jurídica de los precontratos de contratos consensuales, es íntegramente aplicable a nuestro Derecho positivo; y aquí, menos que en ninguna otra parte, se justificaría la autonomía del concepto de promesa de contrato, al tenor de esas críticas.

(8) En idéntico sentido, *Ruggiero (Instituciones de Derecho Civil, pág. 318)*, sostiene que, "como la prestación futura del consentimiento es un acto estricta-

Por otra parte, **Alguer** considera que la doctrina dominante sobre el contrato preparatorio (la positiva), comete un serio error al pretender desarticular el acto jurídico, de las consecuencias jurídicas del propio acto, puesto que —añade— “si por virtud del precontrato se quiere o se declara querer el contrato futuro, es porque se quieren para un futuro más o menos próximo, los efectos propios del contrato llamado “principal” (definitivo) (9). Ahora bien, si con el precontrato lo que se quiere es emitir un consentimiento (prometo vender, prometo comprar) con resultados prácticos; si lo que se quiere en realidad son los efectos futuros propios de un determinado tipo concreto de contrato (lo que se quiere en la promesa de venta es que en el futuro se produzcan los efectos propios y característicos de la venta, en la promesa de arrendamiento los del arrendamiento), es evidente —dice **Alguer**—, que la calificación exacta que cabe dar al pretendido contrato preparatorio es la de que se trata de un contrato actual con efectos aplazados y no de un precontrato como lo concibe la escuela clásica”.

Lo anterior conduce a calificar, según **Alguer**, en sus verdaderos términos a la promesa bilateral. Ahora bien, tratándose de la promesa unilateral, en la que es frecuente que se reserve a una de las partes el derecho a consumir el contrato (“a provocar o no los efectos del supuesto contrato definitivo”), es más clara todavía la condición de contrato definitivo, de contrato único (venta, arrendamiento, etc.), sujeto a la condición “si volet” (si se quiere), y por ende, la promesa unilateral —para **Alguer**—, no puede ser considerada como contrato preparatorio, con las características que a éste otorga la teoría positiva.

Como lo que hay en el fondo del contrato preliminar —para **Alguer** y los que piensan como él—, es, según se ha dicho, una escisión entre el contrato mismo y los efectos del contrato, un aplazamiento de esos

mente personal, no directamente coercible...jamás produce los efectos propios del contrato cuya estipulación se prometió, ya que la sentencia condenatoria no puede, en modo alguno, sustituir el consentimiento que no se prestó”. Además, entre nosotros, **Rojina Villegas**, “*Contratos Cíviles*”, Tomo I pág 3 y ejecutoria de la Suprema Corte, citada en la Nota N° 27.

(9) Es decir, **Alguer** parte de la doctrina de no poderse querer un contrato, sin querer sus efectos: “Existe una inseparable conexión, dice, entre el acto jurídico y sus efectos. Por eso, a la luz de un análisis lógico... se vé que la doctrina clásica sobre el precontrato carece de fundamentos jurídicos, porque no cabe desarticular el acto jurídico de las consecuencias del mismo acto, o de las consecuencias a que el acto se dirige.” **Alguer**, *Op. cit.*, pág. 427.

efectos, la calificación jurídica que conviene dar a la figura precontractual variará según la diversidad de intenciones que movieron a las partes, pero siempre deberá considerársela como un único contrato. Así, si las partes se obligaron a celebrar el contrato en una fecha venidera, sin hacer depender esa realización de ninguna circunstancia, habrá un simple contrato a plazo; si las partes sujetan la celebración de un contrato futuro a que una de ellas lo quiera ulteriormente (como en la promesa unilateral, para **Alguer**), se tratará tan sólo de un contrato bajo la condición "si volet". En fin, si las partes se obligan a celebrar un contrato futuro, conviniendo además en que se impondrá al promitente, en caso de incumplimiento, una indemnización de daños y perjuicios, podrá verse un contrato definitivo con cláusula penal (10).

No queremos concluir este examen de las opiniones emitidas en contra de la concepción autónoma del contrato preparatorio, sin recordar que **Von Tuhr** (11) es también partidario de la teoría negativa del precontrato. El ve claramente un contrato preliminar en una convención por la cual A promete a B celebrar un contrato con C, concediéndole un préstamo a C o vendiéndole a éste una casa, porque allí el contrato entre A y B es preliminar del que celebrarán A y C; pero para **Von Tuhr** "ya no es tan clara la existencia de un contrato preliminar cuando A promete a B celebrar un contrato con él mismo, porque ya el hecho de comprometerse a prometerle una prestación, le obliga para con él a realizarla, sin que la reiteración de la promesa añada nada al compromiso, en la mayoría de los casos. Si A promete a B venderle o arrendarle una casa de su propiedad, en la promesa va ya implícito el contrato de venta o el de arrendamiento, y si se aplica a estos casos el concepto del precontrato y se habla del "pactum de vendendo vel emendo" es, muchas veces, porque la casa, o el precio, o el alquiler, no están todavía bien determinados, sino que se hacen depender de circunstancias futuras".

Aceptando la opinión que los autores que hemos citado tienen sobre los pre-contratos de contratos consensuales (todos los contratos

(10) Esta distinción corresponde, según **Alguer**, a los posibles propósitos que mueven a las partes en la celebración de un contrato preparatorio, y que no pueden ser sino alguno de estos tres: o la seguridad del efecto, dentro de un determinado plazo; o la seguridad del efecto, si una de las partes lo quiere ulteriormente o, en fin, la seguridad de una indemnización, si una de las partes no quiere ulteriormente el efecto del contrato definitivo.

(11) **Von Tuhr**, "Derecho de las obligaciones", pág. 189.

preparatorios de nuestro Derecho), Von Tuhr expresa que: "En el derecho moderno, que no conoce la categoría romana de los contratos reales, no hay base alguna para admitir el concepto del precontrato, ni aún en el de préstamo y otros afines, que son los que en el Derecho común provocan el concepto del contrato preliminar. La promesa de préstamo (el llamado "pactum de mutuo dando") es hoy parte integrante del contrato de préstamo (la otra parte integrante es la promesa de restitución que, por su propia naturaleza, sólo puede empezar a surtir efectos una vez que se haya hecho la entrega), y así quien promete un préstamo no queda obligado únicamente a cerrar un contrato de préstamo, sino a entregar la suma prometida, cumpliendo así con su obligación a la par que adquiere el derecho de reclamar la devolución de la cantidad entregada. Igualmente, el contrato por el cual una persona se obliga a transmitir onerosamente la propiedad de una finca perfectamente identificada en cuanto a sus linderos, etc., es un contrato de venta, aunque las partes lo designen con el nombre de contrato preliminar (12).

Vamos a analizar ahora objeciones de otro orden formuladas al contrato preparatorio: objeciones desde el punto de vista práctico. Es, en efecto, en la materia de la ejecución práctica del precontrato, donde la escuela negativa o pesimista encuentra fundamentos para sostener que "el precontrato es una pura creación dogmática, que no se da jamás en la práctica" (13).

Así Alguer, en la notable monografía que hemos venido estudiando, al analizar la eficacia, en juicio, de la promesa y al examinar siguiendo a Chiovenda (14) el aspecto procesal del tema, analiza la forma como se ejecutaría forzosamente, en ausencia de cumplimiento

(12) Lo mismo será aunque no se fije el precio, si se dan las bases para determinarlo, porque —como dice Von Tuhr—, "es sabido que el derecho moderno ha abandonado, salvo raras excepciones, el requisito de las prestaciones fijas, bastando con que en el contrato se contengan los criterios necesarios para su determinación". Von Tuhr, sin embargo, admite que si se celebra un contrato en el cual se dijera que X vende todas las fincas que le correspondieran en la herencia de su padre, este sí sería un caso de contrato preliminar porque, no pudiéndose registrar en el Registro Público por su vaguedad, esas mismas personas tendrían que celebrar un nuevo contrato para poderlo inscribir, y en la hipótesis aquel sería "como un cauce para un nuevo y definitivo contrato entre las mismas personas".

(13) Alguer, *Op. cit.*, pág. 430.

(14) Chiovenda, "Dell' azione nascente dal Contratto Preliminare", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1911, Parte Prima, pág. 102.

voluntario, el precontrato y llega a la conclusión de que la solución pesimista sobre la autonomía conceptual del contrato preparatorio en relación al contrato definitivo concuerda con la solución procesal de eficacia de dicha figura mientras que, afirma, la solución propuesta por la escuela positiva, “o bien se contradice y transforma en cuanto el precontrato entra en la fase litigiosa, o bien —para ser consecuente— tiene que inmolarse el sentido de eficaz y resuelta protección que debe significar a todo ordenamiento procesal moderno”.

En efecto, una promesa no cumplida voluntariamente sólo daría derecho a coaccionar al promitente para que celebrara el contrato, para que contratara, pues el Juez condenaría a la prestación de “contrahere”, pero sería necesario un nuevo litigio para demandar el cumplimiento del contrato celebrado coactivamente y a fin de obtener del deudor el cumplimiento de las obligaciones inherentes a este contrato (15). Si A y B celebran una promesa de venta de una finca y el promitente se niega con posterioridad a otorgar el contrato, es necesario un primer juicio para coaccionarlo a celebrar el convenio, a contratar, y una vez otorgada la venta, será preciso que un segundo litigio decida sobre el derecho del comprador, por ejemplo, a que se le entregue la finca enajenada. No podría obtenerse en un solo juicio la condena en contra del vendedor a entregar la cosa, porque ello —como lo reconoce el propio *Alguer*—, equivaldría a confundir el contrato preparatorio con el contrato definitivo, y a atribuir al Juez el poder de suplantar la voluntad de las partes, la facultad de querer en lugar del obligado (16). La consecuencia es que el acreedor de la

(15) *Schlossmann*, citado por *Alguer*, precisa con certeza los inconvenientes desde el punto de vista procesal, en mantener un concepto teórico de la promesa concebida como contrato que engendra exclusivamente la obligación de contratar. En lugar de acudir necesariamente a dos juicios, uno para condenar al “contrahere” y otro para obtener la prestación del contrato definitivo, bastará que —como en el Código Francés— se interprete siempre que se esté frente a un contrato preliminar, como si las partes hubiesen celebrado inmediatamente el contrato definitivo: “La demanda, dice, en reclamación del precontrato, debe llevar sin más a que se condene al obligado a la prestación real a que estaría comprometido después de la conclusión del contrato principal (definitivo)”. Y podría añadirse, siguiendo la idea del autor: a la prestación objeto del contrato definitivo sea cual fuere la índole de éste. *Alguer*, *Op. cit.*, pág. 431.

(16) *Faggella*, (*Op. cit.*, pág. 700), precisa con toda claridad que es un error pretender derivar del contrato preliminar un derecho que debiera derivar del contrato futuro a concluir, ya que con tal idea se confunden el objeto y el cumplimiento del contrato futuro, con el objeto y el cumplimiento del contrato preliminar.

promesa queda “abandonado a la insuficiencia de los medios de protección”, a menos de que pudiera admitirse que el promitente pueda ofrecer, “en vez de la prestación de *contrahere*, la prestación objeto del contrato futuro, pero ello contradiría la naturaleza de la promesa tal como está concebida por la escuela positiva: contrato que obliga a la celebración de un contrato futuro, y además, agrega *Alguer*, “si llegado el momento de la ejecución se prescinde del acto de *contrahere* para dar paso a la voluntad del Estado, ¿qué interés práctico o científico puede tener la conservación, en el Derecho positivo, de la figura del precontrato?. Por eso, en una concepción exacta, tanto dentro del derecho sustantivo como dentro del Derecho Procesal, debe conceputarse que la voluntad en la promesa va dirigida no a un contrato futuro considerado como ente abstracto, sino a los efectos de un contrato para lo futuro”.

Ni qué decir que *Demogue*, consecuente con su criterio de no hacer distinción alguna entre el contrato preparatorio y el definitivo, llega a la conclusión de que el promitente puede ofrecer, en vez de la prestación de *contrahere*, la prestación objeto del contrato futuro, y sostiene que ésta es la concepción técnica que mejor resume las necesidades prácticas derivadas de la promesa. La tesis que ve en el antecontrato “no una fase en la realización del contrato, sino un contrato existente por sí mismo que tiene por fin hacer contratar”, es un producto de una construcción doctrinal que no satisface ninguna de las necesidades prácticas; es necesario —añade— ver cuáles son esas necesidades; después será papel de la teoría encontrar la idea general que agrupe las soluciones prácticas en un todo armonioso...”.

¿Cuál es nuestra opinión sobre las críticas al concepto del contrato preparatorio, sobre la que hemos llamado “tesis negativa de la promesa”? : Nosotros creemos que desde un punto de vista abstracto, de estricta dogmática jurídica, nada impide el concebir a la promesa como un contrato que tiene por objeto obligar a la celebración de otro contrato futuro. La libertad de contratación, característica del Derecho moderno, que significa libertad de estructuración del contenido de los contratos, permite la celebración de convenios de cualquier contenido, con los objetos más multiformes posibles, y entre ellos la de contratos que tengan como finalidad la contratación posterior. Por otra parte, como lo han sostenido todos los autores que admiten el concepto autónomo del contrato preliminar, es posible

distinguir con claridad meridiana el objeto del contrato preparatorio, consistente en obligaciones de hacer tendientes a celebrar un contrato, del objeto del contrato definitivo: obligaciones de dar, consistentes en la translación del dominio de una cosa, en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta, etc.; obligaciones de hacer distintas de la obligación de contratar; obligaciones de no hacer.

Problamente sea cierta la aseveración de los sostenedores de la tesis negativa del precontrato cuando afirman que al celebrarse una promesa de contrato lo que se pretende en realidad es obtener los efectos del contrato futuro o definitivo y que la promesa viene a operar una escisión entre el contrato y sus efectos, pero nosotros creemos que la diferenciación entre ambas figuras es perfectamente posible porque, como se ha dicho antes, el objeto del precontrato está netamente distinguido del del contrato definitivo. Ahora bien, entre el objeto que se exterioriza con perfiles propios y los móviles de la voluntad que muchas veces permanecen en la esfera interna del sujeto, el Derecho debe atender a aquél preferentemente y regular ese contrato sui-géneris que crea obligaciones de contratar, a su vez.

El acierto de la tesis negativa radica fundamentalmente en que nos advierte que el concepto de la promesa de contrato, si bien responde a los principios teóricos de la ciencia jurídica, produce en el terreno de la práctica una serie de dificultades insuperables, que las más de las veces llevan a los Tribunales a corregir el rigor dogmático de la doctrina y a transformar el contrato preparatorio en un contrato definitivo como ya lo apuntaba el mismo creador de la doctrina de los precontratos, Degenkolb (17). En efecto, si se sigue fielmente el criterio de que el precontrato es un convenio independiente del contrato definitivo, será preciso, como lo asientan los autores que hemos citado, que en caso de incumplimiento del promitente el beneficiario de la promesa entable dos juicios: uno para obtener el otorgamiento o celebración del contrato (ejecución in natura de la promesa); otro, para demandar el cumplimiento del contrato definitivo celebrado coactivamente, o la resolución del mismo. No podría demandarse en un solo juicio la prestación objeto del contrato definitivo, porque de la promesa, para la tesis positiva según sabemos, deriva sólo la obligación

(17) Degenkolb, distinguiendo el fundamento lógico de un concepto jurídico, de la posibilidad práctica del mismo, sostenía que el mayor o menor valor práctico de un concepto jurídico no es bastante para destruirlo, pero que los Tribunales pueden evitar el rodeo de las partes y transformar el contrato preparatorio en contrato definitivo.

de contratar, y porque lo contrario representaría una confusión inadmisibles, además de que, como dice Von Tuhr, "equivale a destruir el concepto del precontrato el reconocer al acreedor del contrato preliminar derecho a exigir la prestación adeudada por el contrato definitivo" (18).

No sería posible tampoco la acumulación de las dos acciones en un mismo juicio (la tendiente a obtener el otorgamiento del contrato —no del documento— y la de exigencia de la prestación derivada del contrato definitivo), en virtud de que ello repugnaría a la lógica más elemental, así como a una conocida regla procesal que establece que no son acumulables las acciones, "cuando una dependa del resultado de la otra" (19); y es obvio que la acción por virtud de la cual se exige el cumplimiento o resolución de un convenio, depende de que éste exista ya y haya sido otorgado (no el documento), pues de lo contrario carecería de base la acción tendiente a exigir el cumplimiento o resolución del contrato definitivo.

Al estudiar en los párrafos siguientes los efectos del contrato preparatorio, que nuestra ley regula de acuerdo con la tesis que ve en él un contrato perfectamente diferenciado, examinaremos con mayor detenimiento el alcance de las dificultades prácticas a que da lugar la tesis mencionada, y las soluciones jurisprudenciales para eliminar ese escollo. Por ahora hemos querido emitir nuestra opinión en conjunto sobre las críticas al concepto del precontrato, antes de estudiar como lo haremos a continuación, la que hemos llamado tesis positiva.

(b).—TEORIA POSITIVA DEL PRE-CONTRATO: De acuerdo con esta teoría se distingue claramente la promesa de contrato del contrato definitivo al cual tiende, admitiendo que una y otro tienen diversidad de contenido, pues mientras que el objeto de la promesa es una obligación de hacer consistente en celebrar un contrato futuro, el del definitivo será la transmisión del dominio de una cosa, la enajenación temporal del uso o goce de una cosa; obligaciones de hacer diversas de la obligación de contratar, obligaciones de no hacer, etc., etc.

Esta teoría ha sido recogida por nuestro Código Civil del D. F. de 1928 en el artículo 2,243 que define al contrato preparatorio como aquel contrato por virtud del cual asume la obligación de celebrar un

(18) Von Tuhr, *Op. cit.*, pág. 189, Nota 3.

(19) En nuestro Derecho la contiene el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles.

contrato futuro; precepto éste que queda precisado por el artículo 2,245 del mismo ordenamiento, al decir que "la promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido".

Aunque los preceptos que hemos transcrito no se contenían con la misma precisión en los Códigos de 1870 y 1884, podemos decir que esa concepción autónoma del contrato preliminar tiene sus antecedentes en estos últimos ordenamientos y en una amplia y bien clara jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con mucha anterioridad a la consagración en textos positivos de aquella concepción, y en ocasión, generalmente, de la interpretación que debería darse a los artículos 2,819 a 2,821 del Código de 1884.

Sabido es, en efecto, que los Códigos de 1870 y 1884 no desarrollaban una teoría general de los contratos preparatorios, sino que regulaban en forma aislada uno de los más frecuentes casos de contratos de promesa, como es la promesa de venta, el primero en sus artículos 2,947 a 2,949, y el segundo, con idéntico texto, en los ya citados artículos 2,819 a 2,821.

De acuerdo con esos preceptos, los requisitos para la existencia de la promesa de compra-venta eran los siguientes: a).—La designación de la cosa vendida, si se trataba de un bien raíz o de un mueble no fungible, o solo del género o cantidad de la cosa si se trataba de un bien fungible; b).—La fijación del precio que se pagaría por la cosa. En relación a este último requisito dicen los autores del Código de 1870, en la Exposición de Motivos que, "la simple promesa de venta produce, sin duda, una obligación exigible conforme al derecho natural, sin que sea necesaria la fijación del precio para la subsistencia de la promesa, pues este requisito no es esencial, ya que su determinación puede tener efecto al formalizarse el contrato". Añaden que no obstante eso han establecido para la validez de la promesa el requisito de la fijación del precio en el momento en que aquella se pacta, porque sería fácil que se eludiera la promesa exagerando inmoderadamente el precio para retraer al beneficiario de la promesa de entrar en concurrencia, y que por ello la Comisión no quiso que la promesa tuviere efectos civiles, sino cuando al celebrarla se hubieren designado la cosa y su precio.

No precisan los Códigos que estudiamos los efectos derivados de la promesa de venta, sino para el caso de que se hubieran dado arras

en prenda o señal del convenio, determinando que si el contrato no se celebrare por culpa del comprador, éste perdería las que hubiere dado y recibiría doble cantidad de arras, en caso de que la responsabilidad fuere del vendedor (20). Si nos atenemos rigurosamente al texto del Código no sabríamos si el efecto de la promesa de venta sería como en el Código Napoleón, el producir las obligaciones inherentes al contrato de venta, asimilando la promesa de venta a la venta, o si aquella no tendría más efectos que producir una obligación de hacer consistente en la celebración del contrato de venta, sin transmisión de propiedad, etc.

La doctrina, desde luego, está de acuerdo con la primera opinión, estimando que la asimilación expresa hecha por el artículo 1,589 del Código Napoleón, entre promesa de venta y venta, es aplicable a nuestros Códigos, por haberle servido de tipo aquel Ordenamiento. Así Mateos Alarcón, en sus "Estudios sobre el Código Civil" expresa que "Hay promesa sinalagmática, cuando el vendedor, por su parte, promete vender tal cosa en determinado precio y el comprador por la suya promete comprar dicha cosa en ese precio, y ambas promesas han sido recíprocamente aceptadas. Pues bien, el efecto de estas obligaciones, según la teoría que nos ocupa, es el mismo que el del contrato de compraventa, porque según los principios sancionados por la Ley, desde el momento en que los contrayentes están de acuerdo acerca del precio y de la cosa, la venta es perfecta y obligatoria y pertenece la cosa al comprador y el precio al vendedor, de manera que cada uno de ellos, puede exigir al otro el cumplimiento del contrato" (21).

La jurisprudencia, sin embargo, no aceptó tales opiniones y así encontramos varias ejecutorias pronunciadas durante la vigencia del Código de 1884, en las que se estableció la diferencia de los efectos de la promesa y de la compraventa y consecuentemente que el beneficiario de la promesa no tiene acción real, sino una acción personal para exigir, sea el cumplimiento del contrato, sea su resolución. Una ejecutoria clara al respecto es la de Guevara Rafael, que consta a fojas 1,691 del Tomo XXIX del Semanario Judicial de la Federación, pues expresa que: "Cuando las partes realizan una promesa sinalag-

(20) Esta solución arranca de la Constitución 17 de la Compilación de Justiniano y ha sido, según Giorgi, causa de la desorientación que ha existido en la materia.

(21) *Op. cit.*, Tomo V, págs. 289 y 299.

mática o bilateral de compraventa, que no es en rigor sino un contrato preparatorio o antecontrato, éste no puede considerarse como una fuente de obligación de dar, como lo es la compraventa, sino de una obligación de hacer, consistente en el contrato prometido, pero sin existir todavía la transmisión de la propiedad porque el consentimiento de las partes, el acuerdo de voluntades no tiene ese alcance. . .". Más adelante dice la misma ejecutoria que es erróneo pretender identificar la promesa bilateral de venta con la compraventa en sí, argumentando que el artículo 2,818 considera la venta perfecta por el sólo convenio de las partes sobre la cosa y el precio, diciendo con razón: "pero no se ha tenido en cuenta que el acuerdo de voluntades se refiere a una compraventa, contrato por el cual las partes se obligan a transmitir la propiedad de la cosa" (22).

La ejecutoria transcrita nos demuestra que la jurisprudencia interpretó correctamente un texto ambiguo y deficiente como lo era el del Código de 1884 relativo a la promesa de venta, por lo que la regulación de los contratos preparatorios en la forma contenida en los artículos 2,243 a 2,247 del de 1928, debe reconocer como antecedente dicha jurisprudencia.

DERECHO MEXICANO COMPARADO.—El siguiente CUADRO dará una idea del estado de la legislación mexicana vigente, en materia de contratos preparatorios:

(22) Otras ejecutorias dictadas en interpretación del Código Civil de 1884, en sentido idéntico a la contenida en el texto, son las siguientes: T. III, pág. 1072; T. XVI, pág. 620; T. XXX, pág. 2008; T. XXVII, pág. 1909, todos del Semanario Judicial de la Federación.

OBSERVACIONES: Al estudiar los efectos del contrato preparatorio con relación a terceros, nos referiremos con amplitud a las disposiciones de los Códigos de Chihuahua y Nuevo León, según las cuales la promesa puede surtir efectos contra terceros, si se inscribe en el Registro, lo que nos parece criticable. En cambio, nos parece acertada la redacción del art. 2,065 del Código de Chihuahua, que en lugar de prever (como lo hacen todos los demás Códigos, incluso el del Distrito en su art. 2,247), como única causa de incumplimiento de la promesa la circunstancia de que “la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe”, condena a la indemnización de daños y perjuicios en todos los casos en que la celebración del contrato, “sea legalmente imposible”, por cualquier causa que sea, y no sólo porque la cosa ofrecida hubiere pasado a poder de tercero.

En el Código de Morelos encontramos desde luego acertada la distinción que hace entre los elementos de existencia y de validez de la promesa, y fundamentalmente que eleva al rango de condición de existencia, el requisito de que en la promesa se contengan los elementos característicos del contrato definitivo, en vez de considerarlo como simple elemento de validez, tal como lo hace el Código del Distrito. Los artículos 2,411 y 2,413 precisan los efectos jurídicos del antecontrato, tal como los ha concebido la escuela positiva. El art. 2,411, al decir que cuando se ejecutaren en todo o en parte las obligaciones del contrato definitivo, existirá éste y no el contrato preliminar, eleva a la categoría de texto legal la jurisprudencia constante de la Suprema Corte, a que adelante se hará referencia.

El Código conserva, sin embargo, en el art. 2,412, la defectuosa —a nuestro juicio— redacción del art. 2,247 del Código del Distrito, cuya amplia crítica en el curso de este trabajo, nos dispensa hacer aquí mayores consideraciones.

En conclusión, nos parece que el Código de Morelos consagra en la forma más completa posible, los principios sostenidos por la tesis positiva sobre el contrato preliminar.

ANALISIS DE LA TESIS POSITIVA CONFORME AL CODIGO CIVIL DE 1928

DEFINICION DEL CONTRATO PREPARATORIO:—El contrato preparatorio (también llamado contrato preliminar, pre-contrato, promesa de contrato, ante-contrato), es definido por el artículo 2243

del Código Civil del Distrito Federal, como aquel contrato por virtud del cual se asume la obligación de celebrar un contrato futuro; definición que es completada por el artículo 2245 del propio ordenamiento, al decir que, "la promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido" (23). El meollo de la obligación surgida del precontrato, el objeto específico de esta obligación radica, pues, en que el promitente (la parte que se obliga; la otra parte recibe el nombre de "beneficiario") debe emitir una declaración de voluntad que vendría a integrar el consentimiento del contrato futuro. Nada impide la posibilidad lógico-jurídica de la figura pre-contractual, porque como dice Coviello "en la idea del *facere* se comprende una serie de hechos tan grande, que puede hacerse entrar en ella la conclusión de un contrato bien diferente del primero, del cual forma el objeto"; por lo que la diferencia de contenido entre la promesa y el contrato definitivo es bien evidente.

Siendo tan amplio el objeto de la promesa —la obligación de emitir una declaración de voluntad tendiente a la celebración de un contrato—, es lógico suponer que el contrato preparatorio puede servir para crear precontratos de contratos innominados, esto es, de aquellas formas contractuales atípicas, y asimismo que el precontrato puede servir para crear no sólo contratos, sino también otros actos jurídicos: actos unilaterales, contratos de familia (esponsales), etc., etc.

Son diversas las soluciones que se han dado al problema de determinar cuál es la construcción técnica más acertada de la promesa; esto es, la determinación de si se trata de una mera etapa en la formación del contrato, que tendría estas fases en su evolución: a).—Los actos preparatorios del contrato, anteriores a la oferta, (ya estudiados con detalle en la Sección I de este Capítulo); b).—La oferta o policitud; c).—El contrato preparatorio, y por último: d).—El contrato definitivo.

De acuerdo con esta teoría, el precontrato no sería sino un acto jurídico incompleto que no podría desligarse del contrato definitivo

(23) Degenkolb, define el contrato preliminar diciendo que es "el contrato que produce la obligación de concluir otro contrato. Convenio por el que el obligado, que puede ser el oferente o el aceptante, debe emitir una declaración de voluntad para que pueda surgir otro contrato: Precontrato es aquel contrato que engendra la obligación de cooperar a la conclusión de un contrato futuro". *Alguer, Op. cit.*, págs. 370 y 372.

al cual tiende. (Es la misma conclusión a la que llega la “escuela negativa” y en la que no puede distinguirse, en una forma autónoma, el objeto consistente en el “facere”: emitir una declaración de voluntad).

La tesis positiva, fundada según se ha dicho en el criterio de la existencia de una perfecta diversidad de contenido entre el objeto de la promesa, y el contrato definitivo, no puede aceptar la opinión de los que ven en el contrato preparatorio una mera fase en la formación del contrato. Para los autores que sostienen lo que hemos llamado la “tesis positiva” del precontrato, el contrato preliminar no es, ni puede ser considerado, como una figura intermedia entre un comienzo, que serían los “actos preparatorios” y un final: el contrato definitivo, ni por ende, “algo a medio hacer”, sino —como dice **Alguer**—, habrá que conceptuarlo como un contrato tan acabado como otro cualquiera, “con sustantividad plena, sui géneris”.

PARTES EN LA PROMESA: Como hemos dicho arriba, son dos: el promitente y el beneficiario. El primero es el deudor de la obligación de contratar, aquel que se obliga a la celebración del contrato futuro, y el segundo es, como su nombre lo indica, aquella persona en cuyo favor se cumplirá la antedicha obligación, en otras palabras, el acreedor de la obligación de contratar. Si se trata de una promesa bilateral, como en todo contrato sinalagmático ambas partes serán, recíprocamente, promitentes y beneficiarios; pero si es sólo una promesa unilateral, uno nada más de ambos contratantes será el promitente o deudor de la obligación de contratar, y el otro será el acreedor de la propia obligación, o el beneficiario.

CLASES DE LA PROMESA: La promesa será, según se explicó antes, unilateral o bilateral, según que sólo uno de los contratantes esté obligado a la celebración del contrato futuro, como promitente: me obligo a vender sin que tú te obligues a comprarme; o que la promesa sea recíproca: A promete comprar a B una casa, y B promete vender a A la propia casa. Como ya sabemos, mientras que la promesa unilateral es fácilmente distinguible del contrato definitivo al cual tiende, las controversias se elevan agudamente al tratar de diferenciar la promesa bilateral del contrato definitivo y dan lugar a la negación del concepto autónomo de la promesa, como contrato sui géneris, diverso al contrato definitivo al cual tiende.

De la definición de la promesa, contrato que tiene por objeto obligaciones de hacer, consistentes en la celebración de un contrato

en lo futuro, se desprende que el contrato preparatorio puede distinguirse claramente de otros actos jurídicos, con los cuales pudiera confundirse. El criterio de distinción que nos ofrece Alguer, eliminando las confusiones, en atención a la falta —en las figuras con las cuales se pretende confundir a la promesa— de alguno de los dos elementos característicos del contrato preliminar, como son: a).—El ser un contrato, y b).—El tener por objeto la conclusión de un contrato futuro; este criterio repetimos, nos parece muy acertado y bastante para poner fin a tantas controversias como se han elevado en esta materia. En efecto, no pueden confundirse con el contrato preparatorio, por no ser contratos, la oferta o policitud; la declaración unilateral de la voluntad y los actos preparatorios. No podrán confundirse, tampoco, con el contrato preliminar, a pesar de ser contratos, debido a que el contenido de estos no implica una obligación de contratar en lo futuro, aquellos contratos con los cuales se ha querido confundirlos: el contrato a plazo (tégase en cuenta, al respecto, la objeción formulada por la “escuela negativa”); el contrato condicional, y otros. La fuerza lógica de estos argumentos y la claridad de la separación entre esos conceptos, nos dispensa de la obligación de añadir algo más a este tema, que consideramos suficientemente aclarado.

ELEMENTOS DEL CONTRATO PRELIMINAR: Como en toda especie de contrato, en el preparatorio pueden distinguirse, con toda claridad, las **CONDICIONES DE EXISTENCIA** del mismo, de sus **CONDICIONES DE VALIDEZ**, con la consecuencia, por otra parte suficientemente conocida, de que la ausencia de los primeros elementos producirá la inexistencia del contrato, y la de los segundos, solamente una nulidad, sea absoluta, sea relativa, según la naturaleza de los elementos que falten, y de acuerdo con las reglas fijadas al respecto por la teoría sobre sanción de los actos jurídicos.

El siguiente **CUADRO** fija con precisión ambas clases de condiciones o elementos:

**ELEMENTOS DE
EXISTENCIA**

- a).—**Consentimiento:** Acuerdo de dos voluntades, prometiendo la una celebrar un contrato (promitente), sin que haya obligación de la otra parte, (en la promesa unilateral), o bien prometiéndose ambas —recíprocamente— celebrar un contrato en lo futuro (en la promesa bilateral).

- b).—**Objeto:** El objeto del precontrato consiste en la celebración u otorgamiento del contrato prometido, de acuerdo con lo ofrecido. La obligación derivada del precontrato, es una obligación de hacer, y tiene como peculiaridad que en la misma deben determinarse los elementos característicos del contrato definitivo.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

- a).—**Capacidad:** (En México, la general para todo contrato).
- b).—**Ausencia de vicios de consentimiento.**
- c).—**Licitud del objeto de la promesa.**
- d).—**Forma:** (En México, forma escrita).
- e).—**Limitación de la promesa a un cierto plazo.**

Analizaremos brevemente cada una de las condiciones de existencia y validez, para advertir las peculiaridades de las mismas, en relación a los elementos de otros contratos. Los elementos de existencia son, según se ha dicho, el consentimiento y el objeto. El consentimiento, como en todos los contratos, consiste en el acuerdo de voluntades dirigido a un objeto de interés jurídico. El objeto de la promesa, al cual se dirige ese consentimiento, es la celebración, por una sola de las partes, o por ambas, de un contrato futuro cuyos elementos característicos deben contenerse ya en la promesa, como formando parte del objeto de ésta. Aunque el artículo 2,246 del Código Civil parece consignar este último requisito (designación de los elementos característicos del contrato definitivo), como simple elemento de validez al decir: "Para que la promesa de contratar sea válida...", es evidente que la consignación en la promesa de aquellos elementos (los *essentialia negotii* a que se refiere la Doctrina), es esencial para la existencia del contrato, puesto que viene a integrar el objeto del contrato, ya que la obligación de hacer debe contener en germen los elementos característicos del contrato definitivo. Si esos elementos no existieran, de tal manera que se consignara sólo una promesa de contrato, in abstracto, el contrato preparatorio no existiría por la falta de determinación en su objeto. Si A y B celebran, por ejemplo, una promesa de venta sin determinar la cosa que habrá de venderse ni el precio, o por lo menos las bases para determinarlo, es obvio que la promesa sería inexistente por la falta de objeto. En consecuencia, consideramos, con diversos autores que han comentado

el artículo 2,246 del Código Civil (24), que dicho precepto es erróneo en cuanto mantiene sólo como elemento de validez el requisito de determinación de los elementos esenciales, que es condición de existencia del contrato.

ELEMENTOS DE VALIDEZ.—Los elementos de esta índole son, además de los generales en todo contrato, o sean la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en el objeto de la promesa (no en el motivo o fin porque la causa de una promesa nunca puede ser ilícita como se dirá adelante), la forma y la limitación de la promesa a cierto plazo.

CAPACIDAD: La capacidad que se requiere para el otorgamiento de una promesa es la capacidad general, que se exige para la celebración de todo contrato, o sea que basta estar en el goce y ejercicio de los derechos civiles para llevar a cabo el contrato preparatorio. La capacidad para celebrar la promesa puede ser, en ocasiones, diversa de la capacidad requerida para la celebración del contrato definitivo.

FORMA: Como el contrato preparatorio es un contrato de contenido diverso al contrato definitivo al cual tiende, y es un acto jurídico autónomo en absoluto, es evidente la plena independencia de todos los requisitos de la promesa con relación al contrato definitivo, y así lo es el requisito de la forma en el contrato. En derecho extranjero, dice García López (25), priva la opinión de que el contrato de promesa debe revestir la forma del contrato definitivo, lo que significará que si este último debe constar en escritura pública, la promesa será otorgada en la misma forma. Nuestro Código, en su artículo 2,246, exige la forma escrita sin precisar si el documento en cuestión deba ser público o privado, pero atendiendo a la regla tradicional de que en los casos dudosos debe estarse siempre a lo más favorable, a lo más benigno (*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*) debemos concluir que el contrato preliminar es válido bajo la forma simple de documento privado.

CAUSA, MOTIVO O FIN: Sin hacer notar nada en materia de vicios del consentimiento, en lo que respecta al requisito de la licitud de la causa o, como lo estima nuestro Código, del motivo o fin de la promesa, creemos que ésta nunca puede ser ilícita, porque la finalidad de contratar nunca puede ser ilícita. Podrá ser ilícito el objeto del

(24) Rojina Villegas, *Op. cit.*, pág. 5. Véase además artículo 2,406, fracción I del Código Civil de Morelos.

(25) García López, Agustín, "Curso de Contratos", pág. 11.

contrato definitivo surgido a virtud de la promesa, pero entonces lo que es ilícito es el motivo o fin del definitivo, no el de la promesa.

PLAZO EN LA PROMESA: El artículo 2,246 del Código Civil que venimos estudiando, señala como último elemento de validez de la promesa, el que la misma se limite a cierto tiempo. La Ley ha estimado que no sería debido vincular indefinidamente a las partes, sin que el promitente pudiera liberarse de una promesa, ni el beneficiario aprovecharse de ella. Es, pues, necesario que la promesa sea limitada a cierto plazo, para que sólo dentro de ese lapso tenga validez y que una vez que el mismo transcurra, la promesa se extinga (26).

(26) Al estudiar este elemento de la promesa se plantea una interesante cuestión y es la de que el citado artículo 2,246 del Código Civil, no deja ver claramente si el término que la ley quiere que fijen las partes para el ejercicio del derecho derivado de la promesa, es un término de prescripción o de caducidad. Sabido es, en efecto, que entre los hechos jurídicos que producen la extinción de los derechos se encuentran la prescripción extintiva y la caducidad, y aunque la Doctrina no ha llegado a delimitar con precisión las características de ambas instituciones, algunas notas diferenciales de las mismas sí son generalmente reconocidas. Uno de los autores que, a nuestro juicio, señala con mayor claridad las características de la caducidad es Brugi (*Instituciones de Derecho Civil*, pág. 169), quien señala como tales las siguientes: a). Que el plazo sancionado con caducidad debe estar señalado por una disposición legal de carácter general, que preestablezca el tiempo en que un derecho pueda ejercitarse útilmente; b). Que a la caducidad no le afectan las causas de suspensión o interrupción de la prescripción, con excepción de la demanda en forma; c). Que es irrenunciable, y d). Que puede ser invocada la caducidad, de oficio, por el Juez. Además, habría que añadir, según Giovanni Martínez (*“La caducidad”*, Nota de la Revista de la Escuela de Jurisprudencia, Nos. 13 y 14, pág. 167), que la prescripción extingue un derecho adquirido, y la caducidad extingue un derecho que se puede adquirir. En otras palabras, que la caducidad presupone que el derecho no ha nacido, mientras que la prescripción supone que el derecho existió, pero se ha extinguido. En esa virtud, debemos concluir que el plazo requerido por el artículo 2246 del Código Civil para la validez de la promesa, esto es, para que dentro de él se ejercite el derecho derivado del antecontrato, es sólo un plazo de prescripción y no de caducidad o, en otros términos: que si la promesa no se cumple dentro del plazo establecido por los contratantes, el derecho derivado de la misma habrá prescrito, pero no caducado. En efecto, el artículo 2,246 citado, no fija un plazo de carácter general para la duración de la promesa, como si dijera, v. gr.: *“Las partes deben otorgar el contrato definitivo dentro de un plazo máximo de seis meses a partir de la fecha de la celebración de la promesa, pasado el cual esta quedará sin efecto”*. No creemos, además, que en la redacción actual del artículo 2,246, si pasa el término fijado para el ejercicio del derecho derivado del precontrato, éste haya caducado ipso jure, sin que las partes puedan renunciar a la caducidad, ni tampoco que el Juez deba hacerla valer de oficio, aunque

Con lo anterior concluimos el estudio de los elementos de existencia y validez del contrato preparatorio, para pasar a estudiar los efectos del propio contrato.

3.—EFECTOS DE LA PROMESA: a).—Entre las partes: al estudiar los antecedentes romanos de la figura precontractual, dijimos que el principal problema planteado en relación al contrato preparatorio en el Derecho Romano consistía, en síntesis, en saber si la acción derivada de la promesa, en caso de incumplimiento, tenía por objeto obtener el *contrahere*, o sea el cumplimiento *in natura*, específico de la *obligatio faciendi*: contratar; o sólo el “interest”, es decir la indemnización de daños y perjuicios, para el caso de que el promitente no cumpliera con su obligación de contratar; y decíamos también que la generalidad de la doctrina se inclinó ante esta última solución, considerando que siendo el “*contrahere*” una especie de la obligación de hacer (“*facere*” consistente en “*contrahere*”), no podría exigirse coactivamente el *contrahere* de acuerdo con el principio romano: “*Nemo praecise ad factum cogi potest*”.

La controversia planteada desde el Derecho Romano subsiste todavía en nuestros días, pues arduas discusiones se elevan entre los juristas, sosteniendo unos que el obligado debe cumplir con lo prometido, celebrando el contrato definitivo en cuestión, pudiendo ser coaccionado para el otorgamiento en caso de incumplimiento, mediante la substitución de su consentimiento por el juez, y estimando otros que como se trata de un acto estrictamente personal, no puede haber ejecución coactiva, además de que como sabemos, el consentimiento resultaría viciado (véase atrás, críticas de la escuela negativa), por lo que el promitente podría liberarse mediante el pago de daños y perjuicios. Dos autores, italianos ambos, sintetizan con meridiana claridad los conceptos de ambas tesis opuestas. Así **Rugiero**, aunque partidario de la autonomía conceptual del contrato preparatorio dice con toda claridad que la función de este contrato no es otra que la de vincular a las partes comprometiéndolas a la conclusión de un con-

las partes no se excepcionen invocando dicha caducidad. Por lo que concluimos que el elemento de validez de la promesa consistente en que la misma se haga valer dentro de un determinado tiempo, no produce, en caso de que el derecho derivado de aquella no se ejercite dentro de ese plazo, la caducidad del propio derecho, sino que sólo abre la vía a una eventual excepción de prescripción que podrá hacer valer el interesado; o, en otras palabras, que el término establecido para el ejercicio del derecho resultante del contrato preliminar (término que debe fijarse necesariamente según la ley), es un término de prescripción y no de caducidad.

trato futuro que por ahora no se puede o no se quiere estipular, siendo su objeto, no el propio del contrato, que habrá de celebrarse, sino la conclusión de éste o sea un "facere". Sostiene que, "como la prestación futura del consentimiento es un acto estrictamente personal, no directamente coercible, de tal promesa nace un crédito a la celebración del contrato y su incumplimiento obliga a resarcir el "id quod interest". "Jamás —añade— produce los efectos propios del contrato cuya estipulación se prometió, ya que la sentencia condenatoria no puede, en modo alguno sustituir el consentimiento que no se prestó" (27). **Barassi**, por su parte, estima que el acreedor de un contrato preparatorio sí puede obtener el cumplimiento *in natura* de la obligación establecida a su favor, y no sólo en equivalente, pues sostiene que: "Aunque se trate de obligaciones de hacer, puede obtenerse esta obligación, en naturaleza y no en equivalente, cuando la prestación de hacer consista en una declaración de voluntad; aquí el fin a que ella mira (producción de determinados efectos jurídicos), es puramente ideológico y puede bastar, para obtenerlo, que el juez subrogue su voluntad, con la sentencia, a aquella voluntad que el deudor incumplido no quiere expresar" (28).

La mayoría de la doctrina, en efecto, está de acuerdo en términos generales con el criterio de **Barasi**, al cual nos adherimos sin reservas, pues puede decirse que el problema planteado en el Derecho Romano ya ha sido superado en el Derecho moderno, al grado de estimar inoperante el principio "Nemo praecise ad factum cogi potest", y hoy ya no tiene la relevancia de antaño el principio que, tradu-

(27) Ruggiero, *Op. cit.*, pág. 164. Entre nosotros, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Ejecutoria que obra a fojas 889 del Tomo XXXIII del Semanario Judicial de la Federación (anterior a la vigencia de los Códigos Civil y Procesal del Distrito de 1932), sostuvo que: "La voluntad de las partes en un contrato, no puede estimarse como una prestación de hecho material, es decir, de cuestión objetiva, sino de la existencia de algo subjetivo, por lo cual, cuando en un convenio y en una de sus cláusulas se ha estipulado expresamente, que el concurso de la voluntad de las partes servirá para la fijación de determinado elemento, ese contrato, para su ejecución, queda supeditado al concurso de las voluntades de los contratantes, y si no existe ese consentimiento, que no puede ser suplido por nadie, es imposible la ejecución de lo estipulado, pues no es aplicable la disposición legal que estatuye que si el hecho pudiera prestarse por otro, el Juez nombrará persona que lo ejecute, pues como ya se dijo, la voluntad de un contrato no es, ni puede ser, una prestación de hecho".

(28) Barassi Lodovico, "Istituzioni di Diritto Civile", II Edizione, 1921, 36-III, pág. 144.

ciendo el romano, establecía que "las obligaciones de hacer (no ejecutadas voluntariamente) se resuelven en daños y perjuicios". En efecto, en el Derecho moderno encontramos numerosos casos en que —a menos de que se trate de hechos personalísimos— cuando no hay ejecución voluntaria sino forzada de obligaciones de hacer, éstas se mandarán hacer por otro a costa del obligado, por lo que debe concluirse que la ejecución forzosa de esa índole de obligaciones es posible en el derecho moderno y, en consecuencia, que tratándose del contrato preparatorio, la ejecución forzada del mismo tendrá por fin el cumplimiento específico de la obligación de hacer objeto del mismo, o sea el *contrahere*, bien por el propio obligado, sea por un tercero (el juez) en rebeldía de aquel. Esta solución es posible en el Derecho mexicano, de acuerdo con el artículo 2,247 del Código Civil, que en su primera parte establece:

"Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez."

Además, el artículo 2,027 del Código Civil, dice:

"Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

"Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso, el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho."

Y la solución procesal está también expresamente consignada en el artículo 517 del Código de Procedimientos Civiles, relativo a la ejecución de sentencias, que literalmente expresa:

"Si la sentencia condena a hacer alguna cosa, el juez señalará al que fué condenado un plazo prudente para el cumplimiento, atendidas las circunstancias del hecho y de las personas. Si pasado el plazo el obligado no cumpliere, se observarán las reglas siguientes: ...III.—Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez

la ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía" (29).

En resumen: como todo contrato, el preliminar obliga al promitente, que es el deudor, a cumplir aquéllo a que se obligó, en el caso, a celebrar en lo futuro un determinado contrato. Si hay incumplimiento y se trata de una promesa bilateral, podrá aplicarse la regla general relativa a todo contrato sinalagmático, o sea la de que el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, con el pago de daños y perjuicios en ambos casos. Si el cumplimiento específico de la promesa, o sea el contratar, no es posible, por ejemplo, porque se dé el caso previsto por el artículo 2,247 ya citado, o sea que la cosa ofrecida haya pasado a propiedad de tercero de buena fe, o por alguna otra causa, entonces el obligado

(29) Chiovenda explica, con acertadas palabras, el fundamento, la *ratio legis*, de este precepto, diciendo: "El criterio de que la prestación de consentimiento es un hecho personalísimo, no basta para hacer imposible el cumplimiento específico del precontrato. Personalísima será la obligación contraída por un célebre artista, de pintar un cuadro, porque el resultado de esta prestación (el cuadro), no es posible, de hecho y de derecho, sin la actividad del obligado. Pero no sucede lo mismo con el precontrato, porque se puede prescindir del acto de declaración de voluntad del obligado, lo mismo que cuando se trata de otra obligación, ya que la ejecución forzosa se lleva a cabo prescindiendo del acto del deudor. Y, en todo caso, pasará lo que sucede siempre que se acude a la ejecución forzosa: que esta ejecución no significa en forma alguna que haya cumplimiento de la obligación, porque la obligación queda definitivamente incumplida, pero con la ejecución forzosa se logra, no obstante, un resultado lo más equivalente posible. Cuando el Juez secuestra bienes, los remata y los entrega al acreedor, no cumple en nombre y representación del obligado, no sustituye ni suplanta su voluntad, sino que de manera indirecta se trata de conseguir el resultado igual o más aproximado al del cumplimiento voluntario...". Y más adelante añade: "Hay un principio fundamental que dice que el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello que sea propio de tal derecho y que aquél deba obtener. El Estado, actuando en el proceso su propia voluntad, prescinde lo más posible de la voluntad de los particulares: secuestra sus bienes, los desposee, destruye sus obras ilícitas, todo contra su voluntad. En vez de querer en representación del obligado, el Estado —en el proceso— quiere por cuenta propia, y sustituye la actividad ajena sólo en el sentido de que obtiene con su actividad propia, resultados económicos o jurídicos que regularmente podrían obtenerse con la actividad del obligado". "El acto de voluntad, por último, puede ser infungible como puede serlo todo hacer humano. Pero el hacer y también la voluntad, son jurídicamente fungibles, cuando el resultado práctico del hacer, o el efecto jurídico del querer pueden conseguirse mediante una actividad diversa de aquella del obligado." *Op. cit.*, pág. 105.

a la promesa deberá resarcir daños y perjuicios, como en todos los casos de incumplimiento absoluto de obligaciones de hacer (Arts. 2,027 y 2,104 del Código Civil). Por otra parte, como dice Macedo, "no sería posible el que el deudor se liberara mediante el pago de daños y perjuicios, porque no ha contraído una obligación alternativa, sino única, o sea la de celebrar el contrato, aunque como decimos antes, si por cualquier motivo resulta imposible el cumplimiento de la obligación, habrá en último término que llegar a la indemnización; pero, repetimos, sólo en el caso en que el cumplimiento se haya hecho imposible" (30).

El artículo 2,247 del Código Civil que regula la materia de los efectos de la promesa ha sido objeto de críticas que nos parecen justificadas, por parte de algunos de sus comentaristas.

Se le ha criticado, desde luego, el primer párrafo que expresa que: "Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez"; se sostiene que con tal redacción el Código parece suponer que ya existe el contrato definitivo, al cual sólo le falta la forma requerida por la Ley para ser perfecto, confundiéndolo tal vez con la minuta y suponiendo que el contrato definitivo existe aunque imperfecto y que la obligación de las partes consiste en DARLE FORMA LEGAL, lo que va en contra del criterio sustentado por nuestro legislador que determina con toda exactitud que el objeto de la promesa es CELEBRAR UN CONTRATO FUTURO (31).

Robles Torres añade, a nuestro juicio con razón, lo siguiente:

"Es preciso desvanecer la contradicción aparente que hay entre el artículo 2,247 y sus antecedentes.

Decimos que la contradicción es aparente porque no es fácil pensar que el legislador después de haberse inspirado en la escuela que distingue al contrato preliminar como un contrato con entidad propia que se emplea para preparar otro, y de haber consignado en los primeros artículos los principios del modelo suizo, haya querido establecer en el último precepto las ideas de la escuela opuesta, desvirtuando así toda la doctrina anterior. Resultaría inexplicable, absurda, esta actitud.

(30) Macedo, Pablo, "Contratos Preparatorios", Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo I-1930, págs. 33 y ss.

(31) Robles Torres, Luis, "La promesa de contrato", Tesis profesional. México, 1942, pág. 71.

“Creemos que sólo se trata de una redacción defectuosa, de un impropio empleo de los términos.

“Creemos que la idea del legislador, para el caso de incumplimiento de la promesa, fué establecer el derecho de la parte que mantiene la promesa de acudir a los tribunales demandando el cumplimiento del contrato preparatorio, o sea la celebración del contrato definitivo, y una vez corridos los trámites del procedimiento, la sentencia condenaría a la otra parte a cumplir con lo pactado, a otorgar el contrato respectivo; y en caso de que se rehusara a cumplir con lo dispuesto por la sentencia, el juez en su rebeldía la haría cumplir celebrando con la otra parte el contrato.

“Ahora bien, como la mayoría de los contratos deben constar por escrito, ya sea escrito privado o escritura pública, tal vez los redactores del texto que comentamos tuvieron ante sí la idea del momento material de la firma de los documentos, al otorgarse por el juez el contrato definitivo.

“En otras palabras, la intención del legislador al redactar el artículo 2,247, fué establecer como sanciones en caso de incumplimiento de la promesa, en primer lugar, que el juez en rebeldía del promitente que se rehuse a ejecutarlo, otorgue el contrato definitivo y sólo en caso de imposibilidad la indemnización de daños y perjuicios.

“Esta y no otra debe haber sido la intención de la Comisión Redactora y así debió de haberlo expresado y no hablando de dar forma legal cuando no se trata de ello.”

Es motivo también de críticas la redacción del segundo párrafo del artículo 2,247 del Código Civil por cuanto la Ley, por una parte, sólo prevé como causa de incumplimiento de la promesa la circunstancia de que **“la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe”**, condenando entonces al promitente al pago de daños y perjuicios, en lugar de haber establecido la regla general de que en caso de incumplimiento de la promesa de contratar, se buscaría desde luego y sobre todo el otorgamiento, por el juez, del contrato definitivo; en otras palabras, el cumplimiento *in natura* de la promesa, y sólo subsidiariamente y cuando el otorgamiento del contrato resultara imposible, **por cualquier causa que fuere** —no sólo porque la cosa ofrecida hubiere pasado a poder

de tercero—, se condenaría al promitente a la indemnización de daños y perjuicios.

Es acertada la opinión anterior, porque la ley debió haber previsto también la posibilidad de que se celebraran promesas de contratos definitivos cuyo objeto fuere una obligación de hacer, y en estos casos, tal como está redactada la ley, no podrá haber condena en daños y perjuicios no obstante que el cumplimiento sea imposible. ¿Qué pasaría, v. gr., con la promesa por la cual A se obligara a celebrar con B un contrato por el que A, promitente, se obligará a su vez a pintar los muros de un edificio que está construyendo B, si llegado el caso A no acepta celebrar el contrato definitivo de obra? La rareza de esta hipótesis no excluye la necesidad de una reglamentación más amplia, en relación al incumplimiento del contrato preliminar. En la forma en que está redactado el artículo 2,247, sólo prevé las promesas de contratos que tienen como objeto obligaciones de dar, que, por otra parte son las más frecuentes, pero no debe excluirse la posibilidad de que se celebren promesas de contratos con obligaciones de hacer.

Una tercera e importante objeción, consiste en que la ley parece dejar sin efecto a la promesa sólo en los casos en que la cosa ofrecida haya pasado a propiedad de un tercero de buena fe por título oneroso, y se pregunta entonces si tal invalidez de la promesa no se produciría en el caso de que la transmisión de la propiedad se efectuara a título gratuito. Al estudiar con detalle la materia de los efectos de la promesa en relación a terceros, analizaremos algunas sugerencias que se han hecho y que inclusive han sido concretadas en leyes positivas, para evitar hasta donde sea posible, perjuicios al beneficiario de la promesa y a terceros; pero, por ahora, manifestaremos que, como dice **Robles Torres**, no se podría reivindicar la cosa porque de la promesa nunca derivan derechos reales. Además, ¿qué acción podría tener el beneficiario de la promesa en contra del promitente que para evitar el cumplimiento de aquélla, simula o verifica realmente la donación a tercero del bien ofrecido por la promesa? No podría ejercitar la acción reivindicatoria porque no sería dueño, ni podría llegar a serlo, ya que habiendo pasado la propiedad de la cosa a otro no prosperaría su acción. Tampoco podría ejercer la acción Pauliana, o revocatoria porque ésta se da sólo para atacar los actos del deudor que produzcan su insolvencia en perjuicio de los acreedores, lo que no sucedería en el caso. Tal vez, solamente pudiera

ejercitar la acción de simulación, dadas las generalidades de la misma (32), ya que el artículo 2,183 del Código Civil, establece en términos muy amplios que “pueden pedir la nulidad de los actos simulados; LOS TERCEROS PERJUDICADOS CON LA SIMULACION”, o sea que pudiera demandarla el beneficiario de la promesa incumplida, tercero en el acto simulado.

La Jurisprudencia mexicana sentada en ocasión de la interpretación del Código de 1928, en materia de promesa, continúa el camino trazado por la propia jurisprudencia al aplicar el Código de 1884, a la que ya nos hemos referido antes; y con palabras más o menos, precisa (casi siempre en relación a la promesa de venta), la diferencia conceptual existente entre el contrato preparatorio y el definitivo, advirtiendo que cuando bajo el nombre de contrato preliminar las partes ejecutaren total o parcialmente las obligaciones derivadas del contrato definitivo, no se estará en presencia de un antecontrato, sino de un contrato de otra índole aunque sea imperfecto (33).

b). EFECTOS DE LA PROMESA CON RELACION A TERCERO. —Puesto que, por virtud del contrato preparatorio, surgen exclusivamente derechos personales y nunca derechos reales, podría aparecer a primera vista ineficaz la promesa en relación a terceras personas. Pero ya hemos visto que el propio Código Civil en su artículo 2,247, parece afectar a terceros que hubiesen adquirido derechos sobre la cosa materia de la promesa, por virtud de actos a título gratuito; y entonces se plantea el problema de saber qué efectos puede tener la promesa en relación a terceros. Existe un movimiento de opinión bastante fuerte en el sentido de modificar la reglamentación de la promesa, haciéndola saber a terceros para que éstos no coadyuven de buena fe al incumplimiento del deudor promitente. La forma de lograrlo, sería exigiendo la inscripción de la promesa en el Registro Público de la Propiedad, mediante una anotación marginal sobre la inscripción de propiedad, si se trata de un bien raíz. Esta solución ha sido aceptada en Derecho Mexicano por los Códigos de Nuevo León y Chihuahua, que exigen el Registro de la promesa, según hemos visto. Nótese, sin embargo, la peculiaridad de la solución aceptada por estas leyes: normalmente la insti-

(32) Robles Torres, *Op. cit.*, pág. 73.

(33) Tomos XLV, pág. 3,226; LXX, pág. 2,828; XLVI, pág. 2,591; XLVIII, pág. 2,171; XLIII, pág. 3,462; LIII, pág. 473; XXXIII, pág. 1,610; XLIV, pág. 1,140, todos del Sem. Jud. Fed.

tución del Registro Público tiene por finalidad salvaguardar a terceras personas, pues ese es el fin de la publicidad, característica de tal institución. Aquí, empero, el beneficiado con la inscripción de la promesa sería, en todo caso, una de las partes, el acreedor de la obligación de contratar, o sea el beneficiario, porque mediante la anotación de una promesa al margen de la inscripción de un bien raíz, es probable que los terceros se abstuvieran de celebrar un contrato de translación de dominio, respecto de dicho bien, para evitarse dificultades.

Pero, supongamos que a pesar de la anotación marginal en el Registro, un tercero adquiere un bien sujeto a promesa. ¿En qué forma podría pararle perjuicio dicha promesa? ¿Qué efectos podría surtir aquélla en contra suya? ¿Cuáles serían esos efectos de que hablan las legislaciones que hemos citado? Nosotros creemos que ningunos y que, por ende, son punto menos que inútiles, los preceptos que hemos citado. Si el tercer adquirente del bien inmueble que estaba sujeto a promesa, lo adquiere a título oneroso, a sabiendas de la promesa, podría hablarse de adquirente de mala fe, pero —y aquí volvemos al problema que antes habíamos planteado— ¿qué relevancia jurídica puede tener su mala fe? No podrá el beneficiario de la promesa intentar en contra del tercero ninguna acción: no podría exigir el otorgamiento del contrato (v. gr.: el de venta), porque el bien ya había salido del patrimonio del promitente; no podría intentar la acción de nulidad de la venta celebrada entre el promitente y el tercero, porque aun suponiendo que tuviera interés jurídico que le permitiera intentar la acción, ¿qué causa de nulidad invocaría? No podría, por último, intentar la acción revocatoria o pauliana porque, como lo hemos dicho antes, esta acción tiene un fin específico que es el de evitar la insolvencia de los deudores, y en el caso no es la solvencia o insolvencia lo que originaría la acción. De manera que si lo que los Códigos de Nuevo León y Chihuahua (que exigen el registro de la promesa “para que surta efectos contra tercero”) pretenden, es que el tercer adquirente se vuelva de mala fe, esto es inútil, porque de nada la sirve al acreedor de la promesa incumplida.

Si el tercer adquirente del bien sujeto a la promesa lo adquiere por título gratuito, también es inútil el registro de la promesa, porque por una parte ya el artículo 2,247 prevé la posibilidad de que la promesa subsista si el acto de enajenación es a título gratuito solamente, y por otra parte son de repetirse aquí los argumentos antes expuestos, sobre que tampoco en este caso es fácil encontrar una

acción en contra del tercer adquirente a título gratuito. Y es que, ningún objeto tiene el registro de la promesa, si de ella, (en caso de incumplimiento, y siendo imposible en absoluto el cumplimiento *in natura*), no se deriva otro derecho que el de reclamar daños y perjuicios al promitente.

La consagración de preceptos como los que comentamos, sólo podría explicarse en un Código que, aceptando los principios de **Demogue** por ejemplo, no distinguiera como una figura contractual autónoma del contrato definitivo, al precontrato, sino como un simple contrato con efectos aplazados: un contrato de venta, de arrendamiento, etc., pero aplazado en sus efectos. Aquí sí sería explicable e inclusive conveniente hacer anotar la promesa en el Registro, puesto que operando ya aquélla la transferencia de derechos reales, puede causar perjuicios a terceros que deben tener conocimiento de la misma. Por eso, Demogue ha podido decir que la jurisprudencia va demasiado lejos al sostener que la promesa de contrato no puede ser registrada en el Registro de la Propiedad, ni opuesta a terceros. Esta solución parece a Demogue "contraria a las necesidades prácticas, ya que cuando una persona ha obtenido una promesa de contrato, es frecuentemente útil que ésta sea cumplida *in natura* aún contra los terceros, y no dé lugar simplemente a una indemnización. Si un propietario —añade— cree que tendrá necesidad de terreno vecino para agrandar su propiedad y obtiene una promesa de venta, le será útil reclamar el terreno a un tercer comprador, en lugar de obtener de su vendedor una indemnización. Por otra parte, los terceros quedan suficientemente protegidos, si se acepta que el derecho del beneficiario de la promesa sólo les será oponible después de su inscripción en el Registro. Si esta es la solución que imponen las necesidades prácticas, debería ser aceptada" (34).

Mas los argumentos anteriores son inoperantes en presencia de una legislación que, como las que estamos comentando, distingue netamente el contrato preliminar del definitivo, y sostiene con precisión que el derecho nacido de la promesa es sólo un derecho personal y nunca un derecho real. Y si así es, encontramos incompatible y contradictorio con el sistema adoptado, aquellos preceptos que exigen el registro de la promesa "PARA QUE SURTA EFECTOS CONTRA TERCEROS", no obstante que de la misma no se derivan derechos reales que pueden perjudicar a terceros. Y si la

(34) Demogue, *Op. cit.*, págs. 16 y 17.

finalidad de la inscripción es, como suponemos, garantizar al beneficiario, en provecho de éste, bien poco se obtiene, porque ya hemos dicho que el mismo no tiene ninguna acción contra los terceros, aunque éstos obren de mala fe, cuando haya incumplimiento de la promesa y cuando la ejecución forzosa de la misma sea imposible, por ejemplo, porque la cosa ofrecida ha pasado a poder de un tercero.

Por último, diremos que, como lo hace notar **Macedo** (35), “los efectos del contrato definitivo no se retrotraen al momento de la celebración de la promesa, pues de este modo podrían violarse disposiciones de orden público y especialmente causarse perjuicios a los terceros que ignoran la existencia del convenio previo”.

Con las anteriores consideraciones terminamos el estudio sobre la promesa de contrato.

Antonio AGUILAR GUTIERREZ.

Investigador del Instituto de Derecho Comparado.

(35) Macedo, *Op. cit.*, pág. 35.