

CONTRATO DE PROMESA

Por: Bernardo PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

DEFINICIÓN

El contrato de promesa es un acuerdo de voluntades por medio del cual, una parte o ambas, según sea unilateral o bilateral, se obligan a celebrar un contrato futuro.

El Código Civil, libro cuarto, 2ª parte, título primero, establece:

ART. 2243. Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.¹

ART. 2244. La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro, puede ser unilateral o bilateral.

Se denomina promitente al que se obliga y beneficiario al que recibe. En la promesa bilateral ambos son promitentes y beneficiarios.

Esta figura no se conocía en Roma, no obstante algunos autores consideran que el llamado *pactum de contrahendo* romano, es el antecedente de la promesa. Sin embargo dicho pacto careció de regulación legal y por lo tanto, actualmente sólo se comprende como una mención al acuerdo de voluntades entre las partes para contratar y obligarse. Los glosadores y posglosadores fueron los que iniciaron su aplicación como un acto jurídico unilateral sin llegar a su concepción contractual.

El Código de Napoleón desconoció explícitamente esta figura, al decir:

ART. 1589. La promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y sobre el precio.

En la Exposición de Motivos de este ordenamiento, Portalisis,² expresa:

La promesa de venta equivale a venta, cuando en ella hay consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y sobre el precio. Se encuentra, efectivamente, en este caso, todo lo que es la substancia del contrato de venta.

¹ Este artículo está inspirado en el artículo 22 del Código Civil Suizo de las Obligaciones, que en su primer párrafo establece: "La obligación de celebrar una convención futura puede ser motivo de contrato."

² Borja Martínez, Manuel, cita a Portalisis en *Revista jurídica, anuario de la escuela de derecho de la Universidad Iberoamericana* núm. 1, "El Contrato preparatorio", Universidad Iberoamericana, México, 1969, p. 69.

Por su parte la doctrina alemana considera que la promesa va en contra de la libre contratación, pues coacciona a la celebración del contrato definitivo.

En la legislación y en la doctrina española, se concibe la celebración del contrato de promesa, pero como un negocio jurídico atípico y no regulado.

CÓDIGOS DE 1870 Y 1884

Estos códigos no siguieron al de Napoleón, pues como fuente de inspiración tuvieron los códigos portugués y suizo de las Obligaciones. En ellos no se regulaba la promesa de contrato, sino única y exclusivamente se limitaban a la promesa de compraventa (Arts. 2819, 2820 y 2821). En la actualidad la definición del código vigente se extiende a todos los contratos, tales como el de arrendamiento, sociedad, comodato, etcétera.

NOMBRES QUE SE LE HAN DADO A LA PROMESA DE CONTRATO

A través del tiempo al contrato de promesa se le han dado diversas denominaciones, a saber: contrato preparatorio, contrato preliminar, precontrato, antecontrato, petición de contrato, opción, promesa de contratar, pacto de contrahendo, etcétera.

Así, el libro cuarto, segunda parte, título primero del Código Civil actual, se denomina *De los contratos preparatorios. La promesa*. Y por su parte, el artículo 2244, se refiere a la *promesa de contratar* y al *contrato preliminar*.

DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS

Al contrato de promesa se le puede confundir con la promesa unilateral o policitación, la minuta, el contrato definitivo, o bien, con el contrato definitivo sujeto a condición o plazo.

1. CONTRATO DE PROMESA Y LICITACIÓN

Mazeaud,³ al tratar la licitación dice que “La promesa unilateral es un acto jurídico que crea una obligación con cargo a una persona y por su sola voluntad.”

³ Mazeaud Henri y León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Segunda parte, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 309.

Se trata de un acto unilateral, a diferencia del contrato de promesa que es un acto bilateral o sea, un acuerdo de voluntades.

El artículo 1804, la regula de la siguiente forma:

Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

La oferta de contratar puede estar destinada a una persona concreta (licitación), o a personas indeterminadas (policitación) *offerentis solius promissio*. En el primer caso, cuando el destinatario de la oferta desea contratar, la ley establece el momento en el cual el consentimiento se tiene por perfeccionado, según se trate de acuerdo entre presentes o ausentes (Arts. del 1805 al 1811).

En el segundo caso, conocido también como oferta al público, el código establece el alcance y término por los que el oferente queda obligado. Esta obligación consiste básicamente en sostener su ofrecimiento hasta el vencimiento del plazo. Asimismo prevé los casos en que se puede revocar su declaración unilateral (Arts. 1860 al 1867).

La opción de compra, conocida en el derecho anglosajón como *option contract*, es un ejemplo de licitación, pues se trata de un acto unilateral, por medio del cual una persona se obliga irrevocablemente a transmitir un bien a otra en un plazo determinado y en un precio cierto, sin que exista acuerdo de voluntades o sin que sea aceptada por el beneficiario.

En virtud de que esta figura es un acto jurídico unilateral, en un testamento podría establecerse, como carga para el heredero, la obligación testamentaria de dar la opción de compra de un bien, a cierta persona y en determinado precio.

2. DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO DE PROMESA Y EL CONTRATO DEFINITIVO

Es importante destacar algunas diferencias que puedan existir entre ambos contratos. Como lo expresé anteriormente, corrientes doctrinales como la francesa, no distinguen el contrato definitivo del de promesa y legislaciones como la española, no regulan el contrato de promesa.

A continuación analizo los principales aspectos de distinción.

a) En cuanto a su objeto, la promesa de contratar siempre engendra obligaciones de hacer, nunca de dar o no hacer, consistentes en la celebración de un contrato futuro. El contrato definitivo, crea o trasmite obligaciones de dar, hacer o no hacer.

b) Por lo que se refiere a las obligaciones que nacen, el contrato de promesa puede ser bilateral o unilateral, según se obliguen una o ambas partes a celebrar el contrato definitivo. Por su parte el contrato definitivo, puede ser que necesariamente sea bilateral, como por ejemplo la compraventa, la permuta, el arrendamiento, etcétera.

c) En cuanto a la forma, en el contrato de promesa la voluntad debe ser expresada por escrito. En el definitivo puede ser en escritura pública, como en la transmisión y gravamen de derechos reales sobre inmuebles, o bien verbal, como en la donación de menos de doscientos pesos.

d) En el contrato de promesa, nunca se trasmite la propiedad. En el definitivo, como en el caso de la compraventa, permuta o donación, la propiedad se trasmite por mero efecto del contrato. Por otro lado, el contrato de promesa no se inscribe en el Registro Público de la Propiedad, en virtud de que no crea, modifica, trasmite ni extingue derechos reales o gravámenes sobre inmuebles. El definitivo debe ser inscrito cuando afecta dichos derechos reales o gravámenes.

Para los efectos del Registro Público de la Propiedad, estimo conveniente distinguir entre la promesa de contrato de compraventa y la compraventa misma, ya que en la práctica se presta a confusiones. Así tenemos que en la promesa no hay transmisión de propiedad ni obligación de entregar la cosa ni pagar el precio, sino únicamente el deber de celebrar la compraventa. No importa que las partes estén de acuerdo en todos los elementos esenciales del contrato. De tal forma que la fase ejecutoria del contrato de promesa se circunscribe a un nuevo querer, dirigido a la celebración de la compraventa y en ésta, la ejecución se caracteriza por la realización de las obligaciones.⁴

⁴ A este respecto existe jurisprudencia en el siguiente sentido:

COMRAVENTA BAJO ASPECTO DE PROMESA DE VENTA. Las llamadas promesas de venta, en que no se contiene exclusivamente una obligación de hacer sino una de dar, o se entrega la cosa y se paga el precio en su totalidad o en parte, satisfacen los elementos necesarios para la existencia de la compraventa, independientemente de la terminología defectuosa que hubieren empleado las partes.

Quinta Época:

Tomo XLIII, pág. 3462.—Cía. de Terrenos Mexicanos, S. A.

Tomo LI, pág. 79.—Fondo Isuke.

Tomo LIII, pág. 473.—Cía. de Terrenos Mexicanos, S. A.

Tomo LXX, pág. 2828.—Hernández, Rodolfo.

Tomo LXXXVII, pág. 342.—Alfonso Ángel.

3. DIFERENCIA ENTRE LA PROMESA DE CONTRATAR Y EL CONTRATO SUJETO A TÉRMINO O CONDICIÓN SUSPENSIVA

Contrariamente a lo que dispone nuestro Código Civil, la doctrina francesa no distingue entre la promesa de compraventa y la compraventa, pues considera que tienen la misma finalidad ya que existe disposición en el sentido de que si las partes están de acuerdo en precio y cosa, el contrato de compraventa se entiende perfecto, aunque no se haya pagado uno ni entregado la otra. En todo caso se está sujeto a un término o plazo.

La promesa es un contrato perfecto y obligatorio para las partes, no se está sujeto a ninguna condición para que genere la obligación de celebrar un contrato futuro, pues aunque se fije un plazo para hacerlo, éste sólo generará obligaciones de hacer.

Por su parte, el contrato sujeto a condición sólo genera la obligación de cumplirla, si se realiza la condición de la cual depende su existencia o su extinción, según sea condición suspensiva o resolutoria. En cambio en la promesa unilateral, el promitente si queda obligado.

Promesa de venta. Mediante la promesa de venta no se transmite el dominio de la cosa, pues en ella sólo se consigna una obligación de hacer, consistente en la celebración del contrato definitivo.

Quinta Época:

Tomo LI, pág. 79.—Kondo Isuke.

Tomo LXXXVIII, pág. 1640.—Méndez Maximino.

Tomo LXXXIX, pág. 2446.—Cartas Adela.

Tomo XC, pág. 2443.—Chami Amado.

Tomo XCIII, pág. 2126.—Furlong Wilfrido y Coags.

PROMESA DE VENTA. La promesa de venta constituye un contrato preparatorio del de compraventa, que obliga a las dos partes contratantes; contrato que, si bien no transmite la propiedad, sí engendra derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen. y, por tanto, el derecho formal, no simplemente posible, por parte del vendedor, para exigir del comprador que se lleve a cabo el contrato.

Quinta Época:

Tomo XVI, pág. 620.—García Álvarez Toribio.

Tomo XXXIII, pág. 1610.—López José.

Tomo LI, pág. 79.—Kondo Isuke.

Tomo LVII, pág. 1872.—Landerero Gómez Francisco y Coags.

Tomo LXII, pág. 1685.—Pallás de Duque María Esther.

4. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE PROMESA Y MINUTAS

Las minutas eran documentos definitivos carentes de forma que contenían actos que posteriormente debían elevarse a escritura pública. El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, establecía:

ART. 9. Siempre que sea obligatoria por la ley o por convenio de las partes, que un contrato conste en escritura pública, y se niegue alguno de los contratantes a firmarla, podrá el otro obligarle a hacerlo o a que se le indemnice de los daños y perjuicios. A este efecto, los notarios no extenderán en sus protocolos ningún instrumento sin exigir previamente que los interesados firmen ante ellos la minuta o borrador; o que, si no saben firmar, den su consentimiento expreso ante el mismo notario y dos testigos mayores de toda excepción, lo cual se hará constar en el instrumento.

Esta figura jurídica fue derogada en el Distrito Federal por la Ley del Notariado de 1945. Sin embargo, todavía la mencionan algunos Códigos de Procedimientos Civiles y leyes fiscales de los Estados.

¿ES INSCRIBIBLE EL CONTRATO DE PROMESA?

En el Registro Público de la Propiedad, sólo se inscriben la creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales. En el caso de la promesa, sólo nacen obligaciones personales consistentes en un hacer; inscribirlo sería tanto como darle efectos reales.

Legislaciones como la de Chihuahua, Nuevo León y Yucatán, prevén la posibilidad de inscribir la promesa de venta preventivamente. Igualmente autores como Ramón Sánchez Medal, se inclinan por esta posición, pues consideran que de esta manera, los efectos de la inscripción del contrato definitivo, se retrotraerán a la fecha de la anotación preventiva del preparatorio. Estimo que darle efectos retroactivos sería desvirtuar el objeto propio de la promesa y considerarla como una etapa del contrato definitivo.

Situación distinta es cuando, iniciado el juicio de ejecución obligatoria, se ha demandado la celebración del contrato definitivo y se pide al juez ordene al registrador la anotación preventiva del estado contencioso de la finca. Una vez dictada la sentencia y otorgado el contrato definitivo en escritura pública, sus efectos se retrotraen a la fecha de la anotación preventiva.

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO

1. En cuanto a su existencia, es un contrato principal y preparatorio. Principal, porque su validez y existencia no dependen de otro contrato. Preparatorio, porque su finalidad es garantizar la celebración del contrato definitivo, mismo del que se señalan sus características esenciales, pero del cual no depende su existencia.

2. Por lo que se refiere a las obligaciones que crea, puede ser unilateral o bilateral, según obligue a una o ambas partes a celebrar el contrato futuro. En el primer caso, se llama promitente a la parte que se obliga y beneficiario al que recibe la promesa. En el segundo, ambos se llaman promitentes y beneficiarios. El contrato definitivo puede llevarse a cabo, según sea la voluntad del beneficiario. Esto da lugar a lo que se conocía en el derecho romano como la condición *sivoles, si volueris, si volam*. La falta de cumplimiento del contrato celebrado en forma unilateral o bilateral, puede traer como consecuencia, la ejecución forzosa consistente en la realización del contrato definitivo, en el último de los casos firmado por el juez.

3. En relación a su contenido, por regla general el contrato es gratuito. Sin embargo podría pactarse una prestación económica (arras), por el solo hecho de obligarse a celebrar el contrato definitivo, pero esta prestación no debe abonarse o considerarse como parte del precio, pues se convertiría en compraventa en abonos. Al respecto cabe mencionar que cuando un contrato de promesa contiene prestaciones que pertenecen al contrato definitivo (entrega del bien, pago total o parcial del precio, etc.) se desvirtúa su naturaleza, pues el consentimiento no se refiere a un *facere* consistente en la celebración de un contrato futuro, sino que contiene obligaciones de dar. Situación que hace que el contrato reúna los requisitos de una verdadera compraventa, misma a la que en todo caso y tratándose de inmuebles, faltaría darle la forma exigida por la ley (escrituración ante notario público). Esta acción la podrían demandar los contratantes (pro-forma), pero en cambio no podrían ejercitar la acción derivada del artículo 2247, que obliga al cumplimiento forzoso de celebrar el contrato prometido. En este supuesto estaríamos ante una compraventa “informal”.⁵

⁵ Jurisprudencia:

COMPRAVENTA BAJO ASPECTO DE PROMESA DE VENTA. Las llamadas promesas de venta, en que no se contiene exclusivamente una obligación de hacer sino una de dar, o se entrega la cosa y se paga el precio en su totalidad o en parte, satisfacen los elementos necesarios para la existencia de la compraventa, independientemente de la terminología defectuosa que hubieren empleado las partes.

4. En cuanto a su forma, es de forma restringida. La ley exige que se realice por escrito privado. La forma de este escrito la regula el Código Civil, que reza:

ART. 2246. Para que la promesa de contratar sea válida, *debe constar por escrito*, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

ART. 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

Utilidad. Es un medio de garantizar y asegurar la celebración de un contrato futuro, bien por existir obstáculos que posteriormente pueden subsanarse, tales como obtener permisos y autorizaciones; o bien, porque no se desee por el momento el nacimiento de las obligaciones del contrato definitivo. Un ejemplo del primer caso, es el extranjero que va a comprar una propiedad ubicada en la Ciudad de México y no ha obtenido los permisos de la Secretaría de Gobernación y de Relaciones Exteriores, *conditio sine qua non*, para adquirir el inmueble. Mientras estos requisitos son satisfechos, puede celebrarse un contrato de promesa unilateral de compraventa, por medio del cual el vendedor se obligue a enajenar el bien. En el segundo caso, una persona que es arrendataria de un local, quiere celebrar un contrato de promesa unilateral

Quinta Época:

Tomo XLIII, pág. 3462.—Cía. de Terrenos Mexicanos, S. A.

Tomo LI, pág. 79.—Kondo Isuke.

Tomo LIII, pág. 473.—Cía de Terrenos Mexicanos, S. A.

Tomo LXX, pág. 2828.—Hernández, Rodolfo.

Tomo LXXXVII, pág. 342.—Alfonso Ángel.

COMPRAVENTA, CONTRATO INFORMAL. DE. La Suprema Corte de Justicia ha establecido claramente la distinción entre los contratos de promesa de venta y de compraventa, y ha considerado que cuando las partes convienen en el precio y en la cosa y aun entregan ambos o sólo uno de ellos, pero no se llenan las solemnidades externas del contrato, se está en presencia de lo que la doctrina reconoce con el nombre de contrato informal de compraventa.

Sexta Época:

Vol. XXXIII, pág. 101 A.D. 893/59.—Jesús Vargas Pérez.

Vol. XLVIII, pág. 120 A.D. 4977/60.—Delfina Guadarrama.

Vol. CXXV, pág. 18 A.D. 7987/65.—María Esquivel de Lara.

Séptima Época:

Vol. 61, pág. 23 A.D. 500/73.—Gloria Valois Cabiedes

Vols. 169-174, pág. 14 A.D. 2871/82.—Julio Llaguno Manzano.

de compraventa, para que en un lapso de tiempo prudente, pueda constatar la prosperidad del negocio y si le favorece, adquirir el inmueble. El contrato de promesa se utiliza comunmente en el otorgamiento de créditos hipotecarios concedidos por las Sociedades Nacionales de Crédito, a sus empleados, quienes al conocer el monto de su crédito, pueden avocarse a conseguir un inmueble adecuado, y para "asegurar" la operación, en tanto se cubren los requisitos administrativos del banco, y se obtienen los documentos necesarios (certificado de libertad de gravámenes, avalúo, etcétera), celebran un contrato de promesa de compraventa respecto del inmueble.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Consentimiento. Es el acuerdo expreso de voluntades sobre la creación y transmisión de derechos y obligaciones. En el caso de la promesa de contratar, el acuerdo recae sobre la obligación de hacer, consistente en la celebración de un contrato futuro y por lo tanto, en las características esenciales del contrato a celebrar y el tiempo fijado para su otorgamiento.

Objeto. Es la creación de una obligación de hacer, que tiene como contenido, la celebración de un contrato futuro.

El objeto debe ser posible física y jurídicamente, tanto del contrato preparatorio como en el definitivo. Físicamente es posible cuando es en contra de las leyes de la naturaleza, y esa imposibilidad origina una liberación de la obligación, pues a lo imposible nadie está obligado. Si se trata de cosas, deben existir en la naturaleza, ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y estar en el comercio. Es imposible jurídicamente, cuando es irreductible con las normas jurídicas, como por ejemplo, la celebración de un contrato de compraventa entre cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal.

El artículo 2246, establece que en el contrato de promesa se tienen que asentar los elementos esenciales del contrato definitivo. De faltar éstos, el contrato se puede considerar inexistente, ya que el objeto de la obligación de hacer es indeterminado.

En todo contrato existen cláusulas esenciales, naturales y accesorias. Las esenciales se refieren a los elementos de existencia de un contrato y no pueden suplirse, así el precio y la cosa enajenable, rentable, etcétera, deben determinarse con toda claridad para no producir la inexistencia del contrato. En cambio la forma y lugar de pago, el tiempo y los intereses, pueden suplirse

con la regulación del contrato en general, o en su caso, en contrato típico a celebrarse.

Por ejemplo, sería inexistente un contrato en el cual, una persona se obliga a enajenar un terreno sin que se determine que tipo de terreno, su ubicación, superficie, linderos y colindancias.

Algunos autores consideran como un elemento de existencia del contrato preparatorio, el establecer un plazo para la celebración del contrato definitivo, pues piensan que no deben existir obligaciones indefinidas o perpetuas. Yo por mi parte, estimo que si no se ha establecido un día cierto para el cumplimiento de la obligación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 2080, que dice:

Sí no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

De tal suerte que si no se pacta el término, nos encontraríamos ante el supuesto de un contrato afectado de nulidad relativa ya que puede ser convalidado por las partes.

PRESUPUESTOS DE VALIDEZ

Al contrato de promesa, le son aplicables las disposiciones comunes a cualquier contrato, a saber: capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto, motivo o fin lícitos, y forma (Art. 1795). Sin embargo, el artículo 2246 menciona tres requisitos específicos:

1. Debe constar por escrito;
2. Debe contener los elementos característicos del contrato definitivo; y
3. Debe limitarse a cierto tiempo.

Por lo que se refiere al primer requisito, la promesa debe constar por escrito, siendo suficiente que sea en escrito privado, en virtud de que la ley no exige que sea ante notario u otra formalidad adicional.

Los elementos característicos del contrato definitivo deben estar expresamente indicados en la promesa. De no ser así, el objeto del contrato sería

vago o impreciso, si no es que inexistente, toda vez que se podría llegar al extremo de no poder determinar el bien o acto materia del contrato futuro.

Con anterioridad expresé que la falta de determinación del plazo no produce la inexistencia del contrato, en virtud de la aplicación del artículo 2080 del Código Civil. Por otra parte, algunos autores opinan que si transcurrido el plazo señalado para la celebración del contrato, éste no se verifica, pero se han realizado actos positivos tendientes al cumplimiento de la promesa dentro de dicho plazo, el contrato no se termina. A mi juicio esta idea es contraria, pues considero que cumplido el plazo, necesariamente se produce la terminación del contrato, a menos que durante su vigencia se pacte una prórroga.

CUMPLIMIENTO FORZOSO

En la promesa de contratar como en todo contrato bilateral, se aplica el artículo 1949 que faculta al perjudicado por el incumplimiento a exigir el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos.

Independientemente de lo anterior, el artículo 2247 del Código Civil, establece que

Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez, salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.

El precepto antes citado no debe confundirse con la acción proforma contemplada por los artículos 1833 y 2232, ya que éstos se refieren al otorgamiento del acto respectivo con el formalismo establecido por la ley, y el artículo en comentario trata el supuesto de que si alguno de los contratantes no celebra el contrato definitivo, el juez lo firmará en su rebeldía, es decir es una obligación forzosa. En este caso, el beneficiario tendrá que cumplir su compromiso, para no sufrir la excepción de contrato no cumplido.