

EL CONTRATO PREPARATORIO

Por el Lic. MANUEL BORJA MARTÍNEZ

Profesor de Derecho Civil, Universidad Iberoamericana, Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Profesor titular de Derecho Civil, "Contratos" Universidad Nacional Autónoma de México, Notario del Distrito Federal.

SUMARIO: Capítulo primero: *Ideas generales*. 1. Tabla de concordancias.—2. Bibliografía general.—3. Nota histórica.—4. Definición.—5. Partes en la promesa de contrato.—6. Nombres que se han dado a esta figura jurídica.—7. Utilidad práctica de la promesa de contrato.—8. Función jurídica del contrato preparatorio.—9. Clases dentro del precontrato.—10. Diferencia de la promesa de contrato con otras figuras jurídicas.—Capítulo segundo: *Teorías negativas del Contrato preparatorio. Su refutación*. 11. Tesis que niegan la existencia autónoma del contrato preparatorio.—12. El Código Napoleón.—13. La doctrina.—14. Construcción técnica de la promesa de contrato.—Capítulo tercero: *Elementos de existencia y requisitos de validez*. 15. El consentimiento.—16. El objeto.—17. Ausencia de vicios en el consentimiento.—18. Capacidad de las partes contratantes.—19. Forma.—20. Licitud en el objeto, motivo o fin.—21. Necesidad de limitar la promesa a cierto tiempo.—Capítulo cuarto: *Efectos del contrato*. 22. Creación de obligaciones de hacer.—23. Incumplimiento del contrato.—24. Posibilidad de inscripción de la promesa en el registro público de la propiedad.—25. Cesión de la promesa de contrato.—Capítulo quinto: *Régimen fiscal*. 26. Promesa de contrato en general.—27. Promesa de compraventa.

NOTA PREVIA

El presente trabajo constituye el desarrollo de la versión taquigráfica, revisada y complementada por el autor, de una parte del curso de "Contratos Civiles" impartido durante los años de 1967 y 1968 en la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana y en la Facultad de De-

recho de la Universidad Nacional Autónoma de México. En su redacción se conservó intencionalmente el carácter inicial, preferentemente expositivo y con fines didácticos, aun cuando se consideró conveniente acompañar las notas bibliográficas propias de un trabajo de investigación.

1. TABLA DE CONCORDANCIAS

- Artículo 2243. Código Suizo de las Obligaciones, Art. 22.
- Artículo 2245. Código Portugués, Art. 1548.
- Artículo 2246. Comentario de Schnaider y Fick al Art. 22 del Código Suizo de las Obligaciones.
- Artículo 2247. Proyecto del código, Art. 2283; Código de Procedimientos Civiles de 1884, Arts. 9 y 10, y Ley del Notariado de 1901, Art. 59.

2. BIBLIOGRAFIA GENERAL: MANUEL BORJA SORIANO: *Apuntes de Contratos*, págs. 2 a 7; MANUEL BORJA SORIANO: *Caracteres de la Promesa de Venta que la distinguen de la Venta*, publicado en "La Justicia", núm. 81, marzo de 1937, págs. 1777 a 1780; FRANCISCO LOZANO NORIEGA: *Apuntes de Contratos*, Edición de la "Asociación Nacional del Notariado", A. C., México 1963, págs. 36 a 50; AGUSTÍN GARCÍA LÓPEZ: *Apuntes de Contratos*, págs. 10 a 41 (Ed. 1953) y págs. 24 a 48 (Ed. 1942); JOSÉ DE JESÚS LEDESMA LABASTIDA: *Apuntes de Contratos* (Año de 1941), págs. 15 a 23; PABLO MACEDO: *Los Contratos Preparatorios*, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo I, año de 1930, págs. 33 a 45; ANTONIO AGUILAR GUTIÉRREZ: *El Contrato Preparatorio o la Promesa de Contrato*, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, año I, núm. 2, mayo-agosto de 1948, págs. 39 a 72; RAFAEL ROJINA VILLEGAS: *Derecho Civil Mexicano*, Tomo 6, Volumen I, 2ª Ed. México 1954, págs. 85 a 131; RAFAEL ROJINA VILLEGAS: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV (Contratos), Primera edición, México 1962, págs. 26 a 43; RAFAEL DE PINA: *Derecho Civil Mexicano*, Tomo III, Primera edición, México 1960, págs. 319 a 330; LEOPOLDO AGUILAR CARVAJAL: *Contratos Civiles*, México 1964, págs. 55 a 63; EDMUNDO DURÁN CASTRO: *El Precontrato*, Puebla 1963; SCHNAIDER Y FICK: *Commentaire du Code Federal Suisse des Obligations*, Neuchatel 1915, Tomo I, págs. 64 y siguientes; VIRGIL ROSSEL: *Manuel du Droit Federal des Obligations*, 4ª Ed. 1920, Tomo I, núm. 69; ANDREAS VON TUHR: *Partie Général du Code Federal des Obligations*, págs. 235, núm. 33 y siguientes; JOSÉ DÍAS FERREIRA: *Código Civil Portugués*, Coimbra 1898, Tomo III, págs. 154 a 157 (Comentario al artículo 1548 del C. P.); LUIZ DA CUNHA GONÇALVES: *Tratado de Direito Civil, em comentario ao Código Civil Portugués*, Volumen VIII, Coimbra 1934, págs. 376 a 402 (comentario al artículo 1548 del C. P.).

NOTA: La presente bibliografía incluye solamente las obras que comentan al Código Civil Mexicano de 1928 o a sus antecedentes legislativos inmediatos que como se hace notar en la tabla de concordancias son el Código Federal Suizo de las Obligaciones y el Código de Portugal. En el cuerpo del trabajo se indica la bibliografía usada para tratar los temas en particular.

3. NOTA HISTÓRICA. El contrato preliminar, como figura contractual independiente, no fue conocido por el Derecho Romano. Sin embargo, se admitían y regulaban los pactos mediante los cuales las partes se obligaban a concluir un contrato de venta o un contrato de mutuo. Poca importancia tuvo, afirma Carrara,¹ el *pactum de vendendo*, que no se encuentra en las fuentes con el rango de convención principal, sino como pacto accesorio de otro contrato. Mayor importancia, dice el mismo Carrara, ofrecen los casos de *pacta de mutuando*, que son considerados en las fuentes como convenciones principales.

Existe un texto, continúa Carrara, que ofrece un gran interés en el estudio de la teoría del contrato preliminar, porque ha sido profundamente estudiado por la Glosa y los comentaristas, quienes generalizando han construido sobre él la doctrina de los *pacta de contrahendo*. El texto está concebido en los siguientes términos: “*Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam nom credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi creditoroum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest*” (D. 45, 1, de verb. obl. f. 68, Paulus libro secundo ad Edictum).

“El jurisconsulto se propone en este texto dos casos distintos, cuando se ha agregado al contrato una cláusula penal, se tiene estipulación cierta, porque en el caso de falta de ejecución de la promesa de mutuo, los daños y perjuicios están ya fijados y se podrá ser requerido con una *condictio certae pecuniae*. A falta de liquidación convencional de los daños y perjuicios, se tiene por el contrario una estipulación incierta. Si el deudor se rehusa a efectuar el mutuo, no podrá ser constreñido, por el principio de que *nemo ad factum cogi potest*; pero podrá ser sujeto a una condena *ad id quod interest* porque a esta condena conduce en derecho romano la falta de ejecución de una obligación de hacer. Lo que claramente aparece de este texto es que el objeto de la obligación era la conclusión de un contrato de mutuo y con esto se demuestra que en el derecho justineano se admitía el *pactum de mutuando*.²

En la doctrina de la Glosa y la Post-Glosa, encontramos un amplio desarrollo de esta materia, centrándose la interpretación en la consideración de los efectos del incumplimiento de la promesa.³

Sobre el tema señalado, podemos encontrar fundamentalmente tres opiniones:

a) En caso de incumplimiento de la promesa unilateral, no podía tener lugar más que el resarcimiento de los daños y perjuicios, aplicando el prin-

¹ GIOVANNI CARRARA: *La Formazione dei Contratti*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano 1915, pág. 27.

² *Idem*, pág. 28.

³ Sobre el desarrollo de la teoría en el derecho medieval puede consultarse útilmente la obra de Carrara antes citada.

cipio *nemo ad factum praecise tenetur*. De este parecer eran: Decio, Paolo Castrense, Mantica y Voet.⁴

b) Según una segunda opinión, el promisorio podía hacer la oferta del precio convenido y reclamar así *recta via* al promitente la tradición de la cosa, con lo que de hecho se perfeccionaba la venta. Esta teoría era sostenida por Tiraquello,⁵ el cual se apoyaba en un decreto del parlamento de París.

c) La tercera opinión fue sostenida por Pothier⁶ quien expresa el parecer que en caso de incumplimiento, el prominente podía ser constreñido a la ejecución en forma específica de la obligación, de tal modo que la sentencia tuviera el lugar del contrato y sirviera de título para la toma de posesión de la cosa.

De las promesas sinalagmáticas poco se ocuparon los autores de derecho común, es necesario llegar a Molineo, quien formuló una teoría que tuvo gran influencia sobre los autores del Código Napoleón. Molineo sostiene que respecto a la promesa sinalagmática de vender se deben distinguir dos posibilidades: o las partes han querido obligarse a vender y a comprar en un futuro próximo o lejano, o ellas, por el contrario, han querido comprar y vender en el presente y se han obligado a estipular dentro de un cierto término un acto regular de compraventa. En el primer caso, se tiene una promesa de venta, en el segundo, por el contrario, se tiene una verdadera venta actual.⁷

“En otro lugar —subraya Carrara—, Molineo aclara aún mejor su teoría con las siguientes palabras: Cuando todos los elementos substanciales de la compraventa intervienen, el *pactum de vendendo* se convierte inmediatamente en venta y entonces no se tiene una promesa de venta, sino una verdadera venta.”⁸

Según la doctrina y la jurisprudencia francesa, que seguía la teoría de Molineo, la promesa de venta, en la cual la voluntad de las partes se refería a un acto presente, era considerada como venta actual, en tanto que era considerada como simple promesa de venta, la venta *in futurum*.

En este estado de la jurisprudencia y la doctrina, fue elaborado el año de 1804 el Código Napoleón, el cual en su artículo 1589 dispone que: “La promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y sobre el precio.”

En opinión de Carrara, el legislador francés al establecer la disposición contenida en el artículo 1589 adoptó la teoría propuesta por Molineo. Esto

⁴ Citados por GIOVANNI CARRARA: *op. cit.*, pág. 32. Cfr. GIORGIO GIORGI: *Teoría de las Obligaciones en Derecho Moderno*. Traducción del italiano al español por Eduardo Dato Iradier. Madrid 1910. Volumen III, pág. 129.

⁵ Citado por GIOVANNI CARRARA: *op. cit.*, pág. 33.

⁶ ROBERTO JOSÉ POTHIER: *Ouvres Publiées par M. Siffrein*, Videcoq. Librairie. París 1824, Tomo III, pág. 303, núm. 511.

⁷ Citado por GIOVANNI CARRARA: *op. cit.*, pág. 33.

⁸ GIOVANNI CARRARA: *op. cit.*, pág. 34.

resulta —escribe Carrara— de los trabajos preparatorios del Código Napoleón. Portalis, en la *Exposición de Motivos*, se expresa del siguiente modo: “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.” El tribuno Faure, en su relación al Tribunal, expresaba los mismos conceptos: “Si el contrato, en lugar de encerrar una venta, contiene una promesa de venta, la promesa tiene la misma fuerza que la venta misma desde que las tres condiciones se encuentran reunidas: la cosa, el precio y el consentimiento.” Esta figura —continúa Carrara— evidentemente no es distinta de la que Molineo describe bajo el nombre de promesa de venta *de praesenti*, en ésta, como en aquélla, la voluntad de las partes se refiere a un acto presente, que contiene todas las condiciones substanciales de la venta. La teoría de Molineo es inexacta y su distinción de la promesa de venta *in praesenti* e *in futurum*, falta de fundamento. Las promesas de venta son necesariamente *in futurum*, porque la voluntad de las partes se dirige a un acto que debe tener lugar en el futuro y la promesa de venta *de praesenti*, señalada por Molineo, no es más que una verdadera y propia venta. El legislador francés —continúa Carrara— haciendo propia la teoría de Molineo, e incurriendo en el mismo error, ha dispuesto que debe ser equiparada a la venta la promesa de vender *de praesenti*, la cual no es sino venta. ¿Cómo debe ser interpretado el artículo 1589 del Código Napoleón? se pregunta Carrara, y responde: El artículo contiene una disposición ociosa, puesto que no hace sino atribuir efectos de venta a contratos que tendrían el mismo efecto por sí mismos. El Código Napoleón regula a los contratos de venta y no a las promesas unilaterales o bilaterales de venta para las que dentro del Código, queda la cuestión sin solución.⁹

La interpretación de Carrara, fundada según nuestro punto de vista, no coincide con las opiniones de la generalidad de los autores franceses. El precepto del Código Napoleón, antes transcrito, ha originado diversos comentarios de los intérpretes, de los cuales nos ocuparemos más adelante,¹⁰ asentando desde ahora que en términos generales se pronuncian por negar la existencia de la promesa bilateral de venta como contrato autónomo de la venta.

Es de sobra conocida la amplia influencia que ejerció la codificación francesa sobre todas las legislaciones latinas posteriores a ella, y en especial el influjo que ejerció el Código Napoleón sobre nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884.¹¹

⁹ GIOVANNI CARRARA: *op. cit.*, págs. 37 a 39.

¹⁰ Cfr. núm. 12.

¹¹ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *L'Influence du Code Civil Français au Mexique*, Montreal 1936.

No obstante esta circunstancia, nuestro legislador civil de 1870 no reprodujo el texto del artículo 1589 del Código Napoleón y, por el contrario, reglamentó la promesa de venta en los siguientes preceptos:

Artículo 2947.—Para que la simple promesa de compraventa tenga efectos legales, es menester que se designe la cosa vendida, si es raíz o mueble no fungible. En las cosas fungibles, bastará que se designe el género y la cantidad. En todo caso debe fijarse el precio.

Artículo 2948.—Si la compraventa no se realizare y hubieren intervenido arras, el comprador perderá las que hubiere dado cuando por su culpa no tuviere efecto el contrato.

Artículo 2949.—Si la culpa fuere del vendedor, éste volverá las arras con otro tanto.

La exposición de motivos del Código mencionado, explicaba la redacción de los artículos citados en los siguientes términos: “La simple promesa de venta produce sin duda una obligación exigible conforme al derecho natural. Y nada importa que no se haya designado el precio; porque este requisito no es esencial para la subsistencia de la promesa: su determinación deberá tener efecto al formalizarse el contrato. Si yo prometo a Pedro que si alguna vez vendo mi casa lo haré a él con preferencia a cualquier otro, es evidente que tiene un derecho indisputable para exigirme el cumplimiento de la promesa; pero como sería fácil que yo la eludiera, exagerando inmoderadamente el precio, para retraerle de entrar en concurrencia, no ha querido la comisión que la promesa tenga efectos civiles, sino cuando al verificarlo se hayan designado la cosa y su precio. En caso contrario, no habrá sino una obligación de mero derecho natural, cuyo cumplimiento quedará confiado a la conciencia y honor del que la ha contraído.”¹²

Los artículos transcritos del Código Civil de 1870 fueron reproducidos, sin ninguna alteración, en el texto del Código de 1884, en donde figuraron con los números 2819, 2820 y 2821.¹³

Profundamente influenciado por la doctrina francesa, dominante en su época, Manuel Mateos Alarcón en sus *Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal*,¹⁴ sin preocuparse de si en nuestra legislación existía o no un precepto semejante al artículo 1589 del Código Napoleón, enseña que la promesa bilateral de compraventa, con designación de cosa y precio constituye un verdadero contrato de compraventa, asentado a continuación

¹² *Código Civil del Distrito Federal y de la Baja California, Edición Económica, Limpia y Correcta aumentada con la exposición; índice alfabético; e índice de las referencias y concordancias.* Tip. de Aguilar e hijos. México 1879, pág. 106.

¹³ Puede consultarse al respecto los *Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, formulados por Miguel S. Macedo. Imprenta de Francisco Díaz de León. México 1884, pág. 112.

¹⁴ MANUEL MATEOS ALARCÓN: *Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal.* Imprenta de Díaz de León Suc. S. A. Tomo V. México 1896, pág. 290.

contradictoriamente, que de acuerdo con lo dispuesto por el Código, las partes pueden rehusarse a convertir la promesa en un verdadero contrato de compraventa, perdiendo el uno las arras que hubiere dado, y restituyéndolas el otro duplicadas.”¹⁵

Por el contrario, Manuel Borja Soriano, en sus apuntes de clase, sostuvo durante la vigencia del Código de 1884 la autonomía del contrato preparatorio de compraventa frente a la compraventa misma, aun cuando el acuerdo fuera bilateral y se hubiere determinado la cosa vendida y el precio que se habría de pagar por ella.¹⁶

Antonio Aguilar Gutiérrez, afirma que durante la vigencia del Código de 1884 la Jurisprudencia de la Corte fue adversa a la tesis negativa del contrato preparatorio, diferenciando los efectos de la promesa y de la compraventa.¹⁷

Como se desprende de lo expuesto hasta aquí, nuestros Códigos antiguos, siguiendo el modelo de los europeos, no reglamentaban al contrato preparatorio en general ni hacían referencias a él, sino tan sólo mencionaban, brevemente, a la promesa de compraventa. Borja Soriano sostuvo —a nuestro juicio con acierto, durante la vigencia del Código de 1844— la posibilidad de concertar, de modo general, contratos preparatorios, considerándolos como innominados y permitidos en función del principio de la autonomía de la voluntad.

Corresponde a nuestro Código vigente, de 1928, el mérito de haber reglamentado, en forma general, al contrato preparatorio separándose de la mayoría de las legislaciones de la época,¹⁸ y consagrando en sus normas principios admitidos por la doctrina. De acuerdo con las disposiciones de nuestra actual legislación civil, pueden claramente celebrarse toda clase de promesas de contrato, ya sean de compraventa o de cualquier otra índole, como por ejemplo de mutuo, de permuta, de arrendamiento, de sociedad, etcétera.

4. DEFINICIÓN. Nuestro Código Civil vigente, contiene un concepto amplio del contrato preparatorio en sus artículos 2243 y 2244, y de ellos podemos inferir la siguiente definición de pre-contrato, diciendo que es

¹⁵ *Idem. Op. cit.*, pág. 291.

¹⁶ MANUEL BORJA SORIANO: *Apuntes de Contratos. Imprenta de Gutiérrez Eskildsen. México 1926 y Caracteres de la Promesa de Venta que la distinguen de la Venta.* Publicado en *La Justicia*, núm. 81, marzo de 1937, pág. 1778.

¹⁷ ANTONIO AGUILAR GUTIÉRREZ: *El Contrato Preparatorio o la promesa de contrato*, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año I, núm. 2, págs. 53 y 55.

¹⁸ El Código Chileno, redactado por don Andrés Bello en 1856, contiene el Art. 1554, que se refiere a la posibilidad de celebrar no sólo contratos preparatorios de venta, sino en general promesas de cualquier tipo de contrato; y el Art. 22 del Código Suizo de las Obligaciones, también prevé esta posibilidad. Sin embargo, ninguno de los códigos citados reglamenta con amplitud el precontrato.

aqué, por el cual, una o ambas partes contratantes asumen la obligación de celebrar un contrato futuro.¹⁹

5. PARTES DE LA PROMESA DE CONTRATO. En el contrato preparatorio hay dos partes: una, llamada “promitente”, que se obliga a celebrar el contrato futuro, y otra llamada “beneficiario”, en favor de la cual se obliga el promitente a otorgar el contrato futuro. Cuando ambas partes asumen, recíprocamente, la obligación de celebrar el contrato prometido, la promesa es bilateral; de lo contrario, si tan solo una parte se obliga a ello, la promesa es unilateral. En el caso de que la promesa sea bilateral, ambas partes a la vez serán promitentes y beneficiarios.

6. NOMBRES QUE SE HAN DADO A ESTA OPERACIÓN JURÍDICA. Nuestro Código emplea diferentes denominaciones para designar al contrato de que nos ocupamos. En el encabezado del título primero, de la parte segunda, del libro cuarto, le llama “Contrato Preparatorio”, más adelante, en su artículo 2244, se refiere a él como “Promesa de Contrato” y “Contrato Preliminar”. A su vez, la doctrina lo conoce con el nombre de “Ante-contrato” o “Pre-contrato”. Con cualquiera de estas cinco denominaciones podemos referirnos al contrato que estamos estudiando.

Como en razón del contrato preparatorio, una o ambas partes se obligan a celebrar un contrato futuro, este último también recibe diversas denominaciones. Nuestro Código le llama como hemos dicho, o sea “contrato futuro” en el artículo 2243, y “contrato definitivo” en el artículo 2246. La doctrina lo designa también con el nombre de “Contrato Prometido”.

7. UTILIDAD DE LA PROMESA DE CONTRATO. La utilidad práctica que encierra la promesa de contrato, consiste en que es un medio jurídico para asegurar la celebración de un contrato futuro.

¹⁹ Ludovico Barassi distingue entre “contrato preliminar” y “promesa de contrato”, considerando al primero como el género y al segundo como la especie. El propio Barassi señala como otras especies del “contrato preliminar” al “Contrato Normativo” y al “Pacto Prelación”, aún cuando por lo que toca a este último caso afirma que “La verdad en este pacto no subsiste del todo una promesa de venta” (LUDOVICO BARASSI: *La Teoria Générale Delle Obligazioni*, Vol. II “Le Font”. Ed. “Dott. A Giufré”, Milano 1946, pág. 407). Paolo Greco y Gastone Cottino consideran que en el “Pacto de Prelación” existe un caso complejo que no excluye acudir a un contrato preliminar unilateral. (PAOLO GRECO y GASTONE COTTINO: *Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca “Della Vendita”*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna; Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma 1966, pág. 31.) Puede plantearse también la posibilidad de que mediante un contrato preliminar una de las partes se obligue frente a la otra a asumir una obligación no mediante el otorgamiento de un contrato, sino por medio de una declaración unilateral de voluntad. Tal situación se la plantea Giorgio Giorgi (*Teoria de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, traducción española de la 7ª Ed. Italiana, Vol. III, pág. 124, Madrid 1910). Considerando la definición que hemos expuesto, la cual está basada en los textos de nuestro Código Civil, no creemos que la hipótesis señalada cupiera claramente en el concepto de contrato preparatorio, pero pensamos que dado el principio de la autonomía de la voluntad no existe imposibilidad alguna para celebrar este contrato, el cual tendría carácter de innominado. Al lado de la promesa de contrato la doctrina suele referirse a la “Opción”. Sin embargo, el concepto de dicho

Pablo Macedo,²⁰ nos explica con toda claridad que generalmente los contratos no suelen celebrarse en un solo acto y cuando los interesados se encuentran en presencia; que para la mayoría de ellos se requieren tratos previos mediante los cuales los presuntos contratantes tratarán de ponerse de acuerdo sobre el contenido de los mismos.

Sobre los tratos previos ha escrito con acierto Giovanni Carrara²¹ y aun cuando generalmente se niega el que estos tratos previos a la celebración del contrato tengan consecuencias jurídicas, la doctrina francesa contemporánea se inclina a atribuir ciertas consecuencias a la ruptura o rechazo de estos tratos, a los que conoce con el nombre de *Pourparleurs*, fundando la responsabilidad de quien rechaza o rompe los tratos previos, en la comisión de un acto ilícito.²²

Lo que es perfectamente claro y universalmente admitido, es el hecho de que hasta el momento en el que las partes están de acuerdo nace el contrato, y por lo mismo queda formado el vínculo jurídico.

Puede ocurrir sin embargo, que aún estando las partes en disposición de realizar el contrato, no quieran, o no les convenga, o bien no puedan de momento, celebrar el contrato que se proponen. Esto sucede, por ejemplo, cuando una de ellas adolece de alguna incapacidad, necesita previamente obtener una autorización, o tiene que llenar antes de la celebración del contrato algún otro requisito. Se celebra entonces un contrato que, reuniendo en sí todos los elementos necesarios para constituir esta figura jurídica, y producir obligaciones, no requiere, sin embargo, de algún requisito sin el cual no puede llegar a ser el contrato determinado que las partes se proponen. Por ejemplo, si un extranjero quiere comprar un bien inmueble ubicado en la ciudad de México, previamente al otorgamiento de la escritura en la que se haga constar su adquisición, deberá obtener un permiso

acto jurídico no es uniforme ni bien delineado. En ocasiones se conceptúa a la opción como un acto unilateral, como una simple policitación con plazo, y en otras como un contrato. En la segunda hipótesis los límites y distinciones entre la opción y los contratos preparatorios no quedan siempre bien definidos. Nuestra jurisprudencia usa indistintamente el término de "Opción" para designar a veces policitaciones y a veces promesas de contrato que a su vez tienen carácter contractual. Sobre el concepto doctrinal de "Opción" puede consultarse: ANGEL OSSORIO Y GALLARDO: *El Contrato de Opción*, segunda edición. "Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana", México 1963; JOSÉ MARÍA MENGUAL Y MENGUAL: *La "Opción" como Derecho y como Contrato*. Primera edición. Editorial Reus, Madrid 1936; RAMÓN BADENES GASSET: *La Preferencia Adquisitiva en el Derecho Español (Tanteo, Retracto, Opción)*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1958.

²⁰ PABLO MACEDO: *Los Contratos Preparatorios*, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo I, Año de 1930, pág. 35.

²¹ GIOVANNI CARRARA: *op. cit.*, págs. 1 a 15.

²² Sobre el punto puede consultarse: ARTHUR HILSERAND: *Las Obligaciones Precontractuales*, traducción al español de Faustino Menéndez Pidal. Góngora, Casa Editorial. Madrid S/F. MICHEL DE JUGLART: *Cours de Droit Civil*, París 1964, Tomo I. MAX DE LABARRE: *El Consentimiento, Papel del Notario en los "Pourparleurs"*, ponencia presentada al 62 Congreso de Notarios de Francia, celebrado en Perpignan el mes de junio de 1964, y la bibliografía que se cita en dicha ponencia.

de la Secretaría de Relaciones Exteriores para efectuar la compraventa, como ese permiso requiere trámites que necesariamente dilatan la operación, el extranjero podrá celebrar un Contrato Preparatorio con la persona que le va a enajenar el bien, para asegurarse de que cuando se obtenga el permiso, el vendedor no haya cambiado de opinión. Como el ejemplo que hemos señalado podríamos encontrar otros muchos en los cuales las partes o no pueden, o no quieren celebrar de momento un contrato, pero sí tienen la intención de asegurar para el futuro el otorgamiento del contrato en cuestión.

8. FUNCIÓN JURÍDICA DE LA PROMESA DE CONTRATO. El contrato preparatorio sólo tiene una función jurídica y no una función de carácter económico. Por regla general, los contratos al mismo tiempo que con una función jurídica cumplen con otra de tipo económico, por excepción, la promesa de contrato sólo tiene una función de tipo jurídico.

Don Felipe Clemente de Diego²³ en su tratado de Derecho Civil, enseña que en virtud de que en la promesa sólo se asumen obligaciones de hacer, consistentes en la celebración de un contrato futuro, en estas obligaciones no va implícito ningún movimiento de riqueza y que, por ello, no hay en el contrato preliminar una función económica que cumplir, sino tan sólo una función jurídica: la función de crear obligaciones para las partes y así asegurar la celebración de un contrato futuro.

9. CLASES DENTRO DE LA PROMESA DE CONTRATO. Ya hemos dicho que en virtud de la promesa, las partes pueden obligarse recíprocamente a otorgar el contrato prometido, o simplemente una de ellas comprometerse a dicho otorgamiento. Si son las dos partes las que quedan obligadas a contratar, la promesa será "bilateral", y si sólo es una la que resulta obligada, el otorgamiento del contrato definitivo, la promesa será "unilateral".

10. DIFERENCIA DE LA PROMESA DE CONTRATO CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS. Debemos distinguir el ante-contrato de otras figuras jurídicas que le son afines, tales como la policitud y la minuta.

Como es de sobra conocido, la policitud es una oferta de contrato, es una declaración unilateral de voluntad, que tiene como consecuencia el obligar al que la hace a otorgar el contrato que ha ofrecido.²⁴ Esta situación se asemeja a la promesa unilateral de contrato, porque en ambos casos una parte queda obligada a celebrar en el futuro un contrato, pero se distingue del contrato preparatorio en la circunstancia de que en la policitud, la obligación de quien ofrece celebrar el contrato deriva de una

²³ FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, pág. 125.

²⁴ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Ed. Porrúa Hermanos, S. A. México 1953, núm. 109.

declaración unilateral de voluntad, en tanto que en el contrato preliminar, aun cuando sea unilateral, la obligación nace de un acuerdo de voluntades. Ambas situaciones tienen efectos semejantes, pero no idénticos, sobre todo por cuanto toca a los alcances del deber del obligado, ya que las reglas de interpretación de los contratos sólo son aplicables a las declaraciones unilaterales de la voluntad en todo aquello que no esté expresamente previsto para ellas. Desde el punto de vista fiscal también hay diferencias importantes entre la policitud y el precontrato, ya que sólo el segundo quedaría gravado por ciertas leyes, como la del Timbre. Pero lo que es más importante aún, es considerar cómo se formaría el contrato en el caso de la aceptación de la oferta y en el de la celebración del contrato definitivo. En el primer caso, bastaría con que la persona a quien se ha dirigido la policitud manifestara su aceptación para que se perfeccionara el contrato, y si el policitante se rehusa a formalizar el contrato, el aceptante puede acudir al juez para que, mediante una sentencia declarativa, decida el que el contrato existe desde que el aceptante otorgó su consentimiento. En el segundo caso no bastará con la sola voluntad de quien quiera llevar a efecto el contrato prometido, pues el contrato definitivo sólo se perfeccionará en el momento en que ambas partes otorguen el contrato que se ha prometido celebrar.

Por lo que toca a la minuta, ésta es un documento preliminar, por así decirlo, en el que se consignan las bases de un acto o contrato que más tarde ha de ser elevado a escritura pública. El contrato consignado en minuta tiene, o al menos puede tener, todos sus elementos intrínsecos; pero le falta la forma. Es un contrato incompleto, y por eso no da derecho a ninguno de los contratantes a exigir las prestaciones propias del contrato. A veces los contratantes, al firmar una minuta, ejecutan total o parcialmente sus obligaciones; sin embargo, el contrato continúa siendo imperfecto porque los interesados, al escoger la forma de minuta, se colocan en la situación jurídica de no tener más derecho que el de exigir el otorgamiento de la escritura, o la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda. Por lo mismo, las prestaciones no cumplidas siguen siendo inexigibles hasta que se otorga la escritura pública.²⁵

Las Leyes del Notariado de 1901 y de 1932 reglamentaban a las minutas, pero la Ley actualmente en vigor las prohíbe, suponiendo que su función jurídica la cumple plenamente el contrato preparatorio. Sin embargo, como esta Ley sólo se aplica en el Distrito Federal, existen algunos Estados en que sus leyes del Notariado permiten aún el otorgamiento de las minutas.

El contrato preparatorio y el consignado en una minuta, pueden en la práctica tener una utilidad semejante, puesto que alguien, para asegurar la ejecución de una determinada obligación, puede tanto otorgar una

²⁵ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *op. cit.* Tomo I, núms. 325 a 327.

minuta, como celebrar un contrato preparatorio. Sin embargo, desde un punto de vista técnico, y aun práctico, las distinciones entre ambas figuras jurídicas son numerosas. En primer lugar, el contrato otorgado en minuta que después se eleva a escritura pública, es un solo contrato, cuya ejecución se difirió al otorgar la minuta, hasta el momento de elevar dicho contrato a escritura pública. Por el contrario, el contrato preparatorio da lugar al otorgamiento de un segundo contrato que es el prometido, y por lo mismo en este último supuesto existen dos contratos. En segundo término, las obligaciones que constan en una minuta no pueden exigirse sino hasta que ésta se eleva a escritura pública, y el contrato preparatorio es exigible inmediatamente. Podríamos seguir señalando diferencias entre ambas figuras jurídicas, pero creo que con las indicadas es suficiente para poder diferenciar estos dos actos.

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORIAS NEGATIVAS DEL CONTRATO PREPARATORIO. SU REFUTACION

11. TESIS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA AUTÓNOMA DEL CONTRATO PREPARATORIO. Aun cuando parezca paradójico, es necesario distinguir al contrato preparatorio del contrato definitivo, puesto que existe una fuerte corriente de doctrina que asimila ambos contratos. Existen tesis que niegan la configuración del contrato preliminar como figura jurídica autónoma y sus sostenedores identifican al pre-contrato con el contrato definitivo sujeto a término o a condición. A continuación, estudiaremos, en primer término, el artículo 1589 del Código Napoleón y los comentarios que ha suscitado en la doctrina francesa, y posteriormente la influencia que ha tenido dicha doctrina en el mundo jurídico.

12. EL CÓDIGO NAPOLEÓN. Las teorías que niegan la existencia autónoma del contrato preparatorio, encuentran un firme apoyo y un punto de partida en el Derecho Francés. El artículo 1589 del Código Napoleón, dispone que: "La promesa de venta equivale a la venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio." Este texto ha sido interpretado de diferentes maneras por la doctrina francesa. Colín y Capitant²⁶ en su *Curso Elemental de Derecho Civil Francés*, consideran que dicho precepto se refiere sólo a la promesa sinalgamática, teniendo en cuenta que en él se hace alusión al "consentimiento recíproco de las dos partes", y admiten que cuando la promesa es unilateral, esta situación no ha sido contemplada por el Código Civil y que en teoría con base en el

²⁶ AMBROISE COLIN y HENRI CAPITANT: *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. Tomo II. Dixième Edition Entièrement refondu et mise a jour par Léon Julliot de la Morandiere. Librairie Dalloz, Paris 1948. Número 832, pág. 554.

principio de la autonomía de la voluntad, pueden concertarse promesas unilaterales, las cuales no son aún ventas, sino verdaderos antecontratos. La opinión de Colín y Capitant, es compartida por Josserand,²⁷ Mazeaud,²⁸ Gaudemet,²⁹ Aubry y Rau,³⁰ Baudry Lacantinerie,³¹ Laurent³² y Demolombe,³³ entre otros autores franceses. La doctrina francesa trata el problema de los contratos preparatorios a propósito del consentimiento, y a decir verdad, la mayoría de los autores citados parecen, en ocasiones, asimilar a la promesa unilateral de venta con la simple policitación u oferta de contrato, pues afirman que al otorgar el beneficiario su asentimiento para el contrato, éste queda perfeccionado, pues lo que le hacía falta era sólo la voluntad de una de las partes contratantes. Sobre este punto, debemos tener presente que en la doctrina francesa no es usual admitir a la declaración unilateral de la voluntad como fuente de obligaciones, y esta circunstancia obliga a buscar una fuente contractual para el ofrecimiento de contrato.³⁴ Luis Boyer³⁵ en un documentado estudio sobre "Las Promesas Sinalagmáticas de Venta", publicado en la *Revista Trimestral de Derecho Civil*, correspondiente al primer trimestre de 1949, distingue con claridad entre la policitación y la promesa unilateral de venta y admite aún la existencia de las promesas bilaterales, aun cuando con fundamentos distintos a los que usualmente se les atribuye en las legislaciones y doctrinas modernas.

En contraste con las opiniones mencionadas, Marcel Planiol,³⁶ tras de afirmar que la promesa de venta es esencialmente una convención unilateral, asienta que el artículo 1589 del Código Napoleón se refiere precisamente a las promesas unilaterales, considerando que las promesas sinalagmáticas son operaciones lógicamente inconcebibles y que, por lo mismo, no pudo referirse a ellas el Código. En consecuencia, Planiol enseña que de

²⁷ LOUIS JOSSERAND: *Cours de Droit Civil Positif Français*, 2ème Ed. París 1933, Tomo II, Número 1069, pág. 561.

²⁸ HENRI, LEÓN, y JEAN MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil*. Ed. Montchretien, París 1960, Tomo III, Número 790 y sigts. pág. 673 y sigts.

²⁹ EUGÈNE GAUDEMET: *Théorie Générale des Obligations*, Librairie de Recueil Sirep, París 1937, pág. 267.

³⁰ CH. AUBRY y CH. RAU: *Cours de Droit Civil Français*, Ed. IV éme, París 1871, Tolo IV, número 349, págs. 332 y sigts.

³¹ G. BAUDRY LACANTINERIE, y L. SAIGNAT: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. III éme Ed. París 1908, Tomo XIX, número 58, págs. 41 y sigts.

³² F. LAURENT: *Principes de Droit Civil Français*, 5ème Ed. París 1893, Tomo 24, número 19 y sigts., págs. 25 y sigts.

³³ CHARLES DEMOLOMBE: *Cours du Code Napoleón*, París 1882.

³⁴ Al respecto pueden consultarse las *Leçons de Droit Civil* de Henri, León y Jean Mazeaud, Tomo III, número 783 y sigts., págs. 669 y sigts. y la relación sobre "La Promesa de Contrato", presentada por Sabatier al 62 Congreso de Notarios de Francia, celebrado en Perpignán el mes de junio de 1964, Tomo I, págs. 89 y sigts.

³⁵ LOUIS BOYER: *Las promesas Sinalagmáticas de Venta*, publicado en la *Revue Trimestrielle Du Droit Civil*, Tomo 47, enero-marzo de 1948, pág. 21.

³⁶ MARCEL PLANIOL: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tomo II, 9ème Edition. "Librairie Général de Droit & de Jurisprudence", París 1923, número 1401, pág. 473.

acuerdo con la disposición del Código Francés, toda promesa de venta debe ser equiparada a la venta.

Si la promesa sinalagmática de venta fue, durante mucho tiempo, considerada por la doctrina francesa como una operación jurídicamente inconcebible, fue porque los primeros comentaristas del Código, fieles a la escuela de la exégesis, presentaron este principio como resultado de la voluntad del legislador, conforme a las enseñanzas del antiguo derecho. Actualmente, no es sólo la argumentación de carácter exegético la que lleva a negar autonomía al contrato preparatorio, sino que los autores franceses se han preocupado por fundar teóricamente su negativa.

René Demogue³⁷ en su *Tratado de las Obligaciones en General*, sostiene con acopio de razones esta opinión. Para este autor, el precontrato es sólo una fase en la realización de un contrato, es un contrato incompleto, imperfecto —dice Demogue—; voluntad, objeto, etc., se agrupan en moldes tradicionales de actos jurídicos como el contrato, el testamento, etc., y quedan como cristalizados en ese molde, en espera de que nuevos elementos vengan 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 hayan reunido”. Así se explica para René Demogue la promesa de contrato, no como un contrato diverso al definitivo, sino como un contrato imperfecto. Para este autor, lo que hay en el fondo 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”. Desde el momento en que se celebra la promesa, se está celebrando el contrato, pero se retarda tal o cual efecto, sea la trasmisión de la propiedad, la entrega de las cosas, la adquisición de los riesgos, etc. En conclusión, la tesis de Demogue consiste en afirmar que el precontrato no crea una obligación de hacer (celebrar un contrato futuro), sino que asimilándose al contrato mismo, tiene como efectos crear toda clase de obligaciones que sean inherentes al contrato en cuestión, dada su naturaleza.

13. LA DOCTRINA. Las ideas de los autores franceses, fundadas en el artículo 1589 del Código Napoleón, inspiraron a algunos autores italianos como Giorgi,³⁸ Pacificci-Mazzoni³⁹ y Ricci⁴⁰ y sin que en el Código Ita-

³⁷ RENÉ DEMOGUE: *Traité des Obligations en Général*, París 1923, Tomo II, número 469 y sigts. págs. 12 y sigts.

³⁸ GIORGIO GIORGI: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, traducción de Eduardo Dato Iradier, Madrid 1910, Volumen III, número 143 y sigts. págs. 122 y sigts.

³⁹ EMDIO PACIFICCI-MAZZONI: *Codice Civile Italiano*, III a Ed. Firenze 1901, Tomo 12, número 26, págs. 45 y sigts

liano de 1865 existiera una disposición semejante a la del Código Francés, negaron la existencia autónoma del contrato preparatorio, fundándose en consideraciones semejantes a las aducidas por los comentaristas del Código Napoleón.

En España, Calixto Valverde⁴¹ sostiene la identidad entre el contrato preparatorio y el definitivo, y José Alguer, en un documentado y profundo estudio, publicado en la *Revista de Derecho Privado* correspondiente al año de 1935, niega también la sustantividad del contrato preliminar. Alguer razona su postura argumentando que 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. Quienes admiten la existencia del contrato preparatorio como autónomo, respecto del definitivo, en opinión de Alguer, cometen un serio error al pretender desarticular el acto jurídico, de las consecuencias jurídicas del propio acto; cuando se otorga un precontrato, lo que se quiere en realidad son los efectos futuros propios de un determinado tipo concreto de contrato. Tratándose de promesa unilateral —continúa Alguer— es más clara todavía la condición de contrato definitivo, de contrato único, sujeto a la condición *si volet*.⁴²

Entre los tratadistas mexicanos, Edmundo Durán Castro⁴³ se adhiere a la tesis de Alguer y niega la existencia del contrato preparatorio como autónomo del definitivo.

Andreas von Tuhr⁴⁴ distingue la promesa en la cual una persona promete a otra celebrar un contrato con un tercero, de aquella en la cual los contratantes en la promesa serán los mismos que otorguen el contrato definitivo, y afirma que mientras en el primer caso hay, sin duda, dos contratos autónomos, en la segunda hipótesis “ya no es tan clara la existencia de un contrato preliminar, distinto del definitivo”.⁴⁵

Sintetizando, podríamos afirmar que existen tratadistas que asimilan la promesa bilateral al contrato definitivo sujeto a término y la promesa unilateral al contrato definitivo sujeto a condición. En el primer caso, las partes querrán, desde el primer momento, los efectos del contrato definitivo, y sólo desean diferir su ejecución; en el segundo, la voluntad del benefi-

⁴⁰ F. RICCI: *Derecho Civil Teórico y Práctico*, traducción E. Ovejero, Madrid S/F, Tomo XV, número 101 y sigts. págs. 246 y sigts.

⁴¹ CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo III. “Derechos Personales o de Obligaciones”, Valladolid 1920, segunda edición. pág. 309.

⁴² JOSÉ ALGUER: *Para la crítica del concepto de precontrato*. Publicado en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXII, Año de 1935, números 265 a 267.

⁴³ EDMUNDO DURÁN CASTRO: *El Precontrato*, Editorial Cajica, Puebla 1963, págs. 302 y sigts.

⁴⁴ ANDREAS VON TUHR: *Tratado de las Obligaciones*, traducido del alemán y concordado por Wenceslao Roces, Editorial Reus, S. A. Madrid 1934, número 32, págs. 188 y sigts.

⁴⁵ ANDREAS VON TUHR: *op. cit.*, pág. 189.

ciario operará como condición para que se produzcan los efectos del contrato definitivo, el cual se ha querido en forma condicional desde que las partes estuvieron de acuerdo en la celebración del pretendido contrato preparatorio. Siempre —se afirma—, la voluntad de las partes es la misma en el contrato preparatorio y en el contrato definitivo.

Además —se dice— si se acepta la existencia de dos contratos, uno de los cuales se otorga en ejecución del otro, puede muy bien suceder que la voluntad del promitente haya cambiado en el momento de tener que celebrar el contrato definitivo, y si lo celebra cumpliendo con su obligación preexistente, su voluntad no será libre, estará viciada, y, por lo mismo, el contrato definitivo no sería válido. En opinión de quienes sostienen esta teoría sólo afirmando la existencia de un negocio unitario, puede superarse esta objeción.

14. CONSTRUCCIÓN TÉCNICA DE LA PROMESA DE CONTRATO. El análisis de la construcción técnica de la promesa de contrato nos lleva a rechazar las teorías negativas antes expuestas. En efecto, como todos los contratos, el preparatorio se forma mediante una policitud u oferta y por la aceptación que hace la persona a quien se le dirigió la policitud. Una de las partes ofrece la celebración del acto, la otra la acepta y en ese momento existe el contrato preparatorio, y salvo que se sujete expresamente a alguna modalidad, inmediatamente surgen obligaciones de hacer para una o ambas partes, según que la promesa sea unilateral o bilateral. Para cumplir con las obligaciones producidas por la promesa, las partes celebran un segundo contrato, el definitivo.

Analizando lo que antes hemos expuesto, podemos fácilmente percibir que las obligaciones para las partes contratantes, por regla general, nacen en el momento en que se perfecciona el contrato preparatorio, y que dichas obligaciones son exigibles de inmediato, sin que pueda decirse que están sujetas ni a plazo ni a condición.

Por otra parte, no siempre la persona que desea celebrar el contrato preparatorio necesita forzosamente querer el otorgamiento del contrato futuro, puede ser, y éste es un caso corriente en la promesa unilateral, que el beneficiario no sepa si en el futuro le convendrá la celebración del contrato definitivo, pero lo que sí desea, es asegurarse que si sus intereses lo reclaman, se otorgará en el futuro algún contrato. La voluntad es distinta en el contrato preparatorio, y en el definitivo. Por ejemplo, si una persona pretende iniciar un negocio estableciéndose en un local que no es de su propiedad, y prevé que en cierto tiempo el auge de su empresa se verá menoscabado si tiene que cambiarse de local, y por otra parte, de momento no dispone de fondos suficientes para adquirir el inmueble en donde instalará su negocio, puede perfectamente celebrar un contrato de arrendamiento respecto del local en donde establecerá su empresa y al mismo tiempo exigir que el arrendador se obligue a venderle el bien arrendado

dentro de un plazo determinado, y por la cantidad que al efecto se señale, siempre y cuando el arrendatario desee hacer uso de la promesa, lo cual lo hará en el caso de que el éxito de su negocio lo requiera, o dejará de hacerlo si es que en el momento preciso, el interés del negocio ya no requiere la adquisición del local en donde está establecido. En este ejemplo, puede verse claramente cómo el que celebra el contrato preparatorio muchas veces no sabe si deseará celebrar el contrato definitivo.

Por otra parte, en el caso de que el contrato definitivo se celebre cumpliéndose a una de las partes a otorgarlo, en la forma que estudiaremos posteriormente, no creo que pueda decirse que la voluntad está viciada, en el sentido previsto por nuestras leyes, ya que no se configura la violencia, sino que simplemente existe una coacción legal comúnmente admitida por la doctrina como una circunstancia que no afecta la validez del acto. En efecto, lo que ocurre es que el Juez, a instancia de la parte agraviada, obliga al cocontratante incumplido a lo que prometió en un contrato libremente celebrado. Louis Boyer ⁴⁶ explica que el contrato preparatorio no obliga a querer, lo que sería completamente ilógico, sino a un *facere* consistente en el otorgamiento del contrato prometido. Por lo que toca a la intervención del juez para obtener la ejecución del contrato, sustituyéndose a la voluntad del promitente, nos referiremos a ella más adelante.⁴⁷ Además, no puede pensarse que la promesa unilateral, sea un contrato sujeto a la condición de que el beneficiario quiera celebrarlo, puesto que la voluntad de uno de los contratantes es un elemento esencial, intrínseco, del contrato y, por lo mismo, no puede servir como condición. Recuerden ustedes que la condición en un acontecimiento futuro de realización incierta del que depende la existencia o la resolución de un determinado derecho, pero que ese acontecimiento debe ser exterior, extrínseco al contrato, y que no puede ser uno de sus elementos constitutivos; con toda justificación, Etienne Bartin ⁴⁸ en su *Teoría de las Condiciones*, afirma que: "No hay en un acto jurídico condición propiamente dicha, mas que cuando se le puede, con el pensamiento, concebir como un acto puro y simple." Por otro lado, si se tratara efectivamente de un acto sujeto a condición, de acuerdo con nuestro Código Civil, cumplida la presunta condición, el acto retrotraería sus efectos a la fecha en que fue celebrado, y esto no es sostenible, ni nadie lo sostiene, a propósito del contrato preparatorio.

En ocasiones, se afirma que el hecho de que la pretendida condición estuviera configurada por la exclusiva voluntad de una de las partes, el que se tratara de una de las llamadas condiciones *si volet* haría imposible su validez en nuestro derecho. No creo que sea exacto este razonamiento,

⁴⁶ LOUIS BOYER: *Les Promesses Synalagmatiques de Vente*. Contribution a la Théorie des Avants-Contrats. Publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tomo XLII. Año de 1949, pág. 19.

⁴⁷ Cfr. Número 23 de este trabajo.

⁴⁸ ETIENNE BARTIN: *Théorie des Conditions*. Arthur Rousseau Editeur. París, 1887.

ya que lo que nuestro legislador prohíbe es que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, y en el caso a examen, el cumplimiento quedaría al arbitrio no del deudor, sino del acreedor.⁴⁹ Lo que sí creo que sería aplicable, es lo dispuesto por el artículo 1797 de nuestro Código Civil, que preceptúa que el cumplimiento y la validez de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Además, pienso que puede establecerse claramente la diferencia entre el contrato preparatorio y el definitivo, tanto por lo que se refiere al consentimiento como por lo que toca al objeto. En primer lugar, como ya hemos visto, el consentimiento es diferente para celebrar uno y otro contrato, quien otorga un precontrato puede querer, o no, el que se celebre el contrato definitivo, lo único que necesariamente debe querer, es obligar a la otra parte u obligarse ambos, a celebrar el contrato definitivo. En segundo lugar, el objeto de ambos contratos es distinto: en el primero, el objeto consiste exclusivamente en producir cierto tipo de obligaciones de hacer; en cambio, en el segundo, el objeto puede consistir en la producción de obligaciones de cualquier género, ya sean de dar, de hacer, o de no hacer.

De lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que siendo diferentes en sus elementos esenciales el contrato preparatorio y el definitivo, existe una diferencia radical entre ambos y debe considerárseles como negocios jurídicos distintos, sin que pueda asimilarse el uno al otro. Además, nuestro derecho positivo con toda claridad reglamenta al contrato preparatorio como una institución autónoma, y distinta del definitivo. Esta situación se ha reconocido ampliamente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.⁵⁰

⁴⁹ Cfr. el artículo 1944 del Código Civil.

⁵⁰ Cfr. Tesis de Jurisprudencia definida números 109, 110, 271 y 272 y en especial la siguiente sentencia relacionada a la tesis 271: "Promesa de venta y compraventa, distinción entre los contratos.—Debe distinguirse entre el contrato que se celebra en la promesa y por el cual ambas partes o una de ellas se obligan a celebrar dentro de un plazo definido, un contrato determinado, y la operación definitiva que habrá de celebrarse en el futuro y dentro del plazo fijado, pues éste constituye un contrato independiente, tanto en lo que se refiere al consentimiento como al objeto, como elementos esenciales. El acuerdo de voluntades para celebrar el contrato definitivo, que se estipula en una promesa de contrato, tiene que ocurrir precisamente en fecha posterior a la celebración de la promesa, dado que en ésta, una de las partes o ambas se obligan a celebrar en el futuro un determinado contrato; de manera que al celebrar la promesa, sólo haya consentimiento para el contrato preliminar, pero no puede haberlo para el definitivo. El hecho de que en la promesa se fije un plazo para celebrar la operación definitiva, sólo origina una obligación de hacer, consistente en la celebración del contrato prometido; y esa obligación de hacer, al ser cumplida se traduce en la celebración del contrato ofrecido; de suerte que hasta el momento en que las partes exteriorizan sus respectivas voluntades, otorgando la operación prevista, es cuando existe el consentimiento en el contrato definitivo. Quinta Epoca: Tomo XCV, pág. 1794.—Aubert Caire, Antonio."

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ

15. EL CONSENTIMIENTO. En la promesa, como en todo contrato, los elementos de existencia son dos: el consentimiento y el objeto; no existe en este caso ningún elemento específico de existencia. Por lo que toca al consentimiento, sólo debemos señalar que consiste en el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, acerca del efecto productor de obligaciones de hacer, relativas a la celebración de un contrato futuro que surgirán como consecuencia del preparatorio. Es conveniente recordar acerca del consentimiento la *Teoría General de las Obligaciones*.⁵¹

16. EL OBJETO. El segundo de los elementos de existencia de la promesa, es el objeto. Como ya hemos dicho, el objeto directo de dicho contrato es el producir una obligación de hacer consistente en el otorgamiento del contrato prometido. En el sentido del artículo 1824 del Código Civil, el objeto de la promesa es el contrato prometido. A este respecto, el Código Civil vigente, en su artículo 2246, siguiendo las ideas de Schnaider y Fick⁵² exige que en el antecrtrato se consignent los elementos esenciales del contrato definitivo. Debemos recordar en relación con este tema, que en todo contrato hay tres clases de cláusulas: las esenciales, las naturales, y las accidentales. Las cláusulas esenciales son aquellas que son indispensables para la existencia misma del contrato, son las que lo caracterizan y en cuya ausencia no puede concebirse. Las cláusulas naturales son las que la Ley supone que existen en el contrato, en ausencia de voluntad de las partes. Por último, las cláusulas accidentales son aquellas que los contratantes pueden establecer libremente, pero que si no constan en forma expresa no se tienen por existentes. Ahora bien, de estas tres clases de cláusulas, solamente es indispensable que consten en el precontrato las cláusulas esenciales. Este es el requisito que nuestro Código establece. La no observancia de esta disposición produce la inexistencia de la promesa, ya que al faltar un elemento esencial, no podrá configurarse el contrato prometido y por lo mismo faltará el objeto al preparatorio y, de acuerdo con las reglas generales, esta circunstancia acarreará su inexistencia.

Aunque el contrato preparatorio y el definitivo son independientes entre sí por lo que toca al objeto, existen ciertas relaciones entre ambos; hay un encadenamiento entre la licitud y la posibilidad del objeto del contrato definitivo con la licitud y la posibilidad del preparatorio. Si el objeto del definitivo es imposible, también el preparatorio tendrá un objeto impo-

⁵¹ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Números 108 a 133.

⁵² SCHNAIDER Y FICK: *Commentaire du Code Federal Suisse des Obligations*. Neuchatel 1915. Tomo I, pág. 64.

sible y, por lo mismo, será inexistente. Tan imposible es la venta de la luna, como la promesa de venta de la luna. Si el objeto del contrato definitivo es ilícito, también el objeto del preparatorio lo será. Tan ilícito es obligarse a matar a una persona, como ilícito es prometer obligarse a matarla. Aun cuando son figuras jurídicas autónomas, existen relaciones entre ambas.

17. AUSENCA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO. En lo relativo a la ausencia de vicios en el consentimiento del contrato preparatorio, no existe ninguna norma especial y serán aplicables al caso las disposiciones generales sobre la materia contenida en la *Teoría General de las Obligaciones*.⁵³

18. CAPACIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES. Tampoco sobre este requisito de validez existen reglas especiales, por lo que son aplicables las reglas de la *Teoría General de las Obligaciones*,⁵⁴ sólo es necesario enfatizar el hecho de que, entre la capacidad para celebrar el contrato preparatorio y la que es necesaria para otorgar el contrato definitivo, no existe identidad.

19. FORMA. Tampoco en lo que toca a la forma, hay relación entre la que se requiere para celebrar el contrato preparatorio y la necesaria para otorgar el definitivo, a diferencia de lo que establecen algunos códigos extranjeros, e independientemente de que el contrato prometido deba constar en escrito privado, en escritura pública, o sea consensual, nuestro Código dispone —en su artículo 2246—, que el contrato preliminar debe consignarse simplemente por escrito, debiendo entenderse que la forma requerida es la de escrito privado. Como requisito de validez, no es necesario que al otorgamiento de la promesa concurren testigos, ni que se extiendan varias copias del documento, basta un solo ejemplar firmado por las partes contratantes.⁵⁵

20. OBJETO, MOTIVO O FIN LÍCITOS. Salvo lo que hemos indicado en las líneas anteriores, en relación con la licitud del objeto, motivo o fin del contrato definitivo con la del preparatorio, son aplicables al precontrato las reglas generales sobre licitud.⁵⁶

21. NECESIDAD DE LIMITAR LA PROMESA A CIERTO TIEMPO. Nuestro Código Civil, en su artículo 2246, al establecer los requisitos específicos de eficacia de la promesa de contrato, siguiendo las ideas de Schnaider y Fick⁵⁷ señala que ésta debe limitarse a cierto tiempo, o sea que todo contrato preparatorio debe tener un plazo de carácter extintivo.

⁵³ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, Números 330 a 391.

⁵⁴ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *op. cit.* Tomo I. Números 392 a 402.

⁵⁵ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *op. cit.* Tomo I. Números del 249 al 296.

⁵⁶ Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *op. cit.* Tomo I. Números del 172 al 187.

⁵⁷ SCHNAIDER Y FICK: *op. cit.*, pág. 65.

La obligación de celebrar el contrato prometido, que surge de la promesa, termina al cumplirse el plazo señalado, y una vez transcurrido éste, la parte queda libre de su obligación para con la otra. El que se establezca este plazo, es indispensable por dos razones: primero, por una razón jurídica: no pueden existir obligaciones perpetuas; segundo, por una razón económica: si no se fija un límite temporal a la obligación, el bien, objeto de ésta, vendría a quedar abstraído a la libre circulación de la riqueza.

Existe discrepancia en la doctrina mexicana acerca de las consecuencias que acarrearía la falta de fijación del plazo en el contrato preparatorio. El Dr. Francisco Lozano Noriega⁵⁸ piensa que la disposición que exige la fijación del plazo, es de orden público, y que por esta razón, si se infringe, el contrato, quedará viciado de nulidad absoluta; por el contrario, don Agustín García López⁵⁹ y Rafael Rojina Villegas⁶⁰ sostienen que en el caso de que no se fije el plazo, nada impide que las partes con posterioridad lo determinen y purguen así el vicio original que existía en el contrato, y en consecuencia, que la promesa en la que no se fijó plazo solo está viciada de nulidad relativa. En un sentido semejante al del maestro García López, se expresa don Pablo Macedo.⁶¹ Desde mi punto de vista, de acuerdo con la teoría de Bonnetcase,⁶² que en materia de nulidades es la aplicable a nuestro derecho positivo, pienso que siendo la nulidad una sanción, sus efectos no deben ir más allá del interés tutelado por la norma que se transgrede, y que por lo mismo si las partes no han fijado en la promesa, plazo para su celebración, pueden, en un momento posterior, señalarlo y convalidar así el acto que sólo estaba viciado con una nulidad relativa.

CAPÍTULO TERCERO

EFFECTOS DEL CONTRATO

21. CREACIÓN DE OBLIGACIONES DE HACER. Como ya hemos señalado anteriormente, el contrato que estudiamos tiene como efecto, exclusivamente, el producir obligaciones de hacer consistentes en la celebración del contrato definitivo. No obstante esta idea, que incluso está específicamente consagrada en el artículo 2245 del Código Civil, y confirmada por la Jurisprudencia Definida de la Corte,⁶³ con frecuencia se celebran actos a los

⁵⁸ FRANCISCO LOZANO NORIEGA: *Apuntes de Contratos*, pág. 71.

⁵⁹ AGUSTÍN GARCÍA LÓPEZ: *Apuntes de Contratos*, pág. 40.

⁶⁰ (RAFAEL ROJINA VILLEGAS: *Derecho Civil Mexicano*, Tomo 6º. Vol. 1º, pág. 113.

⁶¹ PABLO MACEDO: *Los Contratos Preparatorios*. En *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo I, año de 1930, pág. 35.

⁶² Cfr. MANUEL BORJA SORIANO: *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, Nº 71, pág. 120.

⁶³ TESIS 271. 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,

que se llama de promesa de venta, en los que no se cumple con esta circunstancia. En efecto, con facilidad pueden encontrarse “Contratos de Promesa de Venta”, que comúnmente celebran algunas compañías fraccionadoras o personas que se dedican a la venta de bienes raíces, por medio de los cuales se entrega la posesión material de un terreno a una persona que “promete comprarlo”, y a su vez se obliga a pagar una cantidad como “enganche” y varios abonos hasta saldar totalmente el precio, y en ese momento —afirma el contrato— “se celebrará el contrato definitivo de compraventa”. Estos actos no son en realidad preparatorios, sino verdaderos contratos definitivos de compraventa, ya que no producen obligaciones de hacer, sino obligaciones de dar. A este respecto, la Suprema Corte de Justicia ha establecido acertadamente, en jurisprudencia definida (tesis 109 y 110), lo que antes hemos afirmado, considerando que para clasificar un contrato debe atenderse al contenido de sus cláusulas y no al nombre que las partes le den.⁶⁴ Ahora bien, debemos señalar que algunas leyes de orden fiscal sí consideran a los contratos en cuestión como verdaderas promesas. Sobre este punto, volveremos más adelante al analizar el régimen fiscal de la promesa de compraventa.

Muchas veces sucede también en la práctica, que se celebran contratos unilaterales de promesa de compraventa, en los cuales el beneficiario se obliga a pagar al promitente, como compensación por la obligación que asume de vender durante un tiempo determinado, en las condiciones del contrato de promesa, una cantidad en efectivo. En estos casos, el beneficiario asume una obligación de dar consistente en el pago de una suma de dinero, la cantidad que entrega no es a cuenta del precio, sino que sólo se paga como compensación por la obligación del promitente. En este caso, lo que existe es un contrato complejo, que no sólo es de promesa de venta, y que, además, en su conjunto, no es unilateral sino bilateral, ya que ambas partes contratantes tienen obligaciones. La promesa no ha creado obligación de dar, sino la estipulación que se le ha añadido, y que ya no es propia del simple precontrato. La existencia de esa estipulación anexa convierte al contrato en complejo y se regirá por las reglas de este tipo de contratos.

consistente en la celebración del contrato definitivo. Quinta Epoca: 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.

⁶⁴ TESIS 110. 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. Tomo XLIII, Cía. de Terrenos Mexicanos, S. A., pág. 3462. Tomo LI, Kondo Isuke, pág. 79. Tomo LIII, Cía. de Terrenos Mexicanos, S. A. pág. 473. Tomo LXX, Hernández Rodolfo, pág. 2828. Tomo LXXXVII, Alfonso Angel, pág. 342. TESIS 109. Son verdaderas ventas a plazo, aún cuando se les titule en el contrato, promesa de venta, aquéllas en que se enajena un predio, cuyo valor debe cubrir en diversos abonos, y en que se estipula que las contribuciones serán pagadas, desde luego, por el comprador, y que, al acabarse de pagar el precio

En conclusión, el único efecto de la promesa es crear obligaciones de hacer consistentes en la celebración del contrato definitivo.

23. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. Si el promitente se rehusa a otorgar el contrato definitivo, surge el problema de conocer cuales son las consecuencias de su incumplimiento.

Un amplio sector de la doctrina italiana sostiene que la circunstancia antes apuntada sólo tendría como consecuencia el obligarlo a pagar los daños y perjuicios que hubiere ocasionado su conducta, razonando que sería imposible el constreñirlo a prestar un consentimiento en contra de su voluntad o facultar al juez para que substituyéndose a la voluntad del promitente, otorgue el contrato, "si en la promesa bilateral —enseña Degni⁶⁵— el contenido de las obligaciones respectivas de las partes, es hacer surgir con ulteriores declaraciones de voluntad, el contrato definitivo, cuando uno de los promitentes rehusa a ello, estamos precisamente en la hipótesis de una imposibilidad del exacto cumplimiento de las obligaciones, ya que su declaración de voluntad, indispensable para que surja el contrato, es por su misma naturaleza, un hecho humano incoercible y exclusivamente personal". En sentido semejante a Degni, se expresa Coviello.⁶⁶

Por el contrario, Barassi⁶⁷ admite la posibilidad de ejecución coactiva de la obligación, fundando su razonamiento en la necesidad de garantizar más eficazmente las relaciones sociales y de tutelar firmemente las expectativas de terceros. Barassi, después de indicar que la opinión prevaleciente fue la de considerar imposible la ejecución forzada de la obligación en virtud del principio *nemo cogi potest ad factum*, señala que desde su punto de vista la promesa de contrato tiene "la misma coercibilidad que cualquier otro contrato; el juez puede, más bien debe, constreñir a la parte renuente a participar en la estipulación del contrato, y en caso de persistencia en la negativa, la sentencia tendrá el lugar del consentimiento del renuente".⁶⁸

Es de resaltarse que Barassi enseña, no que el juez representa al promitente que se rehúsa a la prestación, sino que la sentencia se sobrepone

se otorgará la escritura pública relativa, entrando el comprador en posesión de la finca, en el momento de celebrarse el contrato, siendo entonces de aplicarse el artículo 2899 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios de 1884, que permite al comprador pagar aún después de expirado el término, mientras no se haya constituido en mora, por virtud de un requerimiento, y que si éste se ha hecho, el juez debe concederle nuevo término. Tomo XXVII, Silva Rómulo, pág. 1909. Tomo XXXI, Colin Antonio, pág. 2259. Tomo XLI, Algarín, Cía. de Terrenos, S. A. pág. 379. Tomo LI, Kondo Isuke, pág. 79. Tomo LIII, Cía. de Terrenos Mexicanos, S. A., pág. 473.

⁶⁵ FRANCISCO DEGNI: *La Compraventa*. Traducción española por Francisco Bonet Ramón. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957, pág. 38.

⁶⁶ LEONARDO COVIELLO en *Enc. giur.*, voz "Contrato Preliminar", N° 52.

⁶⁷ LUDOVICO BARASSI: *La Teoría Generale delle Obligazioni*. Vol. II: *Le Fonti*. Dott. A. Giuffré. Editore, Milano 1946, págs. 410 y sigts.

⁶⁸ LUDOVICO BARASSI: *op. cit.*, pág. 410.

a la voluntad rebelde y es cosa distinta de la declaración de voluntad, aun cuando se obtienen los mismos efectos del contrato no cumplido. "Puesta la cosa en estos términos, la cuestión de si es o no contrato viene a ser meramente académica."⁶⁹ El derecho moderno ya no se apoya exclusivamente sobre el dogma de la voluntad, en cuanto éste se ve atemperado con el criterio de la sociabilidad, que se manifiesta continuamente en el derecho positivo.

La ejecución forzada no puede darse en todos los casos, admite límites entre los que está "la posibilidad de la ejecución en forma específica, que podría quedar excluida por la naturaleza insubstituiblemente personal de la prestación principal que deberá ser objeto del contrato futuro. En tal caso, no queda más que el resarcimiento de daños".⁷⁰

En el mismo sentido que Barassi, Chiovenda,⁷¹ el ilustre procesalista italiano, partiendo del concepto de la sentencia llamada constitutiva, acepta la intervención del juez para ejecutar el contrato preparatorio, y afirma que no se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo; se trata de hacerlo en su defecto. La sentencia no será constitutiva porque constituya el contrato, sino porque constituye directamente el derecho a que se tiende. El Estado, actuando en el proceso de su propia voluntad, prescinde lo más posible de la voluntad del particular: se incauta sus bienes, lo desposee de cosas, destruye sus actos ilegales, todo contra su voluntad. El Estado en el proceso quiere, por su propia cuenta, a despecho del particular, y substituye la actividad ajena, solamente en el sentido de que obtiene con la voluntad propia, resultados económicos y jurídicos, que por regla general hubieran podido obtenerse con la actividad del obligado. Esta tendencia del proceso a dar cuanto más es posible dar al acreedor—continúa Chiovenda— encuentra límites, límites de derecho e imposibilidades de hecho. Los límites jurídicos se manifiestan particularmente en la posibilidad o admisibilidad de los medios ejecutivos. La infungibilidad de la prestación, ciertamente, es una imposibilidad de hecho, pero en el caso no se trata de infungibilidad jurídica, porque el efecto jurídico del acto de voluntad puede conseguirse de otro modo. La autonomía de la voluntad no entra aquí, porque ese principio que tiene una amplia esfera de aplicación en el campo de la constitución de los derechos, no tiene ninguna en el del cumplimiento. Del contrato preliminar de compraventa, nace ciertamente, en primer lugar, un derecho tendiente a la prestación de un acto de voluntad del obligado, a favor de aquel que ha prometido comprar y en contra de aquel que se ha obligado a vender; mas en el caso de incumplimiento de esa obligación, surge a favor del contratante un

⁶⁹ LUDOVICO BARASSI: *op. cit.*, pág. 412.

⁷⁰ LUDOVICO BARASSI: *op. cit.*, pág. 413.

⁷¹ G. CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción del italiano al español por E. Gómez Orbaneja. Madrid 1936. Tomo I. Núm. 56, págs. 223 y sigts.

derecho encaminado al efecto jurídico que constituye la finalidad de la promesa, esto es, el derecho a la propiedad; y este derecho será actuado por vía de acción.

La tesis de Chiovenda, a decir de Gian Antonio Micheli⁷² ha sido aceptada por el artículo 2932 del Código Italiano de 1942.

En nuestro derecho positivo vigente, el artículo 2247 del Código Civil, admite expresamente la posibilidad de la ejecución forzada para obtener el cumplimiento de la promesa en muchos casos, y dispone lo siguiente: "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."⁷³ Este precepto contiene tres errores notables de redacción: primero, tal parece que concibe al contrato preparatorio y al definitivo como un solo acto, ya que habla de que algunos de los contratantes se rehuse a "dar forma legal al contrato concertado"; segundo, supone falsamente que el contrato definitivo es contrato formal, ya que establece que el juez lo firmará en rebeldía del demandado; y tercero, por último, también erróneamente, supone que el contrato prometido tiene como objeto en todo caso bienes materiales, pues habla de que si "la cosa" ofrecida ha pasado por título oneroso a la propiedad de un tercero de buena fe, el contrato quedará sin efecto.

El primero de los errores de redacción del Código, no tiene ninguna trascendencia, puesto que de todos los demás preceptos que regulan la materia, claramente se ve que nuestro legislador civil de 1928 concibe al contrato preparatorio y al definitivo como figuras autónomas. La Suprema Corte de Justicia ha puesto de relieve lo infundado que sería en el supuesto de la existencia de un contrato preparatorio de compraventa

⁷² GIAN ANTONIO MICHELI: *Comentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*. Libro Sexto. "Tutela Dei Diritti". Seconda Edizione. Nicola Zanichelli Editori. "Soc. Ed. del Foro Italiano", Bologna-Roma 1964. Comentario al Art. 2932, pág. 189, y *Codice Civile. Libro de la Tutela dei Diritti. Comentario a cura di Mariano D'Amelio, W. D'Avanzo, F. Degni, P. D'Onofrio, E. Eula, G. P. Gaetano, L. Lordi, C. Maiorca, G. A. Micheli, D. R. Peretti-Grieva, P. Saraceno, Diretto Da Mariano D'Amelio Firenze*, S. A. G. Barbera Editore, 1943. Comentario al Art. 2932, pág. 944.

⁷³ Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Jurisprudencia Definida (Tesis 272) ha establecido que: TESIS 272. 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 Epoca: Tomo XVI, pág. 620, García Alvarez Toribio. Tomo XXXIII, pág. 1610, López José. Tomo LI, pág. 79, Kondo Iuke. Tomo LVII, pág. 1872, Landero Gómez Francisco y Coags. Tomo LXII, pág. 1685, Pallás de Duque María Esther.

el exigir judicialmente la simple formalización del contrato de compraventa y no el otorgamiento del contrato definitivo y así aparece en la sentencia que copiamos en nota.⁷⁴

Por lo que toca al segundo, y al tercero aun cuando es verdad que no siempre el contrato prometido es formal, ni tampoco siempre tiene por objeto cosas, el error no es de trascendencia, puesto que puede subsanarse aplicando las disposiciones generales que existen en el propio Código en materia de obligaciones y en el Código de Procedimientos Civiles. En efecto, el artículo 2104 establece que: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejase de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste. II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080. El que contraviene una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios, por el solo hecho de la contravención." Como puede verse, el artículo 2104 establece para todos los casos la necesidad de pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

Por otra parte, el Código de Procedimientos Civiles también nos da un camino para el otorgamiento forzoso del contrato prometido, aun cuando éste no sea un contrato formal. El artículo 73 de este Código establece: "Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaces: I. La multa desde cinco hasta cien pesos, que se duplicará en caso de reincidencia; II. El auxilio de la fuerza pública; III. El cateo por orden escrita; IV. El arresto hasta por quince días. Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a las autoridades competentes." O sea, que si una de las partes se obliga a celebrar un contrato y no se allana a cumplir con su obligación, el juez podrá constreñirlo para que lo otorgue, empleando algu-

⁷⁴ Sentencia RELACIONADA A LA TESIS 272: "Promesa de contrato.— Conforme a los artículos 2243 a 2246 del Código Civil del Distrito Federal, puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro, en forma unilateral o bilateral, siempre que la promesa se haga constar por escrito, contenga los elementos característicos del contrato definitivo y se limite a cierto tiempo. En la promesa unilateral una parte es el prominente es el que queda obligado a celebrar un contrato futuro determinado, y el beneficiario, en cambio, no asume ninguna obligación, simplemente acepta la proposición de su contraparte; de suerte que queda a su arbitrio exigir o no exigir, a su debido tiempo, la celebración del contrato definitivo correspondiente. En la promesa bilateral, ambas partes son promitentes y beneficiarios recíprocos, de modo que mutuamente se pueden exigir el cumplimiento de la obligación de hacer consistente en la celebración o firma del contrato definitivo. Es equivocado el planteamiento de una demanda para exigir "la formalización del contrato de compraventa, y por ende su elevación a escritura pública", cuando no tratándose de un contrato informal definitivo de compraventa al que le faltara para su validez el revestimiento de la forma requerida por la ley (escritura pública), sino de un contrato preliminar, el actor sólo pudo exigir la celebración del contrato definitivo conforme a los términos y condiciones previstos en el referido contrato preliminar. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. LVII, pág. 124. A.—D. 8/61.—Sucesión de Antonio Masetto Regazzo. 5 votos."

no de los medios de apremio a que alude el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles. Además, el artículo 517, fracción 3ª del mismo Código, establece en forma expresa la posibilidad de que el juez otorgue el contrato prometido en rebeldía del demandado, aun cuando ese contrato no sea formal cuando dice: 'Si la sentencia condena a hacer alguna cosa, el juez señalará, al que fue condenado, un plazo prudente para el cumplimiento, atendidas las circunstancias del hecho y de las personas. Si pasado el plazo el obligado no cumpliera, se observará la regla siguiente: . . . III. Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado, expresando en el documento, que se otorgó en rebeldía.' Así pues, si el contrato definitivo no es formal y por lo mismo no cabe aplicar el artículo 2247 del Código Civil, sí será aplicable la fracción tercera del artículo 517 del Código de Procedimientos Civiles.

24. POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO PREPARATORIO. La promesa de contrato no es inscribible en el Registro Público, y no es inscribible porque el artículo 3002 del Código Civil no establece que se pueda inscribir; además, la promesa de contrato no crea derechos reales sobre el bien objeto de la promesa, sino que simplemente produce derechos personales a favor del beneficiario y a cargo del promitente. Sólo pueden inscribirse en el Registro de Minería las promesas de compraventa sobre fundos mineros. Antonio Aguilar Gutiérrez⁷⁵ defiende con argumentos muy claros y acertados el sistema de nuestro Código Civil, según el cual no deben inscribirse en el Registro Público los contratos preparatorios y critica con toda razón a los Códigos de Nuevo León y Chihuahua, que exigen el registro de la promesa, demostrando, inclusive, que la inscripción en el Registro Público del contrato preparatorio no permite siempre el ejercicio de la acción Pauliana.

25. CESIÓN DE LA PROMESA DE CONTRATO. Podemos plantearnos a continuación el problema tocante a determinar si es posible que las partes que celebraron el contrato preparatorio puedan ceder sus derechos a un tercero y que por lo mismo el contrato definitivo sea celebrado por personas distintas de las que otorgaron el precontrato.

No podemos dar una solución en bloque, debemos distinguir el caso de que el contrato preparatorio sea bilateral del supuesto de que éste sea unilateral. En ninguna de las dos hipótesis enunciadas encontraremos solución expresa para este problema, y por lo mismo ambos casos sólo podremos resolverlos aplicando las reglas que existen en la *Teoría General de las Obligaciones* respecto a la cesión de derechos y a la cesión de deuda.

⁷⁵ ANTONIO AGUILAR GUTIÉRREZ: *El Contrato Preparatorio o la Promesa de Contratos*, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*. Año I, mayo-agosto 1948. Número 2, pág. 69 y sigts.

El promitente, no podrá ceder el contrato si no es con el consentimiento del beneficiario, puesto que está cediendo deuda y debe aplicarse al caso lo dispuesto por el artículo 2051 del Código Civil; por el contrario, el beneficiario podrá ceder a su arbitrio los derechos adquiridos en razón del contrato, sin más obligación que la de hacer saber su determinación al promitente, aplicándose al caso lo que sobre el particular dispone el artículo 2030 del Código Civil. Cuando la promesa es bilateral y ambas partes son, por lo mismo, promitentes y beneficiarios a la vez, no podrán ceder el contrato si no cuentan con la autorización de su contraparte.

CAPÍTULO CUARTO

REGIMEN FISCAL

26. **PROMESA DE CONTRATO EN GENERAL.** La promesa de cualquier contrato, salvo la promesa de compraventa, de la que nos ocuparemos posteriormente, está gravada por la "Ley General del Timbre". Esta ley considera a la promesa de contratar como "contrato no especificado", y dispone lo siguiente: "Artículo 32... Los contratos preparatorios y, en general, la promesa de contratar, ya sea unilateral o bilateral, causarán el impuesto de cuota fija que corresponda, según la formalidad que se emplee, de acuerdo con el inciso B) de la fracción IX de la Tarifa, excepto los casos a que se refiere la fracción XVIII de la misma Tarifa.⁷⁶ A su vez, el inciso B) de la fracción IX de la Tarifa de la Ley General del Timbre establece el pago de una cuota fija de \$ 10.00 en el caso de que el contrato preparatorio se consigne en una escritura pública y el pago de una cuota fija de \$ 2.00 en el supuesto de que el contrato se otorgue en escrito privado. La fracción XVIII del artículo 4º de la Ley General del Timbre, que contiene la Tarifa, se refiere a la promesa de compraventa y la analizaremos más adelante. *Ejemplo:* Si se celebra un contrato de promesa de arrendamiento, de sociedad o de mutuo, se deberá pagar una cuota fija de \$ 10.00 si se hace constar en una escritura pública o de \$ 2.00 si se consigna en escrito privado. Para el pago del Impuesto del Timbre, no tiene relevancia el valor o el contenido económico del contrato definitivo, así en el ejemplo propuesto no tendría ninguna importancia la renta del arrendamiento definitivo, el capital de la sociedad prometida, o el monto del capital que se prometa prestar. Lo anterior es una consecuencia lógica del hecho de que la promesa de contrato no tiene un contenido económico.

⁷⁶ El Artículo 31 de la "Ley General del Timbre", dispone lo siguiente: "Quedan comprendidos en la fracción IX de la Tarifa, los contratos... no incluidos ni exceptuados expresamente en la Tarifa..."

27. **PROMESA DE COMPRAVENTA.** La promesa de celebrar un contrato de compraventa está gravada por la fracción XVIII del Artículo 4º (Tarifa) de la Ley General del Timbre, en la siguiente forma:

“XVIII. Promesa de venta o de compra:

A) Sobre el precio de la cosa que se promete vender o comprar.

a) Si la promesa se consigna en escritura pública 1.5%

b) Si se consigna en documento privado 1.0%

Ejemplo: Si prometo vender mi casa en cien mil pesos, y consigno el contrato en una escritura pública, tendré que pagar mil quinientos pesos de impuesto, y si lo hago constar en un simple escrito privado, sólo deberé pagar mil pesos.

Si en el contrato de promesa de venta no determinamos la cantidad que debe de servir de precio al contrato de compraventa definitivo, sino que sólo sentamos las bases conforme a las cuales se deberá fijar el precio, o lo que es lo mismo, el precio en el contrato definitivo de compraventa no es determinado, sino solo determinable; entonces, conforme al inciso B) de la fracción XVIII del Art. 4º, la promesa de compraventa causa el impuesto del timbre como cualquier otro contrato preparatorio, es decir, cuota fija de diez pesos si se otorga en escritura pública, y de dos pesos si se consigna en documento privado.

Ejemplo: Si se promete vender un terreno circunscrito por determinados linderos, dentro de un plazo máximo de un mes, y que en esa compraventa servirá como precio la cantidad de cien pesos por metro cuadrado, el precio no está determinado, sino que será simplemente determinable, puesto que sólo cuando se haya practicado la medición de la finca se sabrá qué cantidad es la que tendrá que pagar el comprador al vendedor, y el contrato de promesa de venta causará un impuesto de diez pesos si se otorgó en escritura pública o de dos pesos si se hizo en contrato privado.

Según el artículo 38 de la Ley General del Timbre: “En los casos de promesa de venta o de compra, cuando solamente se determine el mínimo del precio de la cosa que se promete vender o comprar, y se pacten, además, prestaciones indeterminadas, el impuesto se cubrirá de acuerdo con la cuota por valor sobre el mínimo estipulado, y se pagará también la cuota fija que corresponda, por el precio indeterminado.”

Ejemplo: Si se conviene en vender una casa en el precio que determine una Institución Bancaria señalada al efecto por las partes contratantes, pero se establece que el precio que se fije no podrá ser inferior a cien mil pesos, el impuesto deberá cubrirse pagando mil, o mil quinientos pesos, según corresponda por haberse otorgado el contrato en escrito privado o en escritura pública, y además deberán pagarse \$ 2.00 o \$ 10.00, de acuerdo con la forma que se haya dado al contrato.

No consideramos acertado el hecho de que nuestra Ley del Timbre grave en algunas circunstancias (inciso A) de la fracción XVIII del Art. 4º) a la promesa de compraventa con un porcentaje sobre el precio del contrato prometido, puesto que creemos, siguiendo el pensamiento de don Felipe Clemente de Diego, que los contratos preparatorios no tienen ninguna función económica y en ellos no existe ningún movimiento de riqueza, por lo que de acuerdo con la ortodoxia fiscal no deberían ser gravados con un porcentaje sobre el precio del contrato futuro, sino hasta el momento en el que se operara la transmisión de la riqueza, es decir, hasta cuando se consumara la operación definitiva de compraventa. En resumen, pensamos que los contratos preparatorios sólo deberían pagar el impuesto del timbre de acuerdo con una cuota fija y que las tarifas proporcionales sólo deberían dejarse para algunos contratos definitivos.

Las razones de la Ley del Timbre para gravar indebidamente a los contratos preparatorios de compraventa, las encontramos en la forma también indebida en la que, de manera infortunada, se celebran habitualmente los precontratos de compraventa. Esta relación entre la práctica viciosa y la legislación fiscal, se pone de manifiesto en el Artículo 39 de la Ley General del Timbre, que dispone: "Los contratos de promesa de venta o de compra en los que se pacte que el futuro comprador tomará posesión de los bienes antes de la celebración de la compraventa, o que el futuro vendedor recibirá antes de esa misma operación el precio de venta o parte de él, causarán el impuesto según el caso, de acuerdo con la fracción XVIII de la Tarifa. Transcurrido el plazo señalado para la celebración del contrato de compraventa o el término de un año, si no se fijó plazo, y aun cuando se estipule condición, se causará el impuesto sobre compraventa, salvo el caso de que las partes hagan constar en el mismo documento en que se consigna el contrato de promesa o en un instrumento público por separado, que no fue celebrado el contrato prometido. Si no se hace tal declaración, se presumirá la omisión del impuesto y se aplicará la sanción que corresponda."

El artículo transcrito contiene dos supuestos que son contrarios a las normas de nuestro Código Civil: Primero: Que en un contrato preparatorio pueden establecerse obligaciones de dar a cargo de las partes contratantes, como serían las de establecer que el que promete vender se obliga a entregar la posesión del bien al que promete comprar o la de estipular que el que promete comprar se compromete a pagar al que promete vender, el precio, o parte de él antes de la celebración del contrato de compraventa. Dentro del criterio, por demás acertado, de nuestro Código Civil, las operaciones en exámenes serían de compraventa y no simplemente de promesa de venta. En efecto, según el artículo 2244 de nuestro ordenamiento civil: "La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido", y en el caso de que en el contrato se hicieren constar las obliga-

ciones de dar a que hace referencia la Ley del Timbre, serían propias de un contrato de compraventa,⁷⁷ y como tal contrato deberían ser consideradas fiscalmente. Sólo una práctica viciosa, aunque general, ha podido inducir a los redactores de la Ley del Timbre a una concepción sin duda errónea del contrato preliminar de compraventa.

Segundo: Es también discordante con las disposiciones civiles, la idea del legislador fiscal, relativa a que en la promesa de compraventa pueden las partes dejar sin precisar el término dentro del cual deberá otorgarse el contrato prometido, puesto que el Código Civil, en su artículo 2246, con toda claridad dispone que: "Para que la promesa de contratar sea válida, debe... limitarse a cierto tiempo", de donde resulta la necesidad de precisar el plazo dentro del cual debe otorgarse el contrato prometido, bajo la pena, en caso de inobservancia del precepto, de la invalidez del contrato preparatorio. Según una muy autorizada doctrina⁷⁸ la invalidez del precontrato sería en el grado de nulidad absoluta y de acuerdo con lo que hemos sostenido con anterioridad, nulidad relativa, pero de cualquier manera un contrato nulo, y un contrato viciado de nulidad, no deberá ser objeto de un trato fiscal especial, sino que procediendo de acuerdo con las normas de la doctrina civil, debería procurarse reducir, y si es posible, suprimir sus efectos.

El impuesto sobre promesa de venta se causará en cada traspaso a cesión de los derechos del futuro comprador. El propietario de los bienes tiene, además, responsabilidad solidaria por el pago del impuesto relativo a los traspasos.⁷⁹

Los llamados impropriamente contratos de "promesa de compraventa" en los que se pacta que el vendedor recibirá el precio o parte de él, desde la fecha del pretendido contrato preparatorio, pueden causar el impuesto sobre la renta⁸⁰ y el impuesto sobre producto de capitales establecido en la

⁷⁷ En este sentido existe jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia. Tesis 109. Puede verse en el mismo sentido la tesis 110.

⁷⁸ Ver en este sentido los apuntes de contratos del Dr. Fco. Lozano Noriega P. 71 de la Ed. de la Asociación Nacional del Notariado. En sentido contrario, ver la opinión del Dr. Agustín García López, que considera el caso como nulidad relativa y el núm. 20 de estos apuntes.

⁷⁹ Tercer párrafo del artículo treinta y nueve de la Ley General del Timbre.

⁸⁰ Considero que las operaciones de referencia están claramente comprendidas en la fracción XVIII del artículo 125 de la "Ley del impuesto sobre la renta", en vigor hasta el 31 de diciembre de 1964, que dispone: "Artículo 125.—Tienen obligación de contribuir en esta cédula, quienes perciben habitual o accidentalmente ingresos provenientes: ...XVIII. De cualquier... operaciones o inversiones de capital, sean importar al nombre con que se les designa, siempre que tales ingresos no estén comprendidos en alguna de las otras cédulas de esta ley no expresamente exceptuadas por la misma. Actualmente la fracción I del Art. 60 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en vigor, colocado en el capítulo relativo al "Impuesto sobre Productos o Rendimientos" dispone: "Art. 60.—Son objeto del Impuesto a que este capítulo se refiere, los ingresos en efectivo o en especie que perciban como productos o rendimientos del capital por los siguientes conceptos: I. Ingresos Procedentes. a). De intereses provenientes de toda clase de actos, convenios o contratos..."

Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal⁸¹ en la misma forma que los contratos definitivos de compraventa en abonos, de los que nos ocuparemos posteriormente al analizar el régimen fiscal de esta modalidad de la compraventa.

De acuerdo con la segunda parte del citado artículo treinta y nueve de la Ley General del Timbre: "El impuesto sobre promesa de venta se causará en cada traspaso o cesión de los derechos del futuro comprador. El propietario de los bienes tiene también responsabilidad solidaria por el pago del impuesto relativo a los traspasos o cesiones."

⁸¹ Consultar al respecto la fracción X del artículo trescientos dieciséis de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, así como la frac. 9ª del Art. 325 del tercer párrafo del Art. 327 y el quinto párrafo del Art. 334.