

# EL CONTRATO PREPARATORIO EN EL DERECHO COMPARADO, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL DERECHO MEXICANO

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo histórico*. III. *Legislación europea*. IV. *Derecho mexicano*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Para abordar el tema del contrato preparatorio, comenzaremos con una breve exposición del desarrollo histórico de esta institución, desde su inicio en el derecho romano hasta la moderna teoría precontractual, en donde se postulan los principios fundamentales que, en materia de la promesa de contrato, comparten las distintas legislaciones del mundo. Haremos énfasis en cómo las diversas normas desarrollaron soluciones diferentes para una misma necesidad jurídica: el formar un contrato por virtud del cual una o ambas partes asumen la obligación de celebrar un contrato futuro y permiten asegurar su formación cuando no es posible efectuarla inmediatamente por impedimentos subsanables, jurídicos o financieros.

Dentro de esta exposición se señalará el impacto que tuvo la teoría precontractual en las legislaciones: suiza, alemana, francesa, española e italiana, para terminar con un comentario de la legislación actual mexicana y destacar las principales diferencias que pueden encontrarse en la ley civil local.

## II. DESARROLLO HISTÓRICO

Para llegar a la comprensión de las diversas instituciones jurídicas es necesario estudiar su desarrollo histórico. Si se consideran los orígenes de nuestro sistema jurídico es menester comenzar esta exposición por el desarrollo que el derecho romano dio a la promesa de contrato.

### 1. *Derecho romano*

Primero, encontramos que en los tiempos del derecho romano clásico no se contaba con la figura del contrato preparatorio. Recordemos que los romanos solamente consideraban a los contratos *strictis juris*,<sup>1</sup> que exigían rigurosas formalidades legales, y en caso de no cumplirlas cabalmente las partes carecerían de acción para exigir el cumplimiento. Fue en este contexto en donde una promesa de un contrato futuro no encontraba cabida, y en caso de formularse las partes carecían de acción, pues si bien, dadas las necesidades de la sociedad en aumento, si surgían convenios similares a un contrato preparatorio, las partes carecían de toda acción.

Entonces los convenios análogos a las hoy promesas de contrato encontraron como primeros antecedentes históricos los pactos (*pactum*) y la *stipulatio* romana.

Los pactos se entendían como los convenios que surgían en el día a día de las relaciones comerciales en Roma, los cuales, por no contar con las formalidades requeridas, solamente constituían una obligación natural, por lo que el cumplimiento de la obligación quedaba a la buena fe de las partes, ya que en caso de incumplimiento la contraparte carecía de acción legal.

Con el paso del tiempo, dada la importancia que estos acuerdos fueron alcanzando, los pretores y la jurisprudencia los dotaron de acción civil en ciertos casos: como el pacto de *constituto*, el *receptum* y el pacto de juramento. Así, los convenios (*conventio*) se dividieron en dos tipos por la legislación romana: los contratos (*contractum*), de derecho estricto; y los pactos (*pactum*), que por regla general no daban acción para su cumplimiento y solamente en específicos casos tenían valor legal pleno.

Un segundo antecedente del contrato de promesa que encontramos en la legislación romana es: la *stipulatio*. Para comprensión de la *stipulatio* es importante recordar que en la actualidad estipular se define como convenir, concertar o acordar. En el derecho romano era considerada en un sentido diferente, fue la antítesis de la promesa. Así, quien estipulaba en un contrato provocaba una promesa a su favor. De tal manera que la estipulación romana fue un contrato con un carácter general, formulado

<sup>1</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. II, vol. 2, p. 830.

a través de una pregunta del acreedor y la respuesta del deudor, ambas en términos solemnes, que llenaba espacios que actualmente ocupa el contrato de promesa.<sup>2</sup>

Seré breve en este punto, para no abordar temas que el profesor Rolf Knütel expondrá en su ponencia “La interpretación de la estipulación en el derecho romano clásico”.

Únicamente, cabe señalar que en los casos anteriores, si bien se cubrían algunas de las necesidades jurídicas que ahora se satisfacen con el contrato preparatorio, en ninguno de los casos se pretendía dar una promesa para formular un contrato futuro diferente, sino que el *pactum* y la *stipulatio* se daban como partes o accesorios de un solo convenio.

Además de estas dos figuras, los romanos también conocieron a la policitación, entendida como una promesa aún no aceptada, pero que solamente fue válida en contados casos, como en el derecho público, esto es: cuando se hacía una promesa a una ciudad. Al respecto de la policitación, debe considerarse que no se trata de un contrato o convenio por no existir acuerdo entre las partes, en consecuencia, no es equiparable a un contrato preparatorio o de promesa de contrato.

Así, en el derecho romano no existió propiamente un contrato de promesa en específico,<sup>3</sup> sólo se contó con distintas figuras que se desarrollaron para satisfacer las exigencias del comercio de su tiempo, figuras que se podrían ver como una promesa, pero no llevaban la obligación de celebrar un contrato futuro, característica esencial del contrato de promesa actual.

## 2. Desarrollo en los siglos XIX y XX

Al observar la consiguiente evolución histórica que tuvo la institución del contrato preparatorio, encontramos que primero surgió como una promesa bilateral de compraventa; después se aceptó la promesa unilateral de compraventa y, por último, se dio el desarrollo del contrato de promesa en particular. La consecuencia fue que en el Código de Napoleón solamente se trató el tema de la promesa de venta, al igual que en el Código Civil mexicano de 1884.<sup>4</sup> Actualmente, la promesa de compraventa sigue sien-

<sup>2</sup> Pregunta típica en el derecho romano clásico fue: “*Dare spondere? Spondeo*”.

<sup>3</sup> Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 20a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 137, y Alessandri Rodríguez, Arturo, *op. cit.*, nota 1, p. 830.

<sup>4</sup> Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, nota 3, p. 138.

do el tipo de contrato de promesa más socorrido, sobre el cual existe un mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Antes de continuar con el impacto que tuvo la promesa de contrato en distintas legislaciones a principios del siglo XX, es importante señalar que en los siglos XIX y XX, los principales sistemas jurídicos europeos ya aceptaban la figura de promesa de contrato bajo un principio de la libertad contractual. Los requisitos para la validez de este contrato ya eran identificables, como la necesidad de una formalidad específica, que el contrato prometido no fuera de aquellos que las leyes declaraban ineficaces, que la promesa contemplara un plazo para la celebración del contrato futuro y que en la promesa se especificaran los elementos esenciales del mismo.<sup>5</sup> En cada país existió un desarrollo doctrinal significativo sobre la teoría precontractual: en la doctrina alemana sobresale Heinrich Degenkolb, a quien muchos atribuyen el comienzo de la teoría precontractualista,<sup>6</sup> con su obra *Teoría del precontrato (Vorvertrag)* del año de 1871; en Italia, un país con una vasta doctrina al respecto, se representa bien por Leonardo Coviello con su obra *Contratti Preliminari*; en la doctrina francesa encontramos a juristas como René Demogue y Pier Joseph Pothier. Igualmente, en la doctrina española podemos acudir a autores como Felipe Sánchez Román, y en la austriaca a Virgile Rossel, Schneider y Fick, tratadistas en los que encontraron explicaciones sobre este tema.

### III. LEGISLACIÓN EUROPEA

En las siguientes líneas expondremos el impacto que tuvo el desarrollo de la promesa de contrato en la legislación positiva, comenzando por el derecho francés para comprender cómo es que se llegó a igualar a la promesa de venta a la venta misma. Siguiendo con los casos del derecho alemán, italiano, español y del derecho suizo, primero en legislar al contrato de promesa como un contrato en particular y sistema jurídico del cual la legislación mexicana se inspiró en la redacción del Código Civil de 1928 al tocar el tema del contrato de promesa.

<sup>5</sup> Durán Castro, Edmundo, *El precontrato*, México, Tesorería del Departamento del Distrito Federal, 1979, pp. 498-503.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 15, 519.

### 1. *Derecho francés*

En el derecho francés anterior al Código de Napoleón existía un desarrollo vasto del contrato de promesa, en donde los juristas de ese tiempo ya distinguían entre la promesa bilateral y la unilateral, ambas obligatorias para finales del siglo XVIII. Pothier, conocido jurista de esta época, definió a la promesa unilateral como una convención por la cual uno se obliga hacia otro a venderle una cosa.

En este periodo, en Francia existía un acuerdo sobre la obligatoriedad de la promesa unilateral y se discutía principalmente el problema sobre cómo hacerla exigible, discusión en la cual los juristas se dividían: unos para sostener que sólo se podía demandar una acción de daños y perjuicios, y otros sostenían la posibilidad de forzar la celebración del contrato prometido.

Respecto de la promesa bilateral no existía una clara posición doctrinal sobre su naturaleza. En el contexto de la discusión sobre cómo hacer exigible la promesa, se confundía a la promesa de venta bilateral con la venta misma, ya que al sostener que las partes podían exigir la celebración del contrato prometido, se igualaba a la promesa de venta con la venta misma. Con el tiempo la discusión al respecto se inclinó hacia quienes igualaban estas figuras jurídicas, y de ahí que el Código de Napoleón, al legislar sobre el particular, el artículo 1589, establecía: “La promesa de venta vale venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y sobre el precio”.

El artículo 1589 del Código Civil francés es el único en relación con el tema del contrato preparatorio, aunque trata sobre la promesa de compraventa bilateral. Si bien esta disposición se mantuvo intacta durante el transcurso de los años, su desarrollo jurisprudencial ha dado respuestas jurídicas a necesidades prácticas que surgieron por una aparente negación de la posibilidad de establecer una promesa de compraventa.

Un ejemplo de estas decisiones lo encontramos en la del Tribunal de Bourges, del 15 de junio de 1841,<sup>7</sup> en donde al interpretar el citado precepto señalaba: “Una promesa de venta aun aceptada por el futuro comprador, puede estar sometida a una condición suspensiva y entonces los efectos de la venta están subordinados a la realización de esta condición”. Con dicha

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 558-570.

interpretación el tribunal francés desplazó los efectos de la promesa de venta hasta el momento en que las partes lo habían deseado sujetando la obligación a una condición suspensiva. De esta manera, las cortes galas desde el siglo XIX dieron con su interpretación las herramientas jurídicas para satisfacer la necesidad de una promesa de contrato en Francia.

No obstante lo anterior, el artículo 1589 del Código Civil francés ha seguido suscitando discusiones entre los juristas. Apoyándose en este artículo la mayoría de los autores franceses y con ellos algunos de los italianos como Georgi, Ricci y Manzini (en cuyo código no hay un precepto igual a éste) sostienen que toda promesa bilateral equivale al contrato mismo, por considerar que en ambas operaciones concurren los mismos elementos (consentimiento sobre precio y cosa), por lo que las operaciones serán iguales.

El confundir la promesa con el contrato definitivo es equívoco pues cada contrato tiene efectos distintos. Recordemos que en la promesa bilateral de contrato únicamente existe una obligación de hacer: celebrar el contrato a cargo de las dos partes, mientras que del contrato prometido pueden desprenderse diversas obligaciones de dar, hacer o no hacer.<sup>8</sup> Como hacen notar el jurista mexicano Manuel Borja Soriano y autores como Bruggi y Baracci, la circunstancia de que en la promesa se tenga acuerdo sobre cosa y precio no equipara a las dos figuras, el contenido de la obligación asumida es diferente, pues en la compraventa se obligan las partes a dar el precio y cosa, mientras que en la promesa sólo surge la obligación de hacer un contrato futuro. En una promesa de compraventa se acuerda sobre cuál será el precio y la cosa pero no como objeto del contrato sino como elementos que debe tener el contrato futuro.

Para ver el impacto que ha tenido tal discusión, podemos mirar hacia la legislación mexicana actual, en donde sí se distingue claramente entre estas dos figuras. No obstante, las posturas citadas han propiciado fallos de los tribunales en que, basada en la legislación del estado de Puebla, se indicó que el precio no constituye un elemento esencial en la promesa de venta de un bien, pues si se aceptara que el precio fijado en una promesa de venta es uno de los elementos esenciales que debe comprender el contrato preparatorio, entonces no podría distinguirse el pacto preliminar del definitivo, ya que ambos se definirían legalmente de manera similar.<sup>9</sup> O

<sup>8</sup> Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, nota 3, pp. 140 y 141.

<sup>9</sup> Poder Judicial de la Federación, México. Tesis: VI.2o.6 C, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, mayo de 1995, t. I, p. 393.

una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en su séptima época determinó que expresiones como “prometo vender” y “prometo comprar” serán vistas como sinónimos de vendo y compro, pues se tendría conformidad en objeto y precio, y existiría entonces una concordancia de voluntades que lleve a la formación de una compraventa.<sup>10</sup> Si bien la distinción entre la promesa bilateral de compraventa y la compraventa debe establecerse atendiendo al contenido de la obligación asumida, lo mejor para diferenciar dichos contratos es aclarar la condición por la cual se elabora una promesa de contrato y no se efectúa inmediatamente el contrato diferido.

## 2. Derecho español

Por otro lado, encontramos el caso del derecho español, en donde el tema del precontrato no se trata en particular, y solamente hay dos disposiciones expresas: relativas a la promesa de venta, artículo 1451; y la promesa de prenda o hipoteca, artículo 1862. Sin embargo, en su jurisprudencia podemos encontrar un mayor desarrollo de esta institución pues es ahí donde se ha elaborado en concreto la figura del precontrato, y lo define como “una convención por la cual dos o más personas se comprometen a realizar en tiempo futuro un determinado contrato, que en el momento de estipular esa convención no se puede o no se quiere celebrar como definitivo”.<sup>11</sup>

Al respecto del desarrollo jurisprudencial español sobresale la evolución que se presentó en las Cortes de España de 1940 a 1974. En un principio observamos que en casos de incumplimiento de la promesa, sólo se daba a las partes derecho a una indemnización, negándose a prestar el consentimiento a la exigibilidad directa del contrato definitivo. El 28 de junio de 1974 esta posición cambió, facultando a las partes para exigir el cumplimiento forzoso del contrato prometido.<sup>12</sup>

Ahora continuamos con la exposición de países como Alemania e Italia, que gozaron de una rica doctrina, pero que su legislación al respecto fue

<sup>10</sup> Poder Judicial de la Federación, México. Tesis 31, séptima época, Tercera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Informe 1983, segunda parte, p. 25.

<sup>11</sup> Sentencias de 23 de abril de 1957, 2 de mayo de 1959 y 2 de febrero de 1960, citadas por Espín Canovas, Diego, *Manual de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, 6a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1982, vol. III.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 411 y 412.

breve. De hecho únicamente el Código Civil suizo, en su artículo 22, y el Código Civil austriaco, en su artículo 936, contaban con una disposición expresa en particular sobre el contrato de promesa.<sup>13</sup>

### 3. *Derecho germano*

En 1900, con su Código Civil, Alemania probablemente fuera el país con la doctrina más desarrollada al respecto, recordemos al alemán Heinrich Degenkolb, a quien muchos atribuyen el comienzo de la teoría precontractualista, con su obra *Teoría del precontrato (Vorvertrag)*. No obstante, los juristas germanos consideraron recomendable no incluir a la promesa de contrato como uno en particular, por lo que la legislación al respecto de este tema es acotada y se permite a la luz de la libertad contractual y siguiendo los principios alemanes.

De hecho, como referencia directa a un precontrato en el Código Civil alemán, solamente se encuentra el de mutuo, establecido en su artículo 610, que a la letra dice: “Quien promete la entrega de un mutuo puede, en caso de duda, revocar la promesa si en las relaciones patrimoniales de la otra parte se produce un empeoramiento notable por el cual esté en peligro la pretensión a la restitución”. En esta disposición se observa que en general los contratos de promesa se permitían, mas no se encontraban reglamentados en lo particular.

Cabe señalar que en el transcurso del tiempo, estudiosos de la legislación alemana han señalado al artículo 145<sup>14</sup> del Código Civil alemán como relativo a los precontratos.<sup>15</sup> Este artículo, ubicado en el título III, de la sección 3a., del libro I, fue el primero destinado a los contratos en general, y a la letra decía: “Quien ofrezca a otro hacer un contrato está vinculado por la oferta, a menos que haya excluido el estar vinculado”. Consideramos dicha posición poco afortunada y se debe a una mala concepción de su teoría contractualista, en donde bien pueden surgir obligaciones entre las partes previas a la formación de un contrato, así en el caso del artículo 145 se trata de una oferta de contrato. Quienes sostienen que este precepto trata sobre los precontratos olvidan que en la doctrina germana existen diversos sucesos precontractuales

<sup>13</sup> Durán Castro, Edmundo, *op. cit.*, nota 5, p. 499.

<sup>14</sup> Código Civil alemán. Artículo 145. Quien ofrezca a otro hacer un contrato está vinculado por la oferta, a menos que haya excluido el estar vinculado.

<sup>15</sup> Durán Castro, Edmundo, *op. cit.*, nota 5, pp. 501-510.

que dan pie al surgimiento de obligaciones y que no todos ellos constituyen un precontrato. Debe observarse, además, que en los artículos siguientes, del 146 al 151,<sup>16</sup> se desarrolla el tema de la oferta de contrato.

#### 4. *Derecho italiano*

Caso similar al alemán es el de la legislación italiana, en donde, en principio, se consideró que la promesa de contrato era más débil, pues en caso de incumplimiento sólo se daba acción para exigir el pago de daños y perjuicios. Esta situación cambió en el Código Civil de 1942, en donde, en su artículo 2932 estableció: “Si el que se ha obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, si es posible y no se ha excluido en el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido”. Así, con esta norma se faculta al juez para que en determinadas ocasiones pueda forzar a la celebración del contrato prometido. Dentro del Código Civil italiano encontramos que en su artículo 1351 se establece: “El contrato preliminar es nulo si no se hace en la misma forma que la ley prescriba para el contrato definitivo”, lo que significa una disposición particular en cuanto a la forma del precontrato, pues en otras leyes, como la francesa o española, en que no se legisló al respecto, puede tomarse como válido un contrato de promesa sin contar con las formalidades del contrato prometido.

#### 5. *Derecho suizo*

La primera legislación europea en la que se trató propiamente al contrato de promesa fue el Código Federal Suizo de las Obligaciones.<sup>17</sup> Al com-

<sup>16</sup> Código Civil alemán.

Artículo 146. Una oferta se extingue si es rehusada frente al oferente o si no es aceptada frente a él en tiempo adecuado, conforme a los artículos 147 a 149.

Artículo 150. 1. La aceptación tardía de una oferta se considera una nueva oferta. 2. Una aceptación bajo ampliaciones, limitaciones u otras alteraciones se considera un rechazo combinado con una nueva oferta.

Artículo 151. El contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, sin necesidad de que al oferente se le notifique la aceptación, si dicha notificación no se espera de acuerdo con el uso del tráfico, o si el oferente ha renunciado a ella. El momento en el que expira la oferta es determinado de acuerdo con la voluntad del oferente, a la luz de la oferta o de las circunstancias.

<sup>17</sup> Durán Castro, Edmundo, *op. cit.*, nota 5, p. 511.

parar la doctrina alemana observamos que fue en la zona helvética donde la teoría sucedió en la práctica. Este Código goza de particular importancia para México, pues en él se inspiraron los legisladores patrios de 1928 para la redacción de los artículos correspondientes al contrato de promesa.

Así, el Código helvético, en su artículo 22 señala: “Puede establecerse por contrato la obligación de concluir un contrato futuro”, en esta breve frase se estableció por primera vez, en derecho positivo, el contrato de promesa.

En dicha norma se desarrolla esta figura en diversos artículos. Algunas disposiciones que resultan interesantes son: el segundo párrafo del artículo 22, que a la letra dice “donde la ley, para proteger a los contrayentes, prescriba una forma para la validez del contrato futuro, ésta vale también para el precontrato”, estableciendo así una formalidad específica. En su artículo 216 se reafirma este principio determinando “las promesas de venta, los compromisos de compra y de retroventa no son válidos más que si se hacen por escritura auténtica”. En los artículos 165, 216, 217, 242 y 243<sup>18</sup> se establecen particularidades para casos de promesas de cesión, promesas de venta y promesas de donación. Además, sobresale el artículo 316 que a la letra dice: “El prestamista puede rehusar la entrega de la cosa prometida si el prestatario ha caído en insolvencia después de la conclusión del contrato. Le asiste el mismo derecho cuando la insolvencia sobrevino antes de la conclusión del contrato, si el prestamista tuvo conocimiento de ella después de haberse comprometido ya”,<sup>19</sup> en donde se inserta la cláusula *Rebus*

<sup>18</sup> Código Federal Suizo de las Obligaciones. Artículo 165. No es válida la cesión más que cuando se halle acreditada por escrito. Para la promesa de ceder un crédito no se requiere forma alguna particular.

Artículo 216. Las promesas de venta, los compromisos de compra y de retroventa no son válidos más que si se hacen por escritura auténtica.

Artículo 217. Las ventas condicionales de inmuebles no son inscribibles en el Registro de la Propiedad más que después de que se haya cumplido la condición.

Artículo 242. La donación manual tiene lugar por la remesa que el donante hace de la cosa al donatario. La donación de inmuebles o derechos reales inmobiliarios no se perfecciona más que por su inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta inscripción presume la existencia de una promesa de dar hecha válidamente.

Artículo 243. Para que la promesa de dar sea válida ha de constar por escrito. La promesa de dar un inmueble o un derecho real inmobiliario no es válida más que si resulta de una escritura auténtica. Desde que la promesa se ejecuta queda asimilada a una donación manual.

<sup>19</sup> Durán Castro, Edmundo, *op. cit.*, nota 5, pp. 528- 532.

*Sic Stantibus* en los contratos de promesa de préstamo, cláusula no asimilada por los legisladores mexicanos de 1928.

Después de esta breve exposición de las principales legislaciones de la Europa continental, en donde observamos la evolución y asimilación que dieron a esta figura, continuamos con el último apartado de este trabajo, exponiendo cuál es la situación del contrato de promesa en México.

#### IV. DERECHO MEXICANO

En México encontramos un total de 32 distintas legislaciones en materia civil local, que corresponden a los 31 estados de la República y al Distrito Federal; y una legislación civil en materia federal. Así, pues, hay un total de 33 códigos.

En la evolución de la codificación en materia civil en nuestro país observamos que la mayoría de los estados asimilaron en sus códigos locales de principios del siglo XX, los pasos que dio el Código Civil Federal de 1928. A partir de entonces no se dio una evolución uniforme en los 33 ordenamientos (en aquel momento 32, pues hasta el año 2000 el Código Civil Federal era aplicable en materia local para el Distrito Federal), y algunos de estos códigos han sido reformados en su totalidad. No obstante, a la fecha, 16 de las legislaciones estatales y la del Distrito Federal, aún siguen íntegramente el ejemplo que dictara el Código Civil Federal en sus artículos 2243 al 2247 en materia de promesa de contrato.

##### 1. *Contrato de promesa, principales similitudes*

Los estados que siguen en todos sus principios al Código Civil Federal son: Distrito Federal, Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Colima, Chiapas, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí y Veracruz.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Código Civil Federal, artículos 2243-2247; Código Civil del Distrito Federal, artículos 2243-2247; Código Civil de Aguascalientes, artículos 2114-2118; Código Civil de Baja California, artículos 2117-22121; Código Civil de Baja California Sur, artículos 2149-2153; Código Civil de Colima, artículos 2134-2138; Código Civil de Chiapas, artículos 2217-2221; Código Civil de Durango, artículos 2124-2128; Código Civil de Guerrero, artículos 2185-2189; Código Civil de Hidalgo, artículos 2226-2229; Código Civil de Jalisco, artículos 1834-1838; Código Civil de Michoacán, artículos 2099-2103; Código Civil de Nayarit, artículos 1616-1620; Código Civil de Oaxaca, artículos 2119-2123;

Considerando así la importancia del Código Civil Federal, he de exponer concisamente los principios de la teoría precontractualista adoptados por la federación mexicana en cinco artículos, del 2243 al 2247.

Primero leemos una traducción prácticamente literal del artículo 22 del Código Civil austriaco, que a la letra dice en su artículo 2243: “Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”. Este precepto que establece el objeto del contrato de promesa: la celebración de un contrato diverso en un futuro determinado, lo que se reafirma en su artículo 2245 estableciendo que la obligación derivada de la promesa siempre será una obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato futuro de acuerdo con lo ofrecido. De la promesa de contrato o contrato preparatorio resulta que las partes estarán obligadas únicamente a prestar en el futuro su consentimiento para otro contrato, cuyos restantes elementos, deben de encontrarse ya determinados. Así entonces, la fase ejecutoria del contrato de promesa de venta se caracteriza por requerir la existencia de un nuevo consentimiento —esto es, no emitido anteriormente— dirigido a la conclusión de un contrato de compraventa. Como se observa la promesa puede ser sobre cualquier tipo de contrato, exceptuando por razones de lógica jurídica un segundo contrato de promesa, y existiendo en la legislación mexicana una única limitante expresa en el caso de retroventa, dada en el artículo 2302 que establece: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes”.<sup>21</sup>

Así, la promesa de contrato, como todo acto jurídico plurilateral, requiere que existan dos o más voluntades concurrentes. Si una o ambas partes se obligan, la promesa puede ser unilateral o bilateral, principio que se plasmó en el artículo 2244, que señala: “La promesa de contratar liminar de otro puede ser unilateral o bilateral”.

En cuanto a los requisitos de existencia y de validez, como todo contrato, la promesa requiere para su existencia del consentimiento de las partes y de un objeto, sobre estos elementos no rige regla especial. El objeto de la promesa consiste en una obligación de hacer. En el caso un contrato futu-

Código Civil de Querétaro, artículos 2112-2116; Código Civil de Quintana Roo, artículos 2543-2547; Código Civil de San Luis Potosí, artículos 2076-2080; Código Civil de Veracruz, artículos 2176-2180.

<sup>21</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 9a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 104.

ro, además de cumplir con los elementos propios de todo contrato, pues en el artículo 2246 se establecen requisitos específicos para su validez, se exige que se otorgue por escrito, que contenga los elementos característicos del contrato definitivo y que se limite su celebración a cierto tiempo.

Se sancionará con nulidad relativa, en caso de que no conste por escrito, siguiendo lo indicado por el artículo 2228 del Código Civil Federal, lo que puede invocar cualquier interesado, o también se puede exigir que se le dé la forma legal. Por elementos característicos, del contrato definitivo se entienden los requisitos sin los cuales no existe o es otro distinto al que las partes han querido celebrar. Suponiendo la falta de estos elementos característicos, la promesa no será válida (artículo 2246). Por ejemplo, en una promesa de venta de un inmueble, los elementos característicos serán la cosa y el precio, y tratándose de la promesa bastaría que se otorgue en escrito privado para que se cumpla con la forma que exige la ley, aun cuando para el contrato definitivo se exija que conste en instrumento público. En derecho extranjero, según la teoría de algunos tratadistas, la promesa de contrato debe otorgarse con las mismas formalidades que debe reunir el contrato prometido. Si en nuestro derecho se admitiera tal tesis, en caso de que, por ejemplo, se fuera a celebrar una promesa la compraventa sobre un inmueble de valor de más de cinco mil pesos, necesitaría otorgarse el contrato de promesa en escritura pública.

La legislación exige que la promesa de contrato se limite a cierto tiempo (artículo 2246), con lo cual quiso el legislador que no hubiera obligaciones indefinidas o perpetuas. Si el contrato de promesa no cumple con dicho requisito, se puede sancionar con la nulidad relativa,<sup>22</sup> en razón de que el Código Civil Federal no señala que deberá sancionarse tal omisión con nulidad absoluta o inexistencia.

En México, desde su codificación en 1928, la realización del contrato futuro puede exigirse judicialmente en caso de incumplimiento y el juez goza de facultades para firmar en rebeldía del demandado el contrato prometido, según se estableció en la primera parte del artículo 2247. Ahora bien, en su segunda parte, el mismo artículo indica que si la cosa ofrecida ha pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, no se tendría acción contra aquél, pues este contrato en principio no surte efec-

<sup>22</sup> García López, Agustín; Rojina Villegas, Rafael; Macedo, Pablo y Borja Martínez, Manuel, citados por Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, nota 3, p. 144.

tos contra terceros, por lo que se tendrá al promitente por incumplido y, como consecuencia, sería responsable de los daños y perjuicios. Entonces, para que surta efectos contra terceros es necesario inscribirlo en el Registro Público, pero recordemos que no todo contrato es inscribible; una opción que surge para lograrlo sería garantizar su cumplimiento con una garantía real inscribible.<sup>23</sup>

Al respecto debe considerarse que de los contratos inscritos en el Registro Público no todas sus cláusulas son oponibles a terceros. Si se inscribiera una promesa de venta de un inmueble A y se garantizara con la hipoteca de un inmueble B, solamente la hipoteca sobre B sería oponible a terceros, y si un tercero de buena fe adquiriera a título oneroso el inmueble A se carecería de acción contra éste. Así, entonces, el alcance de una promesa inscrita en el Registro Público no es claro, al respecto sólo existe un precedente, en una tesis aislada basada en la legislación de Tlaxcala (en este punto igual a la de la Federación) que indica: “Los alcances del contrato privado de promesa de compraventa no dejan de ser los de un contrato privado, que surte efectos sólo entre las partes y no contra terceros, independientemente de que dicho contrato se encuentre inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del estado de Tlaxcala”.<sup>24</sup>

En general, ésta es la situación jurídica del contrato preparatorio en la mitad de los estados de la República y en materia federal. A continuación exponemos el caso de las demás legislaciones locales.

## 2. *Diferencias en las leyes civiles locales*

Los 16 estados de la República restantes coinciden al definir el contrato de promesa, pero presentan diferencias en: los requisitos de existencia y validez de la promesa, y sobre posibilidad de inscribir en el Registro Público. Con la señalización de estos aspectos, seguida por una breve reflexión sobre la capacidad requerida a las partes para la celebración de la promesa, se concluye esta participación.

Primero, hemos de señalar que en los 33 códigos de la República se han de encontrar más diferencias literales de las que a continuación se señalan,

<sup>23</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 21, p. 104.

<sup>24</sup> Poder Judicial de la Federación. México. Tesis: VI.2o.32 C, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, febrero de 1996, t. III, p. 465.

pero se han omitido por considerar que no conllevan consecuencias jurídicas significativas.

Ahora bien, al estudiar los requisitos de existencia y validez del contrato de promesa en los estados restantes encontramos que en algunos los elementos de validez señalados en la legislación federal (un plazo, contener los elementos esenciales del contrato futuro y constar por escrito) son considerados como elementos de existencia del contrato.<sup>25</sup>

Así, en Coahuila, Puebla, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas el que se establezca un plazo es requisito de existencia. En los estados de Guanajuato, Morelos, Sonora y los antes citados se considera como requisito de existencia de la promesa el que contenga los elementos esenciales del contrato definitivo. En el estado de Coahuila se le considera como un contrato solemne al elevar la formalidad escrita a un requisito de existencia.

Por su parte, en Guanajuato, Morelos y Sonora se establece como un requisito de existencia que el definitivo sea posible. Así, en los ocho estados listados debe tenerse particular atención al elaborar una promesa de contrato, considerando las implicaciones que conlleva el elevar requisitos de validez a de existencia.

En la mayoría de los códigos del país no se requiere que el contrato de promesa se otorgue en documento público, salvo el Estado de México y Sinaloa, en donde es necesaria la escritura pública tratándose de bienes inmuebles, o en Campeche, donde es necesario que siempre se otorgue en instrumento público, o en privado ante dos testigos, o por confesión judicial.

En cuanto al requisito de establecer un plazo, en las legislaciones de Coahuila y Puebla encontramos que se puede exigir la celebración adelantada del contrato definitivo por cumplimiento de las condiciones. Sobresale la legislación del Estado de México, por establecer un plazo de tres meses, en caso de que las partes no lo señalen.

<sup>25</sup> Código Civil de Campeche, artículos 2142-2246; Código Civil de Coahuila, artículos 2645-2655; Código Civil de Chihuahua, artículos 2116-2131; Código Civil del Estado de México, artículos 7.524-7.531; Código Civil de Guanajuato, artículos 1735-1740; Código Civil de Morelos, artículos 1721-1728; Código Civil de Nuevo León, artículos 2137-2141; Código Civil de Puebla, artículos 2109-2120; Código Civil de Sinaloa, artículos 2125-2129; Código Civil de Sonora, artículos 2474-2482; Código Civil de Tabasco, artículos 2495-2501; Código Civil de Tamaulipas, artículos 1578-1581; Código Civil de Tlaxcala, artículos 1841-1847; Código Civil de Yucatán, artículos 1391-1396; Código Civil de Zacatecas, artículos 1569-1575.

Por lo que toca a la posibilidad de inscribir este contrato en el Registro Público, en cinco entidades de la República expresamente se trata el tema. Así, en Chihuahua, Estado de México, Nuevo León, Tamaulipas y Yucatán se permite su inscripción cuando verse sobre inmuebles o derechos reales.

En la legislación del Estado de México encontramos una singular disposición que otorga un plazo de 10 días para la acción de exigir la celebración del contrato definitivo; pasado el plazo el derecho prescribirá y, en su caso, la inscripción en el Registro Público caducará.

Por último, en las legislaciones de Guanajuato, Sonora, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas, se plantean requisitos de validez no encontrados en otras legislaciones mexicanas: el que las partes tengan capacidad de celebrar la promesa y el contrato definitivo. Sobre este punto no hay disposición expresa en los demás códigos del país y, además, la jurisprudencia no ha desarrollado una postura firme al respecto; sólo se han pronunciado tesis aisladas al respecto pero tomando posturas diferentes,<sup>26</sup> con lo que esto cobra particular importancia. Recordemos que el objeto práctico del contrato de promesa es asegurar para un futuro la celebración de un contrato que no se puede celebrar inmediatamente por impedimentos económicos o jurídicos. Así, en el caso de que se formara jurisprudencia estableciendo que al celebrar la promesa es necesario que las partes tengan capacidad para la promesa y el contrato definitivo, se estaría limitando los alcances del contrato preparatorio cuando éste permite flanquear impedimentos jurídicos. Si bien esta postura es acertada tratándose de impedimentos jurídicos insuperables, también resulta desafortunada cuando niega la celebración de la promesa de un contrato que bien podría celebrarse una vez superados ciertos impedimentos jurídicos. No existe motivo legal para prohibir a una persona que tiene una limitación jurídica para adquirir un bien, el primero asegurar la venta con una promesa para luego proceder a solucionar los impedimentos temporales. Recordemos que un objetivo del derecho es el ser una herramienta que facilite las relaciones entre las personas, en particular relaciones económicas, nunca debe presentarse como un obstáculo.

<sup>26</sup> Poder Judicial Federal, México. “Agrario. Contrato de promesa de venta. Las partes deben tener la calidad de ejidatarios o avecindados”. Núm. de registro 188,322, novena época; “Contrato de promesa de venta. La falta de autorización judicial, no deja inexistente el”, núm. registro 217,731, novena época.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. II, vol. 2.
- ESPÍN CANOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, 6a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1982, vol. III.
- DURÁN CASTRO, Edmundo, *El precontrato*, México, Tesorería del Departamento del Distrito Federal, 1979.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 2a. ed., México, Asociación Nacional del Notariado, 1970.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, Contratos*, 4a. ed., México, Porrúa, 1977, t. VI.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 20a. ed., México, Porrúa, 2004.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 9a. ed., México, Porrúa, 2002.