

EL CONTRATO DE LA PROMESA 99

1. Nomenclatura.
2. El derecho romano.
3. Periodo intermedio.
4. Derecho canónico.
5. Derecho hispánico.
6. Antiguo derecho francés.
7. El Código Civil Napoleón.
8. Derecho civil mexicano.
9. El código chileno.
10. La doctrina en Alemania.
11. Doctrina italiana.
12. La promesa unilateral y la promesa bilateral.
13. El contrato preliminar y el definitivo.
14. Tesis de Chiovenda.
15. Opinión de Carnelutti.
16. El contenido del contrato preliminar.
17. La apertura de crédito en libros y el reporte.

EL CONTRATO DE PROMESA

SUMARIO: 1. Nomenclatura. 2. El derecho romano. 3. Periodo intermedio. 4. Derecho canónico. 5. Derecho hispánico. 6. Antiguo derecho francés. 7. El Código Civil Napoleón. 8. Derecho civil mexicano. 9. El código chileno. 10. La doctrina en Alemania. 11. Doctrina italiana. 12. La promesa unilateral y la promesa bilateral. 13. El contrato preliminar y el definitivo. 14. Tesis de Chiovenda. 15. Opinión de Carnelutti. 16. El contenido del contrato preliminar. Sus efectos. 17. La apertura de crédito en libros y el reporto.

1. *Nomenclatura*. Los estudiosos no han unificado su opinión acerca del nombre adecuado que corresponde a esta figura jurídica. Se le conoce bajo las siguientes designaciones: “pacto de *contrahendo*”, “pacto de *inheundo*”, “antecontrato” o “precontrato” (traduciendo literalmente del francés los vocablos *avant-contract*). En la doctrina italiana es frecuente la designación de “contrato preliminar” y, finalmente, en nuestro Código Civil se le llama “contrato preparatorio” o “promesa”.

En el desarrollo de este trabajo se usarán indistintamente las voces “contrato preparatorio” y “promesa”, tanto porque, como ya se dijo, así designa el Código Civil del Distrito y Territorios Federales al contrato por medio del cual las partes contraen la obligación de celebrar otro, en lo futuro, como porque las voces “contrato” o “precontrato” inducen a colocar a ese convenio en el periodo precontractual, con lo que se incurriría en una denominación que no concuerda con la naturaleza contractual que en nuestro derecho positivo presenta esta figura jurídica.

Por demás está decir que existiendo, como existen, varias denominaciones en idioma castellano para designar a la promesa, no se justificaría el uso de las designaciones latinas (pacto de *contrahendo* o pacto de *inheundo contrato*).

2. *El derecho romano*. En el derecho romano primitivo, los *nudos pactos*, como se sabe, en los que la declaración de voluntad de los autores del acto se emitía ausente de toda formalidad, carecían de fuerza obligatoria, cuando menos mientras no revestían las formalidades que establecía para cada caso el derecho civil. De la formalidad recibía el negocio la *causa civilis obligandi*. Es dudoso que antes de la República la promesa de contrato haya tenido fuerza obligatoria.

La Constitución Diecisiete de la Compilación de Justiniano, capítulo *De Fide Instrumentorum*, dispone que si las partes convienen en la venta y a la vez acuerdan redactar el contrato por escrito, la redacción de ese documento es requisito sin el cual el acto no producirá efecto alguno; pero si hubiese habido *arras*, el contratante que no cumpla lo prometido las perderá en favor de la otra parte, o tendrá derecho a reclamar del otro contratante lo doble del importe de las *arras*.

Este texto es confuso acerca de la naturaleza obligatoria de la promesa, que hasta entonces era sólo un *nudo pacto*. No obstante, no deja duda acerca de que en Roma y a partir de la República, era usual que las partes se comprometieran verbalmente a celebrar en lo futuro un contrato por escrito. Los estudiosos de estas cuestiones no aclaran cuáles eran los efectos que producía un pacto de esta naturaleza en el caso de incumplimiento de algunas de las partes.

3. *Periodo intermedio*. En el derecho intermedio, el problema de los efectos que produce el contrato de promesa se suscita no sólo respecto de la compraventa, sino de cualquiera otro contrato que las partes se propusieran celebrar en lo futuro. En ese periodo aparece la locución *pacto de contrahendo*.

Surgió también la cuestión, que ha llegado hasta nuestros días, acerca de si aun reconociendo validez al convenio de celebrar un contrato futuro, existe la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento directo de tal obligación. En tanto que, apoyados en el principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, algunos intérpretes opinaban que el incumplimiento de la promesa de contratar no es susceptible de ejecución en forma directa; por lo tanto, la parte que se niega a celebrar el contrato definitivo sólo queda obligada a reparar los daños que haya sufrido el otro contratante y a indemnizar a este último de la falta de ganancia derivada del incumplimiento de la obligación contraída. La opinión contraria se inclinó en el sentido de que el pacto de *contrahendo* es susceptible de ejecución forzada, en especie, es decir, que puede obtenerse coactivamente la celebración del contrato definitivo, como fue acordado por las partes.

4. *Derecho canónico*. En el derecho canónico, no se establecía claramente, en un principio, la distinción entre simple pacto y contrato propiamente dicho; aparece más tarde el concepto de *pactum geminatum*, que si bien daba origen a una obligación natural, era susceptible de convertirse en obligación civil, a través del *pactum constitutum*.

5. *Derecho hispánico*. Es interesante apuntar, por lo que se refiere al derecho hispánico, que el Ordenamiento de Alcalá,¹ consagra rotun-

¹ El Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, dispusieron: "pareciendo

damente el principio de que la fuerza obligatoria de los contratos nace del acuerdo de voluntades, y que las partes quedan obligadas como “parezca que quisieron obligarse”. Por lo tanto, desde que tiene lugar el consentimiento, no se requieren otras formalidades para que el contrato adquiera fuerza obligatoria; vincula a las partes de la manera en que propusieron quedar vinculadas.

6. *Antiguo derecho francés.* En el derecho consuetudinario francés, la cuestión dividió las opiniones de los juristas.

Mientras por una parte se sostenía que el futuro comprador que había celebrado la promesa podía ofrecer el precio y obligar al otro promitente a la entrega de la cosa (*tiranquello*), por otra parte se afirmaba que el promitente quedaba sólo obligado al otorgamiento del contrato prometido (*dumulin*). Así aparece una distinción entre los contratos de promesa de venta y los contratos de venta. En los primeros, las partes no han querido quedar obligadas, sino al otorgamiento del contrato futuro de compraventa, en tanto que en el contrato de compraventa, el vendedor queda obligado a transmitir la propiedad y el comprador a pagar el precio de la cosa vendida.²

Manuel Borja Martínez, siguiendo a Giovanni Carrara³ nos informa que Molineo formuló una teoría que influyó en los autores del Código de Napoleón en el sentido de que “cuando todos los elementos sustanciales 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”.

7. *El Código Civil Napoleón.* El artículo 1589 del Código Civil francés dispone que “la promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y sobre el precio”.

Marcel Planiol enseña que la promesa de venta “es un contrato por medio del cual una persona se obliga a vender a otra una cosa, sin que ésta consienta inmediatamente en comprarla”. Así, pues, este autor

que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o en otro manera, sea teniendo de cumplir aquello a que se obligó, y no puede poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fue hecho el contrato u obligación entre ausentes o que no fue hecho a otra persona privada en nombre de otras entre ausentes, o que se obligó alguno, que daría a otro o haría alguna cosa; mandamos que todavía vale la dicha obligación i contrato que fuere hecho, en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro”.

La partida quinta, tít. xi, ley 2ª, define la “promisión como la oferta verbal o escrita que una persona hace a otra con intención de obligarse sobre una cosa determinada que le ha de dar o hacer”, Rezzonico, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, 2ª ed. Buenos Aires, Edición Depalma, 1958, t. 1, p. 383.

² Alabiso, Aldo, *Il contratto preliminare*, Dott. H. A., Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 4.

³ Borja Martínez, Manuel, “El Contrato Preparatorio”, *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, t. 1, núm. 1, julio, 1966, p. 68.

enseña que la promesa de venta es un convenio esencialmente unilateral; porque si quien la hace otorgar consintiera inmediatamente en comprar, no habría promesa de venta sino una venta perfecta. Es, pues, un error en el que han incurrido todos los autores modernos: pensar que el artículo 1589 del Código Civil francés regula los efectos de la promesa sinalagmática de comprar y de vender. El Código Civil no ha podido prever sino las promesas unilaterales de venta.⁴

En la actualidad el problema se ha planteado, no sólo respecto de la promesa de venta, sino que se refiere a la celebración del contrato preparatorio o preliminar en relación con cualquier especie de contrato (compraventa, mutuo, comodato, arrendamiento, prestación de servicios, etcétera).

8. *Derecho civil mexicano.* El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, abandonó la posición de los códigos civiles de 1870 y 1884, que se referían a la simple promesa de compraventa; reconoció fuerza obligatoria, en sus artículos 2243 y 2244, al contrato preparatorio, estableciendo que puede asumirse válidamente la obligación de celebrar un contrato futuro. Se sabe que el antecedente legislativo inmediato de nuestro Código Civil al respecto es el Código Federal suizo de las obligaciones (artículo 22).⁵

De acuerdo con el sistema adoptado por el Código Civil del Distrito y Territorios Federales conforme al cual la promesa bilateral de celebrar un contrato futuro es una figura jurídica autónoma, la doctrina mexicana se ocupa fundamentalmente del estudio de la naturaleza, estructura y efectos del contrato preparatorio.⁶

9. *El código chileno.* Particular interés ofrece la posición que adopta el Código Civil de la República de Chile, por cuanto, de acuerdo con el artículo 1554 de dicho Código, la promesa de contrato no pro-

⁴ Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, París, t. II, 9^{ème}. Edition, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1923, núm. 1401, p. 473.

⁵ El artículo 1548 del Código Civil portugués de 1867 que se cita como antecedente del artículo 2243 del Código Civil, no alude al contrato preparatorio, o a la promesa de contrato (*in genere*) sino a la promesa de compraventa.

⁶ Consúltense Macedo, Pablo, "Los contratos preparatorios", *Revista general de derecho y jurisprudencia*, t. 1, México, 1930, p. 35; Borja Soriano, Manuel, "Caracteres de la promesa de venta que la distinguen de la venta", *La Justicia*, núm. 81, México, marzo de 1937, p. 1778; *Apuntes de contratos*, Imprenta de Gutiérrez Eskildsen, t. VI, vol. primero, México, 1926, p. 113; Aguilar y Gutiérrez, Antonio, "El contrato preparatorio o la promesa de contrato", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año 1, núm. 2, pp. 53 y 55; Lozano Noriega, Francisco, *Apuntes de contratos*, ed. de la Asociación Nacional del Notario, p. 71; García López, Agustín, *Apuntes de contratos*, p. 40; Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*; Durán Castro, Edmundo, *El pre-contrato*, Editorial Cajica, Puebla, 1963; Borja Martínez, Manuel, "El Contrato Preparatorio", *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, t. 1, núm. 1, julio, 1969, pp. 65 y ss.

ducirá obligación alguna si no reúne los siguientes requisitos: a) redacción por escrito, b) licitud del contrato prometido, c) fijación del plazo o condición para la celebración del contrato definitivo, y d) que para la perfección de este último, sólo falten la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban.

El objeto directo de la promesa de celebrar un contrato es una obligación de hacer, que, de acuerdo con el artículo 1553 del propio Código Civil, es susceptible, en caso de mora del deudor, de cualquiera de las siguientes formas coactivas, a elección del acreedor, junto con la indemnización de la mora: a) la ejecución forzada directa, b) la ejecución de la promesa por un tercero a costa del deudor, y c) la indemnización compensatoria por la falta de celebración del contrato definitivo.

Este sistema legislativo, de acuerdo con los artículos 1553 y 1554, se inclina por negar validez a las promesas unilaterales y por considerar que las promesas sinalagmáticas celebradas por escrito dan nacimiento a una obligación de hacer, coercible en forma directa si se ha fijado un plazo o condición para la celebración del contrato prometido. En el Código una promesa de contrato, ya se refiera a un negocio simplemente obligatorio o translativo de dominio, es un acto jurídico plenamente eficaz, para cuya perfección sólo se requiere la tradición de la cosa o el cumplimiento de las solemnidades propias del contrato definitivo.

En ese cuerpo de leyes encontramos que el contrato preliminar es un negocio jurídico en vía de perfeccionamiento, en el que, si se ha prometido la celebración de un contrato, y la promesa reúne todos los requisitos mencionados en el artículo 1554 citado, el acreedor podrá hacerse entregar coactivamente la cosa objeto del negocio celebrado o si la obligación es de hacer el demandante podrá obtener que un tercero, a costa del obligado, preste el servicio prometido.

Alessandri Rodríguez, citado por Luis María Rezzonico⁷ al comentar el artículo 1554 dice que el origen del precepto del Código Civil chileno es desconocido.

10. *La doctrina en Alemania.* La doctrina alemana, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, ha llevado al cabo fructuosas investigaciones sobre el contrato preliminar. En efecto, según informa Alabiso, el vocablo *vorvertrag* (antecontrato), fue empleado por Thöl en el año de 1854. Göppert hace notar la importancia que tiene este con-

⁷ *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1958, t. I, p. 583, nota núm. 4.

trato vinculatorio por sí mismo y pone de relieve la utilidad de su función auxiliar.⁸

Debemos a Degenkolb⁹ la penetrante distinción entre aquellos negocios jurídicos en que ambas partes declaran una voluntad o un querer de ejecución actual, de otros negocios en que las partes declaran una voluntad para ser ejecutada en lo futuro. Al distinguir tan claramente esos dos diversos contenidos de la voluntad declarada por las partes, Degenkolb señaló definitivamente el camino para encontrar solución y poner orden y claridad en la confusión que se originó en aquel fragmento del Código de Justiniano.

Degenkolb demostró que el acuerdo de voluntades de las partes, para celebrar un contrato futuro, crea un vínculo obligatorio entre los propios otorgantes, cuyo objeto es crear una obligación de hacer (la celebración del contrato definitivo), en tanto que el contrato definitivo puede tener por objeto obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

El problema se presentaba ahora en el momento de la ejecución coactiva, para determinar si el vínculo obligatorio permite la ejecución forzada en especie o si el incumplimiento de la obligación contraída por las partes, da lugar únicamente al pago de daños y perjuicios.

11. *Doctrina italiana.* En Italia, la opinión de Degenkolb fue difundida por Leonardo Coviello,¹⁰ quien postuló la autonomía del contrato preliminar con efectos obligatorios, para las partes, de concluir el contrato definitivo. En el aspecto legislativo, el proyecto Pisanelli estatuye que la promesa de venta no transfiere la propiedad y que su incumplimiento sólo da lugar a la obligación de resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios.

En ese proyecto quedaba resuelta la cuestión de los riesgos de la cosa prometida en venta y los efectos simplemente reparatorios de los daños y los perjuicios a que daba lugar la celebración de la promesa de compraventa.

Aunque el Código Civil italiano de 1865 no reprodujo el artículo 1859 del Código Civil francés, la doctrina estuvo influida por la opinión de los primeros comentaristas del Código de Napoleón, en el sentido de que la promesa de venta equivale a la venta.

La jurisprudencia italiana, más tarde, establece que:

El elemento que distingue al contrato preliminar de otros contratos definitivos, reside en la voluntad de los contratantes, la cual en el contrato definitivo se dirige de manera directa e inmediata a la transmisión de la propiedad o de otros derechos, al paso que

⁸ Alabiso, Aldo, *Il contratto preliminare*, Milano, Dott. A., Giuffrè-Editore, 1966, p. 6.

⁹ *Idem*, p. 7.

¹⁰ *Dei contratti preliminare nil diritto moderno italiano*, 1896.

en el contrato preliminar esa transmisión se hace depender de una nueva posterior declaración de voluntad, que los contratantes mismos se obligan a prestar en lo futuro.¹¹

Actualmente, la doctrina considera al contratante preliminar como entidad distinta, aunque conexas con el contrato definitivo.¹²

Otra parte de la doctrina sostiene que el contrato definitivo es sólo un efecto del preliminar.¹³

Y un eminente autor¹⁴ sostiene que el preliminar y el definitivo son etapas en la formación sucesiva de un solo negocio jurídico. Más adelante volveré sobre esta opinión de Carnelutti.

12. *La promesa unilateral y la promesa bilateral.* La promesa puede ser unilateral, es decir, puede consistir en la oferta o policitud previa a la celebración de un contrato o puede nacer de un acuerdo de voluntades (dos o más) por virtud del cual las partes convienen entre sí en celebrar en lo futuro un contrato. Si la obligación de celebrar el futuro contrato es asumida por una sola de las partes contratantes, el contrato es unilateral. Será bilateral si las obligaciones de contratar para lo futuro son recíprocas.

En las ofertas de objetos en determinado precio hechas al público, el policitante se obliga a mantener su ofrecimiento (artículo 1860 del Código Civil). En la misma manera el que por anuncios de ofrecimiento hechos al público se comprometa en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio (oferta con promesa de recompensa) contrae la obligación de cumplir lo prometido (artículo 1861 del Código Civil). En los concursos con oferta de recompensa el oferente se obliga a pagar la recompensa prometida (artículos 1866 y 1867 del Código Civil).

En la estipulación a favor de tercero, la declaración unilateral de voluntad presenta un aspecto complejo, porque esa declaración, con fuerza vinculatoria, nace de un acuerdo de voluntades: el consentimiento de las partes signatarias del contrato en el cual el estipulante y el promitente convienen en que este último quedará obligado en favor de un tercero. Dentro del ámbito del contrato, la voluntad de las partes se funde en una sola declaración, que se proyecta unida fuera del ámbito del contrato y se dirige hacia el tercero a quien corresponde la aceptación o rechazo de esa estipulación, en la que

¹¹ Alabiso, Aldo, *op. cit.*, p. 48.

¹² Messineo, Francisco, *Contrato preliminare*, vol. xv, Milán, 1962, p. 166; Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1956, p. 231; Santoro-Passarelli, F., *Dottrina generale del diritto civile*, Nápoles, 1954, p. 195.

¹³ Montesano, *Il contratto preliminare, e sentenza costitutiva*, 1953; Satta, Salvatore *L'escusazione forzata*, Torino, 1952.

¹⁴ Carnelutti, Francisco, *Teoría general del derecho*, versión castellana de Francisco Javier Osset, núm. 189, p. 458.

han convenido previamente el estipulante y el promitente (artículos 1868 a 1872 del Código Civil).

Estas anotaciones sobre la policitud u oferta de contratar y la promesa unilateral como fuente especial de obligaciones, tienen por objeto establecer la distinción entre la forma de obligarse y la promesa que nace del contrato preliminar, en el cual, por definición, se ha formado convencionalmente, por acuerdo de voluntades, mediante el intercambio de declaraciones recíprocas, por virtud del cual los otorgantes de la promesa asumen la obligación de celebrar entre sí un contrato futuro.

En este respecto, Antonio Aguilar Gutiérrez¹⁵ se expresa así:

El criterio de distinción que nos ofrece Alguer, eliminando las confusiones en atención a la falta —en las figuras con las cuales se pretende confundir a la promesa— de alguno de los dos elementos característicos del contrato preliminar como son: *a*) el ser un contrato, y *b*) el tener por objeto la conclusión de un contrato futuro... En efecto, no pueden confundirse con el contrato preparatorio, por no ser contratos la oferta o policitud; la declaración unilateral de la voluntad y los actos preparatorios. No podrán confundirse tampoco el contrato preliminar a pesar de ser contratos, debido a que el contenido de estos no implica una obligación de contratar en lo futuro aquellos contratos con los cuales se ha querido confundirse: el contrato a plazo (téngase en cuenta, al respecto, la objeción formulada por la Escuela Negativa); el contrato condicional y otros.

El contrato preparatorio se distingue de los tratos previos que normalmente anteceden a la celebración de un contrato, tendientes a lograr el acuerdo de voluntades entre las partes, mediante las discusiones de las cláusulas que ha de contener el contrato. Las discusiones previas a la redacción del clausulado del contrato no tienen por sí mismas fuerza vinculatoria. Podrían tal vez dar lugar al resarcimiento de daños, si uno de los interesados, sin causa justificada, rompiera las pláticas, con daño del otro futuro contratante (*culpa in contrahendo*).

13. *El contrato preliminar y el definitivo.* En la problemática del contrato de promesa, se ha discutido en la doctrina si dicho contrato es una figura autónoma frente al contrato definitivo, o si por lo contrario, la promesa no es sino un momento inicial de la formación sucesiva de un solo negocio, del cual el contrato preliminar sería sólo una primera fase del acto que se iría formando en varias etapas hasta su conclusión en el contrato definitivo. Como una variante de esta opinión, se ha considerado al contrato definitivo como el efecto o la consecuencia de la promesa. Dentro de esta corriente de opinión des-

¹⁵ "El contrato preparatorio o la promesa de contrato", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, año 1, núm. 2, mayo-agosto de 1948, p. 58.

taca la posición de Demogue para quien “el contrato preliminar es sólo una fase en la realización de un solo contrato; aquél es un contrato incompleto, imperfecto”.¹⁶

En la doctrina italiana, Francisco Messineo sostiene que la promesa:

Es uno de los aspectos de la formación progresiva del contrato; o mejor, de la producción progresiva de los efectos contractuales, en cuanto como consecuencia del preliminar, los efectos normales no se producen todos inmediatamente, en razón de que tal es la intención de las partes. Sólo surge un efecto, esencialmente formal e instrumental: la obligación que asumen las partes de estipular entre sí un futuro contrato.¹⁷

Por lo contrario, para Degenkolb¹⁸ el contrato preliminar, aunque carezca de coercibilidad en forma específica, se basta a sí mismo como figura contractual perfecta, porque reúne todos los elementos de existencia de un contrato, a saber: el consentimiento de los otorgantes para suscribir el contrato definitivo, y el objeto físico y jurídicamente posible: el futuro contrato que las partes se proponen celebrar.

De la misma opinión que Degenkolb son, en Francia L. Boyer, en Italia L. Coviello.¹⁹ La dogmática mexicana, como ya se dijo sostiene la autonomía del contrato de promesa.

14. *Tesis de Chiovenda*. Es particularmente interesante la opinión de Chiovenda, en lo que se refiere a la naturaleza del contrato preliminar, porque el eminente procesalista realiza un examen de la cuestión a la vez, desde el punto de vista de la relación contractual y de la sentencia que se pronuncie en el caso de inejecución del contrato preliminar por negativa de una de las partes. Para este autor.²⁰

... importa sobre todo que la cuestión se plantee bien. Lo que se pide al juez, en este caso, no es ya que él quiera en vez del incumplimiento y que concurra a construir en su lugar el contrato definitivo... Tal concepción ultraprivadística del proceso y de la sentencia está bien distante de la moderna ciencia procesal; es precisamente mérito de ésta el haber eliminado tales conceptos de la doctrina. No se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo; se trata de prescindir de él. La sentencia no será constitutiva porque constituye directamente el derecho al que se tiende, por ejemplo la propiedad.

Y más adelante agrega el mismo autor:

¹⁶ *Traité des obligations en générale*, t. II, p. 3.

¹⁷ Messineo, Francisco, *Contrato preliminar*, *Digesto italiano*, voz C. *preliminare*, Milán, 1962; *ibid.*, “Contrato preliminar”, *Enciclopedia de diritto*, vol. xv, Milán, 1962, p. 166.

¹⁸ Citado por Aldo Alabiso, *Il contratto preliminare*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1966.

¹⁹ Citado por Alabiso, *op. cit.*, p. 13.

²⁰ *De la acción nacida del contrato preliminar*, *Ensayos de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía., Editores, 1949, t. I, p. 213.

Lejos de querer, en representación del obligado, el estado en el proceso, quiere por cuenta propia y a despecho de aquél, y *sustituye* la actividad ajena sólo en el sentido de que obtiene con la actividad propia resultados económicos y jurídicos que por lo regular habrían podido obtenerse con la actividad del obligado.

En opinión de Chioventa, la promesa de contratar produce el efecto, en el caso de incumplimiento de la misma y a través de la ejecución forzada, de que el juez que condena al promitente incumplido a otorgar el contrato (obligación de hacer) puede válidamente suscribir el contrato definitivo en sustitución de la parte que se niega a otorgarlo. Por lo tanto, el incumplimiento de la promesa no tiene por efecto solamente el pago de daños y perjuicios (como ocurre en nuestro derecho positivo, respecto de la violación de la promesa de matrimonio), sino a la ejecución forzada, en forma directa, de la obligación de hacer, que contiene la promesa según lo que dispone el artículo 2247 de nuestro Código Civil; si el promitente rehúsa 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 hace, de todos los daños y perjuicios que haya originado a la otra parte.

En el mismo sentido, la fracción III del artículo 517 del Código del Procedimientos Civiles, prescribe:

Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía.

Conviene citar la disposición contenida en el artículo 2932 del Código Civil italiano de 1942, en el que se percibe la influencia de la opinión de Chioventa:

Artículo 2932. Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato. Si aquel que se ha obligado a concluir un contrato, no cumple lo prometido, la otra parte, siempre que sea posible y no quede excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transmisión de otro derecho, la demanda no puede ser acogida si el demandante no exhibe la prestación que le compete o no ofrece cumplirla legalmente, a menos que tal prestación no sea aún exigible.

En la tesis de Chioventa el derecho de los otorgantes del contrato preparatorio a la ejecución de la promesa, surge de una secuencia en la que el contrato preliminar tiene como función constituir el funda-

Lejos de querer, en representación del obligado, el estado en el proceso, quiere por cuenta propia y a despecho de aquél, y *sustituye* la actividad ajena sólo en el sentido de que obtiene con la actividad propia resultados económicos y jurídicos que por lo regular habrían podido obtenerse con la actividad del obligado.

En opinión de Chiovenda, la promesa de contratar produce el efecto, en el caso de incumplimiento de la misma y a través de la ejecución forzada, de que el juez que condena al promitente incumplido a otorgar el contrato (obligación de hacer) puede válidamente suscribir el contrato definitivo en sustitución de la parte que se niega a otorgarlo. Por lo tanto, el incumplimiento de la promesa no tiene por efecto solamente el pago de daños y perjuicios (como ocurre en nuestro derecho positivo, respecto de la violación de la promesa de matrimonio), sino a la ejecución forzada, en forma directa, de la obligación de hacer, que contiene la promesa según lo que dispone el artículo 2247 de nuestro Código Civil; si el promitente rehúsa 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 hace, de todos los daños y perjuicios que haya originado a la otra parte.

En el mismo sentido, la fracción III del artículo 517 del Código del Procedimientos Civiles, prescribe:

Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía.

Conviene citar la disposición contenida en el artículo 2932 del Código Civil italiano de 1942, en el que se percibe la influencia de la opinión de Chiovenda:

Artículo 2932. Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato. Si aquel que se ha obligado a concluir un contrato, no cumple lo prometido, la otra parte, siempre que sea posible y no quede excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transmisión de otro derecho, la demanda no puede ser acogida si el demandante no exhibe la prestación que le compete o no ofrece cumplirla legalmente, a menos que tal prestación no sea aún exigible.

En la tesis de Chiovenda el derecho de los otorgantes del contrato preparatorio a la ejecución de la promesa, surge de una secuencia en la que el contrato preliminar tiene como función constituir el funda-

mento de la sentencia constitutiva del derecho al otorgamiento del contrato definitivo. De manera que la naturaleza del contrato preliminar y los efectos del mismo se explican, en opinión de Chiovenda, por la congruente relación o interdependencia de actos en que se combina el derecho sustantivo (contrato preliminar) y el derecho procesal (acción, proceso, sentencia constitutiva) constituyendo así, propiamente, la fuente u origen de donde surge como acto debido el contrato definitivo.

Independientemente de que la explicación de Chiovenda pueda ser discutida, es oportuno hacer notar que tanto Degenkolb como Chiovenda, y más adelante Carnelutti, llegan por distintos caminos a señalar la naturaleza instrumental del contrato preliminar. Recordemos, de paso, que la construcción conceptual de los derechos potestativos, dentro de los cuales colocó Chiovenda al derecho de la acción procesal, tiene como antecedentes la opinión de Degenkolb expuesta en *La coacción en el contradictorio y naturaleza de la norma contenida en la sentencia*, en la que la acción aparece como un derecho abstracto de obrar (instrumental) independiente de la existencia del derecho sustancial, cuyo reconocimiento o constitución las partes pretenden obtener por medio de la sentencia.

15. *Opinión de Carnelutti.* Carnelutti, por su parte, considera que por lo que se refiere a la promesa de contrato, en relación con el contrato definitivo, nos encontramos en presencia de la formación progresiva de lo que él denomina acto continuado.

Este autor observa que en el acto continuado la unidad del fin reclama el concepto de continuación, como ocurre en la sucesión progresiva de los actos del procedimiento, en el que dicha unidad de fin estaría representada por la sentencia.

Declara Carnelutti que la idea del acto continuado, de la misma manera que la de acto cumulativo y del acto concurrente, ha sido trasladado por él a la teoría general del acto jurídico, tomándola del campo del derecho penal y espera que, como ocurrió en el derecho penal, haya de dar útiles resultados.

Veamos cómo explica Carnelutti la identidad del concepto de acto continuado, en el derecho penal y en la teoría general del derecho:

Basta por lo demás, el espontáneo acercamiento del acto ilícito al acto debido, para demostrar que esta figura no es propiamente exclusiva del delito; así como el hurto continuado podría decirse que es un hurto a plazos ¿por qué no habría de ser el pago a plazos un pago continuado?

Y agrega en seguida:

Los expertos en negocios saben que algo análogo sucede, y es natural que así suceda, también en materia de contrato, a propósito del cual se habla hace ya tiempo de su formación progresiva. Pensemos, entre otros casos, en la combinación del contrato definitivo con el contrato preliminar, o del contrato interpretativo con el contrato interpretado. Todos estos casos, lo que son de continuación que por pertenecer los actos sucesivos a la misma especie, se puede llamar homogénea.²¹

En la opinión de Carnelutti, como puede observarse, la promesa de contrato, que como acto jurídico continúa en su realización en el contrato definitivo, se combina con este último para alcanzar un fin común a través del cual ambos negocios jurídicos se encuentran íntimamente ligados.

El concepto de negocios conexos o negocios combinados no es nuevo, era conocido desde el derecho romano bajo la forma de los pactos adjectos (*pacta adjecta*) o de la carga modal. Pero se debe a recientes investigaciones el mejor conocimiento de estas combinaciones de negocios, que se manifiestan en el mundo moderno bajo los más variados aspectos.

Además de las observaciones de varias declaraciones de voluntad producidas en un solo negocio, se presentan combinaciones de varios negocios jurídicos (en ellos)... o en una pluralidad de negocios, de los cuales ninguno es perfecto ni productivo de efectos por sí mismo, con independencia de los otros; antes bien, los efectos de esos varios negocios se coordinan, para el cumplimiento de una función fundamental. La relevancia de la combinación de varios negocios, se pone de manifiesto cuando la suerte de uno de ellos se liga en alguna manera, con la existencia o la vida de otro negocio o de otros negocios. El nexo entre todos ellos permite que los elementos de existencia, los requisitos de validez, la eficacia o la ejecución de los negocios con los que se comunica, de la misma manera que el contenido de uno se encuentra determinado por el contenido del otro...

Pueden distinguirse varias especies de negocios accesorios: los negocios preparatorios, los interpretativos, los complementarios y los auxiliares.²²

La opinión de Carnelutti se aparta enteramente de la posición de Chiovenda y niega que la sentencia que se pronuncia en el juicio en que una de las partes demanda de la otra la ejecución de lo prometido en el contrato preliminar, constituye por sí el derecho, pues al comentar el artículo 2932 del Código Civil italiano afirma que la sentencia cuya naturaleza es declarativa y no constitutiva, sólo produce el efecto de hacer definitivas o mejor, de atribuir certeza jurídica a

²¹ Carnelutti, Francisco, *Teoría general del derecho*, versión castellana por Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, núm. 189, p. 458.

²² Santoro-Passarelli, Francisco, *Dottrine generali del diritto civile*, quinta edición, Nápoli, 1957, p. 195.

las relaciones de derecho que ya existían antes de la sentencia y que se originaron del contrato preliminar, el cual permanece disciplinado al contrato definitivo.²³

16. *El contenido del contrato preliminar. Sus efectos.* De las opiniones expuestas, podemos desprender algunos datos que nos permitan deslindar los conceptos de contenido, objeto y efectos de la promesa bilateral de contrato.

Tomemos como punto de partida la definición que de la promesa de contrato ofrece el artículo 2243 del Código Civil, como aquel acuerdo de voluntades por virtud del cual los otorgantes asumen la obligación de celebrar un contrato futuro. De acuerdo con este concepto, la promesa está constituida por dos declaraciones de voluntad recepticias, en virtud de las cuales cada una de las partes contratantes, de manera recíproca, ofrece y acepta celebrar en lo futuro el contrato definitivo.

En este sentido, los otorgantes del contrato preliminar, actuando dentro del campo de la autonomía privada por propia voluntad, se colocan en un estado de sujeción frente al otro contratante.

La creación de este estado de sujeción en que se encuentran colocadas las partes, agota enteramente el efecto propio del contrato preliminar. Quiero decir que, como consecuencia del consentimiento de las partes, se colocan los otorgantes en una situación jurídica en que han autolimitado, por libre y espontánea decisión, su voluntad jurídica, y el efecto del contrato es haber creado ese vínculo o autolimitación de la voluntad.²⁴

No es exacto, por lo tanto, como ha venido afirmando la doctrina, que los efectos de la promesa quedan diferidos. Los efectos del contrato preliminar se cumplen y se agotan inmediatamente: perfeccionada la promesa surge el vínculo jurídico que asegura a las partes la celebración del contrato definitivo.

Ésta es la característica específica de la promesa de contrato, que la distingue de las otras especies de contratos: dar lugar a la modifica-

²³ Carnelutti, Francisco, *Sistema*, t. 1, p. 54, e *Instituciones del proceso civil italiano*, Padova, 1956, p. 35.

²⁴ "Es aun porque se trata propiamente de una imputación de efectos contractuales, porque debe asegurarse a la otra parte, que se quiere concluir tal contrato, precisamente la situación jurídica contractual, por lo que no queda sino considerar al sujeto en estado su sujeción respecto al precepto mismo de la autonomía privada; es decir, se asume la responsabilidad por la ejecución específica de la obligación de contratar que se convierte, señaladamente en autorresponsabilidad", Carusi, Franco, "In tema di contratto preliminare e sentenza costitutiva", *Rivista di diritto civile*, Anno 1, núm. 4, Padova, 1955, p. 875.

ción de la situación jurídica en que se encuentran las partes antes de la celebración del contrato preliminar y después de la celebración de dicho contrato. Se trata de efectos exclusivamente jurídicos, conceptuales.

El contrato definitivo no forma parte del vínculo obligacional; queda fuera de él el contenido de la voluntad de las partes, se agota en la promesa de celebrarlo, es el objeto indirecto de la obligación contraída, en tanto que el objeto directo es simplemente el propósito de las partes de contraer la obligación de su otorgamiento. El contrato preliminar no tiene una función económica, como apunta claramente Felipe Clemente de Diego,²⁵ en igual sentido Borja Jiménez.²⁶ El objeto del contrato preliminar presenta una naturaleza compleja en cuanto, por una parte, de manera concreta, las partes se obligan a emitir dentro de un cierto plazo fijado por acuerdo de ambas (artículo 2246 del Código Civil) una segunda declaración de voluntad, que habrá de constituir en el contrato definitivo y por la otra la promesa presenta un aspecto abstracto o normativo en cuanto contiene un conjunto de reglas o disposiciones contractuales previamente fijadas por las partes, conforme a las cuales ha de quedar configurado, en sus elementos básicos, el contrato definitivo. De allí que la promesa de contratar para ser válida aparte de constar por escrito, debe contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo (artículo 2246 del Código Civil).

En cuanto los otorgantes quedan obligados a la celebración del contrato definitivo, y esta obligación, cualquiera que sea la naturaleza de este contrato, siempre será una obligación de hacer (artículo 2245 del Código Civil), la distinción entre el primero y el segundo contrato que puede contener obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, (aunque generalmente el objeto del contrato definitivo es dar nacimiento a una obligación de dar) permite establecer esa relación de conexidad o combinación de negocios que explican y fundamentan recíprocamente al contrato definitivo y al contrato preparatorio y que constituyen aquella unidad de los actos combinados a que se refería Carnelutti y la existencia del elemento aglutinante entre ambos contratos constituido por la unidad de fin.

Pero también existe unidad en el principio u origen de ese acto continuado, cuya fuente original se encuentra en la voluntad de las partes que otorgan la promesa; en la voluntad también encontramos dos momentos, representados por las dos declaraciones sucesivas, la

²⁵ *Instituciones de derecho civil español*, Madrid, 1959, t. II, p. 146.

²⁶ *Op. cit.*, p. 74.

que se contiene en el contrato preliminar, que es una promesa de *futuris* y la que se contiene en el otorgamiento del contrato definitivo que es también una promesa de ejecutar la obligación que es objeto del contrato definitivo, pero aquí se trata de una promesa de *presentis*, en la que las partes han asumido la obligación de cumplir la prestación que han prometido realizar en dos etapas, por decirlo así.

Los efectos del contrato preliminar se agotan en el intercambio de declaraciones. El contrato definitivo no es efecto del contrato preliminar, es el objeto de éste, o más claramente el motivo determinante de las declaraciones de los promitentes.

En la teoría de la causa, entendida como motivo o fin del contrato preliminar, se puede ver con mayor claridad: a) la distinción entre las declaraciones de voluntad y el objeto del contrato preliminar y del contrato definitivo, b) el nexo de correspondencia entre uno y otro contrato, c) la unidad de fin de carácter económico o patrimonial que presiguen las partes con la celebración sucesiva de ambos contratos, d) el contenido normativo del contrato preliminar distinto del contenido económico del contrato definitivo, e) la naturaleza instrumental o normativa del primero de dichos contratos y el contenido económico del contrato definitivo.

17. *La apertura de crédito en libros y el reporto.* Tomemos dos ejemplos bancarios que pueden ilustrar la exposición anterior: la apertura de crédito y el reporto.

Mediante la apertura de crédito el banco acreditante asume la obligación de poner a disposición del acreditado ciertas sumas de dinero, que este último deberá restituir al banco dentro de un cierto plazo. El artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define así la apertura de crédito:

En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones y gastos y comisiones que se estipulen.

Muchas veces, tanto los comerciantes como quienes no lo son, saben que van a necesitar dinero pero no saben cuándo ni cuánto necesitarán. La obtención de un préstamo en estas condiciones es desventajoso para ellos, pues si se calcula por lo bajo no será satisfecha la necesidad de dinero y si se calcula con exceso el prestatario estará obligado a abonar unos intereses que no tendrán justificación. Para eludir estos incon-

venientes, las personas que necesitan de dinero acuden a los bancos como negociantes de crédito y en vez de concertar un préstamo concertan una apertura de crédito, es decir, un contrato cuyo objeto no va a ser el dinero, sino el crédito mismo como bien económico.²⁷

Propiamente, en el contrato de apertura de crédito el banco acreditante simplemente asume la obligación de prestar más tarde al acreditado, cuando éste lo solicite, una suma de dinero. El objeto de este contrato no es el crédito, como lo afirman Garrigues y Bauche, como antes digo, sino la vinculación, el compromiso jurídico del banco (promesa de *futuris*) de celebrar uno o varios contratos de préstamo bancario con el acreditado. Es un acto continuado que se inicia con el otorgamiento del contrato de apertura de crédito, y que concluye con la restitución a la institución acreditante de las sumas de dinero, de las que el acreditado ha dispuesto, más el pago de los intereses estipulados.²⁸

En otro contrato bancario, el reporto, que ha sido considerado como un contrato bursátil, el reportador, mediante el pago de una suma de dinero al reportado, adquiere la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir a este último la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido, contra el reembolso del mismo precio más un premio (artículo 259 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

El contrato de reporto aparece bajo el aspecto de operación de mutuo con garantía de valores, un verdadero contrato de venta de género con pacto de retroventa.

El reportado, que de acuerdo con el artículo 259 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito transfiere al reportador la propiedad de los títulos, y éste se obliga a su vez a reventar, a quien le ha transmitido dicha propiedad, títulos de las mismas características y por el mismo valor de aquellos que ha recibido en reporto.²⁹

En mi concepto, el pacto que contiene esta obligación bancaria y la naturaleza del mismo quedan explicados claramente a través del

²⁷ Bauche Garcíadiego, Mario, *Operaciones bancarias*, Editorial Porrúa, 1967, p. 246.

²⁸ En contra Sergio Sotgia, *Appunti per un curso di diritto bancario*, Padova, 1944, p. 188, siguiendo la opinión de Greco, dice: "La doctrina concluye por lo tanto que el contrato de apertura de crédito es un contrato definitivo y autónomo, de contenido complejo y, según la opinión de algunos autores, un verdadero contrato de préstamo sin desembolso inmediato de capital."

²⁹ Véanse, Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, México, 1961, p. 224.

contrato preliminar de promesa, que es como ya se ha dicho, un acto continuado, normativo, por sí mismo vinculatorio y que es la *causa obligandi* del contrato o los contratos definitivos que celebrarán en lo futuro las partes.