

## LA PROMESA UNILATERAL DE CONTRATAR

Emilio González de CASTILLA DEL VALLE\*

SUMARIO: I. *La declaración unilateral de voluntad.* II. *El contrato.* III. *El contrato de promesa.* IV. *La opción y el contrato de policitud o precontrato.* V. *Conclusiones.*

Actualmente México cuenta con un Código Civil Federal de conformidad con el decreto de fecha 29 de mayo del año 2000, en el cual el legislador federal recogió el Código Civil de 1928 (publicado en el *Diario Oficial* el 26 de marzo de 1928, y en vigor a partir del 10 de octubre de 1932) para incorporarlo como Código Civil Federal. Antes de dicha reforma, el citado Código Civil de 1928 era aplicable en el Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en materia de orden federal.

Así, actualmente tenemos un Código Civil aplicable en todo el país, y que es supletorio de la materia mercantil, de conformidad con el artículo 2 del Código de Comercio, y tantos códigos civiles cuantas entidades federativas existen en el país, aplicables en el ámbito territorial estatal. Corolario de lo anterior es que el Distrito Federal —independientemente de la discusión de si es o no una entidad federativa como los demás estados— tiene su propio Código Civil autónomo e independiente del federal a partir del 25 de mayo de 2000.

En esas circunstancias es punto más que difícil hacer un análisis comparativo de todas las legislaciones estatales y federal y ello desborda el objetivo de este estudio, por lo que me limitaré a analizar el Código Civil Federal con algunos muy breves apuntes comparativos con el Código Civil del Distrito Federal. El lector deberá, pues, hacer una revisión de los criterios

\* Abogado postulante. Maestro titular de Obligaciones civiles, Escuela Libre de Derecho.

aquí contenidos a la luz de las disposiciones particulares de cada entidad federativa, y hacer los cambios y consideraciones pertinentes tomando en cuenta las disposiciones especiales estatales no coincidentes con las aquí analizadas.

Por otra parte, a guisa de advertencia, se aclara que por el perfil del trabajo, no se desarrollan múltiples conceptos jurídicos que son presupuesto de razonamientos posteriores y conclusiones. Dichos presupuestos no desarrollados pueden ser materia de disenso, por lo que se tendría que discutir dichos presupuestos enunciados, lo que enriquecería el trabajo, pero que por los límites de tiempo es imposible desarrollar.

### I. LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

El Código Civil Federal reconoce y regula la declaración unilateral de voluntad como fuente extracontractual de obligaciones, de conformidad con el texto de los artículos 1860 a 1881.

Dentro de dicha categoría se reconocen el ofrecimiento al público, la promesa de recompensa, el concurso con promesa de recompensa, la estipulación a favor del tercero y, para algunos, los títulos a la orden o al portador.

Dentro de la lista de fuentes especiales de obligaciones por declaración unilateral de voluntad, se discute si la inclusión de la estipulación a favor de tercero es correcta o no, puesto que la opinión generalizada de autores modernos identifican a esa figura como un verdadero contrato entre estipulante y promitente en favor de un tercero, en cuyo patrimonio nace un derecho de naturaleza revocable hasta en tanto no manifieste su deseo de querer aprovechar la prestación estipulada en su favor.

Por otro lado, es evidente que existen otras disposiciones que presuponen la existencia de una obligación de origen especial a través de la declaración unilateral de voluntad, pero que, sin embargo, no se encuentra dentro del capítulo específico de la declaración unilateral de voluntad regulada en el Código Civil Federal. El caso concreto lo tenemos en la póliza de oferta con fijación de plazo volitivo o legal, dentro de la regulación relativa a la formación del consentimiento que, junto con el objeto, son elementos de existencia del contrato como fuente de obligaciones. Nos referimos a los artículos 1804 y 1806 del Código Civil Federal, los que no se encuentran ubicados en el capítulo de la declaración unilateral de voluntad sino en el del consentimiento como elemento del contrato, pero que establecen

una liga cuyo contenido, para algunos autores, presupone una obligación de origen extra-contractual.

En este tema específico el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 1803 contiene un texto distinto al similar del Código Civil Federal, en tanto que éste regula a los medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, como métodos expresos de expresar el consentimiento, mientras que aquél se limita a reconocer a la manifestación verbal, escrita o por signos inequívocos para referirse al consentimiento expreso.

En torno a esta policitación u oferta regulada dentro del capítulo de la formación del consentimiento, cuyo origen y razón de ser es la declaración unilateral de voluntad del policitante, quien se coloca en una situación de compromiso por su sola voluntad unilateral, la terminología específica que utiliza el Código Civil Federal es en el sentido de que dicho autor de la oferta queda “ligado” por su ofrecimiento hasta la expiración del plazo volitivo (artículo 1804) o legal (artículo 1806).

Se discute ampliamente si esa terminología es equivalente a “obligación”, es decir, si esa policitación u oferta es fuente de una obligación susceptible de incumplimiento, o de una liga, que es el texto que utiliza la legislación, como un ente distinto a aquella.

Por otra parte, hay dos orientaciones muy claras en cuanto a las posibles consecuencias resultantes de la violación al autocompromiso adquirido por el policitante u oferente a través de su declaración unilateral de voluntad. Una de ellas, principalmente apoyada por R. J. Pothier, en el sentido que la violación a dicha liga impide realmente la formación del contrato por la aceptación del policitado, quedando a éste el único recurso de reclamar los daños y perjuicios de origen extracontractual. La segunda orientación, fundamentalmente apoyada por E. Gaudemet, sostiene que la revocación o incumplimiento en la liga resultante de la policitación, no impide la formación del contrato, si dicha policitación es aceptada por el solicitado oportunamente, de tal manera que la responsabilidad será siempre contractual, por lo que el policitado podrá exigir el cumplimiento del contrato, ya que, en esa tesitura, la retracción de la oferta es imposible.

Esta última posición de E. Gaudemet, que quizá ha ganado más adeptos, encuentra algunos obstáculos más prácticos que teóricos, en la hipótesis de la doble policitación sobre un mismo objeto, sin advertir al primer policitado que el policitante retiene la facultad de ofrecer el mismo objeto a terceros. Pero en realidad, si el objeto de la doble policitación con plazo es un bien fungible, el policitante podrá cumplir contractualmente con ambos policita-

dos en caso de que ambos hayan aceptado la oferta dentro del plazo. Si el objeto de la doble peticitación no es fungible, deberá cumplirse el contrato en favor de quien haya aceptado en primer lugar, aunque haya sido el segundo en recibir la peticitación, sin perjuicio de responder al otro peticitante que también haya aceptado la oferta aunque en segundo lugar, quien podrá exigir, entonces, los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, toda vez que existió acuerdo de voluntades sobre un bien no fungible. Esta regla general puede tener una excepción en la hipótesis que se acredite la complicidad entre el promitente y el segundo peticitado, que acepta en primer término, con la intención de desplazar la expectativa del primer solicitante; pero aun en esta hipótesis se ve una responsabilidad contractual.

Si todo lo anterior es correcto, la conclusión es que la liga de que habla el artículo 1804 y 1806 del Código Civil Federal no constituye propiamente una obligación de origen extracontractual, sino una expectativa de contratación de naturaleza irreversible, una vez que haya llegado al conocimiento del destinatario en los términos del artículo 1808 del Código Civil Federal. Es decir, dicha expectativa irreversible encuentra su origen, no sólo en la declaración unilateral de voluntad del peticitante, sino también en el conocimiento que el destinatario tenga de dicha peticitación, pues ello es lo que crea (hace nacer) la expectativa irreversible o liga.

Así, de aceptarse oportunamente la peticitación, habrá siempre una responsabilidad contractual, aun en la hipótesis en que el peticitante quisiera revertir los efectos de la misma, es decir la expectativa contractual válidamente creada en el patrimonio de peticitado. De no aceptarse oportunamente la peticitación, se diluye la expectativa contractual sin ninguna responsabilidad, sin que dicha expectativa, a la sazón frustrada, se identifique con una obligación propiamente dicha.

Lo anterior evidentemente hace concluir que la declaración unilateral de voluntad que se identifica como peticitación u oferta, no es propiamente una fuente de obligaciones.

Regresando, en forma breve (por no ser el tópico fundamental de este opúsculo), al capítulo de la declaración unilateral de voluntad del Código Civil Federal, también existen serios cuestionamientos en cuanto a que cada una de las fuentes especiales ahí referidas sean, en realidad, una fuente extracontractual de las obligaciones.

Al respecto, ya hicimos algún comentario breve en torno a la estipulación a favor de terceros, cuya naturaleza es contractual, no obstante los esfuerzos que algunos autores hacen para sostener que su verdadera natu-

raleza jurídica lo es la declaración unilateral de voluntad del promitente; lo anterior para apegarse a un formulismo positivo por la ubicación de su regulación en el Código Civil Federal, lo cual encuentra como fundamento una razón meramente histórica, por ser las teorías en boga al momento de llevar a cabo los estudios que culminaron en el Código Civil de 1928, entonces aplicable en el Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en asuntos de orden federal, situación ya modificada actualmente.

Los demás temas específicos abordados por el capítulo de la declaración unilateral de voluntad en el Código Civil Federal, deben ser analizados sin perder de vista lo novedoso del tema, en comparación con el contrato y los cuasicontratos como fuentes —tradicionales— de las obligaciones. Estos últimos de origen ancestral romano y aquella (la declaración unilateral de voluntad) de cuño muy reciente, pues sus primeros exponentes se encuentran en los años de 1874 a 1900 (Siegel, Works, Saleilles, Guihaire, entre otros).

El ofrecimiento al público presenta entonces la problemática de saber si la supuesta obligación que nace como consecuencia de dicha oferta, tiene un sujeto activo concreto y determinado, lo cual, a su vez, nos lleva a la temática referente a la determinación de los sujetos en el vínculo jurídico como requisito de existencia del mismo. Para algunos, como Cristóbal Montes, la indeterminación del sujeto activo no es óbice para la existencia del vínculo jurídico. Para otros, como Giorgiani, con la sola promesa el supuesto de hecho no es completo y sólo puede desembocar en una situación definitiva cuando se complete el supuesto de hecho, que es la determinación del sujeto activo.

Estos comentarios son aplicables por igual a la promesa de recompensa y concurso con promesa de recompensa, como variantes del ofrecimiento al público.

Una cosa es, entonces, el sostener el ofrecimiento con sujeto indeterminado, y otra cosa distinta es el dar, hacer o no hacer, producto de una aceptación por un sujeto concreto y determinado. Deber el primero y obligación el segundo.

Finalmente, en cuanto a los títulos a la orden y al portador, algunos esfuerzos se han hecho para sostener que, en realidad, los artículos del Código Civil Federal que lo regula, no quedaron derogados por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y que, por tanto, existe la posibilidad jurídica de la emisión de títulos a la orden o al portador de naturaleza civil. Se antoja

difícil vislumbrar un título civil de esa naturaleza, en tanto que no existe una tipificación de los mismos en el Código Civil Federal y que, por tanto, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se puedan crear tantos títulos a la orden o al portador como la imaginación pueda concebir, con las características de literalidad e incorporación.

Sin profundizar más sobre el tema, resulta discutible considerar a la declaración unilateral de voluntad como una fuente autónoma, aunque especial, de obligaciones, como derecho de crédito personal, sin dejar de reconocer que dicha declaración unilateral de voluntad puede ser fuente de expectativas jurídicas, inclusive irreversibles, que pueden comprometer a su autor.

## II. EL CONTRATO

El contrato se ha considerado como la fuente primordial de las obligaciones, es decir del derecho de crédito personal. El contrato tiene un origen ancestral en raíces romanas.

Se ha hecho un esfuerzo de clasificación, con fines primordialmente didácticos, para distinguir el convenio del contrato.

De acuerdo con nuestra legislación positiva, efectivamente se distingue el convenio del contrato en tanto que, de conformidad con el artículo 1792 del Código Civil Federal, el convenio es el acuerdo de dos o más personas (léase voluntades) para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Por su parte, el artículo 1793 del citado ordenamiento señala que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Lo anterior supone una clara distinción que recoge la legislación positiva vigente, distinción que tiene una vocación eminentemente pedagógica, pero que quizá no tenga una relevancia sustantiva y práctica importante.

Hay un esfuerzo loable para justificar la distinción, que consiste en señalar que los convenios se refieren primordialmente a obligaciones, pues así lo señala el texto del artículo 1792, mientras que los contratos se avocan no sólo a las obligaciones, sino también a los derechos, de donde se desprende la conclusión para quienes tienen esta óptica, que los derechos a los que se refiere el texto del artículo 1793, son los derechos reales, para con ello concluir que los derechos reales solamente pueden ser creados o transferidos mediante los contratos. Este razonamiento, de origen gramatical, dejaría fuera la extinción o modificación de los derechos reales, quedando

trunco el sistema, además de que no podríamos hablar propiamente de una creación convencional de derechos reales, puesto que si la propiedad corresponde originariamente a la nación, es solamente ella a la que, a través de legislación secundaria, le corresponde crear derechos reales de propiedad, con las limitaciones y características correspondientes, así como sus variantes y modalidades. Los derechos intangibles de carácter dominical, como pueden ser los derechos de propiedad industrial, podrían caer dentro de esta estructura ideológica.

También se ha señalado la posible deficiencia del artículo 1972 al no incluir otros aspectos como podrían ser la ratificación de derechos y obligaciones, crítica que consideramos infundada, toda vez que, de una interpretación jurídica del precepto, debemos concluir que en realidad comprende tanto la ratificación como cualquier otro acto jurídico que incida en el derecho personal del crédito y su correlativa obligación.

El contrato como fuente de obligaciones personales —independientemente de que pueda ser fuente de transmisión de derechos reales— tiene una clasificación reconocida en el Código Civil Federal que es sumamente importante para evaluar las consecuencias jurídicas y económicas que pueda generar, aunque utiliza criterios de clasificación limitados, sin agotar otros que pueden ser de similar o mayor importancia.

Así, los artículos 1835 a 1838 del Código Civil Federal clasifican a los contratos de unilaterales o bilaterales, dependiendo de si se generan obligaciones recíprocas o si solamente se generan obligaciones a cargo de una de las partes, sin que la otra quede obligada para la primera. Este criterio de origen estrictamente jurídico no se desdobra en la legislación positiva para precisar si la bilateralidad es genética, es decir, que surge en la formación del contrato, o funcional, es decir, la que resulta de la posible interdependencia de las obligaciones, aspecto este último que resulta fundamental para determinar si se aplica o no el pacto comisorio tácito contemplado en el artículo 1949 del propio ordenamiento, puesto que su aplicación se limita a aquellas relaciones bilaterales interdependientes como consecuencia del sinalagma funcional y no así a las que, aunque bilaterales, no gozan de la virtud del sinalagma o interdependencia.

Por otro lado, el Código Civil Federal recoge la clasificación de contrato oneroso o gratuito, de cuño estrictamente económico, y que supone provechos y gravámenes recíprocos en el primero y provechos exclusivos de una de las partes en el segundo. Este criterio de clasificación se desdobra en el derecho positivo mexicano en oneroso conmutativo y oneroso aleato-

rio, que parte del criterio jurídico económico del momento en que se conozcan y se puedan apreciar el beneficio o la pérdida que de ellos resulte. En el conmutativo, el beneficio o la pérdida resultante se conocen desde la génesis del contrato, mientras que en el aleatorio la evaluación de la ganancia o pérdida, es decir el monto, depende de un acontecimiento incierto, sin que esto último permita ubicar a esta hipótesis dentro de la condición como modalidad de la obligación, puesto que no está de por medio la existencia misma de la obligación sino solamente su cuantificación, y de ahí el riesgo económico de una de las partes. En esta tesitura, no existe un criterio normativo para aislar a los contratos aleatorios como aquéllos en donde la pérdida o la ganancia funcionen en forma bidireccional entre las partes contratantes, es decir, que lo que es ganancia para una es pérdida para otra, de aquellos otros que se ven impregnados de un *alea*, pero que los beneficios y las pérdidas son comunes a las partes contratantes, pues todos reciben simultáneamente dichos beneficios o pérdidas; el caso se da en los contratos asociativos. Esta distinción sí se llega a hacer en doctrina, para aislar a los primeros como los únicos contratos estrictamente aleatorios, sin dejar de reconocer el *alea* o riesgo que impregna a los otros.

Existen otros múltiples criterios de clasificación de suma importancia, pero que no son recogidos en el Código Civil Federal y que, sin embargo, se recurre a ellos para efectos de evaluar en un momento determinado las consecuencias jurídicas y económicas del contrato como fuente de obligaciones personales.

Sólo para mencionar alguno de ellos, sin que este listado sea exhaustivo y sin que se desarrolle el tema con profundidad, pues no es el propósito de este artículo, encontramos a los contratos verbales, formales y solemnes, que dependen de los requisitos establecidos en la ley para que su celebración revista determinada formalidad; contratos obligacionales y contratos con efectos reales, que dependen de si del contrato es fuente exclusivamente de obligaciones personales o si el contrato genera desde su génesis (salvo pacto en contrario) la transmisión de propiedad objeto del mismo; contratos reales, que son aquellos en los cuales la entrega del objeto cosa del contrato es requisito existencial, clasificación que se encuentra en claras vías de extinción; contratos de ejecución instantánea, de ejecución diferida, de ejecución continua y de tracto sucesivo, criterio que depende de si la obligación se cumple en forma simultánea a la celebración del contrato o si la obligación se ejecuta dentro de un plazo determinado o bien si existe el cumplimiento continuo ininterrumpido de la



obligación durante el plazo del contrato o, finalmente, si existen prestaciones periódicas y sucesivas.

El punto más importante del contrato como fuente de obligaciones personales radica en que, sin perjuicio de considerarlo como un acto jurídico, por oposición al hecho jurídico, si es que se adopta esa orientación doctrinal, o con independencia de que se le considere como negocio jurídico, por oposición o derivación del acto jurídico, si es que se adopta esta otra orientación doctrinal, lo que es claro es que los efectos que produce no se limitan —ni deben limitarse— a lo que las partes hayan contemplado en el acto volitivo, sino que genera todos aquellos efectos y consecuencias que, según su naturaleza, se deriven de la buena fe, los usos y la ley.

De esta manera, es evidente que los efectos del contrato como fuente de obligaciones, desborda los límites volitivos al poder generar consecuencias que derivan de su naturaleza conforme a la buena fe, a los usos y a la ley y que, inclusive, pudieron ser imprevistos por los propios contratantes.

Para poder hacer una justa apreciación de esas consecuencias que desbordan la previsión volitiva de las partes, es preciso analizar la naturaleza del contrato, para lo cual es fundamental recurrir a los criterios de clasificación de los mismos, tanto de los reconocidos en la legislación positiva como de los reconocidos en la doctrina, y a los cuales hicimos breve referencia con anterioridad sin pretender agotar el tema.

### III. EL CONTRATO DE PROMESA

La promesa de contrato se encuentra tipificada y regulada como contrato nominado en el Código Civil Federal en sus artículos 2243 a 2247, y es el único contrato reconocido como contrato preparatorio, no obstante que existen otros contratos cuya celebración es previa y sirven como vehículo para la celebración de otros actos jurídicos, como es el caso del mandato. De ahí, quizás, la distinción de contrato preparatorio y precontrato.

De conformidad con la regulación específica de la promesa de contrato, a través de ésta se asume la obligación de otorgar un contrato futuro definitivo, necesariamente posterior, y el propio Código establece que puede ser unilateral o bilateral.

No existe una disposición en la legislación positiva que nos aclare si este contrato puede ser oneroso o gratuito o si, por su naturaleza, únicamente puede generar una vinculación jurídica estrictamente gratuita.

En cuanto al primer criterio de clasificación, de origen estrictamente jurídico, la bilateralidad dependerá de si ambas partes celebrantes de la promesa de contrato se obligan a otorgar el contrato futuro definitivo, cuyos elementos esenciales deben quedar previstos en la promesa, por una parte, y por la otra, fijando el marco temporal dentro del cual debe otorgarse dicho contrato definitivo, puesto que, por disposición expresa del artículo 2246 del Código Civil Federal, no es factible omitir en la promesa el marco temporal dentro del cual debe otorgarse el contrato definitivo, por ser un elemento esencial. Con ello el legislador infiere que en ausencia de dicha determinación del marco temporal o plazo dentro del cual se debe otorgar el contrato definitivo, por una omisión de las partes, no es factible aplicar el régimen legal supletorio de dicha laguna convencional, es decir, el artículo 2080 del Código Civil Federal que permite, ante la ausencia de un plazo convencional, recurrir a la intimación judicial o extrajudicial, ante notario o ante dos testigos, para que, entonces, se detone el plazo legal de 30 días o del tiempo necesarios para el cumplimiento de la obligación, según se trate de una obligación de dar o de hacer.

Por disposición del artículo 2245 del Código Civil Federal, la bilateralidad de la promesa de contrato supone que ambas partes quedan obligadas a un hacer, consistente en la celebración del contrato definitivo cuyos elementos esenciales quedaron fijados en el propio contrato preparatorio. Al respecto, la siguiente tesis es ilustrativa:

Registro IUS: 270832

Sexta época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, LVII, p. 124, aislada, Civil.

Rubro: Promesa, contrato de.

Texto: 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 promitente y la otra el beneficiario, es decir, el promitente 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 recípro-

cos, de modo que mutuamente se puede exigir el cumplimiento de la obligación de hacer, consistente en la celebración o firma del contrato definitivo. Precedentes: Amparo directo 8/61. Sucesión de Antonio Masetto Regazzo. 23 de marzo de 1962. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela. Véase: *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985, cuarta parte, Tercera Sala, segunda tesis relacionada con la jurisprudencia 231, p. 655, bajo el rubro “Promesa, contrato de”.

Es consabido, por otra parte, el criterio de nuestro máximo tribunal, en el sentido de que, palabras más o palabras menos, si ya existió un principio de ejecución del contrato definitivo al momento de concluirse el contrato preparatorio de promesa, estamos en presencia del cumplimiento ya del contrato definitivo y, por lo tanto, ante la ejecución de una obligación de dar y no de hacer.

En otras palabras, da la impresión que la obligación de hacer originada por el contrato preparatorio de promesa se ve alterada por una obligación de dar resultante del contrato definitivo, como consecuencia y en virtud de que este último ya ha iniciado su vigencia como consecuencia del principio de ejecución simultáneo a la celebración del contrato preparatorio de promesa. No es muy claro el criterio de la corte en cuanto a si la obligación de hacer ha sido novada casi fugazmente por una obligación de dar, o si aquella ni siquiera llegó a existir, pues la única obligación que surge del acuerdo de voluntades es la obligación de dar por virtud de la ejecución incipiente del llamado contrato definitivo realizada a la luz y al amparo de la promesa de contrato cuya finalidad natural se ve frustrada. Al respecto, existe la siguiente tesis:

Núm. Registro: 248,596. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Séptima época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: 193-198, Sexta Parte. Tesis, p. 48. Genealogía. Informe 1985, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 11, p. 49.

Compraventa bajo aspecto de promesa de venta.

No es exacto que por especificarse en el documento base de la acción que la operación concertada se refiere a un contrato preliminar de compraventa celebrado en términos de lo dispuesto por los artículos 2243, 2244 y 2246 del Código Civil, fijándose un plazo de cuarenta y cinco días para otorgarse el contrato definitivo, por esa circunstancia se trate de una promesa de contrato de compraventa, es decir, atendiéndose al texto literal inserto en dicho

documento, toda vez que la naturaleza jurídica de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que pudiera ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por los contratantes, en relación con las disposiciones legales vigentes y especialmente por lo dispuesto en el artículo 1851 del Código Civil; de tal suerte que si de la lectura de los antecedentes y clausulado del contrato base de la acción, se advierten hechos y actos consentidos por los colitigantes, que implican un concierto de voluntades tendientes al perfeccionamiento de un contrato informal de compraventa sujeto a las modalidades impuestas a la misma, relativa al término y la condición a que se hace referencia en una cláusula de dicha operación y en cuyo texto se estipuló que el “promitente comprador”, se compromete a pagar al promitente vendedor el precio de \$1,700,000.00 (un millón setecientos mil pesos 00/100 M. N.), de la siguiente forma: a) \$200,000.00 (doscientos mil pesos 00/100 M. N.) a la firma de este contrato preliminar”, advirtiéndose, además, en el propio contrato, una constancia manuscrita de que el “promitente vendedor” recibió del “promitente comprador” un cheque por \$200,000.00 y además el “promitente vendedor” admitió en la confesional a su cargo ser cierto que recibió la suma de doscientos mil pesos, a cuenta de dicho contrato, en ese orden de ideas, si los contratantes convinieron en la celebración de una promesa bilateral de compraventa, como así se pactó y tanto el promitente vendedor como el promitente comprador estuvieron de acuerdo en el objeto y precio del inmueble y además el promitente comprador dio cumplimiento a lo pactado en la cláusula transcrita de dicho contrato, resulta evidente que en el caso se trató de la celebración de un contrato de compraventa, no de un contrato preliminar de compraventa, al concurrir las dos promesas: de vender y comprar y determinarse el objeto y precio, existiendo así, como ya se dijo, una concordancia de voluntades que lleva a la realización de una compraventa, por reunirse los elementos constitutivos de la misma, surgiendo en esa forma en cualesquiera de los contratantes, la acción de exigir la satisfacción de las solemnidades relativas para que el contrato sea perfecto en su forma.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo D. C. 2206/84. Ignacio Cobo González y Graciela Trujillo de Cobo. 10 de enero de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez.

Por otra parte, el contrato preparatorio de promesa puede ser unilateral, por oposición al bilateral, y es cuando solamente uno de los contratantes se obliga para con el segundo a otorgar el contrato definitivo, cuyos elementos esenciales están predeterminados en el contrato de promesa, sin que el segundo de los contratantes quede, a su vez, obligado para con el primero.

En otras palabras, el contrato preparatorio de promesa sigue generando una obligación de hacer mas no de dar, y aquella es a cargo de una de las partes, pues la segunda no adquiere compromiso alguno de hacer, sino que únicamente tendrá la facultad de exigir del obligado el cumplimiento de su obligación de hacer, que se traduce en el otorgamiento y celebración del contrato definitivo pactado.

A primera vista, entonces, no habría campo para determinar, desde el punto de vista económico, si dicho contrato de promesa debe ser oneroso o gratuito, puesto que los efectos económicos deseados por las partes se darían al celebrar el contrato definitivo, y por ello se ha llegado a sostener que el contrato de promesa es de naturaleza gratuita, pues la onerosidad, según esta opinión, está excluida de la promesa.

Nos parece también aventurada la afirmación que la promesa de contrato puede ser oneroso en la medida y en función de que las partes reciben un provecho o beneficio, al recibir las bondades de la obligación correlativa de hacer (otorgamiento del contrato definitivo), aunque dichas bondades se traduzcan en beneficios o provechos jurídicos, pues ello implica trastocar la esencia del criterio distintivo entre bilateralidad y unilateralidad y gratuidad y onerosidad.

Lo que parece ser claro es que no es incompatible con la promesa de contrato, el que se establezca una compensación económica a cargo de quien recibe la promesa unilateral de contratar y a favor de quien se obliga unilateralmente a otorgar el contrato definitivo dentro de cierto plazo, lo que sería característico de la promesa unilateral. En otras palabras, hay una compensación económica que se paga al promitente obligado al momento de celebrar la promesa de contrato, compensación económica que encuentra su origen y razón de ser precisamente en que el promitente se ha obligado unilateralmente a otorgar el contrato definitivo, si es que el receptor de la promesa así lo decide dentro del plazo, con el riesgo de que transcurra éste sin que se exija el otorgamiento del contrato definitivo, por no ser del interés del receptor de la promesa. La cantidad económica tiende a satisfacer el llamado costo de oportunidad que pueda tener el promitente, al no poder comprometer el objeto individualizado que sería materia del contrato definitivo. En este escenario, el contrato tendría naturaleza de bilateral, en tanto que hay obligaciones recíprocas, aunque de naturaleza divergente, pues una es de hacer (otorgar el contrato definitivo) y la otra es de dar (pago del precio por la promesa unilateral), pero simultáneamente hay unicidad en la obligación de hacer, es decir otorgar el contrato definitivo, en

tanto que solamente una de las partes queda comprometida a otorgarlo, mientras que la otra no tiene obligación recíproca de hacerlo sino únicamente la factura de exigirlo, si así conviene a sus intereses, sin que lo anterior implique dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

Si aceptáramos y siguiéramos el criterio señalado con anterioridad, en el sentido de que el provecho de ser titular del correlativo derecho de la obligación de hacer a cargo del promitente, significa beneficio, aunque éste fuese jurídico (aunque detonaría un beneficio económico eventual), entonces bajo esa óptica, el citado contrato referido sería bilateral, pues existirían obligaciones recíprocas de las partes, aunque no interdependientes —la obligación de hacer a cargo de una consistente en otorgar el contrato definitivo y la obligación a cargo del otro, quien tiene la facultad de concluir o no el contrato definitivo, de pagar una contraprestación por el costo de oportunidad a favor del promitente— y oneroso, en tanto que hay provechos y gravámenes recíprocos, el primero jurídico que detonaría el efecto económico (ser titular del derecho correlativo para exigir el cumplimiento del contrato definitivo) y el segundo económico en sentido estricto (la contraprestación económica por la promesa unilateral).

La consecuencia expresa esencial del contrato de promesa unilateral o bilateral, es la obligación de hacer, que según el artículo 2245 del Código Civil Federal consiste en el otorgamiento del contrato prometido; sin perjuicio de que, en forma accidental, pueda contener obligaciones de dar, como el pago de dinero por el costo de oportunidad en el unilateral.

Si la esencia y los efectos del contrato de promesa es el generar una obligación de hacer, el Código Civil Federal es muy claro en cuanto a las consecuencias derivadas de su incumplimiento, puesto que el artículo 2027 señala que el acreedor tiene derecho a pedir que dicha obligación de hacer se ejecute por otro, a costa del obligado, cuando la sustitución sea posible, además de responder de los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, de conformidad con los artículos 2104 y 2110 del Código Civil Federal.

Si la sustitución no es posible, que es la hipótesis contraria al artículo 2027, por ejemplo por el hecho de que la prestación de hacer sea “*intuitu personae*”, el acreedor no tendrá otra alternativa que exigir los daños y perjuicios, precisamente porque la sustitución es imposible.

Lo anterior nos lleva a considerar si la obligación de hacer derivada de la promesa de contrato puede ser sustituida, es decir, ejecutada por otro a

costa del obligado o no. Si la sustitución es posible por ser susceptible de otorgarse por un tercero, el acreedor tendrá satisfacción *in natura* de su pretensión, sin perjuicio del pago de daños y perjuicios moratorios.

Por el contrario, si la sustitución no es factible, por no poder ser otorgado por un tercero a costa del obligado, el acreedor verá frustrada su pretensión, sin perjuicio de exigir, de cualquier forma, el pago de daños y perjuicios compensatorios.

A este respecto, el artículo 2247 del Código Civil Federal señala que 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 hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.

La pregunta es si este artículo en su texto y en su interpretación jurídica, permite ser el vehículo que sustituye el cumplimiento de la obligación de hacer derivado de la promesa de contrato a que se refiere el artículo 2027, o si, por el contrario, este artículo se limita al aspecto estrictamente formal de otorgamiento de los documentos necesarios para dar forma al acto jurídico, sin que suponga la posibilidad de sustituir al obligado —por el juez— en el cumplimiento de su obligación de otorgar el contrato definitivo.

Ya existen opiniones que señalan que la sustitución —por el juez— no tiene cabida en la promesa de contrato, pues el contrato prometido sólo puede tener como parte al promitente y no a un sustituto, sin poder decirse que esto —la sustitución— se da en la firma en rebeldía prevista en el artículo 2247, simplemente porque ello no hace cambiar en su persona al promitente. Dicho de otra forma, el juez que sustituye no puede quedar obligado a cumplir las obligaciones del contrato definitivo otorgado por él en rebeldía y en sustitución del promitente. Ello tornaría la sustitución imposible.

El antecedente del citado artículo 2247 se refiere a una situación distinta a la contemplada en el incumplimiento de la promesa de contratar, pues se refería al otorgamiento de la forma de los contratos celebrados sin la forma adecuada; lo que en el código de procedimientos de 84 era la llamada “minuta”, y en nuestros días el contrato privado.

Se incorpora su texto en el Código Civil de 28 y de ahí al actual federal, sin reparar que el incumplimiento del promitente no es en el otorgamiento de la forma, sino en el otorgamiento del contrato definitivo, razonamiento

que haría incompatible el texto del artículo 2247 con la problemática del incumplimiento de la obligación de hacer.

Si se hace una interpretación jurídica y, a través de ella, se concluye que la aplicación del artículo no debe limitarse a su texto sino que comprende el incumplimiento de otorgar el contrato definitivo mismo —no sólo la forma de éste—, entonces terminamos en el problema señalado con anterioridad, en el sentido de que el juez no puede sustituirse al promitente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho contrato definitivo así otorgado en rebeldía del propio promitente; con lo cual se anticipa el incumplimiento prácticamente automático de las prestaciones de dar, hacer o no hacer, del contrato definitivo, lo que resulta, además de impráctico, una solución poco feliz para el caso de incumplimiento de la obligación de hacer del promitente derivada de la promesa.

El resto del artículo 2247 del Código Civil Federal resulta entonces incongruente cuando habla de la excepción de sustitución cuando el bien se transmita a tercero de buena fe, ya que ante la interpretación que hacemos —de la imposibilidad de la sustitución—, la transmisión a tercero de buena fe del bien objeto del contrato definitivo es irrelevante.

Por ello, ante el incumplimiento del promitente, el remedio lógico, por ser la sustitución imposible, es el pago de daños y perjuicios.

#### IV. LA OPCIÓN Y EL CONTRATO DE POLICITACIÓN O PRECONTRATO

Existen opiniones que confunden o identifican a la opción o contrato de opción con la promesa unilateral de contratar, por una parte, y por la otra, distinguen a la promesa unilateral de contratar con la policitación u oferta.

Lo primero, la identificación de la promesa de contrato unilateral con el contrato de opción, puesto que hay un solo obligado y un solo beneficiario. El obligado (promitente) a hacer, es decir, otorgar el contrato definitivo, y el beneficiario (contraparte en la promesa de contrato) quien no se obliga (a menos que se obligue a pagar una cantidad de dinero que compensaría el costo de oportunidad del promitente, pero que no es una obligación similar en contenido a la de éste) sino que recibe las bondades de poder concluir o no el contrato definitivo, si así lo considera, por lo que podría, por su decisión unilateral en ejercicio de la facultad u opción concedida, exigir el cumplimiento de la obligación de hacer del promitente, que consiste en el otorgamiento del contrato definitivo, o bien renunciar a dicha facultad y no exigir tal cumplimiento, por no convenir a sus intereses.



En esta tesitura, el contrato de opción únicamente se puede aplicar a la promesa unilateral de contratar y nunca a la bilateral (salvo que la bilateralidad se origine en la compensación pecuniaria por el costo de oportunidad) ya que en ésta no existe una opción recíproca de las partes, pues ambas quedan obligadas —sin tener opción ninguna— a otorgar el contrato definitivo.

La opción se identifica, así, con la facultad que nace de la promesa de contrato de celebrar o no el definitivo, si así conviene al receptor de la facultad, quien entonces requiere y compele al promitente al cumplimiento de su obligación de hacer. Esta situación es exclusiva de la promesa unilateral de contrato y no así de la bilateral, pues de ésta no nacen facultades de ejercicio libre, sino obligaciones vinculantes.

Por otra parte, el nacimiento de facultades u opciones derivadas de la promesa unilateral de contratar, no implica violación del principio que impide dejar la validez y cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, pues la validez y cumplimiento de la promesa de contrato no depende de la voluntad del contratante receptor de la opción, ya que este contrato —el de promesa— es válido desde su celebración por ambas partes y, ejercitada la facultad resultante del mismo, la obligación del promitente no depende del arbitrio de ninguna de ellas; ésta debe ser cumplida en sus términos. El contrato definitivo no existe aún, por lo que no se puede concluir que quede al arbitrio de una de las partes.

En este escenario, sin embargo, nos encontramos en la misma situación referida con anterioridad, en cuanto a que, en caso de incumplimiento del promitente de su obligación de hacer (otorgar el contrato definitivo), el beneficiario no tendrá otro recurso que exigir daños y perjuicios, pues, como se dijo, la sustitución no es factible. Se ve frustrada su pretensión jurídica (y económica), en tanto que no logrará obtener las prestaciones del contrato definitivo, sino sólo un pago por equivalente monetario que no es lo esperado por él.

Lo segundo, la diferencia entre la promesa unilateral de contrato y la policitud u oferta, estriba en que aquel es un acto —que no un contrato— bilateral que requiere el acuerdo de voluntades, mientras que ésta es un acto unilateral cuyo origen es la declaración unilateral de voluntad del solicitante u oferente. En relación con este último aspecto, nos remitimos a lo señalado en el punto primero de este opúsculo, en el que se cuestiona —aunque de forma muy somera— si dicha policitud u oferta es fuente verdadera de una obligación personal —susceptible de ser incumplida y de

ahí una responsabilidad— o si sólo genera una expectativa jurídica irreversible, que desembocaría, en caso de aceptación oportuna, siempre en un contrato y por tanto originando una responsabilidad contractual.

En este último caso, la consecuencia no sería el incumplimiento de una obligación de hacer y, por tanto, una satisfacción por equivalente que se traduce en daños y perjuicios compensatorios, sino en la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso del contrato celebrado mediante la aceptación de la oferta, es decir, el dar, hacer o no hacer, que es lo que finalmente autores como E. Gaudemet señalan. La disputa entre J. R. Pothier y E. Gaudemet en torno a las posibles consecuencias jurídicas de la revocación o no de la plicitación, quedó reflejada ya en la primera parte de este estudio, y a ellos nos remitimos si se quisiera profundizar en este aspecto.

Estas similitudes y diferencias apuntadas entre los institutos señalados, dejan al descubierto aquellas hipótesis en las que las partes desean otorgarse una oferta —que no una opción— unilateral o bilateral, ya sea onerosa o gratuita, dentro de un contrato, pero que, al mismo tiempo, no se tenga como recurso, en caso e incumplimiento, un simple derecho a ser indemnizado, sino la plena satisfacción de la pretensión jurídica.

Esta hipótesis no se encuadra dentro de la promesa de contrato, pues el último recurso en caso de incumplimiento es el pago de daños y perjuicios por violar una obligación de hacer no sustituible, y tampoco se encuadra en la declaración unilateral de voluntad, pues no es una plicitación de origen unidireccional —con destinatario específico o no— que permita una contraprestación por el costo de oportunidad del solicitante. Además, no es compatible con plicitaciones de contenido vario que pueden contener contratos generales, que suponen la celebración, simultánea o no, de varios subcontratos, y que dan mucha flexibilidad para lograr la pretensión de las partes en procesos de co-inversión. El caso de los llamados “*puts*” y “*calls*” de derecho anglosajón, de reciente adopción práctica en nuestro país, para zanjar aspectos de des-inversión preconcebida si se dan o no ciertos supuestos, por ejemplo, son muestra de ello.

Por tanto, paralelamente a la promesa de contrato y a la plicitación u oferta univolitiva, encontramos un contrato innominado que se podría identificar como el contrato de plicitación, que, en ocasiones, no es autónomo sino que está inmerso en un contrato general, por ejemplo de coinversión.

En éste no existe una obligación de hacer (aunque la puede contener) y tampoco es una plicitación que parte de un solo sujeto plicitante, con destinatario conocido o indeterminado (plicitación u oferta dentro de la

formación del contrato u ofrecimiento al público), sino que contiene una policitud de origen convencional, que permite compensar el costo de oportunidad mediante una contraprestación y que, al ser aceptada, se podrá directamente exigir la prestación de dar materia de la oferta, en forma directa, lo que permitiría en la generalidad de los casos el cumplimiento forzoso.

Esto evitaría lo que algún autor llamó “circuitus inutilis”, por el cual se obliga a las partes a celebrar un nuevo contrato, el prometido, y que en caso de incumplimiento se desemboca en una satisfacción por equivalente, que es distinta a la pretensión de las partes. Al evitar dicho circuito inútil, este contrato de policitud o precontrato, como es calificado por algunos, faculta a exigir directamente el cumplimiento del objeto de la policitud, es decir la obligación de dar, motivando la satisfacción *in natura* de la pretensión jurídica (y económica) esperada.

No hay entonces un contrato preparatorio y uno posterior definitivo, que se otorga en cumplimiento del primero. No hay tampoco una declaración de voluntad unilateral aislada. Hay un acuerdo de voluntades para crear la situación de expectativa irreversible, cuyo incumplimiento no es factible en la medida en que el destinatario acepte la oferta dentro del plazo, por lo que la responsabilidad es siempre contractual y cuyo objeto puede ser una obligación de dar, lo que permite conceptualmente la ejecución forzosa, aspecto que no se permite, por las razones apuntadas anteriormente, en la promesa de contrato unilateral, pues éste presupone una obligación de hacer.

Lo anterior, sin insistir en la enorme utilidad práctica en lo que ahora se ha denominado como contratos coaligados, en los que las partes pueden tener deseos de hacerse ofertas recíprocas, onerosas o gratuitas, con el fin de consolidar inversiones o, por el contrario, des-invertir.

Esta distinción ya fue apuntada y recogida por la tesis que se cita a continuación, aunque con un lenguaje poco claro:

Núm. Registro: 248,254. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Séptima época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: 205-216, Sexta Parte. Tesis, p. 549. Genealogía. Informe 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 11, p. 378.

VENTA, CONTRATO UNILATERAL DE. DIFIERE DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA Y DEL ACTO UNILATERAL DE LA OFERTA O SOLICITACIÓN, EN TANTO SE PER-

FECCIONA CON EL CONSENSO DE VOLUNTADES DE VENDER POR UNO DE LOS CONTRATANTES Y LA ACEPTACIÓN POR EL OTRO DE ESA OFERTA.

Aplicando la hermenéutica jurídica imperante en la materia, que limita al juzgador a ceñirse al interpretar los contratos a los términos literales empleados en su redacción cuando éstos sean claros y sólo en defecto de esa claridad remitirse a la intención subjetiva de los contratantes, cabe establecer que, el acto consignado en el documento base de la acción en el juicio civil, en técnica jurídica, consiste en un contrato unilateral de venta por existir únicamente la obligación de vender por parte de María Pérez viuda de Villarreal y David Genaro Villarreal Pérez hacia René Castillo Martínez y María del Rosario González de Castillo del terreno y finca en él construida marcada con el número mil trescientos cuarenta y cinco de la calle Modesto Arreola al poniente de esta ciudad, en la cantidad de cien mil pesos dentro del plazo de un año a partir del quince de junio de mil novecientos setenta y siete y aceptada la oferta por uno de los destinatarios, o sea René Castillo Martínez al firmar de conformidad el documento aludido, pero sin existir obligación de compra por los beneficiarios de la oferta, en tanto que no exteriorizaron su voluntad en ese sentido. Es importante subrayar que se dan los elementos del contrato al existir el consenso de voluntades de vender y de aceptar la oferta, precisada la cosa y determinado el precio, pero unilateral porque sólo una de las partes resulta obligada, sin que deba confundirse con la promesa de venta, pues no está supeditada la obligación de vender a la celebración de un contrato ulterior o definitivo, en que se traduce la obligación de hacer que nace del contrato preparatorio como lo es la promesa, ni tampoco con el acto jurídico unilateral de la oferta o publicación, en que sólo existe la manifestación de voluntad del oferente.

Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Amparo directo 528/86. María Pérez viuda de Villarreal. 22 de octubre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Ernesto Rosas Ruiz. Secretario: Jesús S. Fraustro Macareno. Nota: En el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro CONTRATO UNILATERAL DE VENTA. DIFIERE DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA Y DEL ACTO UNILATERAL DE LA OFERTA O POLICITACIÓN, EN TANTO SE PERFECCIONA CON EL CONSENSO DE VOLUNTADES DE VENDER POR UNO DE LOS CONTRATANTES Y LA ACEPTACIÓN POR EL OTRO DE ESA OFERTA.

## V. CONCLUSIONES

Promesa unilateral de contratar es similar a opción. Promesa unilateral de contratar y opción, son distintos de la policitud u oferta cuyo origen es la declaración unilateral de voluntad, como proceso de formación de contrato.

El incumplimiento de la promesa de contratar, unilateral (opción) o bilateral supone incumplimiento de obligación de “hacer” no sustituible y, por tanto, base de daños y perjuicios como satisfacción por equivalente.

La policitud u oferta como acto univolitivo, crea una expectativa irreversible a favor del policitado, que no necesariamente es obligación personal.

El precontrato de policitud no está expresamente prohibido, por lo que es permitido como contrato innominado.

La virtud del precontrato de policitud estriba en que se evita el *circuitus inutilis* y permite exigir directamente la obligación de dar, por lo que admite la satisfacción *in natura* en caso de incumplimiento del policitante, al no cumplir su obligación necesariamente contractual, si la policitud es aceptada.

Dicho contrato ofrece un vehículo de gran flexibilidad en los contratos coaligados.