

PRESENTACIÓN

Tengo el gusto de presentar al público lector el trabajo de la autoría de don José G. Arce y Cervantes, quien fuera notario 102 del Distrito Federal, de 1945 hasta el 15 de septiembre de 1989, fecha en que murió. Ciertamente la monografía fue escrita decenios atrás; no obstante ello, pedí a nuestro colega, Javier Arce Gargollo, me permitiera enriquecer la colección de breviarios de la que ahora forma parte, porque en primer lugar se trata de un tema de actualidad permanente; además, está tratado pulcramente por el autor, y en segundo, la trayectoria profesional ejemplar de don José Arce como litigante, académico, escritor de lo jurídico, notario y hombre de bien, le permite continuar siendo objeto de reconocimiento y homenaje. Sirva entonces esta publicación para recordar al maestro.

JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ
Encargado de la Colección de Breviarios
del Colegio de Notarios del Distrito Federal

INTRODUCCIÓN

En la tesis que, con la ayuda de Dios, he desarrollado, he tratado de contribuir al estudio de los contratos que nuestro Derecho llama preparatorios. A pesar de la considerable utilidad que tiene esta materia ha sido poco tratada en México y de los autores extranjeros se puede decir casi lo mismo, por lo menos de aquellos que he podido consultar. De ahí una de las dificultades con que se tropieza.

No es raro ver que un texto la trate exclusivamente desde el punto de vista de la promesa de venta, y entre las ejecutorias de la Suprema Corte, sobre este punto, no encontré alguna que se refiriera a otra cosa. Sin embargo, me aventuré a estudiar la materia como una teoría general, sin hacer especial referencia a las promesas de venta; lo que no es obstáculo para afirmar que es en ellas donde, posiblemente, tenga mayor aplicación la teoría de los contratos preparatorios.

Mi escasa capacidad, por otra parte, no me ha permitido desarrollar con propiedad la compleja materia. Esta tesis, no pretende, pues, nada o casi nada: queda el buen deseo de presentar algunas reflexiones sobre temas de cuyo interés juzgará cada uno.

He excluido de ella las aplicaciones que pudiera tener en el Derecho Mercantil, así como los espensales.

Respecto al primero, creo que le es aplicable gran parte de la teoría que pueda elaborarse en Derecho Civil. En lo referente a los esponsales, la materia es tan extraña a este trabajo, que difícilmente hubiera tenido acomodo en él.

La tesis está dividida en cuatro partes:

En la primera se habla de los antecedentes históricos de los contratos preparatorios.

En la segunda traté de fijar el concepto doctrinal de esos contratos, principalmente aislándolos de algunas figuras análogas.

La tercera la dediqué a estudiarlos en la reglamentación que de ellos hace nuestro Derecho positivo, la cual a su vez, está dividida en tres capítulos que estudian: las generalidades, los requisitos y los efectos de los mismos contratos.

Y, en la cuarta parte se presenta la posibilidad de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad como medio de aumentar su utilidad.

México, DF, a 14 de septiembre de 1940

PRIMERA PARTE ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Es frecuente encontrar entre los antecedentes históricos de las relaciones jurídicas, que un hecho específicamente determinado es el origen de una generalización aplicable a hechos y relaciones de índole análoga, de donde dimana la elaboración de una doctrina general. Tal acontece con el tema de este estudio: la promesa de venta es, cronológicamente, el antecedente que, generalizado, creó toda la teoría de las promesas de contrato.

El Derecho Romano conoció en germen la promesa de venta en el pacto de “retrovendendo” o “retroemendo” por el cual, el vendedor se reservaba el derecho de readquirir la cosa vendida en un cierto plazo. Pero el contrato de promesa como figura contractual, le era desconocido. El simple consentimiento, si no había sido provisto de una “*causa civilis*” reconocida por el derecho civil u honorario, daba origen solamente a los “*nuda pacta*” que no producían obligaciones civiles. El contrato preparatorio hubiera quedado comprendido dentro de ellos.

Sin embargo, cuando la “*stipulatio*” permitió que se pactara un “*facere*”, la promesa de contratar hubiera sido válida siempre que fuera unilateral, dando naci-

miento a una obligación “*incerti*” (puesto que consiste en “hacer”) que en caso de incumplimiento, daba origen al resarcimiento de daños.¹ En cuanto a los contratos innominados sancionados por el derecho civil en la época clásica, creemos que no hubieran podido comprender una promesa bilateral en vista de que era requisito en ellos que una de las partes hubiera ejecutado la prestación prometida para poder exigir la contraprestación de la otra, y en los contratos que estudiamos se requiere la simultaneidad de las prestaciones.

La “*stipulatio*” pasó al Derecho español en donde la encontramos en las Partidas, con el nombre de “promesa”, desprovista del formalismo rígido de Roma. A este respecto dice la Ley segunda:²

Pregunta, é respuesta ha menester que sea fecha en la promisión, por palabras, é con entendimiento de se obligar. E quando esto ficieren, non deben entrometer otras palabras. Mas quando la una parte preguntare, debe responder la otra, si le place, ó si non... Otrosí; si quando les preguntasen non respondiese nada, mas que moviese la cabeza, ó ficiese otra señal alguna, non diciendo sí, ni non, nin otra palabra ninguna, entonce non fincaria obligado. Ca tal obligacion como esta, que se face por palabras, non se puede facer por señales. E por ende decimos que los mudos, nin los sordos non pueden obligarse, nin facer tal pleito como este.

¹ ARANGIO-RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1937, p. 303. Lo dice refiriéndose a la promesa de mutuo.

² Part. V, Tit. XI, Leyes 1^a a 11^a.

Pero el sistema de las Partidas, a pesar de que no era tan complicado como la primitiva estipulación, dificultaba las transacciones.

Más interesante es la disposición, que sobre este punto, consigna el Ordenamiento de Alcalá,³ en virtud de la cual se negaba al deudor al derecho de excepcionarse por el hecho de no haberse obligado con solemnidad.

Pareciendo, dice, que alguno se quiso obligar á otro por promisión ó por algún otro contrato ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de Derecho, ó que fue hecho el contrato ó obligación entre ausentes, ó que no fué hecho ante escribano público ó que fue hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daría otro ó haría alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro.

La sencillez aparente de esta disposición, dio, sin embargo, lugar a diversas interpretaciones.⁴ Parece que los autores están de acuerdo en que el Ordenamiento de Alcalá suprimió las diferencias entre pactos y contratos,⁵ entendiendo por esto que la promesa sería

³ Tit. XVI, Ley única; inserta en 1ª Nov. Recop. Ley 1ª. X, Tít. I L.X.

⁴ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho Civil Español*, t. V, Madrid, 1869, pp. 22 y ss.

⁵ Ver los autores citados en la obra de la nota anterior y a DE DIEGO, Clemente, *Instituciones de Derecho Civil Español*, t. II, Madrid, 1930, pp. 124 y ss.

válida independientemente de la forma que se usara, con tal que se reunieran los requisitos de fondo.

El Derecho Germánico admitió la eficacia de los pactos, excluyendo, por lo tanto, las diferencias existentes entre éstos y la estipulación romana. Dato singular si se tiene en cuenta que este paso se dio antes de la recepción del Derecho Romano.⁶

Este mismo principio fue adoptado por el Derecho Canónico pero no por el franco que negó eficacia a la simple promesa.⁷

A pesar de todo esto, se tardó todavía en otorgar validez a los pactos preparatorios ya fuera porque no se había determinado exactamente su objeto, ya porque había una cierta confusión entre ellos y los simples tratos o tentativas de las partes. Sin embargo, ya Bartolo distingue entre la estipulación que contiene la obligación “*de contrahendo*” y aquella que nace del contrato objeto de la primera, debatiéndose los autores de derecho común sobre el efecto de una promesa de contratar en el caso de que una de las partes se rehusara a otorgar el contrato definitivo.⁸

Poco se ocuparon los autores de las promesas sinalmáticas. Hay que llegar a Molineo para encontrar la teoría que distinguía entre las promesas bilaterales “*de*

⁶ MOSCHELLA, Ignazio, *Contratti Preliminarii*, núm. 3, monografía en el *Nuevo Digesto Italiano*,. Torino, 1938.

⁷ MACEDO, Pablo, “Contratos Preparatorios”, en la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, 1930.

⁸ MOSCHELLA, monografía *cit.*, *loc. cit.*

praesenti” y las “*de futuro*”, según la cual la primera era considerada como venta verdadera y la segunda como un pacto de “*ineunda venditione*”.⁹

La doctrina francesa siguió la teoría de Molineo pero en ella nos venimos a encontrar, después, con la confusión de contratos preparatorios con definitivos, así como antes existió entre aquellos y las tentativas de las partes contratantes. El Código Napoleón viene a codificar esa confusión en su art. 1589 que dispone:

ART. 1589.—*La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque de deux parties sur la chose et sur le prix.*

Sobre el cual ha discutido la doctrina francesa, pues mientras hay quien vea en esa disposición una referencia a las promesas unilaterales, otros autores opinan que hace alusión a las sinalagmáticas.¹⁰

A nuestro modo de ver, lo que este artículo hace, es cerrar toda posibilidad de celebrar una promesa bilateral de venta por el hecho de equipararse a una venta verdadera, lo que quiere decir que ambas producirán los mismos efectos y, como entre ellos está el de que se transmita la propiedad, la promesa bilateral no se distingue de la venta misma. Posiblemente allí se ori-

⁹ *Ibid.* y GIORGI, *Teoría de las Obligaciones en Derecho Moderno*, t. III, Madrid, 1910, núm. 149.

¹⁰ A favor de la primera opinión está PLANIOL (*Traité élémentaire...*, t. II, núms. 1400 y 1407). Al lado de la segunda ver principalmente a BAUDRY-LACANTINERIE ET SEIGNAT, *Traité...*, t. XIX, París, 1908, núms. 59 y 63.

del de 70. En ambos la promesa se sujetaba a las obligaciones de hacer que en caso de incumplimiento se regían por las disposiciones aplicables (Código de 70, arts. 1539 y 1542; Código de 84, arts. 1422 y 1426) y por las reglas de los contratos inominados.

Pero, como se ve, ninguno de los dos Códigos consignó una teoría que sirviera para celebrar promesas de contrato en general.

SEGUNDA PARTE

CONCEPTO DOCTRINAL

DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

Existen dos conceptos distintos del término “contrato preparatorio”: uno amplio y otro restringido. El primero toma los términos en su sentido casi literal y considera como tales aquellos que “crean un estado de derecho como preliminar para la celebración de otros contratos posteriores”, incluyendo dentro de ellos a los contratos de mandato y sociedad. El Código Civil español define con ese carácter al contrato de mandato (art. 1709), y aunque el de sociedad no está descrito como preparatorio, hay quien lo considera como tal “porque da vida a un nuevo sujeto de derecho para realizar otros contratos y operaciones de donde resultará la ganancia”.¹²

El concepto restringido lo encontramos en nuestro Derecho positivo. El Código Civil, al hablar de estos contratos, usa este rubro: “De los contratos preparatorios. La promesa”, lo cual quiere decir que los identifica con la promesa, pero disminuyendo también al alcance de este último término: la promesa, en general, es una declaración de voluntad de constituirse deudor respecto de otro u otros y el Código no entiende ahí

¹² Las dos citas son de Clemente de Diego (*op. cit.*, p. 139). Puede verse ese mismo concepto en la *Enciclopedia Espasa*, Voz: “Contrato”.

ese concepto de una manera tan amplia, puesto que establece como objeto del contrato preparatorio, la obligación de celebrar otro contrato posterior, único objeto válido en los contratos que reglamenta bajo ese título. Vienen pues a ser, en términos generales, lo que las antiguas escuelas llamaban “*promesa de contrahendo*” o de “*ineundu contractu*”.

Entendiendo en este sentido al contrato preparatorio, pasemos a hacer ahora, una serie de distinciones, tratando de hacer desaparecer las confusiones que pudieran originarse.

En primer término, no hay que confundir las obligaciones de contratar que nacen de la celebración de un contrato preliminar o preparatorio, por una parte, y las que se originan en otras causas: la ley, un mandamiento judicial, la última voluntad del testador, pueden dar nacimiento a obligaciones de contratar. En este trabajo solamente nos ocuparemos de la primera clase de obligaciones, o sea de aquellas que tienen su causa en un contrato preparatorio.

En segundo lugar, nos ocuparemos en separar la figura jurídica que estudiamos, de otros conceptos afines que pueden dar lugar a confusiones.

Hay, pues, que distinguir el contrato preparatorio de las siguientes figuras: *a)* la policitación; *b)* los contratos a los que falta un requisito para su validez; *c)* los contratos sujetos a condición o término resolutorios; *d)* los contratos sujetos a condición o término suspensivos; *e)* los contratos tradicionalmente reales a los cuales nuestro Código ha quitado ese carácter, y *f)* los contratos definitivos.

a) *La policitación*

Si la “*pollicitatio*” es una proposición que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato (“*offerentis solius promissum*”), es evidente que no debe confundirse con el contrato preparatorio aún unilateral. La oferta obliga al que la hace a mantenerla por el plazo que marca la ley, pero en este caso no hay contrato, pues éste requiere, además del ofrecimiento, una aceptación que coincida con la oferta (“*duorum consensus atque conventio*”). Mientras esto no sucede, no puede, pues, haber contrato preliminar, para cuya existencia es necesario, como para todo contrato, una aceptación a la policitación.

b) *Contratos a los que falta un requisito para su validez*

Tampoco debe confundirse la promesa de contrato con el que no llena los requisitos necesarios para su validez, porque un contrato al que falta un requisito,¹³ está viciado de inexistencia o nulidad (absoluta o relativa) y no puede ser igualado a un contrato perfecto, ya que puede destruirse. Si el contrato está atacado de nulidad absoluta, aunque pueda provisionalmente producir sus efectos, estos serán destruidos retroactivamente cuando aquella se pronuncie en forma; así lo establece nuestra ley (art. 2226). Si el vicio es una nulidad relativa, el negocio puede ser ratificado por la parte

¹³ El Lic. Macedo parece confundir los dos conceptos en el artículo citado.

en cuyo interés se estableció la nulidad (art. 2233) operando la confirmación retroactivamente (art. 2235). No puede ser esto considerado como un contrato preliminar porque, para convertirse en perfecto, basta la simple ratificación de una parte; la otra permanece vinculada por ese solo hecho de la confirmación sin que deba prestar su cooperación, como en el contrato preliminar (en donde tiene que contraer un nuevo contrato), para que el acto quede como definitivo.¹⁴

Tiene especial importancia la distinción cuando el elemento omitido por los contratantes es el formal. En este caso, el convenio está viciado de nulidad relativa (art. 2331), y aunque da origen a una acción, la de exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley (art. 2232), no es ésta la acción propia del contrato que las partes quisieron celebrar. Si a este convenio se le considera en este periodo de su formación, no es para reconocerle autonomía, como pasaría si fuera realmente un contrato preparatorio, sino para atribuirle un determinado efecto, o sea el de poderse exigir su perfeccionamiento: el contrato informal es, pues, el mismo contrato perfecto considerando en una etapa de su formación.¹⁵ Además, si el acto omitido se confirma, se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo (art. 2235), característica que marca otra diferencia del contrato informal con el preparatorio.

¹⁴ En este sentido: MOSCHELLA (Monografía cit., núm. 5).

¹⁵ “NULIDAD POR FALTA DE SOLEMNIDAD EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA DEL CONTRATO INFORMAL”, Ejecutoria de la Suprema Corte en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. L, p. 150.

Muchas de las minutas que se depositan en las notarías son contratos faltos de forma, y por lo tanto, puede aplicarse a ellas lo dicho más arriba.

c) *Contratos sujetos a condición o término resolutorios*

La condición y el término resolutorios tienen como efecto el que verificada la primera o llegado el segundo, la obligación que a ellos estaba sujeto se extingue, y si era condicional, las cosas vuelven al estado que tenían como si esa obligación no hubiere existido (art. 1940). Los efectos de los contratos sujetos a estas modalidades se distinguen bien de los que produce el contrato preparatorio; en los contratos de esta clase la llegada del tiempo fijado por las partes, hace precisamente que las prestaciones se vuelvan exigibles.

d) *Contratos sujetos a condición o término suspensivos*

Más difícil es la distinción cuando la obligación está sujeta a condición o término suspensivos. Pero antes de pasar adelante, es conveniente hacer la siguiente aclaración: el contrato preparatorio puede, también, estar sujeto a modalidades (término o condición), modalidades que sólo se refieren a él y que nada tienen que ver con el contrato definitivo. Lo que tratamos de hacer es señalar las diferencias que producen en un contrato determinado, por una parte el contrato preliminar que lo haya precedido, y por la otra, la condición o término suspensivos o, lo que es lo mismo, que un contrato definitivo sujeto a término o condición de esa clase, no es igual que el mismo contrato precedido de uno preparatorio.

Las obligaciones sujetas a condición suspensiva nacen cuando se verifica el acontecimiento previsto, pero pueden también no formarse nunca si ese hecho no ocurre. Las sujetas a un término suspensivo son exigibles cuando el término previsto ha llegado. De esto se desprende que el contrato que ha estado subordinado a alguna de estas modalidades, no requiere para su plena verificación, más que la llegada de los acontecimientos cierto o incierto que los contratantes han previsto. Si esto lo aplicamos a un contrato determinado, *v.gr.* al de compra-venta, veremos que si la obligación del vendedor era la que dependía del término o de la condición, llegando el primero o verificada la segunda, la propiedad de la cosa se transmite sin que haya necesidad de ningún otro hecho. Y si fue la condición la usada por las partes, los efectos se retrotraen al tiempo en que la obligación fue contraída (art. 1941) y este hecho, como veremos más adelante, no se produce en el contrato definitivo que ha estado precidido de una promesa.

Comparando esta situación con la que crea un contrato al que antecedió uno preparatorio, nos encontramos con que son enteramente distintas. En efecto; cuando las obligaciones que nacen del contrato preliminar se hacen exigibles, para que se pueda alcanzar el fin que los contratantes buscaban, se requiere todavía un "*facere*" de los mismos contratantes: la celebración del contrato definitivo. En el ejemplo propuesto más arriba, si las partes habían celebrado un contrato preliminar o preparatorio de compra-venta, cuando las obligaciones de este último pueden ser exigidas, la propiedad de la cosa no se transmite por ese solo hecho;

falta todavía que las partes presten nuevamente su consentimiento para celebrar el contrato definitivo de compra-venta. Son, pues, distintos los efectos producidos en un contrato por la condición o el término suspensivos y los que nacen de la promesa de contrato.

e) Contratos tradicionalmente reales a los cuales nuestro Código ha quitado ese carácter

La conveniencia de la distinción que vamos a tratar de hacer, nace del carácter que nuestro Código ha dado a unos contratos que tradicionalmente han sido reales. El problema consiste en saber cómo se distinguen los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda de sus respectivos contratos preparatorios.¹⁶

La doctrina clásica establece que hay ciertos contratos que se forman “re”, para cuya formación se requiere, además del consentimiento, otro elemento: la entrega de la cosa.

Esta doctrina ha sido rechazada por varios autores¹⁷ que consideran que la entrega de la cosa, más que un requisito de formación del contrato, es su primer acto de ejecución.

La legislación se ha apartado también de la teoría tradicional. El Código Federal Suizo de las Obligaciones

¹⁶ Esta distinción se refiere más bien a la cuestión de saber si esos contratos son reales o consensuales.

¹⁷ PLANIOL y RIPERT (*Traité pratique de Droit Civil Français*, París, 1930, t. VI (CON P. ESMEIN), núms. 119 y ss.); A. VON TUHR (*Tratado de las Obligaciones*, t. I, Madrid, 1934, núm. 32-I) y BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL (*Traite...*, t. XXIII, París, 1907, núm. 569), este último refiriéndose al mutuo, se pronuncian en contra del carácter real de tales contratos.

define el préstamo de uso (art. 305), el préstamo de consumo (art. 312) y el depósito (art. 472) como contratos que nacen con el solo consentimiento.

El proyecto italo-francés del Código de las Obligaciones ha conservado la característica real al comodato (art. 623) y al depósito (art. 646) pero se la ha quitado al mutuo (art. 636). El Código alemán exige la entrega de la cosa para el mutuo, el depósito y la prenda (arts. 607, 688, 1205 respectivamente) pero para el comodato (art. 598) parece haber cambiado el sistema.¹⁸

Nuestro Código conserva a la prenda su primitivo carácter al decir en el art. 2858 que:

ART. 2858.—Para que se tenga por constituida... deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente.

Pero al definir el mutuo simple dice en el art. 2384 que:

ART. 2384.—El mutuante *se obliga* a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario.

Y al hablar del comodato en el art. 2497 establece que:

ART. 2497.—Uno de los contratantes *se obliga* a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible.

Por lo tanto, el mutuante y el comodante tienen también una obligación, lo que quiere decir que los dos

¹⁸ A primera vista el comodato en el Código alemán es consensual, pero un tratadista alemán (ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1935, p. 212) dice que el comodato es real “según resulta del art. 598”.

contratos son sinalagmáticos. En cuanto al depósito, la definición del Código, no establece obligación sino para el depositario, que consiste en “recibir una cosa mueble o inmueble” que el depositante le confía (art. 2516).

Ahora bien; si examinamos las obligaciones de cada uno de los deudores en estos contratos, nos encontramos con que no pueden nacer sino con la entrega de la cosa: la obligación de conservar la cosa que tienen el comodatario (art. 2502) y el depositario (art. 2522); la de usar de ella conforme al uso convenido y no concederla a tercero sin permiso del comodante, que corresponde al comodatario (arts. 2504 y 2500) y la obligación de devolver la cosa que tienen el mutuario, el comodatario y el depositario (arts. 2384, 2497 y 2522) sólo pueden nacer “*ex re*” porque no se conciben sin que la cosa esté efectivamente bajo el poder del obligado.

Por otra parte (dejando por ahora el depósito), las obligaciones del mutuante y del comodante suponen ya la cosa en poder del deudor y en realidad no nacen del contrato, como puede verse si se examinan: la obligación de reembolsar los daños y perjuicios por los vicios o defectos de la cosa que tienen el mutuante (art. 2390) y el comodante (art. 2514) si el acreedor los conocía y no dio aviso al deudor, no nace del contrato sino del dolo de aquellos; la obligación que corresponde al comodante de reembolsar al comodatario los gastos extraordinarios de conservación de la cosa (art. 2513), tampoco nace del contrato sino de una gestión de negocios, además de que tanto esta obligación como las otras señaladas para los acreedores, no son esenciales al contrato puesto que pueden no producirse sin que se altere su naturaleza. En cuanto a la obligación de no

exigir la cosa antes del término fijado por las partes o por la ley, que en el comodato está muy atenuada (arts. 2511 y 2512), creemos que se puede, en efecto, concebir como una obligación negativa que tenga por objeto un “no hacer”, pero no se entiende una obligación de no exigir aquello que otro tenga en virtud de un derecho propio y por esto, la imposibilidad en que se encuentra el acreedor de pedir la cosa antes del término, no tiene su causa en una obligación sino en la extensión del derecho que al deudor deriva del contrato.¹⁹

En lo referente al depósito, se nota un cambio de situación. En nuestro derecho positivo, este contrato es por naturaleza oneroso pero no lo es por esencia puesto que las partes pueden pactar que el depositario no recibirá retribución alguna (art. 2517). Sin embargo, creemos que también le es aplicable lo dicho anteriormente con respecto al mutuo y al comodato. Aún cuando el depositante, salvo pacto en contrario, deba cubrir honorarios al depositario, las obligaciones de éste no pueden formarse sino cuando la cosa está bajo su dependencia porque también son de conservación y restitución. Si no estuvieran así las cosas, no se le podría exigir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, no podrían tener nacimiento y, por lo tanto, no se habría formado el contrato.

Además de estas razones, existe otra; se ha visto que nuestro Código da carácter bilateral y consensual al mutuo y al comodato, pero podemos decir que en los

¹⁹ GIUSEPPE OSTI, “Contratto (concetto, distinzioni)”, núm. 23, en el ya citado *Nuevo Digesto Italiano*, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *op. cit.*, núm. 605.

verdaderos contratos bilaterales consensuales “las obligaciones recíprocas de las partes son, por su formación, contemporáneas la una y la otra y deben, en principio, ejecutarse simultáneamente”,²⁰ mientras que en los contratos que analizamos, nacen una y otra en diversas épocas.

Hay quien ha querido ver en el arrendamiento algo semejante a lo que sucede con los contratos tradicionalmente reales, por el hecho de que en ese contrato, el arrendatario tiene también la obligación de restituir. Creemos que no hay que identificar ambos casos: es cierto que existe la obligación de devolver la cosa arrendada y con buena lógica tendremos que resolver que esta carga no puede nacer para el arrendatario sino cuando ha tenido la tenencia de la cosa. Pero en el contrato de arrendamiento, esta obligación no es la principal en el deudor sino la de pagar el predio, obligación que es “contemporánea” de la del arrendador que es la de procurar el goce de la cosa arrendada y que sirve de contraprestación; ambas deben, en principio, ejecutarse simultáneamente.

El problema de que tratamos, sin embargo, es complejo. De uno y otro lado se agrupan opiniones de peso pero, basándonos en las razones expuestas, nos inclinamos a creer que los contratos reales, siguen teniendo, en el derecho moderno, ese carácter no porque la “*res praestita*” sea necesaria como formalidad al contrato, sino por la naturaleza de las cosas; porque es la

²⁰ Lo dice Planiol refiriéndose al carácter de bilateralidad (*Traité élémentaire...*, t. II, p. 996.

cosa, junto con la voluntad del deudor, la razón por la cual él se liga y sin cuya entrega su obligación no tendría razón de ser.

Naturalmente no tratamos de negar validez a un convenio hecho en los términos de las definiciones de los contratos a que nos hemos venido refiriendo, sino que creemos que está mal calificado por el Código y que en realidad las definiciones de comodato, mutuo simple y depósito no definen propiamente lo que tratan, sino que describen una convención anterior que viene a ser un contrato preparatorio de los mismos.²¹

f) *Contratos definitivos*

Los contratos preliminares unilaterales no son, por regla general, difíciles de distinguir de los definitivos y menos si estos últimos son bilaterales porque cuando los primeros crean una sola obligación no pueden confundirse con los segundos que hacen nacer obligaciones recíprocas. Las dificultades surgen cuando se trata de promesas sinalagmáticas y es a propósito de ellas, refiriéndose principalmente a las de compra-venta, que los autores las plantean.

Para Planiol,²² “la promesa de venta es esencialmente unilateral”. Si aquel que la recibe, dice, “consintiera inmediatamente en comprar, no habría promesa de venta, habría venta perfecta y completa y una venta

²¹ Y además, ¿porqué el legislador cambió el carácter real de tales contratos y lo conservó al de prenda estando todos comprendidos dentro del mismo grupo?

²² *Traité élémentaire...*, t. II, núm. 1400.

que produciría inmediatamente sus efectos. Sería un acto de venta mal calificado o mal redactado...”. Giorgi²³ es de la misma opinión y argumenta en esta forma: el contenido de la promesa bilateral de compra-venta, es la promesa del vendedor de vender, la del comprador de comprar, la mutua aceptación de las dos promesas y el consentimiento sobre precio y cosa; la compra-venta está hecha.

No creemos acertadas estas opiniones: prometer vender no es lo mismo que vender; prometer celebrar un contrato, no es igual que celebrarlo. En los contratos preliminares existe el consentimiento de las partes pero ese consentimiento no es el mismo que en el contrato definitivo: no quieren contraer éste; se obligan a contraerlo, es decir, difieren para otro tiempo la celebración del contrato definitivo. Si las dos situaciones se igualaran sería violar el principio de que la voluntad de las partes es ley en los contratos porque se tendría como válido un contrato que ellas no quisieron celebrar.

Por otra parte, no hay obstáculo para que esa voluntad sea respetada. No puede aplicarse tampoco a este caso el principio que también ha establecido el Código en su art. 2249 en virtud del cual habiendo consentimiento de las partes sobre precio y cosa, la venta es perfecta. Ya hemos visto que el Código Napoleón hacía la equivalencia entre la promesa bilateral de compra-venta y el contrato de venta perfecto, pero la disposición que lo hace es enteramente distinta a la que ha establecido nuestro derecho porque aquella se refiere

²³ *Op. cit.*, t. cit., núms. 151 bis y ss.

a promesa, es decir, al convenio donde el consentimiento de las partes es el que se usa en la promesa, pero la disposición nuestra se refiere a venta, y es evidente que no puede aplicarse a donde solamente hay promesa de venta.²⁴

En consecuencia, el consentimiento no es el mismo en los contratos preparatorios y en los definitivos porque el objeto sobre el cual versa es diferente. Y si se determinan los elementos del contrato definitivo, no es porque las partes los quieran en sí, sino para la fijación del contenido de la obligación que deben cumplir. El objeto del contrato preliminar o preparatorio, ya sea unilateral o sinalagmático, es un “*facere*”, un “*contra-here*” que consiste en celebrar un contrato determinado en lo futuro, mientras que en el contrato definitivo, es el que pertenece a ese contrato, siempre distinto del primero. Este criterio puede aplicarse también a los contratos a los que falta un requisito o a los sujetos a término o condición porque con estos se nota también la diversidad de los objetos puesto que son siempre los del contrato definitivo.

Con estas consideraciones queda resuelta la dificultad doctrinal de la posibilidad de existencia del contrato de promesa como figura jurídica diversa del contrato definitivo.

²⁴ Puede verse en el tomo XXIX, pág. 1691 del *Semanario Judicial de la Federal*, una ejecutoria de la Suprema Corte que hace esta distinción.

TERCERA PARTE

REGLAMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

I. CÓDIGO VIGENTE

Si comparamos el Código vigente con los dos anteriores en materia de contratos preparatorios, encontraremos en aquel un adelanto al reglamentar, no solamente la promesa de venta como lo hacían éstos, sino la promesa que puede servir de antecedente a cualquier contrato.²⁵ Es de extrañar a este respecto que el Lic. García Téllez al hablar sobre el particular sólo diga que “se reglamentó lo más completamente posible el contrato de promesa de venta...”,²⁶ sin hacer alusión al cambio total, ya señalado, que sufrió el Código con respecto a los anteriores.

El art. 2243 establece una regla general y su origen lo encontramos en el art. 22 del Código Suizo de las

²⁵ Para Moschella (monografía cit., núm. 7), sin embargo, la donación no tolera la distinción entre un pacto preliminar y uno definitivo por su naturaleza de acto espontáneo y liberal. La donación, dice, debe ser inmediata (no propuesta para el futuro) y no sujeta a coacción jurídica.

²⁶ GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, 1932, p. 42.

Obligaciones, de cuya primera parte está tomado casi textualmente y que dice:

ART. 22.—*L'obligation de passer une convention future peut être assumée contractuellement.*

En Suiza, la disposición es también nueva, pero no hace sino consagrar los principios que ya la doctrina y la jurisprudencia habían admitido.²⁷

Puede decirse, entonces, que el contrato preparatorio tiene su puesto, cuando se celebra, entre los tanteos previos de las partes y el contrato definitivo si es que se entiende esta colocación solamente desde el punto de vista cronológico y no como una sucesión en el consentimiento porque ya se ha visto que varía del primero al definitivo.

Como límite a esta facultad de contratar, existe el que establece el art. 2302 cuando prohíbe la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compra-venta entre los mismos contratantes.

El art. 2244 establece la posibilidad de que sea unilateral o sinalagmático. Se estará en el primer caso cuando es una parte la que se obliga a celebrar el contrato; se tendrá el segundo cuando las dos partes contraigan esa obligación o cuando, habiéndola contraído una sola, la otra se obligue a otra prestación distinta *v.gr.* la de pagar una suma mientras dura vigente la promesa. Nada

²⁷ ROSSEL, V., *Manuel de Droit Civil Suisse*, t. III, Lausanne, sin año de edición, p. 49. SCHNEIDER y FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations*, vol. I, Neuchatel, 1915, comentario al art. 22.

obsta para que el contrato preliminar unilateral o el bilateral puedan anteceder, tanto a contratos definitivos unilaterales como a sinalagmáticos.

Las obligaciones que de tales convenios se originen pueden depender de una condición potestativa del beneficiario de la promesa: si es que quiere hacer uso de ella; condición que no sería contraria al art. 1944 porque esta disposición sólo prohíbe la que depende exclusivamente de la voluntad del deudor y en el caso, el promitente queda ligado de una manera definitiva y es solamente a favor del acreedor que existe la condición potestativa. Las partes pueden también sujetar las obligaciones a otras condiciones así como pactar prestaciones accesorias *v.gr.* la fijación de una pena para el caso de que una de ellas no cumpliera con lo estipulado.

La siguiente disposición (art. 2245) es considerada como nueva por el Lic. García Téllez pero posiblemente haya estado inspirada en el art. 1548 del Código Civil Portugués, que establece lo siguiente:

ART. 1548.—La simple promesa recíproca de compra-venta, acompañada del ajuste y determinación de la cosa, constituye un convenio de prestación de hecho que se registrará por las reglas generales de los contratos, con la diferencia sin embargo, de que si hubiere señal, la pérdida de ésta o su devolución doblada, quedará como compensación de daños y perjuicios.

La disposición que nos ocupa señala con claridad, como el Código portugués, un importante elemento del contrato; aquel en que propiamente radica la diferencia, como se ha visto, que existe entre el preparatorio

y el definitivo; el hacer como objeto del contrato. Pero el elemento que señalamos debe entenderse en el sentido de que es la prestación que produce en todos los casos el contrato, pero no en el de que sea la única que de él pueda nacer porque ya se ha dicho que puede originar también obligaciones de dar (cuando se pacta una contraprestación en dinero, por ejemplo) solamente que nunca producirá las obligaciones de dar propias del contrato definitivo.

Pensamos que es un acierto de nuestro Código el señalar tan expresamente este dato sin el cual podrían nacer dificultades para comprender esta figura jurídica.

En todo aquello que no pertenece especialmente a los contratos preparatorios, quedan éstos sujetos a la parte general de las obligaciones.

Daremos fin a este capítulo con el examen de los términos que se han usado al hablar de los contratos que estudiamos. En Alemania, en donde no están especialmente tratados en el derecho positivo pero sí previstos por la doctrina, les llaman en singular “*Vorvertrag*” (pre-contrato). La doctrina italiana les llama “*contrattii preliminarii*” y la francesa les aplica el nombre de “*promesses*”. El Código mexicano usa estos nombres: “contratos preparatorios”, “promesa de contrato” o simplemente “promesa” y el de “contrato preliminar”. Los términos que no contienen en sí la idea de un contrato pueden presentarse a confusiones: los simples tanteos entre las partes para contratar podrían ser calificados de pre-contratos o ante-contratos, si nos atenemos al sentido literal de las palabras. Por esta razón preferimos usar aquellos que en sí mismos se

refieran a un contrato, máxime que nuestra ley los emplea con propiedad.

II. REQUISITOS DE FONDO Y DE FORMA

Toca ahora analizar los requisitos de fondo y de forma que se señalan para estos contratos.

En lo que se refiere a los primeros, se han dividido las opiniones de los que tratan la cuestión. Uno de los casos que puede hacer desear a las partes la celebración del contrato preparatorio, en vez de celebrar directamente el definitivo, es la falta de uno de los requisitos personales en lo referente a capacidad por lo cual quieren asegurarse de que las proposiciones hechas entre ellas, quedan mantenidas hasta el momento en que no haya ningún obstáculo para celebrar el contrato que en último término desean. La falta de representación o de ciertas autorizaciones para celebrar ciertos actos como son las fiscales, las que necesitan los extranjeros para la adquisición de determinados bienes, las que requieren los tutores para enajenar los bienes de los menores que están a su cargo etc., hace que el contrato definitivo no pueda ser celebrado, pero, ¿puede serlo el preparatorio?, o dicho de otra manera, ¿es necesario que las partes tengan la capacidad especial requerida para el contrato definitivo para celebrar el preparatorio?

En lo tocante a la capacidad general para contratar no hay dificultad porque sí debe exigirse, y en nuestro Derecho es así porque la promesa de contratar está reglamentada igual que los demás tipos de contratos y, por lo tanto, requieren la misma capacidad general

para poderse obligar contractualmente por ellos. Pero, ¿la capacidad especial es indispensable?

Clemente de Diego opina que, por regla general, no ha de exigirse en los contratos preliminares y dice que con esto no se quebranta la regla de las capacidades especiales porque será cumplida en el contrato definitivo. En contra de esta opinión, el Lic. Medina Baeza²⁸ exige capacidad especial del contrato definitivo en el preparatorio como necesaria para su validez porque de otra manera el contrato preparatorio sería válido y entonces podría hacerse cumplir coactivamente haciendo que las partes celebraran válidamente al definitivo lo que traería como resultado que no se exigieran para este último sus requisitos de capacidad o representación especial, puesto que faltan a las partes, lo que no puede admitirse. Por otra parte, si el contrato definitivo no puede otorgarse como resultado de la obligación que impone el preparatorio precisamente por la falta de capacidad o representación especial, quiere decir que el contrato de promesa no ha sido eficaz, por defecto de los elementos personales que intervinieron en él.

Compartimos la opinión anterior, aunque no de una manera tan absoluta, enunciándola de esta manera; el contrato preparatorio no será válido si a uno de los obligados, por lo menos, le falta una capacidad o representación especial para celebrar el definitivo, siem-

²⁸ DE DIEGO, Clemente, *op. cit.*, t. cit., p. 127. DE MEDINA BAEZA, Manuel, "Contrato preparatorio o promesa", apuntes de su clase de Derecho Civil.

pre que la permanencia en esta incapacidad dependa de su voluntad, porque en este caso sería una condición dejada a su arbitrio, lo cual viene a anular la obligación (art. 1944). No será nulo el contrato preliminar si el obligado incapaz puede adquirir la capacidad por un hecho que no dependa de su voluntad, si es que las partes entienden esto, como una condición en el contrato. Por último, cuando el contratante al que falta ese mismo requisito especial no tenga obligación de celebrar el contrato definitivo y se haya dejado a su voluntad su celebración (si es que quiere hacer uso de la promesa), el contrato también será válido, aunque la permanencia en su incapacidad especial dependa de su voluntad. Entendiéndose en los dos últimos casos que sí posee la capacidad general para contratar.

Con la opinión resumida más arriba, creemos que la falta de simples autorizaciones o licencias, sí permite la celebración del contrato de promesa.

El art. 2246 establece que la promesa de contratar debe “contener los elementos característicos del contrato definitivo”. La finalidad de esta disposición está en que se fije claramente el objeto de las obligaciones para que queden determinadas a la celebración de cierto contrato futuro. Este puede ser cualquiera que pueda otorgarse válidamente por las partes en cierto plazo.

Otra condición fija el art. 2246 y es que el contrato debe “limitarse a cierto tiempo”. A este particular dice un autor que la razón y la justicia no permiten que el promitente quede obligado para siempre y hay quien considera como inmoral la promesa de venta a una

época indeterminada e ilimitada.²⁹ ¿Es requisito indispensable la fijación de un plazo? El motivo que hace que la ley lo exija es el de limitar la obligación. Para este medio, hay autores que opinan que es al juez al que toca determinar la duración del convenio si los contratantes no la han fijado. En nuestro derecho sería aplicable el art. 2080 que establece la manera de determinar el tiempo en que puede exigirse la prestación cuando no se hubiere expresado en el convenio, pero vemos que el artículo que comentamos pide explícitamente la fijación de un plazo en el contrato, así es que en su falta, no podría obtenerse por presunción, por la regla del art. 1803: no puede presumirse “en los casos en que por ley... la voluntad deba manifestarse expresamente”.

Por lo tanto, pensamos que ese elemento debe considerarse como indispensable en el contrato y en cuya omisión no podría presumirse.

Queda, por último, el elemento formal. El mismo artículo a que nos hemos venido refiriendo dice que la promesa de contratar debe constar por escrito.

Para algunos autores que tratan de la materia, la forma del contrato preliminar debe ser la misma que la del definitivo y lo mismo establece el Código suizo en la segunda parte de su art. 22:

²⁹ GIORGI, *op. cit.*, t. *cit.*, núm. 152 y SCHNEIDER y FICK, *op. cit.*, respectivamente. Es del Lic. Medina Baeza (en los apuntes citados) la opinión que considera que, en nuestro derecho, la fijación de un plazo es elemento real indispensable.

ART. 22.—*L'orsque, dans l'intérêt des parties, la loi subordonne la validité du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la promesse de contracter.*

A nuestro modo de ver, no se justifica esta disposición porque no pueden referirse automáticamente las reglas de uno a otro contrato ya que la “*ratio legis*” es distinta. El contrato preparatorio sirve para obligar a las partes a mantener sus ofertas recíprocas o unilaterales y si para esto se exigen los mismos requisitos formales que para el contrato definitivo, resulta que se le quita gran parte de su utilidad. Piénsese también que la forma será llenada al tiempo de celebrarse el contrato definitivo y que el preparatorio puede estar ligado con algún otro contrato en que no se exija más que la forma escrita (como puede suceder con un arrendamiento, por ejemplo) y si el contrato preliminar (por ejemplo de compra-venta del bien arrendado) va a necesitar mayor formalidad, daría esto lugar a inconvenientes que en último término pueden resolverse en inutilidad.³⁰

Por estas razones, nos parece justificada la disposición del Código que solamente requiere como formalidad el escrito privado. La omisión de éste traería como consecuencia la nulidad relativa del contrato (art. 2231), pero la ley da a las partes el derecho de exigir que se de al contrato la forma legal (art. 1833).

³⁰ Ver SCHNEIDER y FICK, *op. cit.*, Comentario al art. 216.

III. EFECTOS DE LOS CONTRATOS

Pasamos ahora a ver los efectos de los contratos que se estudian.

Al celebrarse uno de ellos, una o las dos partes, según sea unilateral o sinalagmático, contraen la obligación de celebrar en lo futuro el contrato convenido con las consecuencias que este último tenga (art. 1796). Es decir, si todo sucede de una manera regular y conforme con lo estipulado, el promitente o promitentes, deben prestar su consentimiento para la celebración del contrato definitivo.

Por otra parte, el acreedor o acreedores adquieren un derecho contra el obligado u obligados, que consiste en poder exigir la prestación. La naturaleza de este derecho se desprende de la naturaleza de la prestación, y como ésta es un “hacer”, el derecho no es real sino de crédito.³¹

Para el examen de los efectos, dividiremos el estudio en dos partes: 1. Cumplimiento del contrato y 2. Incumplimiento del mismo.

1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Antes de pasar adelante veamos cómo se puede decir que la voluntad de las partes se ha cumplido. Hay textos que dicen que cuando el beneficiario de la promesa de venta manifiesta su aceptación de hacer uso

³¹ Ver Ejecutoria de la Suprema Corte en este sentido, en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, p. 1168.

de ella, el contrato definitivo de venta está perfecto.³² Pero esto no es exacto porque en esa situación no puede haber contrato ninguno: si una parte ha expresado su consentimiento para celebrar en lo futuro un contrato y la otra piensa haber celebrado ese mismo contrato futuro en el momento en que acepta, no se ha formado ningún vínculo puesto que las dos voluntades no coinciden. Lo que sucede es que se ha confundido el objeto sobre el cual radica el consentimiento: no es el que se requiere para la compra-venta, sino el de celebrarla en lo futuro. Huelga decir que esta observación es aplicable a cualquier contrato preparatorio.

Cumplida la obligación por cada una de las partes, se forma un nuevo vínculo jurídico: el contrato definitivo. ¿Tiene éste efectos retroactivos? El Lic. Macedo³³ hablando de las promesas de contrato, dice que los efectos del contrato definitivo no se retrotraen pues “podrían violarse disposiciones de orden público y especialmente causarse perjuicios a terceros que ignoran la existencia del contrato previo”.

Estamos de acuerdo con él en que el contrato definitivo no tenga efectos retroactivos, pero no en las razones que expresa. Celebrado el segundo contrato no hay para qué discutir este punto porque queda como si no hubiera existido el contrato que lo preparó, siempre

³² GASCA, C. L., *La compraventa civil y comercial*, t. I, trad. de Santacruz Teijeiro y Vicente y Cella, Madrid, 1931, núms. 190 y 191. AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Francais*, t. V, París, 1907, núm. 379.

³³ Artículo citado, Primera Parte.

que se haya cumplido con todo lo que en él se pactó; su papel ha terminado para dar lugar al nuevo, y es natural que los efectos del definitivo empiecen a correr desde el momento en que se otorgó y no tengan retroactividad. Si ha sido *v.gr.* una compra-venta, la propiedad se transmite desde que se celebra (“*ex nunc*”) porque en sí, forma un contrato completamente independiente de la promesa de compra-venta.

Estando ya ligadas las partes por el contrato definitivo, les son aplicables las normas que reglamentan ese contrato como si el preparatorio no hubiere tenido existencia.

2. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La obligación que resulta para el deudor en el contrato es la de celebrar el contrato convenido. Es decir, su obligación está perfectamente determinada: es un “*facere*”, es obligación única. De aquí se desprende una regla general: el obligado tiene una sola obligación; no es alternativa, y por consiguiente, no queda a su elección el cumplir con ella o pagar los daños y perjuicios.

El incumplimiento, es necesario estudiarlo en dos grupos distintos de contratos preparatorios: *a)* El primero comprende los contratos preparatorios que preceden a un contrato definitivo por el cual deba entregarse una cosa en especie; *b)* El segundo es el de los contratos preparatorios que preceden a uno definitivo en virtud del cual nazcan prestaciones distintas de las que crean los contratos definitivos del grupo anterior.

a) *Primer grupo*

Contratos que preparan un definitivo por el cual deba entregarse una cosa en especie. Todavía aquí se presentan dos situaciones distintas:

La primera la tenemos cuando la cosa que debía entregarse a causa del contrato definitivo, ha pasado a título oneroso y a tercero de buena fe, entendiéndose por esto último, que el tercero adquirente haya ignorado la existencia de la obligación del deudor de transmitir la cosa al acreedor cuando se celebrara el contrato definitivo. En este caso la ejecución de la obligación se ha hecho imposible porque el obligado ha dejado de tener derecho sobre el bien. Así lo establece el art. 2247: cuando “la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe... 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”. Aunque el artículo no lo diga expresamente, nos parece que se está en esta situación cuando la cosa debía entregarse en especie y no en género, pues en este caso el deudor no se libera del cumplimiento por enajenación a tercero.

La segunda situación se presenta cuando la cosa que debía entregarse por efectos del contrato definitivo, no haya pasado a tercero de buena fe, es decir, que el adquirente hubiere conocido la existencia del contrato preparatorio, o, por último, que la transmisión no se haya efectuado a título oneroso.

Si la transmisión por el obligado a tercero, se encuentra en esas condiciones, no se está en el estado

que el art. 2247 considera como suficiente para que el contrato preparatorio quede sin efecto, haciendo al deudor responsable de los daños y perjuicios. Este dato es lo único que puede obtenerse de esa disposición: no dice cómo se pueda evitar el que el contrato quede sin efecto, pero por analogía es de aplicarse, en lo conducente, el Capítulo I, Sec. II, Título IV, Parte segunda del Libro IV del Código que habla de los actos celebrados en fraude de los acreedores, llegándose a la conclusión de que el acreedor en el contrato preliminar puede nulificar la enajenación hecha sin las condiciones de buena fe y onerosidad (arts. 2163 a 2175) y exigir entonces, al obligado que se le transmita la cosa en las condiciones convenidas.

Si el obligado se rehusa a cumplir lo pactado ¿es aplicable la máxima "*nemo praecise cogi potest ad factum*". Una teoría así lo afirma puesto que se trata de obligaciones de hacer. El acto de voluntad, en este caso, es incoercible ya que consiste en un acto de consentimiento; en sí misma, la obligación no es fungible puesto que el acto de voluntad no puede ser sustituido por otro; imposibilidad que encontramos en otras obligaciones de hacer.

Otra teoría, en cambio, no aplica la máxima sino que sostiene la ejecución en forma específica. Chiovenida³⁴ se pregunta si este es un caso de infungibilidad jurídica, y da esta contestación: no lo es si el efecto

³⁴ CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, 1922, pp. 222 y 223; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, 1936, núm. 56.

jurídico de este acto de voluntad puede conseguirse de otra manera. “El acto de voluntad puede ser no fungible como puede ser cualquier “hacer” humano. Pero el “hacer” y lo mismo la voluntad diráse jurídicamente fungible cuando el “resultado práctico del hacer” o el efecto jurídico del “querer” puede conseguirse mediante una actividad diferente de la del obligado” y el medio que establece el autor citado para este fin, es la sentencia constitutiva. Para él, “el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene derecho todo aquello que tiene derecho a conseguir” y por esta razón justifica cualquier modo de actuación de la ley que sea prácticamente posible y no vaya contra una norma general o especial de derecho.³⁵

Nuestro Código admite también la posibilidad de que la prestación sea sustituible, con una fungibilidad jurídica que podríamos llamar relativa, porque el sustituto no puede ser cualquier persona sino solamente el juez. El art. 2247 dispone que “si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez”. Este acto se llevará a cabo después de haberse señalado al obligado “un plazo prudente para el cumplimiento” pasado el cual sin haberse hecho el pago de la obligación, “el juez lo ejecutará (el otorgamiento del instrumento o la celebración del acto jurídico en el caso)

³⁵ CHIOVENDA, *Instituciones...*, núm. 12. En el núm. 56 de esta obra afirma que esta opinión ha sido abandonada a causa de la monografía de COVIELLO, L., “Contratos preliminares”, en la *Enciclopedia Giuridica*.

por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía”, según lo establece la fracción III del art. 517 del Código de Procedimientos Civiles.

Se plantea la cuestión de saber si el acreedor está obligado a seguir este medio de apremio o puede elegir entre éste y el resarcimiento de daños y perjuicios. Aunque, generalmente, los autores presentan este caso como una facultad y no como una obligación del acreedor,³⁶ no hay lugar a discutirlo en nuestro Derecho porque el art. 518 del Código de Procedimientos Civiles, deja al demandante en la posibilidad de optar entre ambas soluciones.

Giorgi³⁷ concede al acreedor el derecho al resarcimiento en dinero, además de la prestación en forma específica, cuando conseguida ésta, no baste a compensarle de todos los daños sufridos o cuando suponga anticipo de gastos.

b) Segundo grupo

Contratos que preparan uno definitivo en virtud del cual no deba entregarse una cosa en especie. Hemos dividido el estudio del incumplimiento del contrato en estos dos grupos porque hemos creído ver que el art. 2247 da solamente la solución al incumplimiento de los contratos del primer grupo. El artículo citado, después de establecer que en caso de incumplimiento, el

³⁶ GIORGI, *op. cit.*, t. II, núm. 107. Para la cuestión de la ejecución de la obligación de que se trata, ver este mismo t. II, núms. 104 a 108 y el t. III, núm. 153.

³⁷ En el t. II de la *op. cit.*, núm. 106.

juez firmará el contrato, dice: “salvo que la cosa ofrecida...”, por lo que creemos que esa disposición se refiere exclusivamente a los casos en que el contrato definitivo tenga por resultado la entrega de un bien. Mas aún, parece que el legislador, al redactarla, tenía a la vista una promesa de compra-venta. Para los contratos que hemos considerado del segundo grupo, el Código no contiene una solución expresa para el caso de incumplimiento.

Sin embargo, creemos que, no obstante esta consideración, es aplicable el mismo artículo a situaciones diversas de las que expresamente parece preveer.

Sin aplicar simplemente el criterio analógico, y dentro del derecho substantivo, podemos llegar a la misma solución. En efecto; si recurrimos a la regla general que el art. 2027 establece para el incumplimiento de las obligaciones de hacer, nos encontramos que “si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquel se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible”. Antes hemos visto que el criterio legal es el de considerar la prestación que nace del contrato preparatorio, como un hecho substituíble o jurídicamente fungible, con fungibilidad que hemos llamado relativa, porque permite que el acto de voluntad del deudor sea prestado por el juez en su lugar. Si las prestaciones de los contratos del primer grupo admiten la substitución, puede admitirse, por regla general, para los contratos del segundo, por ser análogas. Por lo tanto si el promitente se rehusa, en los contratos de que estamos tratando, a prestar su consentimiento para la celebración del contrato

definitivo, el juez puede celebrar el acto en rebeldía del deudor.

En consecuencia, dentro del derecho substantivo, son aplicables a los contratos del segundo grupo, las normas que rigen a los del primero en aquello que no sea incompatible con su naturaleza. Solamente en el caso de que en unos y en otros se haga imposible la celebración del contrato definitivo por causa imputable al deudor, las obligaciones se resuelven en daños y perjuicios.

Si del derecho substantivo, pasamos a las normas procesales, nos encontramos con la misma solución porque el art. 517 del Código de Procedimientos Civiles, sin distinguir entre los dos casos de contratos como parece hacerlo el Código Civil, dice en su fracción III que si el hecho consiste en la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado si éste no cumpliere con la sentencia que lo condena a hacer lo ofrecido.

CUARTA PARTE

POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN

DE ALGUNOS CONTRATOS PREPARATORIOS

El derecho de las obligaciones tiende siempre, dentro de las posibilidades que están a su alcance, a que estas sean cumplidas por el deudor. Si las obligaciones han nacido por la voluntad de las partes manifestada al celebrarse un contrato, la ley desea que se cumplan, aún a pesar de que una de las mismas partes se rehuse después a hacerlo y cuando se esté dentro de los límites del Derecho.

Al pasar una rápida vista a los contratos preparatorios nos hemos encontrado con que en ciertos casos, una sola de las partes que ha intervenido en el convenio, puede hacer que la ejecución de aquello que se había pactado por mutua voluntad, se haga imposible: tal es el caso, ya visto, que se presenta cuando el bien que debía pasar al acreedor ha sido transmitido a un tercero de buena fe y a título oneroso. En este contrato, por más que el deudor quede obligado a resarcir los daños y perjuicios que haya causado, no se cumplió lo estipulado. El pago de los daños ha sido solamente un remedio.

Ya se ha propuesto un camino en virtud del cual el deudor pueda ser compelido más allá de lo que hasta

ahora puede serlo en esta materia y en nuestro derecho. Nos referimos a la inscripción de algunos contratos preparatorios en el Registro Público de la Propiedad.

El Código Civil Austriaco, ha previsto esa situación y ha establecido que los contratos preparatorios pueden ser registrados provisionalmente valiendo la inscripción desde su fecha con relación a terceros.³⁸

Algo semejante encontramos en el Código Federal Suizo, según el cual puede ser inscrito en el “*Registre Foncier*” el derecho que tiene una persona de que se le venda, si así lo exige, un determinado bien inmueble. Si este derecho se anota en el Registro, subsiste por el tiempo fijado en la anotación contra todo propietario del inmueble, pero en ningún caso pueden durar estos efectos más de diez años (art. 683). Su titular puede exigir del propietario, quien quiera que sea, que el bien se le transmita en las condiciones estipuladas.³⁹

En el Derecho mexicano también tenemos la inscripción de las promesas de venta. En materia de minas existe lo que se llama “opción” o sea una promesa de venta de una concesión o fundo minero. En la ley de 1909, es inscribible en el registro la promesa de venta

³⁸ Citado por el Lic. Macedo en el artículo a que se ha hecho referencia. No podemos dar más detalles por no haber podido consultar el Código austriaco ni algún texto que trate el punto.

³⁹ ROSSEL, V. y MENTHA, F. H., *Manuel de Droit: Civil Suisse*, t. II, Lausanne, sin año de edición, pp. 62 y ss. Estos autores, dicen, sin embargo, que “el derecho del comprador por promesa de venta no figura (en el Código suizo) entre los que la anotación puede tener lugar”. Ver SCHNEIDER y FICK, *op. cit.*, Comentario al art. 216.

de un fundo minero, surtiendo la anotación efectos contra tercero.

La Ley Minera vigente dispone en su art. 74 frac. VI que “los contratos de promesa de traspaso de la concesión” deben inscribirse en el Registro Público de Minería. Los efectos que produce la inscripción de estos actos los consigna el art. 76 de la misma ley en estos términos:

ART. 76.—[...] los documentos que conforme a esta Ley deban registrarse y no se registren, solo producirán efectos contra quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual si podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables.

Es decir, se rige por el mismo principio que el Registro Público de la Propiedad pero en la Ley Minera existe un singular método de proteger al futuro comprador.

No podrán rehusarse el registro de los documentos que deben inscribirse —dice art. 79— sino en los siguientes casos: ...V. Cuando el traspaso o el gravamen de una concesión se realice con violación de lo establecido en un contrato de los que se mencionan en la frac. VI del art. 74.

Lo que quiere decir que el registrador puede rechazar un contrato celebrado por el que prometió la venta en el que éste no cumpla con lo ofrecido.

Tal es el sistema establecido para las opciones mineras que sin duda responde a necesidades especiales de las industrias mineras que no encontramos en las promesas de Derecho Civil.

Los contratos preparatorios no son actualmente inscribibles porque no están comprendidos dentro de los casos del art. 3002 del Código Civil. Sin embargo, el sistema puede ser establecido también en ellos ya que sería un método de evitar que ciertas promesas resulten violadas en aquello que más interesaba a los contratantes: la celebración del contrato que deseaban.

No todos los contratos preliminares podrían ser anotados en el Registro Público. Tendríamos que limitarnos a aquellos que preparen un contrato definitivo que deba ser, a su vez, inscrito, es decir, por regla general, aquellos a que se refiere la frac. I del art. 3002.

Cierto que se puede objetar que el sistema de Registro, actualmente vigente, es para los derechos reales y ya se ha visto que los contratos que estudiamos no los crean, pero, si técnicamente están, en verdad, fuera de los actos que pueden ser inscritos, bien puede hacerseles caber por la utilidad que prestaría la inscripción. Por otra parte, vemos que nuestro mismo Código se aparta de la técnica del registro de los derechos reales al considerar que están sujetos a él, actos como “los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período mayor de seis años y aquellos en que se hagan anticipos de rentas por más de tres” (art. 3002 frac. III) y como en el caso de las ventas con condición resolutoria de que habla el art. 2310.

Los contratos que se inscribieran con este sistema serían los preparatorios de aquellos por los que se adquiere, grava o se modifica la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles o sobre muebles

que sean susceptibles de identificación, en vista de que estos últimos pueden registrarse también.

Como efectos, esta inscripción tendría los de publicidad de la deuda del obligado de manera que un futuro tercero adquirente de esos bienes estaría en la posibilidad de conocer el contrato preliminar vigente.

Creemos que la existencia de la anotación en el Registro no haría nacer un derecho real para el beneficiario de la promesa de celebración de contrato. Simplemente daría lugar a tener al tercero adquirente como de mala fe, y entonces, aún sería posible la ejecución del contrato en forma específica.

Algo semejante sucede en materia de fianzas judiciales al disponer el Código (art. 2854) que si el fiador enajena los bienes en los cuales se había anotado en el Registro el otorgamiento de la fianza, produciendo este acto la insolvencia del deudor para responder de su obligación, la enajenación se presumirá fraudulenta.

Para las consecuencias del incumplimiento del contrato preparatorio, después de su registro, remitimos a lo dicho al hablar de la falta de cumplimiento del contrato cuando al tercero adquirente sea de mala fe.

CONCLUSIONES

De la exposición hecha pueden desprenderse las siguientes conclusiones:

I. Los contratos preparatorios o preliminares son una figura jurídica autónoma que se distinguen de los contratos definitivos en su objeto y que nuestro Código ha reglamentado con propiedad.

II. Las definiciones de los contratos de mutuo simple, comodato y depósito que consigna el Código Civil, pertenecen, no a esos contratos definitivos, sino a sus respectivos contratos preparatorios.

III. Es conveniente introducir una reforma al Código Civil en virtud de la cual las promesas de contratar de contratos por los cuales se adquiere, grava o se modifica la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles o sobre muebles susceptibles de identificación, puedan ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, teniendo como efectos la anotación, el de tener a un tercero adquirente de esos bienes, como adquirente de mala fe.

JOSÉ G. ARCE Y CERVANTES