

REFLEXIÓN SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE PROMESA

José Luis Franco Varela



Agradezco la invitación para participar en esta obra que reúne una serie de estudios en un merecido homenaje a mi distinguido amigo, prestigiado notario y reconocido maestro, el licenciado Miguel Ángel Zamora y Valencia. Igualmente, felicito al notario Ángel Gilberto Adame López por esta iniciativa.

Me une una profunda amistad desde hace más de 30 años con el licenciado Miguel Ángel Zamora y Valencia, misma que estrechamos cuando coincidimos en el Consejo Directivo de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, hoy Colegio Nacional del Notariado Mexicano. Esta relación me permitió conocer su gran calidad como profesionista, jurista, fedatario público y un excelente expositor.

Por todo ello, me es muy grato aportar las reflexiones que expreso en este trabajo. Debo confesar que me resultó difícil la elección del tema y por demás aventurado, dado que el homenajeado es autor del libro “Contratos civiles” y además titular por oposición de la materia en mi querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sin embargo, lo ofrezco con la seguridad de la benevolencia del maestro, respecto de su contenido; y con la sana intención de puntualizar algunos aspectos, que desde que inicié mi vida profesional, me han inquietado en relación con el contrato de promesa.

Para ubicarnos en el contexto, creo prudente recordar que este contrato como tal no fue conocido en el derecho romano, y al parecer, son los glosadores los que lo tratan incidentalmente como un acto unilateral.¹

El Código de Napoleón en su artículo 1589 se refirió a la promesa de venta como un equivalente a la venta cuando había consentimiento recíproco sobre la cosa y sobre el precio.

¹ PETITE, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editorial Nacional, 1961, p. 355.

Artículo 1589. La promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y sobre el precio.

En nuestro derecho, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad que se consagraba en los códigos civiles de 1870 y 1884, era posible la celebración del contrato de promesa, respecto de cualquier figura contractual que no se encontrara reglamentada. Así sólo hacían referencia, en razón de la influencia francesa, a la promesa de venta y en especial a los efectos. El texto del artículo 2947 del segundo de los códigos citados preceptuaba:

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

Los redactores del Código Civil de 1928, en ese sentido aceptaron la propuesta del artículo 22 del Código suizo de las obligaciones y literalmente lo transcribieron para quedar con el siguiente texto:

Artículo 2243. “Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”.

Con lo anterior, se creó un contrato autónomo y típico.

Sin desconocer los cuestionamientos sobre la reglamentación que hace el Código Civil de esta figura, y de las soluciones que en algunos códigos civiles de otras entidades federativas se han dado, en lo referente al plazo o la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en esta ocasión me referiré a la naturaleza de la obligación típica de la promesa.

Nuestro homenajeado afirma en su magnífico libro de “Contratos Civiles” lo siguiente: “[...]2. Este contrato sólo produce el efecto de generar una obligación de hacer[...] 3. La obligación de hacer que se genera siempre y únicamente será la de celebrar un contrato determinado en cierto tiempo y por lo tanto para satisfacer en última instancia la voluntad de las partes deberán éstas celebrar a futuro el contrato determinado que se han obligado”.²

No siendo intención de abrumar al lector con más ejemplos de otros autores, que en términos generales son coincidentes en este punto, concluyo que este acto jurídico produce una obligación de hacer.

² ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 1997, p. 68.

Para efectos didácticos, los autores clasifican a las obligaciones desde diversos puntos de vista. Tradicionalmente, y tomando como punto de partida la fuente de origen, se dividen generalmente en obligaciones contractuales y extra contractuales. Sin embargo, esta simplista clasificación a veces no nos permite diferenciar las obligaciones, por lo cual se ha considerado útil clasificarlas también por su objeto, pues dos obligaciones nacidas de la misma fuente no necesariamente producirán los mismos efectos.

En este último sentido existen otras subclasificaciones, entre las que se encuentran las siguientes: obligaciones positivas y negativas; reales y ordinarias o personales; obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, además de principales y accesorias.

Son positivas todas aquellas obligaciones que tienen como objeto el dar una cosa, o el compromiso de realizar algún hecho, siendo negativas las que obligan al deudor a abstenerse de realizar cierta conducta.

Dice Castán Tobefías:

Se llaman obligaciones de dar aquellas que tienen por objeto la entrega de una cosa que el deudor debe hacer al acreedor en atención a que este haya adquirido o adquiriera sobre la misma un derecho cualquiera, a saber, la propiedad o un Derecho Real, o simplemente el uso o la tenencia.

Obligaciones de hacer son aquellas que tienen por objeto una prestación consistente en entregar una cosa.

La obligación de no hacer, obliga al deudor a abstenerse de entregar o ejecutar lo que se le prohíbe.³

Las obligaciones de hacer se han subdividido, a su vez, mediante la aplicación de una moderna clasificación en “obligaciones de resultado” y “obligaciones de medios”.⁴

Esta clasificación se funda en que algunas veces el obligado debe realizar algún hecho determinado, es decir, la actuación del deudor está concretada, o sea que éste debe lograr un resultado específico. Por el otro lado, existen obligaciones en las cuales el deudor únicamente deberá actuar con prudencia u observar diligencia para intentar obtener el resultado deseado. Esta subdivisión es únicamente aplicable a las obligaciones de hacer, pues las de dar y no hacer son necesariamente obligaciones de resultado.

³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo III, Madrid, Instituto Edit. Reus, 1958, pp.110-112.

⁴ DEMOGUE, René, citado en SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tomo I Vol. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, p. 32.

En el contrato de promesa la obligación de celebrar un contrato futuro, de acuerdo con lo ofrecido, es claramente una obligación de hacer como lo hemos visto. Ahora bien, la interrogante que pretenderemos contestar es la naturaleza de esta obligación; saber si se trata de un deber de resultado o un deber de medios; por cuanto a que, para cada uno, son diferentes las formas y consecuencias del incumplimiento.

Esta clasificación, que es estudiada por la mayoría de los autores, no es fácilmente localizable en los textos, pues su exposición se hace generalmente en la parte correspondiente a la responsabilidad civil y no en la clasificación de las obligaciones. Creemos que la razón de esto es que se distingue con más claridad la división en función de los efectos producidos por su incumplimiento que por virtud del estudio de los elementos de las obligaciones que la forman.

Del estudio de los viejos textos romanos que conocemos, no es posible concluir que los antiguos juristas conocieran la aplicación de la misma. Pero, en virtud de la exigencia de dar la máxima seguridad a aquella de las partes que se hallaba más expuesta en las convenciones, ya fuera por su ineptitud o por la astucia ajena, el derecho romano en su época clásica aplicó los principios de esta clasificación.

La aplicación de que hablamos fue en extensión muy reducida, pues únicamente se utilizó para precisar el contenido de las convenciones, concretando la responsabilidad del deudor y, generalmente, sólo en los contratos en que una de las partes le entregaba a la otra un cuerpo cierto, y esta última se comprometía a restituirlo individualmente.

Los romanos consideraron que en ciertos pactos se encontraba implícita, en el contenido de las obligaciones, la idea de custodia; el deudor que tenía que *preestare custodiam*, era responsable si no devolvía lo que se le había entregado, abstracción hecha de toda diligencia que se hubiera puesto al servicio de la cosa.

Algunos exégetas han concluido que el deudor, en el tipo de obligaciones de que hablamos, era responsable aun cuando incumpliera como consecuencia de un evento que no pudiera resistir.

Por otra parte, otros autores piensan que “Era responsable (el deudor) siempre que no hubiere tropezado con una imposibilidad, considerando la naturaleza de la cosa, y estaba liberado de su obligación desde el momento en que ejecutaba el hecho prometido, siempre que fuera antes de la *litis contestacio*”.⁵ Creemos que esta postura es correcta.

⁵ RUIZ, Arangio, citado en RAYMOND, Monier, *Manuel Complementaire de Droit Romain*, Tomo II, Edition Domant Montchrestein, 1948, p. 229.

En la época postclásica se asimilaba la custodia a la idea de diligencia y se encaminó así el concepto de que la custodia es la actividad de una persona particularmente diligente.

Ya en el derecho de la época de Justiniano cambió totalmente el concepto de custodia del derecho clásico y se consideró que ésta es un grado dentro de la actividad del deudor, y, por tanto, el que tiene custodia debe sólo mostrar particular vigilancia a la guarda de la cosa (se asimila totalmente la idea de custodia a la de diligencia), y sólo es responsable el deudor del daño sufrido por la cosa confiada, si se le demuestra que no procedía con las precauciones suficientes para preservar el bien. En esta virtud se exigió la necesidad de un acuerdo de voluntades expreso para colocar la obligación de custodia dentro de los deberes del vendedor.

Es preciso colocar en un lugar aparte el caso del *receptum nautarum*, el del *couponum* y el del *estabilarium*. En razón de los términos de edicto del pretor: el navegante, el posadero y el caballerango asumían todos los riesgos que pudieran sufrir los equipajes, las mercancías o los animales, respectivamente, mismos que se obligaba a restituir garantizando su conservación; y en una interpretación literal, deberían cargar con la responsabilidad, sólo por no reintegrar las cosas o animales en el estado en que se le habían dado (Obligación Legal de Resultado).⁶

Se ha discutido si podía existir alguna excepción a esta regla tan rigurosa, y algunos han sostenido, partiendo de una idea de equidad, que el deudor debía poder escapar a la condena, oponiendo una excepción fundada sobre la existencia de un caso de fuerza mayor, hipótesis en la cual la carga de la prueba le correspondía. Ejemplos de estos casos de fuerza mayor eran, por ejemplo, un naufragio, una tempestad o el ataque de piratas.

Por otra parte, otros autores como Hvelin y Beseler⁷ se oponen y piensan que la existencia de una excepción a los casos señalados por el edicto del pretor, es sólo obra de los compiladores, y, por tanto, estos contratantes respondían no sólo del robo de la cosa, sino de todo daño causado, aun el producido por terceros.

Los jurisconsultos de la primera etapa del derecho francés, se separan de la influencia romana y llegan a comprender que la diferencia de las obligaciones de que tratamos ya no radica en la finalidad de reforzar la responsabilidad del deudor para proteger al acreedor, sino que es el objeto de las mismas, la verdadera razón de la distinción. Esto es, intuyen que existe una clasificación, que a veces el deudor se obliga a un resultado determinado y a

⁶ MONIER, *op cit.*, p. 229.

⁷ *Ibidem*, p. 230.

veces no. Y por lo tanto, en caso de incumplimiento, en la primera hipótesis, es necesario acreditar la existencia del deber para exigir la reparación del daño, y en la segunda, además de la existencia de la obligación, la falta de diligencia o prudencia del deudor.

Posteriormente, es introducida esta división en la doctrina moderna por Demogue al decir:

La obligación que puede recaer sobre un deudor no es siempre de la misma naturaleza, ya que ésta puede ser una obligación de resultado o una obligación de medios y aclara: "... esta división tiene analogía con la división del Derecho Criminal de delitos formales y delitos materiales. En que los últimos se caracterizan por un resultado y los primeros por el empleo de medios que son ordinariamente de tal naturaleza, que conducen a ese resultado.⁸

Los términos utilizados por Demogue para identificar a los dos grupos de obligaciones que forman la división que nos ocupa, fueron modificados por uno de los principales expositores de la distinción, Henri Mazeaud, el cual utiliza el concepto de "determinadas" para las obligaciones de resultado y el de "obligaciones generales de prudencia y diligencia" para las de medios.⁹

Raymundo Salvat expresa que Henri Mazeaud¹⁰ no explica el porqué de la substitución propuesta, pero nosotros pensamos que Salvat sólo se refiere a lo contenido en el trabajo presentado por Mazeaud en la "Reveu Trimestrielle de Droit Civil", en el año de 1936, pues en el tratado que en unión de Jean Mazeaud y André Tunc escribió, sobre la responsabilidad civil dice:

[...] si se considera conjuntamente las obligaciones contractuales y los deberes, uno es llevado, según parece a rechazar la expresión "obligación de resultado". En verdad, es inexacta porque, no permitir que las cosas que se tienen en custodia causen un daño a otro, es el resultado normal de una actitud lo bastante diligente por parte del guardián. Pero es muy abstracta, el jurista no metafísico difícilmente admitirá que el automovilista puesto al volante de su coche asuma "un deber de resultado". Por lo tanto, hay interés al parecer, en hablar más bien de "obligaciones determinadas" y oponer estas a las "obligaciones generales de prudencia y diligencia". Las expresiones parecen adecuarse mejor con el conjunto de la materia contractual y delictual.¹¹

⁸ DEMOGUE René, citado en SALVAT, *op. cit.*, p. 145.

⁹ MAZEAUD, Henry y León; TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo I Vol. I, E.J.E.A., 1961 p. 145.

¹⁰ SALVAT, *op. cit.*, p. 145.

¹¹ MAZEAUD, Henry Jean; TUNC, André, *op cit.*, p. 145.

De lo transcrito se observa que a lo que no se da una explicación es a la modificación de “obligaciones de pura diligencia”. Pero nosotros creemos que está influenciado por el pensamiento de Tunc, el cual proponía que:

[...] el término pura diligencia opuesto a las de resultado, ya que estas palabras concuerdan más con el carácter de la obligación y no forzan a advertir que los medios mencionados por Demogue, se traducen en una simple diligencia del deudor; sin que por sí mismo expresa el contenido y el alcance de la obligación asumida.¹²

Acogiéndonos a las ideas de Salvat en este punto, podemos estimar que “[...] hay más coherencia en oponer las prestaciones de resultado a las de medios, que las determinadas a las generales de prudencia.”¹³

Las razones que fundamentan la división deben encontrarse necesariamente en el diverso objeto de la obligación, esto es, la intención de las partes, en uno y en otro caso.

El cumplimiento de una obligación de resultado impone, en realidad cierta diligencia. El hombre no pronuncia un ¡Fiat!; no es un todo poderoso al que baste querer para realizar; la persecución del objetivo más modesto puede exigirle, por el contrario, múltiples gestiones sin estar seguro del éxito. El deudor no escapa a esta regla. La obligación que asume un carpintero cuando se compromete a construir una mesa y la que se asume el porteador, consiste en que el uno y el otro agregan, a su tarea cotidiana, la actividad necesaria para hacer una mesa o transportar el objeto. Pero se comprende que ese análisis se presenta rara vez al espíritu, corresponde a la realidad concreta del cumplimiento de la obligación, pero no a la psicología de las partes; por contratar el acreedor para obtener cierto resultado, y no para imponerle una diligencia al deudor, las partes son llevadas del modo más natural a convertir ese resultado en el objeto directo de la obligación. En efecto, puesto que la diligencia del deudor, alcanzará normalmente su objetivo, la técnica jurídica no se opone a que el resultado pretendido por las partes se coloque directamente como objeto de la obligación.

Por otra parte, cuando el resultado deseado por el acreedor y que el deudor se esforzará por conseguir, es demasiado aleatorio, depende demasiado poco de la diligencia del deudor, para que las partes puedan hacer aquel el objeto de la obligación, el resultado debe permanecer como algo exterior al contrato aun cuando el deudor se compromete a emplear los medios que estén en su poder para lograrlo. Así, el médico no se compromete normalmente a curar al enfer-

¹² HENRY, Jean; MAZEAUD, León, *Lecciones de Derecho Civil* Trad, Buenos Aires, E.J.E.A, 1962, p. 28.

¹³ SALVAT, op. cit., p. 35.

mo. Las propias partes no tendrían la idea de decirlo. Hay que retornar a la realidad de las cosas y resignarse a hacer de la diligencia en sí misma el objeto de la obligación.¹⁴

Con base en las ideas expuestas, se afirma que todas las obligaciones son obligaciones de resultado o determinadas, por cuanto a que es a lo que normalmente las partes se obligan cuando contratan.

Así, algunos autores rechazan la existencia de la división que estudiamos y han considerado que todas las obligaciones son de resultado, y argumentan diciendo que todo hecho o prestación a que se ha obligado el deudor es un resultado, por tanto el obligarse a prestar diligencia es siempre un resultado.

Los hermanos Mazeaud y André Tunc en su “Tratado de la Responsabilidad Civil” salvan la crítica apuntada diciendo que:

Los bienes tienen un valor objetivo y su obtención constituye siempre un resultado; ciertos actos son también deseados por sí mismos, aunque cosas y actos no sean sino etapas hacia el objeto que el hombre se propone; la felicidad, o la santidad; otros no son sino objetivos muy intermedios, muy provisionales y constituyen, para el espíritu del que los persigue, simples medios que el lenguaje corriente opone a los resultados. En el fondo los que dirigen esta crítica a la distinción, asimilan prestación debida y “resultado”. Pues bien, sin duda, toda obligación lleva consigo muy diferente, según que consista en conseguir un resultado determinado o, tan solo, en intentar lograrlo por medio de una conducta prudente y diligente.¹⁵

Por otra parte, los sostenedores de la crítica opuesta piensan que toda obligación lleva implícita una cierta prudencia, y por tanto toda obligación es de prudencia. Los autores citados defienden la base de su postura en contra de este ataque, reconociendo la exactitud de las observaciones, pero afirmando que en nada modifica las conclusiones que señalan, porque no impiden que se consideren dos clases de obligaciones: aquellas en que la diligencia querida alcanza casi seguramente el resultado, lo cual justifica una presunción de culpa en el caso de frustración; y aquellas en las que la diligencia debe seguir siendo el único objeto de la obligación.

La importancia de esta distinción radica, especialmente, en la utilidad que presta para la determinación del objeto y alcance de las obligaciones. En algunos casos el deber del deudor no se encuentra claramente precisado.

¹⁴ MAZEAUD, Tunc, *op cit.*, p. 129.

¹⁵ *Ibidem*, p. 133.

Por ejemplo, en los contratos de depósito en las cajas de seguridad de los bancos, ¿cuál es el deber del banco? ¿Se obliga a prestar cierta vigilancia o a garantizar el recobro de los bienes depositados? Si entendemos que asumen una obligación de prudencia, el banco sólo se obligará a prestar una cierta vigilancia, pero no responderá de las pérdidas producidas a menos que se le pruebe negligencia o descuido. Por el contrario, si se obligó a un deber de resultado, responderá con una presunción de culpa, salvo que pruebe un evento de fuerza mayor o el caso fortuito. Es indudable que el banco asume una responsabilidad de resultado, pues no sólo debe vigilar las cajas, sino además a responder de la integridad de las cajas, y por lo tanto, la vigilancia se encuentra implícita en el deber de custodia que obliga al depositario con el cliente. (Artículo 78 de la Ley General de Instituciones de Crédito).

Otro aspecto interesante de la distinción es el que se refiere a la determinación de la carga de la prueba en caso de incumplimiento. En los deberes determinados o de resultado, el deudor es el que debe justificar el incumplimiento o ejecución irregular. Por el contrario, en los de prudencia es el acreedor el que debe acreditar la falta de diligencia y cuidado del deudor. Por último, es importante en razón de que resulta igualmente aplicable a la esfera contractual como a la extracontractual.

Como ejemplo derivado de una convención, tenemos el mencionado en líneas precedentes. En la esfera de lo extracontractual, tomaremos como ejemplo de la obligación de prudencia y diligencia la que se contiene en el artículo 1897 del Código Civil: “el gestor debe desempeñar su cargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione”. Como ejemplo de deber determinado, en el mismo campo extracontractual, mencionaremos la responsabilidad contenida en el artículo 1913 del Código sustantivo vigente.

Cuando no consta en el pacto expresamente la intención de las partes respecto a si lo que se ha asumido es una obligación de medios, o de resultado, surge indiscutiblemente un problema de interpretación.

Los hermanos Mazeaud, siguiendo una opinión de André Tunc y Esmein, piensan que:

Cuando no se expresa la voluntad de las partes es necesario averiguar si la realización del fin perseguido presenta una eventualidad. Pues, cuando esa realización es aleatoria, debe suponerse que la obligación asumida es tan sólo de prudencia y diligencia, porque normalmente un deudor no se compromete a obtener un resultado que se sabe es aleatorio. Así pues, se advierte que lo aleatorio de él constituye normalmente al criterio de la distinción.

Por el contrario cuando no es aleatorio el fin en virtud del cual se ha celebrado el contrato, cabe estimar normalmente que el deudor ha prometido una realización. La realización del fin que haya de alcanzarse permite descubrir, por lo tanto, la voluntad no expresada de los contratantes.¹⁶

Volviendo a centrarnos en el problema que nos llevó a esta exposición, aceptando como premisa la existencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, y estando conformes en que sólo es aplicable a las obligaciones de hacer, cabe interrogar nuevamente sobre el grupo al cual corresponde dentro de la citada clasificación, las obligaciones típicas que surgen del contrato de promesa.

Debemos afirmar que la intención de las partes al celebrar toda clase de contratos es obtener el cumplimiento. En el caso especial que nos ocupa, los contratantes intentan garantizar una situación futura mediante una convención actual, sea por vía normal, que es el cumplimiento, sea por vía indirecta, la indemnización perfecta o en especie. Por lo tanto, no quieren dejar el futuro al azar; y siendo esto así, no cabe pensar que el acreedor acepte. Siempre una obligación por parte del deudor de simple prudencia y diligencia, que independientemente de no prometerle un resultado, lo obliga a acreditar la negligencia del deudor al corresponderle la carga de la prueba.

En virtud de las ideas expuestas, creemos que en el contrato de promesa la obligación típica de hacer es una obligación de resultado, por la cual el deudor se obliga a celebrar un contrato futuro en una oportunidad convenida. Y, en consecuencia, cualquier conducta prudente y diligente del deudor será irrelevante si no se obtiene el resultado prometido, caso en el que será responsable del incumplimiento.

Una vez que se ha hecho la determinación de la naturaleza de las obligaciones que nacen del contrato de promesa, debe preguntarse si es posible variar la obligación sin desvirtuar la naturaleza del contrato; en otras palabras: ¿puede asumirse la obligación de hacer como una obligación de medios, o no?

Estimamos que, sin lugar a dudas, la respuesta debe ser afirmativa, de acuerdo con lo que se explicó en el apartado relativo a la naturaleza de la división.

Las más de las veces, las contingencias que se han de presentar y los escollos que se han de salvar, en el espacio de tiempo que transcurrirá entre la celebración del ante contrato y el definitivo, no dependen de la sola voluntad de las partes contratantes. En otras ocasiones la voluntad puede ser

¹⁶ *Idem.*

relevante pero no determinante para el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Es por todo esto que la previsión del deudor debe de tenerse en cuenta y ser la que determine la intención de la parte para contratar. En esta virtud debe de considerarse válido el pacto en el que una de las partes se obligue a poner la prudencia necesaria para el otorgamiento de un contrato futuro, mas no prometer un resultado.

Esta solución en nada afecta a la naturaleza del contrato de promesa, ya que sólo varía la extensión de la responsabilidad que asume el deudor, limitándola, y seguirá siendo siempre una intención de celebrar el contrato prometido. Pero el acreedor deberá, en este caso, además de acreditar la inexistencia del resultado, la negligencia o falta de prudencia del deudor.

Cuando las partes quieran limitar la responsabilidad del deudor, es conveniente que se haga constar expresamente que la obligación asumida es de medios, pues la omisión hará presumir que se ha obligado a un deber de resultado al ser esto la regla en ese tipo de convenciones.