



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN LA
LEGISLACIÓN MEXICANA

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA

ARTURO ALEJANDRO ROSALES SÁNCHEZ

TUTOR PRINCIPAL:

DRA. AIDA DEL CARMEN SAN VICENTE PARADA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:

DR. JOSÉ ALEJANDRO GONZÁLEZ REYNA
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

MTRO. JESÚS IBARRA TAPIA

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

MTRA. MÓNICA MIRANDA JIMÉNEZ

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN, EDO. DE MÉXICO, AGOSTO 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN
MAESTRÍA EN DERECHO

TÍTULO:

Los Contratos Preparatorios en la Legislación Mexicana.

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO PRESENTADA POR:

ALUMNO:

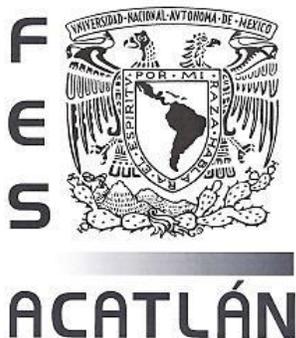
ARTURO ALEJANDRO ROSALES SÁNCHEZ

Correo: arturo.921@hotmail.es

Número telefónico: 5578127892

TUTOR:

DOCTORA EN DERECHO AIDA DEL CARMEN SAN
VICENTE PARADA
(Ciudad Universitaria)



COMITÉ TUTOR:

Dr. José Alejandro González Reyna

Mtro. Jesús Ibarra Tapia

Mtra. Mónica Miranda Jiménez

A mi familia, por el apoyo.

A mis amigos, por el intercambio de ideas.

Al Conacyt por el apoyo para escalar un peldaño en la investigación.

INDICE

Introducción	6
Capítulo I. Marco Teórico	8
1.1 Neoconstitucionalismo	8
1.1.2 ¿Qué es una Constitución	8
1.1.3 Breve historia sobre el Neoconstitucionalismo	14
1.1.4 Marco filosófico	19
1.1.5 Neoconstitucionalismo, cambios de paradigma	19
1.1.6 Diferencias entre reglas y principios	26
1.1.7 Neoconstitucionalismo en el derecho mexicano	35
1.2 Breve introducción a la interpretación jurídica	37
1.2.1 Diferencias entre interpretación y definición	38
1.2.2 El lector de la interpretación	40
1.3 Hermenéutica jurídica	41
1.4 El lenguaje	44
1.5 La interpretación en el Neoconstitucionalismo	52
1.6 Tipos de interpretación en la Hermenéutica Jurídica	59
1.7 Tipos de interpretación conforme a Guastini	61
1.8 Hecho, acto y negocio jurídico	71
1.9 El hecho jurídico	71
1.10 Teoría francesa	74
1.11 Teoría alemana	76

1.12 Diferencia entre la teoría francesa y la teoría alemana	80
1.13 Autonomía de la voluntad	83
1.14. Ineficacias	84
II. Segundo capítulo.- Marco legislativo	89
2.1 Bien jurídico tutelado	89
2.2 La autonomía de la voluntad en la legislación mexicana	90
2.3 Los negocios jurídicos en México	95
2.4 Naturaleza jurídica de los contratos preparatorios	103
2.5 Regulación de los contratos preparatorios en el Código Civil para el Distrito Federal	103
III. TERCER CAPÍTULO.- Delimitación de los contratos preparatorios	111
3.1 Origen histórico	111
3.2 Concepto	113
3.3 Clasificación de los contratos preparatorios	114
3.4 Requisitos de existencia	115
3.5 Requisitos de Validez	116
3.6 Incumplimiento de los contratos preparatorios	116
3.7 Utilidad de los contratos preparatorios	117
3.8 Diferencias entre los contratos preparatorios y otras figuras	117
3.8.1 Diferencia entre los contratos preparatorios y los contratos definitivos	117
3.8.2 Diferencia entre compraventa y promesa	118
3.8.3 Diferencia con las negociaciones y la carta de intención	122
3.8.4 Oferta de policitación y contrato preparatorio	124

3.8.5 Contrato preparatorio y contrato de opción	124
3.8.8 Contrato de prelación o de preferencia	125
3.8.9 Contrato de promesa t contrato de compraventa sujeto a una condición suspensiva	125
3.8.10 Contrato de promesa y compraventa de cosa esperada	126
3.8.11 Contrato de promesa y contrato de esperanza	126
3.9 Partes del contrato preparatorio	127
3.10 Tipos de contratos preparatorios	127
3.11 Qué contratos preparatorios no pueden celebrarse	129
IV. Capítulo cuarto.- 4. Interpretación de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal	131
4.1 Ejercicio Hermenéutico	148
4.2 Utilidad del contrato de promesa	152
4.3 Formato de contrato de promesa de compraventa	155
Conclusiones	172
Bibliografía	177

INTRODUCCIÓN

Los contratos preparatorios en la legislación mexicana es una investigación que nos hemos dado a la tarea de realizar en virtud de que existen opiniones encontradas entre su funcionalidad y la opinión de que éstos deberían ser derogados del Código Civil.

Como sabemos, son únicamente 6 artículos en el Código Civil los que plantean regular una figura jurídica completa y que, dado que el legislador no es necesariamente un perito en derecho, no siempre regula de manera adecuada, habiendo en las disposiciones lagunas y antinomias.

Por lo anterior, consideramos que es importante estudiar esta figura no sólo por su utilidad o inutilidad, sino porque es una figura comunmente utilizada y que permite a las partes de una negociación delimitar los alcances que pueda tener su relación jurídica.

Consideramos que nuestra investigación servirá para que, una vez estudiada en su totalidad esta figura, el lector pueda celebrar este tipo de contratos con el conocimiento suficiente para que su elaboración, aplicación y conocimiento sean correctos.

Es así que en la presente investigación proponemos un modelo desde la hermenéutica para estudiar la validez de una figura jurídica desde la hermenéutica jurídica y que no sólo es aplicable para este tipo de contratos, sino también para cualesquier otros contratos como se demuestra en su oportunidad.

Dicho lo anterior, se pretende realizar una investigación extensa de los mismos, partiendo en el primer capítulo del Neoconstitucionalismo y la hermenéutica jurídica para poder desentrañar el sentido de estas disposiciones en virtud de que desde el punto de vista del Neoconstitucionalismo se cambió de paradigma en la interpretación de la norma jurídica y la hermenéutica, a través del lenguaje, sirve para comprender lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

De igual manera, en el segundo capítulo, explicamos el marco jurídico de nuestra investigación, que consiste además de identificar la regulación de los

contratos de promesa, en relacionar los bienes jurídicos tutelados de los contratos preparatorios y su naturaleza.

Por lo que hace al tercer capítulo, nos referimos al análisis completo de los contratos preparatorios, que consiste también en distinguirlos con figuras que pudieran parecer similares; sin embargo, son detalles en cuanto a sus efectos o desde su naturaleza lo que los hace distintos.

Por último, el cuarto capítulo, desde nuestra perspectiva, es el más importante, pues no solo es el concentrado de lo esbozado en los capítulos previos, sino que establece: (i) la interpretación de la regulación actual en materia de contratos de promesa desde el punto de vista de las técnicas de interpretación de Riccardo Guastini y la hermenéutica jurídica; (ii) el punto fino que permite interpretar no solo a los contratos de promesa, sino a cualquier tipo de contrato desde el punto de vista hermenéutico; (iii) la utilidad práctica de los contratos preparatorios mediante ejemplos de la vida diaria de los abogados; y (iv) un formato de contrato de promesa que permitirá al lector celebrar en específico este contrato de manera correcta.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

En el presente capítulo hablaremos sobre el neoconstitucionalismo, el cual formará la base para comprender el cambio de paradigma histórico respecto de ciertos principios interpretativos que prometen un ordenamiento jurídico que se pueda ajustar a la realidad.

En ese sentido, aplicaremos el método deductivo, para explicar desde lo más básico del neoconstitucionalismo, hasta llegar al punto fundamental de la presente investigación: cómo se interpreta actualmente al ordenamiento jurídico (recordar que en el pasado el juez tenía la simple función de operador y cumplía a rajatabla con lo previsto por la ley).

En nuestro entendimiento, si queremos entender al neoconstitucionalismo, a través del método jurídico-doctrinal e histórico-lógico, debemos realizar un estudio desde la base de esta corriente -la constitución- hasta llegar a explicar sus principios y diferencias con el sistema jurídico que constituye cambio en la forma de ver el derecho en la modernidad.

1.1.2 ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?

Para efectos de poder realizar un estudio correcto sobre el neoconstitucionalismo, el cual será parte importante para justificar la investigación de la figura objeto del presente, debemos entender con claridad primero qué se entiende por constitución.

Primero, para entender la naturaleza jurídica de una constitución debemos conocer qué se entiende por ley. Para efectos genéricos, usaremos la definición

propuesta por Montesquieu, quien decía que este concepto puede ser definido como *relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas*.¹

Podemos observar que la definición propuesta por Montesquieu no es meramente del mundo de lo jurídico, toda vez que habla de la naturaleza de las cosas.

Para efectos de la presente investigación, se encuentra fuera de los límites de este estudio el comprender qué se entiende por naturaleza de las cosas; sin embargo, entenderemos que la naturaleza de las cosas proviene de aquellas situaciones relacionadas con los seres vivos en donde no interviene el hombre.

Montesquieu habla de una conexión o un vínculo que necesariamente va a suceder y que no tiene espacio a las situaciones contingentes, derivado de un supuesto en donde no interviene el hombre. Como ejemplo de lo anterior, podemos considerar la Tercera ley de Newton, que tiene como principio que *para cada fuerza de acción debe haber una fuerza de reacción igual y opuesta*².

Podemos observar de lo anterior, el ejemplo práctico que podemos encontrar para explicar esta ley, es el supuesto de que tengamos en la mano un lápiz, el cual lanzaremos hacia arriba y, según lo expuesto, el mismo caerá del punto más alto a donde llegue con la misma velocidad pero en sentido opuesto.

Conforme a lo anterior, podemos traspolar este tipo de relación necesaria que también se da en el mundo jurídico entre el supuesto jurídico previsto en ley o hecho generador para el punto de vista fiscal y sus consecuencias jurídicas y/o el hecho imponible; es decir, si una persona A le quita la vida a una persona en la Ciudad de México, traerá consecuencias para el mundo jurídico toda vez que existe el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal que tipifica el delito de homicidio³.

1Preciado Hernández, Rafael, Lecciones de filosofía del derecho, México, Ed. Porrúa, 2008, p. 56

2 Tippens, Paul E., Física. Conceptos y aplicaciones, México, Ed. Mc Graw Hill, Séptima edición, Traducción a cargo de Ángel Carlos González Ruiz, 2001, p.70

3 Véase el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal que reza: Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión. Puede consultarse en:

Ahora bien, a pesar de que consideramos claro lo explicado en los párrafos anteriores, encontramos una relación entre lo que sucede entre el supuesto jurídico y las consecuencias de derecho; sin embargo, esto es aplicable únicamente si tomamos como válida la ley de causalidad jurídica, en donde existen distintos tipos de relaciones que se desarrollan entre supuesto y consecuencias; sin embargo, consideramos que será más eficiente encontrar un concepto de ley jurídico.

Es así que podemos encontrar un concepto a nuestra óptica claro y completo sobre lo que es una ley en sentido jurídico conforme a lo siguiente:

Precepto de carácter general, abstracto e impersonal dictado por la autoridad competente, que manda, prohíbe o permite algo. En el régimen constitucional es la disposición aprobada por el Congreso y sancionada por el jefe de Estado. La ley tiene dos acepciones, una formal que la considera como tal si se produce atendiendo al órgano y al procedimiento establecido para su creación; y una material que se refiere a las características inherentes en cuanto son generales, abstractas e irrenunciables. Existe una clasificación de leyes en imperativas, prohibitivas y facultativas; si la ley manda una acción se llama imperativa; si prohíbe una acción se denomina prohibitiva, y si no manda ni prohíbe, pero introduce un derecho o facultad que cada uno puede libremente usar o no usar, es facultativa.⁴

En ese sentido, podemos inferir desde un primer acercamiento que, es un precepto que aplica para todos y abstracto que permitirá, mandará o prohibirá algo según las circunstancias actuales de un Estado, a través de la autoridad competente encargada de promulgarla.

<https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/9cd0cdef5d5adba1c8e25b34751ccfdcca80e2c.pdf>

4 Camarillo Cruz, Beatriz, *Glosario electrónico*: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3351/11.pdf>, consultado el 25 de agosto de 2022 a las 11 horas.

Establecido lo anterior, deberemos preguntarnos si una constitución es una ley y, en su caso, qué características deberá contener para distinguirla de las demás leyes.

Lasalle, por su parte, distingue entre las características de una ley y una constitución en virtud de que, desde el punto de vista científico, es más fácil y adecuado entender esta figura por medio de las diferencias con la otra:

Ambas, la ley y la Constitución, tienen, evidentemente, una esencia genérica común. Una Constitución para regir, necesita la promulgación legislativa, es decir, que tiene que ser también ley. Pero no es una ley como otra cualquiera, una simple ley; es algo más.⁵

De lo anterior, podemos entender de lo que menciona el autor que, por lo menos en un primer acercamiento, una constitución tiene un elemento esencial que comparte con cualquier ley: proviene de la actividad legislativa.

Esto es, podemos afirmar conforme a lo que expone el autor que una constitución es una ley; sin embargo, no es una ley como cualquier otra. Entonces, ¿qué es lo que la distingue de otras leyes?

Por su parte, tomaremos también un elemento que es descrito por Kelsen al referirse sobre la constitución:

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico un sentido normativo específico que aparece en la

⁵ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Bogotá, Editorial Temis, S.A., 2003, p. 37

relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción.⁶

De lo anterior podemos obtener un elemento esencial que nos ha dado el autor; esto es, que si bien la constitución es una ley conforme a lo ya expuesto, ésta tiene el carácter de fundamental, de tal manera que todas las leyes que emanen de ella tendrán carácter de válidas. Por ahora, sólo sabemos que la primera distinción entre una constitución y una ley, es simplemente que la primera es fundamental y la otra no.

Para dar mayor valor a lo expuesto, Lasalle propone 3 diferencias adicionales que nos servirán para comprender la diferenciación entre cualquier ley y la constitución:

1. Que la ley fundamental que sea una ley que ahonde más que las leyes corrientes, como ya su propio predicado de “fundamental” indica.
2. Que constituya -pues de otro modo no merecería llamarse fundamental- el verdadero fundamento de las otras leyes; es decir, que la ley fundamental si realmente pretende ser acreedora a ese nombre, deberá informar y engendrar las demás leyes ordinarias basadas en ella. La ley fundamental, para serlo, había pues, de actuar e irradiar a través de las leyes ordinarias del país.
3. Pero las cosas que tienen un fundamento no son como son por antojo, pudiendo ser también de otra manera, sino que son así porque necesariamente tienen que ser. El fundamento a que responden no les permite ser de otro modo. Solo las cosas carentes de un fundamento, que son las cosas causales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera. Lo

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 113

que tiene un fundamento no, pues aquí obra la ley de la necesidad. Los planetas, por ejemplo, se mueven de un determinado modo. ¿Este desplazamiento responde a causas, a fundamentos que lo rijan, o no? Si no hubiera tales fundamentos, su desplazamiento sería casual y podría variar en cualquier instante, estaría variando siempre. Pero si realmente responde a un fundamento, si responde como pretenden los investigadores, a la fuerza de atracción del Sol, basta esto para que el movimiento de los planetas esté regido y gobernado de tal modo por ese fundamento, por la fuerza de atracción del Sol, que no pueda ser de otro modo, sino tal y como es.⁷

De lo expuesto podemos encontrar en los 3 puntos lo siguiente:

1. La constitución ahonda más que otras leyes, toda vez que esta marcará los principios básicos para reglamentar las leyes secundarias que especifiquen lo que la primera está protegiendo o reglamentando.
2. En relación con el punto anterior, que sea la ley que marque el derecho que se tiene o que reglamente algún poder del Estado desde sus elementos más básicos para que las leyes que de ella emanen reglamenten todo lo que en ella no puede ser reglamentado.
3. Está compuesta por normas que deben ser como son pues son el fundamento para la protección de los derechos más elementales de un gobernado en relación con el Estado.

Amén de lo anterior, añadiríamos a los 3 puntos anteriores el hecho que Lasalle señala más adelante sobre los factores reales de poder, los cuales, deben de formar parte de una constitución escrita, si se pretende que ésta sea real y efectiva.⁸

Una vez establecido lo anterior, proponemos que por constitución se entienda la ley fundamental de un Estado de la cual emanan las leyes que regulan

⁷ Lasaille, Ferdinand, *op. cit.*, pp. 39 y 40

⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 56

las situaciones de hecho, derechos fundamentales y los factores reales de poder, así como la creación, en virtud de acuerdos políticos derivados de esos factores reales de poder, de la organización administrativa del Estado.

Una vez propuesto lo anterior, procederemos a hablar en unos cuantos párrafos de la historia del constitucionalismo y del neoconstitucionalismo que, por estar ligados, consideramos que pueden participar en el mismo apartado.

1.1.3 BREVE HISTORIA SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Respecto de las constituciones, Marcenò y Zagrebelsky apuntan que:

Los ordenamientos prerevolucionarios -vale decir, anteriores a las vicisitudes políticas de mediados del siglo XVIII- no conocían constituciones en el sentido moderno. No estaban regidos por un cuerpo sistemático y completo de normas intencionalmente deliberadas, dotadas de valor preeminente y dadas por escrito en una carta constitucional. Sus reglas constitutivas habían sido y venían siendo afirmadas como cristalizaciones de relaciones y equilibrios entre las distintas fuerzas concurrentes (la monarquía, la Iglesia, la nobleza, la burguesía, etc.), cada una interesada en promover su propia condición.⁹

En ese sentido, podemos observar que lo que mencionan los autores es que no existían ordenamientos jurídicos como hoy día los conocemos en el sentido de que protejan derechos fundamentales o que prevean la organización de un Estado.

En virtud de lo anterior, el ordenamiento jurídico fue evolucionando, de tal manera que el primer movimiento de una constitución moderna, fue la inglesa, la

⁹ Zagrebelsky Gustavo y Marcenò Valeria, *Justicia constitucional, Vol. 1, Historia, principios e interpretaciones*, Perú, Ed. Zela, Grupo editorial E.I.R.L., 2018, pp. 35 y 36

cual explica Pisarello que fue después de que Cromwell recuperó junto con sus generales del ejército el poder, y proclamara así ese primer bosquejo:

En 1653, un victorioso Cromwell disolvió el Parlamento y promulgó el Instrument of Government. Este documento era una escueta Constitución escrita cuyo objetivo consistía en delimitar las facultades del Lord Protector -el propio Cromwell- del Consejo de Estado y del Parlamento. La nueva Constitución recogía también algunas de las reivindicaciones contenidas en el *Agreement of the People*. Pero su énfasis de fondo reflejaban el triunfo del republicanismo aristocrático tanto sobre la monarquía absoluta como sobre el republicanismo más democrático e igualitario.¹⁰

Murió Cromwell y fue hasta la “Revolución gloriosa” que los partidos *Whig* y el *Tory*, se unieron contra Jacobo II y crearon el *Bill of Rights*. En ese sentido, Pisarello continúa:

Este sería el contexto, precisamente, en el que se produciría la “Revolución gloriosa”. Los dos principales partidos del momento, El *Whig* y el *Tory*, hicieron causa común contra Jacobo II y elevaron al trono a Guillermo de Orange en 1689. Previamente, le obligaron a firmar el Bill of Rights -que ampliaba los derechos procesales reconocidos en la Magna Carta y la *Petition of Rights*- y el *Act of Recognition*, que recordaba que su pretensión al trono no estaba fundada ni en el derecho hereditario ni en el derecho divino, como había sostenido Filmer en el *Patriarcha*, sino en la voluntad del Parlamento.

A partir de entonces, el modelo dominante de explicación de la nueva Constitución inglesa pasó a ser el de la Constitución

10 Pisarello Gerardo, Un largo termidor; *Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 61 y 62

mixta, caracterizada por la primacía del Parlamento sobre la Corona, la separación de poderes y el reconocimiento a los propietarios de ciertos derechos civiles y políticos.¹¹

Por su parte, Marcenò y Zagrebelsky, mencionan a la revolución francesa y americana como las constituciones revolucionarias de la siguiente manera:

El presupuesto jurídico-formal de la justicia constitucional llega a realizarse en la época de las revoluciones americana y francesa. Por aquel entonces, la constitución asumió el significado de norma constitutiva y reguladora de la vida política, obrante en una esfera objetiva, independiente de las relaciones de fuerza entre los sujetos constitucionales. Esta fue concebida por primera vez como norma capaz de conformar por sí misma la vida constitucional. Desde entonces ya no son relaciones constitucionales materiales las que <<hacen la constitución>> (como era en el antiguo régimen), sino más bien es la constitución la que <<hace las relaciones constitucionales>> (como debería ser en el <<nuevo régimen>>).¹²

Más adelante continúan diciendo:

<<Pactum societatis>> y <<pactum subiectionis>>. Así se hace visible la función principal de las constituciones modernas: fijar los presupuestos de la convivencia entre los pertenecientes a un mismo círculo humano; vale decir, fijar a) los principios que todos reconocen como esenciales a la vida común y b) las reglas de ejercicio legítimo del poder público: principios y reglas puestas, una vez por todas, fuera, antes bien, por encima de la cuestión política.¹³

11 *Ibidem*, p. 66

12 Zagrebelsky Gustavo y Marcenò Valeria, *op. cit.*, pp. 39 y 40

13 *Ibidem*, p.40

De lo anterior podemos observar que la historia del constitucionalismo surge de 3 países en específico: i) Inglaterra; ii) Estados Unidos; y iii) Francia.

Aunado a lo anterior, encontramos entonces que, la constitución a lo largo de su desarrollo histórico, se convirtió en una ley que se distingue de las otras por los principios esbozados en los párrafos anteriores que refieren que ésta contiene los derechos que se reconocen como esenciales para la vida común y la organización de un Estado.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de lado la historia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la cual fue pionera en introducir derechos sociales en una constitución en la historia y la cual fue influyente para la creación de diferentes constituciones como la Colombiana.¹⁴

Ahora bien, una vez explicada en breves términos la historia de la constitución y lo que se entiende por ésta, pasaremos a hablar del neoconstitucionalismo.

El término neoconstitucionalismo tiene su origen en el siglo XVIII, según nos explica Susana Pozzolo:

El término “neoconstitucionalismo” fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año de 1997. En aquella ocasión, y posteriormente en el sucesivo libro dedicado al mismo tema, el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas -defendidas por algunos

14 Véase Fix Zamudio, Héctor, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.

autores representativos de un cierto modo de enfocar el derecho- que estaban delineándose y definiéndose.¹⁵

Por su parte, Luís Roberto Barroso, sostiene lo siguiente:

El marco histórico del nuevo derecho constitucional, en Europa continental, fue el constitucionalismo de la posguerra, especialmente en Alemania y en Italia. Ya en Brasil fue la Constitución de 1988 y el proceso de redemocratización que ella ayudó a protagonizar.¹⁶

Líneas adelante continúa:

La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial (sic) y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones contemporáneas. La creciente aproximación del constitucionalismo con los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominada por diversos nombres: Estado democrático de derecho, Estado constitucional de derecho, Estado constitucional democrático.¹⁷

Como podemos observar, el neoconstitucionalismo es un término utilizado después de la Segunda Guerra Mundial, pues a partir de entonces existe un cambio de paradigma respecto del entendimiento de cómo conocemos a la constitución y a las leyes que de ella emanan en cuanto a estructura lógica, teórica y respecto de su **interpretación**.

15 Fabra Zamora, Jorge Luis, Núñez Vaquero, Álvaro, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, volumen uno*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 363

16 Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p 1

17 *Ibidem*, pp. 1 y 2

Es así que en los próximos párrafos nos dedicaremos a explicar esos cambios de paradigma que enseñan los autores más relevantes en la materia.

1.1.4 MARCO FILOSÓFICO

El objeto de esta primera parte de la investigación, es lograr describir en su totalidad el llamado neoconstitucionalismo para que, en un principio, dilucidemos si es un término que será aplicable para nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, para el desarrollo de la presente investigación.

Barroso afirma respecto al marco filosófico del neoconstitucionalismo:

El marco filosófico del nuevo derecho constitucional es el pospositivismo. El debate acerca de su caracterización se ubica en la unión de las dos grandes corrientes del pensamiento que ofrecen paradigmas opuestos para el derecho: el iusnaturalismo y el positivismo. Opuestos, pero en ocasiones, singularmente complementarios. El panorama actual está marcado por la superación -o quizás, sublimación- de los modelos en su forma pura y sustituidos por un conjunto difuso y amplio de ideas, agrupadas por la denominación genérica de post-positivismo.¹⁸

Entendemos entonces que el neoconstitucionalismo es fruto de una posición ecléctica entre el positivismo y el naturalismo; esto es, se encuentra fundado sobre la base del derecho positivo que iguala el derecho a la ley, y sobre el derecho natural que tiene como fundamento la justicia y la racionalidad.

1.1.5 NEOCONSTITUCIONALISMO, CAMBIOS DE PARADIGMA

¹⁸ *Ibidem*, p. 5

En cuanto al presente punto, señalaremos los principales elementos del neoconstitucionalismo, los cuales darán la pauta para hablar sobre la interpretación de las reglas o principios -según veremos más adelante- y servirán para distinguir entre el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo.

Comenzaremos con Paolo Comanducci, quien presenta la distinción entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.

Respecto al modelo teórico, Comanducci apunta:

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización; es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo... Como teoría, el neoconstitucionalismo representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos.¹⁹

Esto es, según explica el autor, que el neoconstitucionalismo es una vía alternativa al positivismo que está igualado con ciertos principios, que ya no son suficientes para la sociedad actual, como una interpretación literal de la norma jurídica.

Continúa Comanducci explicando que una de las características del neoconstitucionalismo es la interpretación de la ley mediante algunas peculiaridades, según si se adopta un modelo axiológico de constitución como norma -como ideología-, o mediante el modelo descriptivo de compartir la

19 Comanducci, Paolo, Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>, p. 99, consultado el 20 de septiembre de 2022 a las 15 horas

constitución con la ley como una especie del género de interpretación jurídica; siendo definida como la adscripción de significado a un texto normativo.²⁰

Respecto al neoconstitucionalismo ideológico, Comanducci nos señala:

el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal -que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX-, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable ... se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo.²¹

Respecto a la interpretación de la constitución, Comanducci establece:

Ya se adopta, como se ha apuntado, el modelo axiológico de la constitución como norma, el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto constitución respecto a la ley, y se manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas.²²

Por último, respecto al neoconstitucionalismo metodológico, el autor apunta:

Tal denominación recuerda explícitamente el, y se contrapone al, positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el derecho

20 Cfr. *Idem*

21 *Ibidem*, pp. 99 y 100

22 *Idem*

como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Esta tesis tiene, como se sabe, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral.²³

Como observamos, el autor en este primer acercamiento, ya comienza a hablar sobre distinciones y la importancia de la interpretación en esta corriente filosófica.

Ahora bien, a través de Zagrebelsky explicaremos los principios fundamentales de esta teoría -el estado constitucional de derecho-, la cual tiene 5 características, y las divide en: a) la ley, la administración y los ciudadanos; b) la reducción de la generalidad y abstracción de las leyes; c) la heterogeneidad del derecho en el Estado constitucional; el ordenamiento jurídico como problema; d) la función unificadora de la Constitución. El principio de constitucionalidad; y e) rasgos de la unificación del derecho en el Estado constitucional.

Respecto de la ley, la administración y los ciudadanos, Zagrebelsky nos dice:

La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato de Estado, de su función prevalentemente <<garantizadora>> -es decir, de su función de garantía concreta de las reglas jurídicas generales y concretos (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.)- y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. La realización de estas tareas de gestión requiere de la existencia de grandes apartos organizativos que actúan necesariamente según su propia lógica determinada por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento, intereses sindicales de los empleados (por no hablar de las reglas informales, pero no por

²³ *Ibidem*, p. 101

ello inexistentes, impuestas por el patronazgo de los partidos políticos). Este conjunto de reglas es expresión de una lógica intrínseca a la organización y refractaria a una normativa externa.²⁴

De lo anterior entendemos que mediante el neoconstitucionalismo la vinculación de la Administración pública a la ley ha superado su función de reglas jurídicas generales y concretas ha sido superada.

Pasando a la siguiente dicotomía que realiza el autor, expone lo siguiente:

La época actual viene marcado por la <<pulverización>> del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, <<de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción>>, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención <<regulativa>> en sentido propio: en lugar de normas, medidas.²⁵

Más adelante, el autor considera que *actualmente, por la diversificación de grupos y estratos sociales que dan lugar a una acentuada diferencia de tratamiento, ha llegado una rápida transformación que requiere de normas jurídicas ad hoc.*²⁶

Respecto la heterogeneidad del derecho en el Estado constitucional, Zagrebelsky considera:

A la pulverización de la ley se añade la heterogeneidad de sus contenidos. El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes. La ley -en este punto de su

24 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, p, 30

25 *Ibidem*, p. 37

26 Cfr. *Idem*

historia- ya no es la expresión <<pacífica de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes , racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, <<constitucionales>>, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.²⁷

Respecto a lo anterior, podemos observar que Zagrebelsky habla del principal cambio de paradigma en este neoconstitucionalismo, que se refiere a que ya no existen valores absolutos previstos en las constituciones actuales, sino que podemos hablar de ductilidad -se refiere a ésta como docilidad- respecto de la *coexistencia* y *compromiso*²⁸.

En cuanto a lo anteriormente referido, la ley se convierte en un instrumento para regular relaciones jurídicas que son actuales y que dejan a un lado la abstracción y la generalidad.

Asimismo, respecto de la función unificadora de la constitución propone:

El siglo XX ha sido definido como el del <<legislador motorizado>> en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha <<mecanizado>> y <<tecnificado>>. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener,

²⁷ *Ibidem*, p. 38

²⁸ Cfr. *Ibidem*, pp.12-16

orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo.²⁹

En ese sentido, la ley se convierte en obligatoria incluso para el legislador y genera una producción casi mecánica que trae como consecuencia el desbordamiento de promulgación de nuevas leyes.

Por último, el autor habla sobre los rasgos de la unificación del derecho en el Estado constitucional, conforme a lo siguiente:

En primer lugar, lo que se viene operando en éste no es en absoluto una unificación, sino una serie de divisiones, cuya composición en unidad no puede proponerse en los términos lineales con que en el pasado se realizaba la coherencia del ordenamiento bajo la ley.

A este respecto, podemos decir, a grandes rasgos, que lo que caracteriza al <<Estado constitucional>> actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o <<reducidos>> en la ley. Para expresar cumplidamente la soberanía histórico-política de la clase social dueña de la ley y para hacerse posible en la práctica, la <<soberanía>> de la ley debía suponer también la reconducción y, por tanto, la reducción a la propia ley de cualquier otro aspecto del derecho.³⁰

Nos encontramos entonces ante el punto fundamental del neoconstitucionalismo, la separación de distintos aspectos del derecho que antes se reducían en la ley. Y ahora se expresa la soberanía de la clase dominante de la

²⁹ *Ibidem*, p. 40

³⁰ *Ibidem*, pp. 40 y 41

ley; es decir, la económicamente importante y se habla de una variedad de principios que regula el sistema jurídico contemporáneo.

Estos principios pretenden incluir en las constituciones modernas derechos plurales que representen a la mayoría de las personas.

Una vez que hemos explicado las características esenciales del neoconstitucionalismo, pasaremos a centrarnos en el tipo de normas de esta corriente filosófica, la cual se diferencia entre reglas y principios.

1.1.6 DIFERENCIAS ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

En este apartado explicaremos uno de los cambios de paradigma respecto del constitucionalismo antiguo en relación con la norma contenida en las nuevas constituciones y, por lo tanto, en el ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior, tal como lo menciona Bauman la característica principal de la sociedad moderna consiste en esa ambivalencia -dicotomía- que se mencionan en las consecuencias perversas de la modernidad³¹, toda vez que ahora las normas en el neoconstitucionalismo se dividen en principios y reglas.

Respecto a lo mencionado en los párrafos anteriores, tomaremos de Alexy la distinción que realiza en relación a los principios y normas conforme a lo siguiente:

son normas que ordenan que algo se realice en la mejor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. De acuerdo con esta definición, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan tanto por el hecho de que pueden ser satisfechos en diferente grado, como por el hecho de que la medida ordenada de su satisfacción no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades

³¹ Cfr., Giddens, A. Bauman, Z., Luhmann, N, et al, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, España, Ed. Anthropos, 1996, p. 73

jurídicas. El conjunto de posibilidades jurídicas es determinado por los principios y las reglas contrapuestos. En contraste, las reglas son normas que siempre se pueden cumplir o no cumplir. Si una regla tiene validez, entonces se ordena hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. Así, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Ellas son, de este modo, mandatos definitivos.³²

Como podemos observar, lo anterior lo denomina el autor, en conjunto, como la *tesis de la optimización* y, a través de la cual, explica que los principios son mandatos de optimización que pueden ser satisfechos fáctica y jurídicamente, mientras que las reglas son mandatos definitivos con una orden imperativa sobre lo que se tiene que hacer al pie de la letra.

En otras palabras, Jakab, explicando a Alexy nos dice respecto de los principios que *un “principio” significa simplemente “una regla muy importante”, de modo que la diferenciación es de carácter retórico.*³³

Por otro lado, en este apartado partiremos de la base de que tanto reglas como principios son normas; sin embargo, tienen ciertos criterios de diferenciación de lógica entre estos dos conceptos, que surge a partir de la década de los setentas.

Para comenzar a hablar sobre una distinción sobre las reglas y principios, debemos entender que para Alexy existen 3 tipos de tesis que, desde lo general, podrán distinguir entre estos dos tipos de normas.

Se explica de la siguiente manera:

Esta tesis -tesis de la separación estricta- afirma que la distinción entre reglas y principios no corresponde a una diferencia de grado, sino por el contrario, esta tesis afirma que las reglas y los

³²Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, S.A., 1998, p.56

³³ Augusto Hernández, Carlos, Santiago Ortega Gómero, et al, *Principios, ponderación y pretensión de corrección en el constitucionalismo discursivo de Robert Alexy*, México, Centro de estudios de actualización en derecho, 2018, p. 155

principios son estándares normativos que presentan una estructura lógica completamente diferente. Si un estándar puede ser o bien una regla o bien un principio, entonces él es o bien una regla o bien un principio. Como alternativas a la tesis de la separación estricta se considerarán dos tesis: la tesis de la separación débil y la tesis de la concordancia. La tesis de la concordancia sostiene que no existe ninguna diferencia lógica entre las reglas y los principios y, de hecho, que no existe ninguna diferencia lógica en el sentido amplio antes mencionado. Todas las propiedades lógicas que pueden ocurrir en lo que comúnmente se denomina “principio”, pueden ocurrir también en aquello que se denomina “regla”. En contraste, tanto con la tesis de la separación débil, como con la tesis de la separación estricta, que sostienen que las reglas y los principios pueden diferenciarse desde el punto de vista lógico, la tesis de concordancia sostiene que esta diferencia es sólo una diferencia de grado.³⁴

En ese sentido, Alexy continúa con lo siguiente:

Orden estricto.- Los problemas de una jerarquía de los valores jurídicamente relevantes se han discutido con frecuencia. Se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado -a tal orden habría que llamarlo <<orden estricto>>. Un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos

³⁴ Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Perú, Ed. Palestra Editores, 2019, p.22

o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado.

Orden débil.- El fracaso de los órdenes estrictos no significa sin embargo que sean imposibles teorías de los principios que sean más que un catálogo de topoi. Lo que es posible en un orden débil que consista de tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad; 2) un sistema de estructuras de ponderación; y 3) un sistema de prioridades prima facie.³⁵

Como observamos, el sistema correcto desde el punto de vista de Alexy y, con el cual concordamos, es el de una teoría de interpretación débil, debido a que muchas veces las lagunas o la vaguedad de las disposiciones del orden jurídico requieren soluciones distintas y no -visto desde la perspectiva estricta- con una sola solución.

Hablaremos ahora sobre las condiciones de prioridad en el caso de colisión entre principios:

El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos. Un ejemplo lo ofrece el caso Lebach del Tribunal Constitucional alemán, en el que se trataba de una información televisiva repetida, no amparada ya por un interés informativo actual, sobre un delito grave, emitida poco antes de la excarcelación del autor. La argumentación del tribunal se desarrolla en tres niveles. En el primer nivel constata una colisión entre la protección fundamental e igual de la personalidad y la libertad de

³⁵ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, op.cit., pp. 14 y 15

información. En el segundo nivel establece que bajo una condición determinada y relativamente abstracta, esto es, la de una información actual sobre un delito grave, existe una prioridad de principio o *prima facie* a favor de la libertad de información. En el tercer nivel decide finalmente que bajo cuatro condiciones que se dan en el caso Lebach a saber: 1) información televisiva repetida, 2) no amparada ya por un interés informativo, 3) sobre un delito grave, 4) que pone en peligro la resocialización del autor, la protección de la personalidad prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente.³⁶

De lo expuesto podemos observar que en ese caso, podrá determinar qué principio prevalecerá sobre el otro para el caso de colisión entre principios.

Por lo que hace a las estructuras de ponderación Alexy establece lo siguiente:

En contra del concepto de una teoría de los principios basada en condiciones de prioridad podría hacerse valer que, puesto que las condiciones de prioridad implican reglas, sólo se necesitaría tomar en consideración estas reglas. Esta objeción lleva a un segundo elemento fundamental de la teoría débil de los principios a la ley de la ponderación. Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en

³⁶ *Ibidem*, p. 15

sentido estricto. Con ello se dice, grosso modo (lo que se puede demostrar de manera exacta) que el principio de la proporcionalidad, con sus tres principios parciales ya mencionados, se sigue lógicamente del carácter principal de las normas, y éste de aquél.³⁷

Respecto a la ponderación, nos detendremos un poco sobre este punto para poder llegar a entender mejor esta figura.

Al respecto, Manuel Atienza nos dice:

Ponderar se parece más a sopesar que a pesar. Por otro lado, el gran debate actual en la teoría jurídica y jurídico-constitucional se radica en la ponderación relativa de principios en litigio para un caso.

Supongamos que tengo un lápiz y que quiero pesarlo para conocer su peso. Necesito: a) un instrumento de pesaje que b) aplique un patrón de peso establecido (por ejemplo, en kilos y con arreglo al sistema métrico decimal). O tengo esa balanza que dé una información objetiva y fiable del peso de mi lápiz o no podré pesarlo. Pero puedo sopesarlo. Sopesar y ponderar son términos que funcionan como sinónimos a estos efectos.³⁸

Y continúa Atienza ahora sobre la ponderación de intangibles explicando que mediante la interpretación de la norma podría llegarse a principios absolutos (diferencia con lo expuesto por Alexy); sin embargo, este autor propone lo que sigue:

En términos de concepción de las normas y los derechos y en clave de exigencias de racionalidad argumentativa, ¿cambia algo? Si, lo siguiente. Cuando lo que se ha de justificar mediante argumentos es la interpretación de una norma, el eje de la

³⁷ *Ibidem*, p. 16

³⁸ Atienza Rodríguez, Manuel, García Amado, Juan Antonio, Debates iusfilosóficos. *Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*, Perú, Palestra, 2021, p. 37

argumentación ha de ponerse en consideraciones generales sobre cómo queda configurada, después de tal o cual interpretación, esa norma que se interpreta. Predominan ahí las razones generales referidas a los efectos futuros de esa norma con tal configuración interpretativa. Las razones interpretativas que se aduzcan son razones en pro o en contra de una y de otra interpretación. Por mucho que cuando la norma se interpreta para aplicarla a un caso concreto, como el que se debate -sobre la tortura- ocurra aquel ir y venir de la mirada entre la norma y los hechos del caso.³⁹

Regresando al tercer elemento planteado por Alexy, continúa el autor:

El tercer elemento de una teoría débil de los principios son las prioridades *prima facie*. Ya se mencionó un ejemplo. En una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad. Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Si son más fuertes los argumentos a favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Con ello, el orden depende de nuevo de la argumentación.⁴⁰

Ya se expuso por qué la teoría débil de los principios es aquella que, desde nuestro punto de vista resulta aplicable a nuestra propuesta, con base en la doctrina del autor, para distinguir a los principios de las reglas, pero, ¿cuáles son las distinciones que nos ayudarán a diferenciar ente estos dos?

Uno de los criterios, es la generalidad, sobre la cual nos dice lo siguiente:

³⁹ *Ibidem*, p. 47

⁴⁰ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, *op. cit.*, p. 17

El criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad. Según ello, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de norma es de un grado relativamente alto de generalidad es la norma de que todos gozan de la libertad de creencias. En cambio, tiene un grado relativamente bajo de generalidad una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias. Quien considera la generalidad como decisiva llega a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado. Esto puede designarse como la <<tesis débil de la separación>>. La tesis fuerte de la separación la representa, en cambio, quien afirma que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo. Esta tesis es correcta.⁴¹

Lo anterior, no es contrario a lo anteriormente expuesto respecto a que las normas -en el neoconstitucionalismo- pierden generalidad, sino que, dentro de esta teoría filosófica, tiene, naturalmente, grados de generalidad entre sus normas.

Ahora bien, para Alexy el núcleo de distinción entre ambos conceptos proviene de lo siguiente:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de

41 Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 9

posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello, no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.⁴²

En ese sentido, consideramos que si bien el criterio del núcleo de distinción entre unos y otros es que los principios son mandatos de optimización y las reglas son mandatos de cumplimiento, las reglas no necesariamente deberán contener una interpretación literal de la norma, sino que dará oportunidad a interpretar esa norma y darle el sentido correcto para su validez.

En ese sentido, desde nuestra perspectiva, vale la pena añadir a lo anterior que según Pozzolo, los principios deben ser vistos desde la siguiente perspectiva:

El estado constitucional presenta dos dimensiones -una legalista y otra constitucionalista- unidas dentro del concepto de principio. La ideología de legalidad se disuelve en la dimensión del contenido o sustancial, la cual absorbe al derecho positivo a través de la adopción de los valores y de los derechos fundamentales. En la perspectiva neoconstitucionalista, las

⁴² Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 46 y 47

normas de principio determinan una mutación en el patrimonio genético moral interrumpidas por el positivismo jurídico.

El nuevo derecho constitucional no tendría ya la necesidad de establecer el principio de legalidad como paradigma de lo jurídico porque se trataría de un principio ya adquirido. Por el contrario, el nuevo derecho reclama superar tal límite formal para poder enfrentar los conflictos que constantemente recorren la sociedad contemporánea que, determinando tensiones, éticas y políticas, generan el peligro de restar legitimidad a los instrumentos jurídicos y a la acción de gobierno.⁴³

En ese sentido, encontramos que la autora habla sobre la interpretación de los principios y propone que éstos, entendidos como mandatos de optimización, lleguen a la formulación de una nueva norma que tenga invariablemente en cuenta el principio reduciéndolo en alguna medida o proporción en su alcance.⁴⁴

En virtud de lo anterior, nos detendremos en el siguiente apartado a tratar de reflexionar si todo lo expuesto puede aplicarse en el derecho mexicano.

1.1.7 NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL DERECHO MEXICANO

¿Es posible pensar que lo anteriormente expuesto es aplicable en el sistema jurídico de nuestro país? La primera respuesta a la interrogante es que ésta es más bien retórica, pues no tendría sentido escribir un capítulo entero sobre el neoconstitucionalismo en un Estado en el que dichos principios y cambios de paradigma sean totalmente diferente a la realidad.

En ese sentido, lo que haremos en los párrafos siguientes será justificar por qué el neoconstitucionalismo es válido en nuestro sistema jurídico y por qué hemos

43 Fabra Zamora, Jorge Luis, Núñez Vaquero, Álvaro, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, op. cit., pp.368 y 369

44 Cfr. Ibidem, p. 370

de tratar de usar sus técnicas de interpretación en el presente estudio para llegar a entender mejor la figura de los contratos preparatorios en la legislación mexicana.

Para explicar lo anterior, nos ayudaremos del Doctor Antonio Salcedo Flores, quien escribe al respecto sobre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”), misma que, desde nuestra perspectiva, ya contenía principios del neoconstitucionalismo:

Con el título de garantías individuales, protegió los derechos subjetivos públicos, incluyendo la mayoría de los que hoy se conocen como fundamentales, humanos, personales, etc. Al mismo tiempo creó tribunales encargados de defender esos derechos y a la Constitución toda, lo harían por medio del juicio de amparo, recurso eficaz o garantía que estableció en sus artículos 103 y 107. Sentó las bases para la independencia e inamovilidad de los jueces, exigiendo a éstos preparación profesional universitaria; enarboló los principios del debido proceso en sus artículos 14 y 16, ordenando que nadie (ni individuos, ni minorías, ni mayorías) fuera privado de sus derechos, si antes no había sido vencido en juicio en el que se hubieran respetado las formalidades esenciales del procedimiento. Ordenó a todos los tribunales estar expeditos para administrar justicia (Art. 17), conforme a la letra o a la interpretación de la ley, y, en defecto de éstas, fundándose en los principios generales del derecho (Art. 14). Dispuso que los ministros de la Suprema Corte dejaran de ser elegidos por voto popular (como venía sucediendo), y fueran nombrados por el Poder Legislativo.⁴⁵

45 Salcedo Flores, Antonio, *El neoconstitucionalismo en México*, Universidad Autónoma Metropolitana: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/76>, p. 520, consultado el 30 de septiembre de 2023, a las 11 horas

Es así que encontramos ya desde 1917 los principios que rigen el neoconstitucionalismo y que permiten que los jueces puedan interpretar la ley no simplemente desde lo textual, debido a que desde el punto de vista de la teoría débil de los principios, no existen los principios absolutos, sino que puedan hacerse de elementos y de técnicas interpretativas para llegar a una solución en el caso concreto.

Aunado a lo anterior, han habido reformas importantes a la CPEUM que han aportado a los derechos humanos, la más importante de ellas sucedió en 2011, y que, por tanto, han permitido que nuestra carta magna continúe con los principios rectores del neoconstitucionalismo.

De lo anterior es corolario que los principios del neoconstitucionalismo han estado reconocidos por nuestro sistema jurídico mexicano desde la CPEUM de 1917 por las razones ya expuestas.

En virtud de lo expuesto, hemos llegado ya al punto objeto de este primer capítulo, el cual consiste en establecer las bases para demostrar el cambio de paradigma en cuanto a la interpretación de las normas en el modelo neoconstitucionalista.

Es en ese sentido, que a partir de los próximos párrafos, hablaremos sobre la hermenéutica y las técnicas de interpretación que servirán, en el desarrollo del presente estudio, para poder llegar a un acuerdo respecto de las disposiciones en materia de contratos preparatorios en la legislación mexicana.

Expuesto lo anterior, hablaremos ahora de la interpretación como piedra angular en la presente investigación, la cual dará pie a desentrañar el sentido de lo que la legislación mexicana prevé en materia de contratos preparatorios.

1.2 BREVE INTRODUCCIÓN A LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Partiremos del supuesto de que, aun y cuando hablaremos a profundidad de las técnicas de interpretación en el neoconstitucionalismo en los siguientes apartados, a continuación detallaremos ciertos aspectos sobre la interpretación y, en específico, a quién está dirigido esta investigación.

1.2.1 DIFERENCIAS ENTRE INTERPRETACIÓN Y DEFINICIÓN

La presente investigación no pretende tener como tarea principal definir a cada uno de los conceptos contenidos en las normas que regulan a los contratos preparatorios en la legislación mexicana; sino la de interpretar e incluso, proponer lo que debería entenderse en el capítulo de referencia en el Código Civil para el Distrito Federal.

Guastini menciona que la diferencia entre definición e interpretación consiste en que las definiciones *se refieren a relaciones de sinonimia, mientras que la interpretación se relaciona con actos lingüísticos de entendimiento*⁴⁶.

Esto es entonces que el entendimiento surge a partir de la interpretación de una norma; sin embargo, lo que aquí pretendemos realizar a través de las técnicas de interpretación es argumentar lo que desde nuestra perspectiva debe entenderse en este tipo de contratos.

Como lo explica Guastini, coincidimos en que las normas jurídicas son *enunciados metalingüísticos que no tienen una carga valorativa de verdad o falsedad*⁴⁷; sino simple y sencillamente son enunciados que están sujetos a ser argumentados de una forma que, desde el punto de vista lógico, tengan mayor sentido de conformidad con el sistema jurídico mexicano vigente.

Es así que, conforme a lo dicho en el párrafo inmediato anterior, argumentaremos la presente investigación como una *teoría escéptica, por la cual*

46 Guastini, Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Traducción a cargo de Diego Moreno Cruz, 2010, p. 108

47 Cfr., *Ibidem*, p. 135

*se entenderá que el enunciado interpretativo no pertenece al discurso descriptivo, y por tanto, no pueden decirse verdaderos ni falsos.*⁴⁸

Aunado a lo anterior, Guastini continúa explicando:

La interpretación propiamente dicha tiene por objeto enunciados normativos completos, y se expresa mediante enunciados que pueden reconducir, en última instancia, a la forma estándar: “D significa (o implica) N”, donde “D” ocupa el lugar, como he señalado, de una disposición, o de un fragmento de disposición, o de una combinación de disposiciones, o de una combinación de fragmentos de disposiciones, mientras “N” ocupa el lugar de una norma. A tales enunciados conviene reservarles el nombre de “enunciados interpretativos”⁴⁹.

Lo anterior, desde un punto de vista interpretativo, se refiere a que el acto que se pretende aquí es reconducir dichas normas jurídicas al entendimiento por parte de su lector.

Es así que en este trabajo se tratarán de proponer los argumentos necesarios para crear en su lector un mensaje *ilocucionario* (según se explica dicho tipo de discurso más adelante) para convencer de que se use al momento de la lectura de la norma jurídica desde el punto de vista de la lectura científica, como operador o al momento de su aplicación.

No obstante lo anterior, consideramos fundamental el delimitar el concepto de interpretación, ya que menciona Guastini que:

Por “interpretación” debe entenderse no cualquier atribución de significado al texto interpretado, sino una atribución de significado que caiga dentro del marco -que puede incluso ser muy amplio- de significados admisibles; admisibles a la luz de

48 Cfr. *Ibidem*, p. 134

49 *Ibidem*, p. 108

las reglas del idioma, de las técnicas interpretativas en uso, y de las tesis dogmáticas generalmente aceptadas.⁵⁰

De lo anterior es corolario que la interpretación que realice el sujeto respecto de un enunciado normativo, será válido siempre y cuando cuente con ciertos requisitos, mismos que explicaremos también posteriormente en la presente investigación a la luz de las técnicas de interpretación jurídica que se explicarán y mediante la hermenéutica jurídica en el estudio del lenguaje.

En el próximo apartado aclararemos a qué tipo de lector está dirigida la presente investigación para la interpretación de los contratos preparatorios.

Como prelude de lo que veremos en los próximos apartados, enunciaremos a manera de introducción brevemente los métodos de interpretación.

Los métodos de interpretación que utilizaremos para la presente investigación se dividirán en: (i) métodos hermenéuticos; y (ii) métodos jurídicos de interpretación propuestos por Riccardo Guastini.

1. 2.2 EL LECTOR DE LA INTERPRETACIÓN

En un ejercicio de reflexión nos propusimos pensar si esta investigación será importante para los jueces, operadores o científicos del derecho, por lo que se pensó en distintos puntos de vista para abordar el tema; sin embargo, en un arrebatado de ambición intelectual nos hemos propuesto dirigirlo a los 3.

La lógica para no hacer una *interpretación cognoscitiva (científica) o decisoria (de los jueces y órganos de aplicación)*⁵¹, y seguir una teoría escéptica (según se explicó en párrafos anteriores) consiste en que tanto científicos del derecho, jueces,

50 *Ibidem*, p. 121

51 Cfr. *Ibidem*, p. 135

abogados, y, ¿por qué no?, legisladores, pueden utilizar esta investigación como guía para una correcta aplicación de los contratos preparatorios en México.

En los siguientes apartados profundizaremos sobre la interpretación y las técnicas de interpretación que serán aplicadas en capítulos posteriores.

La hermenéutica jurídica, a manera de introducción al próximo apartado, comprende diversos tipos de interpretación, los cuales son los siguientes:

1. La interpretación doctrinal que es aquella que los científicos especializados en derecho refieren, desde su perspectiva, que es lo que debería entenderse al aplicar una disposición jurídica.
2. La interpretación auténtica o legislativa, que es aquella que expresa la voluntad, o por lo menos lo que se interpreta de ella, de lo que el legislador quería proteger, normar o regular al momento de la emisión de una disposición jurídica.
3. Respecto a la interpretación judicial, únicamente mencionaremos que es aquella que los jueces realizan respecto de una disposición para su aplicación en un caso en concreto.

1.3 HERMENÉUTICA JURÍDICA

Para entender qué es la hermenéutica jurídica, primero habremos de entender qué se entiende por hermenéutica, para lo cual nos basaremos en lo dicho por Antonio Osuna, quien explica:

La nueva hermenéutica surge en el horizonte de un problema totalmente humano: la experiencia de encontrarnos frente a la totalidad del mundo como entrono vital de la propia existencia. En tal supuesto, la pregunta referente a cómo es posible el conocimiento y cuáles son sus condiciones, representa sólo un sector, a lo sumo, del problema más global de cómo se

comprende la existencia en el horizonte de otros coexistentes. Desde el principio hay que dejar claro este horizonte amplio del comprender para no pensar que lo que ahora se trata de exponer es otra teoría más sobre la objetividad del conocimiento humano. Lo que va a cuestionar la hermenéutica nueva concierne a la totalidad del existente humano y de su pertenencia al mundo.⁵²

Es así que observamos que la hermenéutica es el entendimiento que pretende el ser humano respecto de su existencia en relación con todo lo que lo involucra.

Aunado a lo anterior, Osuna habla sobre la importancia que da Gadamer a la historia en este comprender humano respecto de su realidad, así como la explicar lo siguiente:

En la nueva hermenéutica de efectualidad histórica, el derecho se convierte en paradigma hermenéutico. Se restaura así la vieja unidad de todas las ciencias hermenéuticas, siendo la jurídica la primera en recobrar su primigenia vocación de historicista.

Hay quienes consideran que la hermenéutica jurídica es el resto de un esquema dogmaticista de la interpretación, ya que su socia, la teología, hace ya tiempo que se alejó de la ciencia racionalista. La índole dogmática del derecho podría ser indiscutible a quien piense que el jurista tiene un cometido diferente del historiador del derecho. Para éste la comprensión versa sobre el sentido original del texto. En cambio, para el jurista lo central sería el sentido actual del texto, lo cual es lo mismo que decir su utilidad para configurar los hechos y su aplicabilidad *hic et nunc*, para lo cual puede contribuir algo el conocimiento de su historia, pero nunca será determinante como lo son las condiciones de su actual aplicación. Así es como

⁵² Osuna Fernández-Largo, Antonio, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1992, p. 41

frecuentemente se explica la índole dogmática -no histórica, ni tradicional- del derecho.

La tarea del jurista no es saber previamente el sentido originario de la ley (interpretación histórica) a fin de, en un segundo momento, aplicarlo al presente (interpretación dogmática). Esto equivaldría a olvidarse de la tensión entre sentido original y sentido actual y a negar que la interpretación histórica tenga algún cometido en la interpretación aplicativa. El intérprete jurídico implica su situación histórica en la comprensión histórica de la norma y proyecta toda su autocomprensión en la comprensión originaria de la norma.⁵³

Podemos observar que lo que Osuna menciona no es nada nuevo para la interpretación de textos, sino simplemente es que la hermenéutica jurídica trata sobre la comprensión de la norma jurídica desde la perspectiva de la *ratio legis*, el cual explicaremos más adelante.

Por su parte, Gadamer explica:

Creo que el mérito del análisis semántico ha sido el haber descubierto la estructura global del lenguaje y haber relacionado con ella los falsos ideales de univocidad de los signos o símbolos y de formalizabilidad lógica de la expresión lingüística. El gran valor del análisis de la estructura semántica consiste en parte en disolver la apariencia de singularidad que produce el signo verbal aislado, y lo hace de diferentes modos: o bien explicitando sus sinónimos o, en forma aún más significativa, mostrando la expresión verbal individual como algo intransferible y no intercambiable. Me parece más significativa esta segunda

⁵³ *Ibidem*, p. 66

operación porque apunta hacia algo que está detrás de la sinonimia.⁵⁴

Observamos entonces que para la hermenéutica jurídica el lenguaje es sumamente importante, debido a que deberemos tomar en cuenta la totalidad de palabras para el entendimiento de un enunciado en su conjunto.

Aunado a lo anterior, continúa el autor mencionando cómo el lenguaje, al ser imperfecto y al contener lagunas en el mismo, debe interpretarse semánticamente como un todo, para poder superar las barreras de la limitación entre lo que se piensa y lo que efectivamente se dice.⁵⁵

Por otra parte, sostiene el autor que todos los fenómenos de entendimiento, de comprensión e incomprensión que forman el objeto de la denominada hermenéutica constituyen un fenómeno de lenguaje.⁵⁶

Es así que lo que paraliza nuestra comprensión también forma parte del lenguaje, por lo que será el mismo el que nos ayude, a través de la historia a encontrar respuesta a lo que queremos explicar o entender.

Continuaremos con el estudio del lenguaje para que, en conjunto con los métodos de interpretación de los que hablaremos párrafos abajo, podamos llegar a un correcto entendimiento de lo que la ley nos dice respecto de los contratos preparatorios.

1.4 EL LENGUAJE

Conforme a lo explicado en el tema de la hermenéutica, el lenguaje forma parte fundamental del entendimiento de la norma jurídica de acuerdo con lo explicado con Gadamer.

54 Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método, vol. II*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1998, p. 171

55 Cfr. *Ibidem*, p. 175

56 Cfr., *Ibidem*, p. 182

Por lo anterior, intentaremos ahondar en el estudio del lenguaje, apoyandonos de lo que Alejandro Rossi comenta en su investigación aduciendo que el lenguaje *comienza con la distinción del doble sentido del término signo. El primer sentido sería el que considera el signo como señal; esto es, aquello que indica o señala algo, lo cual puede formularse de la siguiente manera: para que un objeto o una situación objetiva sea una señal es menester que ejerza una función indicativa*⁵⁷.

Asimismo, el segundo sentido de la palabra signo parece ser claro, toda vez que a la palabra signo entendida como señal, le falta el elemento en el que le podemos atribuir un sentido a una palabra.

Es así que Rossi menciona que el signo significativo, se *ejemplifica con la expresión; esto es, en la palabra, en la frase o en el enunciado significativo*⁵⁸.

Como podemos observar, la base del lenguaje comienza con un signo ya sea significativo o signo como señal. En ese sentido, entendemos y que consideramos que es fácil de identificar para cualquier persona.

Tomaremos como ejemplo de lo anterior, la siguiente frase: Los colores de la bandera de México son verde blanco y rojo; el verde implica la esperanza, el blanco la pureza y el rojo la sangre derramada.

En la frase mencionada como ejemplo, encontramos el signo como señal, que es la bandera y el signo significativo, que es lo que representa cada uno de los colores de la bandera mexicana.

En ese sentido, menciona Rossi que una expresión está considerada *dentro de la clasificación signo en virtud de que participa de cierta cantidad o proporción de señal. Por consiguiente, toda expresión posee además del elemento significativo,*

57 Rossi, Alejandro, *Lenguaje y significado*, México, Fondo de cultura Económica, 2013, p. 7

58 *Idem*

*el elemento indicativo, en tanto que el signo como señal puede presentarse, según vimos sin el elemento indicativo*⁵⁹.

Tomando en consideración lo anterior, en su evolución el lenguaje no sólo está compuesto por signos, sino que debemos tener en cuenta que el idioma que manejamos es un conjunto de palabras a las que damos sentido; sin embargo, ¿cuál es la diferencia entre una palabra y un simple sonido?

Rossi lo entiende de la siguiente manera:

Para explicar en qué consiste la función indicativa de una expresión, es necesario primero responder a las siguientes preguntas: ¿cuál es la razón por la que un conjunto de sonidos se convierte en palabras; esto es, en sonidos con sentido?, ¿en qué se diferencia un sonido de una palabra? La respuesta es obvia: una palabra se diferencia de un simple sonido porque tiene un sentido, una significación. Pero, a su vez, ¿por qué tiene un sentido? La solución de Husserl será que un determinado sonido tiene una significación – convirtiéndose, por lo tanto, en una expresión- porque cuando emitimos un sonido llevamos a cabo un determinado “acto” que técnicamente se denomina el acto de dar sentido. Acto entendido como vivencia intencional... Es decir, la diferencia entre un sonido y una palabra es que un sonido carece de significación cuando no se refiere a ningún objeto.⁶⁰

Como podemos observar, es derivado del entendimiento humano que nace el significado de las palabras que las personas le atribuyen a cierto sonido y que por lo tanto, en conjunto y por repetición entre las mismas, hacen sentido.

Desde nuestra perspectiva estamos hablando de dos palabras que se interrelacionan: el sonido y las palabras. En nuestra opinión, estamos ante una

⁵⁹ *Idem*

⁶⁰ *Ibidem*, p. 10

relación de género y especie en la que el sonido que emite una persona es el género y la palabra que enuncia, al darle sentido, es un sonido que tiene significado, por lo que es una especie de aquella.

Para continuar con la explicación, la voluntad de una persona se ve reflejada, la denotación, en ese acto intencional que puede traducirse como una intención significativa, o sea, *es una vivencia (acto psíquico) que se refiere (intención) a un objeto, siendo esta referencia lo que constituye el sentido o la significación, de una expresión dada.*⁶¹

De lo anterior es corolario que, esa emisión de sonido con sentido; es decir, esa palabra, constituye una emisión con sentido en virtud de la intención de su emisor de que sea inteligible.

En virtud de lo anterior, podemos mencionar que el objeto de la comunicación que refiere Rossi, se refiere a *una objetividad y de ninguna manera hay que entender por objeto u objetividad algo existente, pues la intención significativa puede mentar cualquier clase de objeto, ya sea existente o imaginario, o inclusive un contrasentido.*⁶²

El objeto entonces, puede existir o no. En ese sentido, podemos poner como ejemplo el concepto de obligación en sentido jurídico, el cual no es algo tangible; sin embargo, existe debido a que para los abogados constituye un término fundamental en el entendimiento del Derecho.

Asimismo, creemos que esto que menciona Rossi, sirve para explicar la realidad en la que vivimos y en la cual se van creando nuevos conceptos conforme la sociedad avanza en conocimientos, tecnologías, etc.

En ese sentido, para efectos de la presente investigación trataremos de dar sentido a ciertas disposiciones con base en las reglas de interpretación que más

61 *Idem*

62 *Ibidem*

adelante expondremos y que, conforme a lo explicado a lo largo de este capítulo, argumentaremos un entendimiento desde nuestra perspectiva respecto de éstas.

Por otro lado, expresión, es definida por Rossi como *todo discurso y toda parte del discurso, así como todo signo que, esencialmente, sea de la misma especie, sin que importe que sean utilizados o no para la comunicación*.⁶³

Entendemos entonces que las disposiciones que se transcribirán en el siguiente capítulo, son elementos discursivos de la misma especie que, en este caso, si configuran una comunicación para el juez y para el abogado.

Existen entonces, expresiones equívocas, que son *aquellas que poseen dos o más significaciones, pero siendo cada una de ellas una unidad ideal*.⁶⁴

Además de las expresiones equívocas, existen según Rossi, las expresiones contradictorias que constituyen:

una esfera parcial de la esfera del sentido: son expresiones en las cuales se lleva a cabo la mención, constituyéndose así, por ese solo hecho, una significación. Por otra parte, es patente que las significaciones parciales que componen la significación unitaria se contradicen entre sí; pero se contradicen entre sí, puede concluirse a partir únicamente de la significación, la inexistencia de aquello que se menciona.⁶⁵

Asimismo, podemos encontrar que estos contrasentidos existen *contrasentidos materiales (por ejemplo, un cuadrado es redondo), y contrasentidos formales (sin acudir al contenido específico de las significaciones)*.⁶⁶

Por el contrario, también existen los sinsentidos, en donde encontramos que el objeto de las expresiones es inexistente⁶⁷.

63 *Ibidem*, p. 9

64 *Ibidem*, p.21

65 *Ibidem*, p. 24

66 *Idem*

67 Cfr., *Idem*

En ese tenor, existen enunciados que

no describen ni enuncian algún hecho, también hay palabras que están más allá del ámbito de la gramática tradicional. Se ha llegado a advertir que muchas palabras especialmente desconcertantes, incluidas en enunciados que parecen ser descriptivos, no sirven para indicar alguna característica adicional, particularmente curiosa o extraña, sino para indicar las circunstancias en que se formula el enunciado o las restricciones a que está sometido o la manera en que debe ser tomado.⁶⁸

En ese sentido, Austin explica algunos ejemplos de expresiones lingüísticas que no pueden ser subsumidas en ninguna categoría gramatical, excepto la de enunciado:

- A) *No “describen” o “registran” nada, y no son “verdaderas o falsas”; y*
- B) *El acto de expresar la oración es realizar una acción, o parte de ella, acción que a su vez no sería normalmente descrita como consistente en decir algo.*⁶⁹

De tal manera que los ejemplos son los siguientes:

- a) “Si, juro (desempeñar el cargo con lealtad, honradez, etc.), expresado en el curso de la ceremonia de asunción de un cargo.
- b) Bautizo este barco Queen Elizabeth, expresado al romper la botella de champaña contra la proa.
- c) Lego mi reloj a mi hermano, como cláusula de un testamento.
- d) Te apuesto cien pesos a que mañana va a llover.

68 Cfr. Austin, J.L. *Cómo hacer cosas con palabras*, Chile, Ed. Electrónica de www.philosophia.cl, 1955, pp. 3 y 4

69 *Ibidem*, p. 5

En estos ejemplos parece claro que expresar la oración no es describir ni hacer aquello que se diría que hago al expresarme así, o enunciar que lo estoy haciendo: es hacerlo.⁷⁰

Como podemos observar, una vez que el autor lo señala, podemos encontrar más ejemplos de lo anterior, quizá en el mismo sentido, pero distintos a los que menciona.

Austin propone un esquema de elementos necesarios para estos enunciados descriptivos (así definidos por el autor):

A. 1) Tiene que haber un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional; dicho procedimiento debe incluir la emisión de ciertas palabras por parte de ciertas personas en ciertas circunstancias. Además,

A. 2) En un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para recurrir al procedimiento particular que se emplea,

B. 1) El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en forma correcta, y

B.2) En todos sus pasos,

r.1) En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos de algún participante, entonces quien participa en él y recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada, y además,

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 5 y 6

r.2) Los participantes tienen que comportarse efectivamente así en su oportunidad.⁷¹

Como podemos observar, este es un esquema presentado por el autor para que los enunciados que son realizativos o, constatativos como lo menciona más adelante, sean afortunados.

Para el caso de que uno de estos supuestos sea violado, serán denominados desacierto en A1, en el caso de la regla A2 será llamada mala aplicación, para el caso de los Actos B1 serán actos viciados, en el supuesto del B2, serán actos inconclusos, respecto de r1, actos incisinceros⁷².

En otro orden de ideas, Austin distingue entre actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios, siendo los primeros los actos de decir algo, respecto a los segundos son aquellos en los que el agente realiza una acción diciendo algo (afirmación, mandato, confesión, etc.) y los últimos son aquellos que inducen a su oyente a causar un efecto (decir algo, hacer algo)⁷³.

Una vez establecido lo anterior, además de los supuestos establecidos por Austin, para que haya un mensaje correcto entre las partes que intervienen en una comunicación (de acuerdo con la teoría de la acción comunicativa) Habermas establece que deberán encontrarse 3 supuestos:

- Que el enunciado que hace es verdadero (o de que en efecto se cumplen las condiciones de existencia del contenido proposicional cuando éste no se afirma sino sólo se <<menciona>>)
- Que el acto de habla es correcto en relación con el contexto normativo vigente (o de que el propio contexto normativo en cumplimiento del cual ese acto se ejecuta es legítimo), y

71 Ibidem, p. 11

72 Cfr. Austin, J.L., *op. cit.*, pp. 60-70

73 Cfr. Austin, J.L., *op. cit.*, pp. 62-70

- Que la intención expresada por el hablante coincide realmente con lo que éste piensa.⁷⁴

De lo anterior, podemos observar que, contamos con los elementos suficientes para adentrarnos en el análisis de la norma jurídica con base en lo propuesto en materia de lenguaje y mensaje, así como para el entendimiento del lenguaje privado del que habla Wittgenstein (quien concluye que el lenguaje privado es aquél para el que solo determinadas personas pueden utilizarlo⁷⁵) y de ese establecimiento de monopolio que ya denominaba Bordieu, al hablar del poco acceso que tiene la generalidad de la gente al mundo jurídico por la complejidad del lenguaje⁷⁶.

No obstante lo anterior, ya contamos con una parte de la explicación de una norma jurídica desde el punto de vista del lenguaje; sin embargo, a continuación explicaremos las técnicas de interpretación que, además de que servirán para complementar este estudio, servirán como corolario para lo visto respecto del neoconstitucionalismo y sus principios y reglas.

1.5 LA INTERPRETACIÓN EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

La interpretación, anteriormente, requería únicamente de un acto en el cual el juez aplicaba la norma conforme a lo que literalmente establecía el ordenamiento jurídico; sin embargo, como se ha expuesto, a partir del neoconstitucionalismo, se ha reducido el legalismo y se ha permitido la interpretación de la ley a través de diversas técnicas interpretativas y que permiten conocer el sentido de la ley y aplicarla al caso concreto.

74 Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Ed. Trotta, 2018, p. 151

75 Cfr. Rossi, Alejandro, *op. cit.*, p. 31

76 Cfr. Bordieu, Pierre, Teubner, Ghunter, *La fuerza del derecho*, Colombia, Ed. Uniandes, 2005, p.181-196

Asimismo, debemos comprender que sería absurdo pretender que la reducción del legalismo dentro de esta teoría se debería constreñir únicamente a la constitución, por lo que se explicó esta teoría, sus normas y ahora su interpretación para dar pie a entender las disposiciones en materia de contratos preparatorios en la legislación mexicana.

En ese sentido, consideramos que debemos preguntarnos: ¿qué entendemos por interpretar?

Dice Ricardo Guastini lo siguiente:

En términos generales, <<interpretar>> en el ámbito jurídico significa -tal como sugiere el art. 12, 1º párrafo, Disp. Prel. Cod. Civil it.- <<atribuir [...] sentido>> a un texto normativo.

Sin embargo, en el lenguaje común de los juristas, el vocablo interpretación sufre una múltiple ambigüedad en cuanto: i. Se hace referencia a una actividad o al resultado producto de la actividad; ii. Respecto a la atribución del significado a un texto normativo o a la calificación jurídica de un caso concreto. La interpretación en abstracto es asimilable a la traducción. La interpretación en concreto no es más que la decisión sobre la extensión de un concepto; iii. Como referencia a un acto de conocimiento y otras veces a un acto de decisión, y otras incluso a un acto de creación normativa. Por tanto debemos introducir otras distinciones: a) la cognitiva consiste en identificar los distintos posibles significados de un texto normativo sin elegir ninguno; b) la interpretación decisoria consiste en elegir, entre estos, un significado determinado, descartando los restantes; y iv. La atribución de significado a un texto normativo, al que denominaremos como construcción jurídica. La construcción jurídica incluye una vasta serie de operaciones inferenciales

características de la doctrina (también de la jurisprudencia), de las que sería difícil realizar un listado completo.⁷⁷

Parte de las interpretaciones que se pretenden realizar en este estudio serán decisorias y de construcciones jurídicas cuando así sea aplicable.

No obstante lo anterior, nos surge la duda respecto de la interpretación del ordenamiento jurídico: ¿qué es lo que debemos interpretar de la ley, o qué es lo que no está claro?

La respuesta a lo anterior es que el texto normativo, al ser una creación humana, es imperfecta; sin embargo, derivado del neoconstitucionalismo, se pueden desentrañar esos errores o lagunas que contenga el ordenamiento jurídico, para crear derecho a partir de esa interpretación.

Por su parte, la construcción del derecho será por 3 razones: i) antinomias; ii) lagunas en el ordenamiento jurídico; y iii) normas implícitas.

i) Respecto a las antinomias, Guastini nos dice:

Puede suceder que dos normas dispongan para un mismo supuesto de hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias), singular y concreto, consecuencias jurídicas entre ellas incompatibles. En virtud de una primera norma, N1, el caso F tiene la consecuencia G; en virtud de una segunda norma N2, el mismo caso F tiene la consecuencia no-G. Estas situaciones de conflicto contraste o incompatibilidad entre normas se llaman comunmente antinomias.⁷⁸

Respecto a los tipos de antinomias, Guastini propone las antinomias en abstracto y en concreto; la diferencia radica en que en las primeras, *las primeras dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a casos abstractos, mientras que en las segundas, dos normas, que no entran en conflicto en abstracto,*

⁷⁷ Cfr. Guastini, Riccardo, *Teoría analítica del derecho*, Perú, Ed. Zela, 2017, pp. 83-97.

⁷⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 117

*conectan sin embargo consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo caso concreto*⁷⁹.

El autor pone el siguiente ejemplo:

Imaginemos -el ejemplo es insulso, pero nos da una idea- que una primera norma disponga <<Los ciudadanos deben pagar los impuestos>> y una segunda norma disponga <<Las personas desempleadas no deben pagar impuestos>>. Los casos abstractos a los que se refieren las dos normas -respectivamente <<ciudadanos>> y <<personas desempleadas>>- son conceptualmente inconexos: que de hecho haya, o no haya, ciudadanos desempleados es contingente (podría existir pleno empleo; las únicas personas en el paro podrían ser inmigrantes extranjeros). Por lo tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: no se presentará antinomia alguna mientras haya pleno empleo; no se presentará antinomia alguna si existe desocupación solo entre los inmigrantes; en cualquier caso, no se presentará antinomia alguna mientras se trate de decidir si la obligación tributaria grava a los ciudadanos con empleo o a los extranjeros y apátridas desempleados. Pero se presentará una antinomia toda vez que se discuta la obligación tributaria de un ciudadano desempleado.⁸⁰

Respecto a las lagunas, Guastini propone que cuando se refiere a la expresión <<laguna del (en el) derecho>> puede denotar no menos de tres fenómenos distintos: *lagunas normativas, lagunas técnicas y lagunas axiológicas*.⁸¹

En lo tocante a las lagunas normativas, el autor expone lo siguiente:

Puede suceder -no sé decir con qué frecuencia se produce el fenómeno- que el legislador regule una serie de supuestos de

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 118 y 119

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 119 y 120

⁸¹ *Ibidem*, p.140

hecho, pero omite regular una o más de una de sus posibles combinaciones.

Supongamos que tenemos un texto normativo en materia tributaria del cual, por vía interpretativa, hemos extraído las tres normas siguientes:

N1: El impuesto sobre la renta debe ser pagado por los ciudadanos (o bien: Si ciudadanía, entonces impuesto sobre la renta).

N2: El impuesto sobre la renta no debe ser pagado por quien no sea residente en el territorio nacional (o bien: Si no es residencia, entonces no impuesto sobre la renta).

N3: El impuesto sobre la renta no debe ser pagado por quien no tenga una ocupación (o bien: Si desocupación, entonces no impuesto sobre la renta)⁸²

Los ejemplos transcritos cobran relevancia y se convierten en una laguna normativa, cuando *el supuesto de hecho carece por tanto de regulación*⁸³. Esto es, las combinaciones que surgen de las regulaciones ya no resultan previstas en el ordenamiento jurídico.

Como ejemplo de la ausencia de regulación por combinación de supuestos de hecho, el autor expone lo siguiente:

(ciudadanía, residencia, desocupación) regulados por las 3 normas, pueden combinarse entre sí dando lugar a ocho (sic.) supuestos de hecho complejos: (i) ciudadanos residentes desempleados; (ii) ciudadanos residentes empleados; (iii) ciudadanos no residentes desempleados; (iv) ciudadanos no

⁸² *Idem*

⁸³ *Idem*

residentes empleados; (v) no ciudadanos residentes desempleados; etc.⁸⁴

Por último, respecto a las lagunas técnicas veremos lo siguiente:

Se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica cuando falta en él una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma.

Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que, digámoslo así la concreten.

Por ejemplo: una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano, pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir un cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse.⁸⁵

En ese orden de ideas, respecto de lo que el autor denomina lagunas axiológicas, apunta lo siguiente:

Se llama <<laguna axiológica>> a la falta de una norma que - según las subjetivas preferencias ético políticas (axiológicas, precisamente) del intérprete- debería estar.

Debe quedar claro que afirmar la existencia en el ordenamiento de una laguna axiológica no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor: no una descripción del derecho como es, sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser.

⁸⁴ *Idem*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 145

De lagunas axiológicas se pueden distinguir fundamentalmente dos tipos:

Puede suceder que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación le parezca al intérprete insatisfactoria, por lo que, a su juicio, falta en el ordenamiento (no una norma cualquiera, sino) una norma <<justa>>: la norma que exigiría su sentido de justicia.

Puede suceder además que un supuesto de hecho si esté regulado por una norma, pero que tal regulación no sea conforme a lo que ordena otra norma positiva: en particular, una norma material o axiológicamente superior.⁸⁶

De lo anterior se desprende que también los valores que tiene el intérprete de la norma son relevantes para el resultado del ejercicio intelectual que realice sobre ella y, por tanto, será fundamental para revisar si desde su perspectiva existe una laguna en el ordenamiento o no.

Verbigracia de lo anterior, sucedía cuando una mujer embarazada acudía a su médico y le pedía antes de cumplidas las doce semanas que practicara un aborto. El médico que realizó el juramento de Hipócrates y que consideraba que desde la primer semana ya existe vida porque ésta se va desarrollando en etapas, no quería practicar dicho aborto no obstante el mismo fuera legal y estuviera permitido.

En ese sentido, nos encontramos ante una laguna axiológica en la que el médico que se encontrare en ese supuesto no podía ejercer lo que ahora conocemos como objeción de conciencia, pues no existía regulación al respecto.

Desde luego que desde que conocemos la objeción de conciencia se ha convertido en un combate entre derechos y ético y moral mucho más profundo de

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 146 y 147

los límites que pretende la presente investigación, pero sirve para ejemplificar lo que en su momento fue una laguna axiológica.

Una vez expuesto lo anterior, ahora hablaremos sobre las técnicas de interpretación conforme a la hermenéutica y la taxonomía desarrollada por Riccardo Guastini.

1.6 TIPOS DE INTERPRETACIÓN EN LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Respecto a este punto, detallaremos los tipos de interpretación que se dan en la hermenéutica jurídica.

Comenzaremos por la interpretación doctrinal o científica, la cual establece Hernández Manríquez que:

Al ser obrada por particulares calificados del derecho sin ningún cargo público que los faculte para interpretar la ley de forma vinculante, es considerada una interpretación privada.

Comúnmente, el sentido y valía de esta interpretación radica en su carácter orientador, el cual da luz, por ejemplo, al juez en la búsqueda de la aplicación de la norma al momento de encontrarse con complicaciones en el ejercicio de sus funciones. De igual forma, cuando el juzgador escucha los alegatos de los abogados dentro de una litis, los cuales previamente interpretaron el sentido de la norma aplicable al caso, y que por medio de sus razonamientos pretenden orientar la decisión del juez a favor de la causa de su cliente, se está recurriendo a la interpretación doctrinal.⁸⁷

⁸⁷ Hernández Manríquez, *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 52

Como podemos observar, la interpretación doctrinal o científica se refiere a la que realizan de manera privada las personas especialistas en alguna materia del derecho respecto de normas, y que sirve para orientar a la persona que aplique su razonamiento para llegar a una conclusión respecto de una situación en concreto.

Por otro lado, tenemos la interpretación legislativa o auténtica, la cual explica el autor:

Este tipo de interpretación emana de la función del Poder Legislativo; es decir, del mismo autor de la norma jurídica, y dada la naturaleza del cargo del intérprete, es de carácter oficial o pública. Comunmente versa sobre el alcance y el sentido de la ley a interpretar mediante otra ley secundaria, y su fin es brindar claridad sobre cómo debe aplicarse la norma correspondiente.⁸⁸

Como se ha mencionado antes, este tipo de interpretación es el de la *ratio legis*; es decir, aquella que sustenta la interpretación en la voluntad del legislador.

Por último, encontramos la interpretación judicial o usual, la cual es aquella:

Ejecutada por el Poder Judicial mediante la función jurisdiccional de sus juzgadores y es la más frecuente, recurrida y estudiada de los tipos de interpretación. Es considerada como el filtro necesario para el desarrollo de la función práctica del derecho, debido a los efectos directos que produce en la vida de las personas.

Este tipo de interpretación es de carácter oficial y vinculante, pero, por regla general, obliga a las partes del litigio involucradas en la sentencia o resolución administrativa correspondiente, es decir, a quienes afecte la norma jurídica individualizada.⁸⁹

88 *Ibidem*, p. 53

89 *Ibidem*, p. 54

En cuanto a este tipo de interpretación consideramos como la Maestra Aída del Carmen San Vicente que:

la apertura en derechos humanos simboliza la admisión de un discurso multicultural que mitiga el uso recrudescido del principio de legalidad y empuja al juez a practicar una interpretación extensiva y evolutiva, en aras de construir un Derecho que inspirado en una verdadera función social y no un mero ejercicio individual de intereses.⁹⁰

Ahora bien, la taxonomía de las técnicas de interpretación desarrollada por Riccardo Guastini es muy vasta; sin embargo, trataremos de tomar los principios más importantes de cada una de las técnicas, las cuales nos servirán para llegar a desentrañar las normas en materia de contratos preparatorios.

1.7 TIPOS DE INTERPRETACIÓN CONFORME A GUASTINI

Siguiendo la corriente del neoconstitucionalismo, en este apartado desarrollaremos las técnicas de interpretación que servirán, además de lo establecido en el siguiente apartado referente a la hermenéutica jurídica, para desentrañar lo que en capítulos próximos trataremos de entender.

La técnica de interpretación jurídica, desde nuestro punto de vista, es un medio lingüístico por medio del cual, se intenta desentrañar el sentido de una norma jurídica.

Según Guastini, a pesar de su variedad, las técnicas de interpretación pueden variar, las clasifica únicamente en la literal o las restantes.

90 San Vicente Parada, Aida del Carmen, *La figura del juez en la escuela de la exégesis*, México, Revista de la Facultad de derecho de la UNAM, Tomo LXXI, número 281, 2021, p. 29

Para comenzar, nos guiaremos por lo establecido por el autor y comenzaremos por el tipo de interpretación más común; esto es, la interpretación literal:

La primera y más elemental técnica de interpretación es, por tanto, la que se conoce con el nombre de interpretación literal. Sin embargo, la expresión <<interpretación literal>> no tiene en el uso común, un significado unívoco. Por <<interpretación literal>> pueden entenderse fundamentalmente dos cosas muy diferentes.

En un primer sentido, por <<interpretación literal>> puede entenderse una interpretación prima facie, <<a primera vista>>. Entendida de esta forma, la interpretación literal se contrapone a la interpretación todo considerado.

La interpretación prima facie es fruto de comprensión irreflexiva del significado: de intuición lingüística, si así queremos decir, dependiente de las competencias lingüísticas y de las expectativas del interprete.

La interpretación todo considerado, por el contrario, es fruto de problematización del significado prima facie y de ulterior reflexión (aún cuando, naturalmente, es perfectamente posible que el significado <<todo considerado>> llegue a coincidir con el significado prima facie).

En un segundo sentido, puede entenderse una interpretación no-contextual o a-contextual. Entendida de esta forma, la interpretación literal se contrapone obviamente a la interpretación contextual.⁹¹

91 Guastini Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, México, Derecho Global Editores, S.A. de C.V., 2018, pp. 252 y 253

Continúa más adelante el autor:

A-contextual o no textual es aquella interpretación que se limita a aplicar las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje en cuestión, y que refleja el contenido conceptual del texto normativo, en sí mismo considerado, sin relación a otros elementos.⁹²

De lo anterior, podemos observar que, tiene dos divisiones este tipo de interpretación, resulta ser la más básica de todas y no requiere de ningún tipo de conocimiento e, incluso, derivado de lo que se puede leer del autor, podría incluso permitirse el interprete cierto grado de ignorancia.

Ahora bien, detallamos que el autor contrapone la interpretación literal con la contextual, por lo que explica que:

Contextual es aquella interpretación que, al atribuir significado a un texto normativo, toma en consideración los elementos extra-textuales, como por ejemplo:

la supuesta intención del <<legislador>> (entendido en sentido genérico o <<material>> como autor del texto normativo interpretado) de alguna forma reconstruida (por ejemplo, con relación a los trabajos preparatorios);

Las circunstancias de hecho en las que el texto normativo ha sido emanado o promulgado;

Otros textos o fragmentos de texto contiguos o de algún modo circunstanciales al texto interpretado (en extremo: todo el ordenamiento jurídico).⁹³

Es así que explica el autor que incluso puede tener un tercer sentido la interpretación literal -a veces denominada <<declarativa>>, a través de la cual no

92 *Ibidem*, pp.253 y 254

93 *Ibidem*, p. 253

*extiende, ni restringe el supuesto significado <<natural>> objetivo del texto normativo.*⁹⁴

Por otro lado, el autor continúa explicando la interpretación <<correctiva>>, la cual puede ser tanto extensiva como restrictiva, y por cada una de éstas entenderemos lo siguiente:

a) Es restrictiva aquella interpretación en virtud de la cual la disposición interpretada se aplica no a todos los supuestos de hecho literalmente incluidos en su referencia, sino solo a una subclase de ellas; la interpretación restrictiva es, típicamente, el producto de la técnica de la disociación.

b) Es extensiva aquella interpretación en virtud de la cual la disposición interpretada se aplica no solo a los supuestos literalmente incluidos en su referencia, sino también a otros supuestos de hecho; la interpretación extensiva es, típicamente, el producto del argumento analógico.

c) En un cuarto sentido, por interpretación literal, puede entenderse una interpretación que se abstiene de construir normas inexpresadas, es decir, normas que son expresadas por la disposición interpretada <<literalmente>> (en el primer o segundo sentido).⁹⁵

Continúa el autor hablando de que en un quinto sentido muy estricto de interpretación literal, puede entenderse *una interpretación que reproduce -itera sine glosa- la disposición interpretada, evitando parafrasearla o reformularla con (a) la adición, (b) la eliminación o (c) la sustitución de cualquier palabra*⁹⁶.

94 *Ibidem*, p. 254

95 *Ibidem*, p. 255

96 *Ibidem*, p. 256

Menciona el autor respecto del significado propio de las palabras que *consiste muy simplemente en apelar a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje o del lenguaje sectorial en que el texto normativo está formulado.*⁹⁷

Respecto del argumento a contrario, se habla de dos variantes, la primera de ellas se denomina argumento a contrario, y menciona el autor lo siguiente:

Aquella técnica interpretativa que se fundamenta en la idea de que el legislador ha dicho exactamente lo que trataba de decir, de modo que: lo que el legislador no ha dicho, evidentemente no trataba a decirlo, ya que si hubiese querido decirlo lo habría dicho. Manifiestamente, el argumento se funda en la presunción de una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo.

El argumento en contrario lleva a excluir que se puede atribuir a determinada disposición normativa un significado distinto de -en especial: más amplio, más extenso que- el literal. En otras palabras, dicho argumento vale como rechazo de la interpretación extensiva y/o analógica: quien a contrario se atiene al significado <<natural>> del texto y se niega a extenderlo.⁹⁸

La segunda variante respecto del argumento a contrario será una variante productiva conforme a lo siguiente:

En su segunda variante, el argumento a contrario es aquella técnica interpretativa -antes bien, en sentido estricto, productora de normas nuevas- mediante la cual, dada una norma que vincula una consecuencia jurídica cualquiera C a un supuesto de hecho cualquiera S, se construye una norma <<implícita>> que

⁹⁷ *Ibidem*, p. 257

⁹⁸ *Ibidem*, p. 259

vincula una consecuencia jurídica opuesta no-C al supuesto de hecho no-S (aun cuando literalmente no regulada).⁹⁹

Amén de lo anterior, el autor plantea como argumento auxiliar o autónomo la intención del legislador, respecto de la cual -según explica- tiene 3 variantes, respecto de las cuales son: *(i) la voluntad del legislador histórico o la razón, motivo o fin por la cual un legislador promulgó una ley; (ii) la intención fáctica que es aquella que puede ser reconstruida y la contrafáctica que es aquella a la cual se le puede atribuir en relación a supuestos que la ley no ha regulado; (iii) la tercera será respecto del sentido estricto, que se refiere a apelar a la intención del legislador y en sentido amplio que se refiere con la finalidad; es decir, con lo que el legislador quiso decir.*¹⁰⁰

En otro sentido, deberemos entender por argumento analógico lo siguiente:

Se funda en la idea de que la formulación legislativa no refleja la voluntad real del legislador o en la idea de que el legislador, a pesar de no haber contemplado determinado supuesto de hecho, no obstante lo habría contemplado de haberlo tomado en consideración.

El argumento presenta, grosso modo, la siguiente estructura.

El supuesto de hecho S1 carece de regulación; la disposición normativa D (<<Si S2, entonces C>>) vincula la consecuencia jurídica C al supuesto de hecho S2; por otra parte, el supuesto de hecho, S1, si bien no está incluido en el campo de aplicación de la disposición D interpretada literalmente, se asemeja a S2 bajo un aspecto esencial; por tanto, esa debe ser la misma consecuencia jurídica; como resultado de la disposición D debe

⁹⁹ *Ibidem*, p. 441

¹⁰⁰ Cfr. Guastini Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, pp. 262-264.

ser entendida en el sentido que la consecuencia C se aplica también al supuesto de hecho S1.¹⁰¹

En ese sentido, propone Guastini que este tipo de argumento puede ser representado desde dos perspectivas distintas: *(i) como sustento a una tesis estrictamente interpretativa; o (ii) como la formulación de una norma nueva, con la cual colmar la laguna.*¹⁰²

Ahora bien, debemos distinguir entre el argumento análogo, del argumento extensivo, el cual *atribuye a un término o sintagma un significado más amplio que el común o prima facie, de modo que se incluya en el campo de aplicación de la disposición en cuestión el supuesto de hecho que según la interpretación literal no quedaría comprendido.*¹⁰³

Respecto a las ficciones jurisprudenciales, serán *aquellas que designan una técnica jurisprudencial destinada a innovar una norma existente, percibida como injusta o inadecuada, de modo que se adapte a las nuevas condiciones sociales.*¹⁰⁴

Por otro lado, el argumento a fortiori, *se funda en la idea de que el legislador, a pesar de no haber regulado determinado supuesto de hecho, no obstante lo habría regulado de aquel modo de haberlo tomado en consideración.*¹⁰⁵

En ese sentido, es un argumento para extender el campo de aplicación de una norma.

Asimismo, el argumento a fortiori permite dos formas diferentes: a) El argumento ad minus; y b) minori ad maius. Ejemplo del primer tipo de argumento es *que se permite aplicar intereses del 20% entonces -con mayor razón- también se permite aplicar intereses del 10%, y para el caso de éste último el ejemplo es que*

101 *Ibidem*, p. 268

102 Cfr. Guastini Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, p. 273.

103 *Ibidem*, p. 275

104 *Ibidem*, p. 279

105 *Ibidem*, p. 281

*se prohíbe introducir animales domésticos en determinado local, entonces -con mayor razón- también se prohíbe introducir tigres en el mismo local.*¹⁰⁶

Cambiando de idea, el argumento de disociación es aquél *que se funda en un juicio de diferencia entre supuestos de hecho, vale decir, en una distinción*¹⁰⁷; es decir, consiste en:

- a) atribuir a un término o sintagma un significado menos extenso que el común o prima facie, de modo que se excluya del campo de aplicación de la disposición en cuestión supuestos de hecho que según la interpretación literal quedarían comprendidos en él; o
- b) en atribuir a un término o sintagma vago, un significado capaz de excluir de su referencia supuestos de hecho que se sitúan en la zona de penumbra.¹⁰⁸

Respecto a la interpretación sistemática en sentido amplio, el autor primero la define como aquella que *muestra deducir el significado de una disposición de su ubicación en el <<sistema>> derecho*¹⁰⁹.

Sin embargo, este tipo de interpretación esconde varios tipos de interpretación distintos entre sí, *como la combinación distintos fragmentos de disposición de modo que se extraiga una norma completa; la sedes materiae que aduce que determinada disposición debe ser entendida en determinado modo (y no en otros) en virtud de su ubicación en el discurso legislativo; la constancia terminológica que consiste en aquella perspectiva según la cual: el legislador emplea cada término o sintagma siempre con el mismo significado; y, recíprocamente, cuando el legislador emplea términos o sintagmas diferentes, estos no pueden tener un mismo significado (por lo menos: no en el ámbito de un mismo documento normativo).*¹¹⁰

106 Cfr. Guastini Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, pp. 281 y 282

107 *Ibidem*, p.283

108 *Ibidem*, p. 284

109 *Ibidem*, p. 90

110 Cfr. Guastini Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, pp. 292-294

La interpretación sistemática en sentido estricto es aquella *que previene las antinomias en el ámbito de un texto normativo individual*.¹¹¹

¿De qué manera este tipo de interpretación evitará antinomias?

Evitando extraer de determinada disposición (supongamos el art. X de determinada ley) una norma que entraría en conflicto con otra norma, previamente extraída de otra disposición del mismo texto normativo (el art. Y de la misma ley). En otras palabras, se efectúa interpretación sistemática toda vez que se excluye de determinada atribución de significado que, si es admitida, haría a un texto normativo (la constitución, una ley, un código, etc.) totalmente incoherente.¹¹²

Como ejemplo de lo anterior, podemos encontrar los artículos 16 y 117 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los cuales podrían, en su aplicación, parecer una antinomia, dado que el artículo 16 prevé que salvo pacto en contrario, la distribución de utilidades se puede realizar de manera desproporcional; mientras que el artículo 117 establece que la distribución de utilidades se hará en proporción al importe exhibido de las acciones¹¹³.

En ese sentido, utilizando la interpretación sistemática, nos daremos cuenta que el artículo 16 pertenece a las disposiciones de carácter general, por lo que dicha disposición aplicará a todos los regímenes societarios en los que no se prevea especialmente lo conducente; mientras que el artículo 117 se encuentra en el capítulo de las sociedades anónimas, las cuales, deberán repartir dividendos en proporción al importe exhibido de las acciones.

Ahora bien, respecto de la interpretación adecuada se entiende lo siguiente:

111 *Ibidem*, p. 297

112 *Ibidem*, pp. 297 y 298

¹¹³ Ley General de Sociedades Mercantiles, puede consultarse en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_General_de_Sociedades_Mercantiles.pdf, consultado el 30 de agosto de 2023

Es aquella interpretación que previene las antinomias entre normas expresas de textos normativos diferentes y jerárquicamente ordenados, evitando extraer de determinada disposición (supongamos el art. X de determinada ley) una norma que entraría en conflicto con otra norma, previamente extraída de una disposición y jerárquicamente superior (supongamos el art. Y de la Constitución).¹¹⁴

La interpretación al absurdo sólo la mencionaremos brevemente, pues es *aquella que consiste en descartar determinada interpretación posible aduciendo el argumento de que dicha interpretación daría lugar a una norma absurda*.¹¹⁵

En ese sentido, el ejemplo es claro y lo referiremos al objeto de la presente investigación. Si tomamos la interpretación literal *prima facie* del artículo 2,243 del Código Civil para el Distrito Federal que menciona que *puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro*¹¹⁶, y realizamos una interpretación al absurdo, podríamos decir que se pueden celebrar promesas para celebrar un contrato de promesa; sin embargo, el celebrar una promesa para contratar una promesa y quedar obligado *ad perpetuam*, sería absurdo.

Por último, hablaremos de la interpretación evolutiva, que:

Se funda en la idea (en la ficción, podríamos decir), de que, incluso cuando los textos normativos queden sin cambios, la voluntad del legislador -o, mejor, de la ley, es, no obstante, mutable y se adapta constantemente a las circunstancias (económicas, sociales, culturales, etc).¹¹⁷

Una vez establecido lo anterior, daremos por concluido este primer apartado de esta investigación; recordando que el desarrollo del neoconstitucionalismo lleva

114 *Ibidem*, p. 299

115 *Ibidem*, p. 305

¹¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal, puede consultarse en: <http://www3.contraloriadf.gob.mx/prontuario/index.php/publico/downloadPdf/70241/11/1>, consultado el 30 de julio de 2023, a las 21:05 horas.

117 *Ibidem*, p. 306

a técnicas de interpretación de las normas jurídicas que tendrán especial importancia para tratar de desentrañar el sentido de éstas en el Código Civil para el Distrito Federal respecto de los contratos preparatorios.

Ahora bien, el siguiente apartado lo utilizaremos como preámbulo para el capítulo dos, en donde hablaremos de los contratos preparatorios como negocios jurídicos en la legislación mexicana.

1.8 HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO

¿Los contratos preparatorios son hechos, actos o negocios jurídicos?

Pareciera que la respuesta a lo anterior es sencilla; sin embargo, la discusión se ha tornado a lo largo de la historia como la disyuntiva que, dependiendo la doctrina, será la naturaleza que se le otorgue.

Partiremos entonces del estudio de los hechos jurídicos desde el punto de vista de las teorías francesa y alemana, avanzando a la clasificación de los actos y negocios jurídicos para determinar, conforme a la legislación mexicana, cuál es su naturaleza correcta.

En ese sentido, hablaremos a continuación de lo que debe entender cualquier lector del hecho jurídico. Como se sabe, es la base para la explicación de las teorías del acto y negocio jurídico.

1.9 EL HECHO JURÍDICO

La primera reflexión que cualquier persona deberá hacerse respecto de los hechos jurídicos será: ¿qué diferencia a los hechos jurídicos de los hechos no jurídicos, o por qué son hechos jurídicos?

Dice Albaladejo que en *la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes y otros no. Aquéllos se denominan hechos jurídicos. Estos se llaman simplemente hechos o bien hechos no jurídicos.*¹¹⁸

Para llegar a una respuesta correcta, primero habremos de establecer ciertos mínimos para que un hecho normal se convierta en un hecho jurídico y, por tanto, cobre relevancia dentro del mundo jurídico.

Betti, expone lo siguiente:

La norma jurídica, considerada en su estructura lógica, consta de una previsión y de una disposición correlativa. Ella prevé, en abstracto y en general, hipótesis de hecho clasificadas por tipos, y orientadas así en las directrices de una valoración jurídica - hipótesis que, en términos técnicos, se denominan supuestos de hecho (<<fattispecie>>) les atribuye, en calidad de <<efectos>>, situaciones jurídicas correspondientes. Tan pronto como se realiza concretamente un hecho o una relación de la vida social que, encuadrada en su marco de circunstancias, presente los requisitos previsto y se acomode al tipo del supuesto contemplado, funciona el nexo que la norma establece, de modo hipotético, entre aquel tipo de supuesto y la correspondiente disposición, es decir, se produce la nueva situación jurídica que previamente se ha dispuesto.¹¹⁹

En virtud de lo anterior, será importante entonces determinar qué es una norma jurídica y cuál es su estructura.

118 Albaladejo, Manuel, *Derecho civil I, introducción y parte general*, Barcelona, Librería Bosch, 2002, p. 553

119 Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 10 y 11

La norma jurídica puede entenderse, en un sentido semántico como el *contenido de enunciados que expresan lo que es obligatorio, prohibido o permitido, o lo que al menos se puede expresar de esa manera.*¹²⁰

En ese sentido, la estructura de la norma jurídica será la de una hipótesis, que para efectos técnicos hemos de denominar supuesto jurídico, y al momento de actualizarse ese supuesto, creará consecuencias jurídicas.

Como ejemplo de lo anterior, A realiza determinada conducta, la cual, se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico, luego entonces, creará consecuencias jurídicas por la realización de dicho supuesto, las cuales estarán a cargo de A, por lo que deberá cumplir con esas consecuencias. Supongamos que A está interesado en el coche que B vende y tiene los recursos materiales para comprarlo; en caso de que A y B lleguen a un acuerdo y se perfeccione la venta A contrairá derechos y obligaciones derivadas de cumplir con el supuesto de una compraventa, por lo que tendrá derecho de adquirir la propiedad del coche y tendrá la obligación de pagarlo, entre otras.

En este caso, hemos expuesto que cuando una acción o una relación esté sancionada por el ordenamiento jurídico, nos encontraremos ante una relación jurídica que tendrá relevancia en el mundo jurídico. Ahora quedará clasificar dicha relación o acto como hecho, acto o negocio jurídico, según veremos.

Las consecuencias jurídicas a las que nos referimos, son la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones, las cuales están previstas en nuestro ordenamiento jurídico; en específico, en el art. 1792 del Código Civil para el Distrito Federal al definir el convenio.¹²¹

Un hecho jurídico entonces, será definido como *una manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una*

120 Fabra Zamora, Jorge Luis, Rodríguez Blanco, Verónica, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, volumen dos*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2015, p. 896

121 Art. 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

*obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.*¹²²

Definimos ya al hecho jurídico en virtud de que los franceses son quienes crearon la teoría del hecho y del acto jurídico y reconocieron dicha teoría en el Código Napoleónico de 1804, por lo que esa definición servirá como base para explicar las escuelas más relevantes.

Existen dos corrientes principales para explicar esta teoría, las cuales son la clásica o francesa y la alemana. Los próximos párrafos estarán dedicados a explicar las diferencias entre éstas y los conceptos más relevantes.

1.10 TEORÍA FRANCESA

La doctrina francesa o bipartita clasifica al hecho jurídico en sentido amplio como género y al hecho jurídico en sentido restringido y al acto jurídico como especies.

El hecho jurídico en sentido restringido, a su vez, comprende a *todo fenómeno de la naturaleza o conducta humana que el legislador considera para atribuirle consecuencias jurídicas.*¹²³

Es importante mencionar que las consecuencias jurídicas a las que refiere el párrafo inmediato anterior, son las ya expuestas; es decir, es la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones.

En ese sentido, el hecho jurídico en sentido estricto derivado de la conducta humana se divide en involuntario y voluntario y éste a su vez se subdivide en lícito e ilícito.

122 Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, Ed. Reus, 1975, p. 230

123 Contreras López, Raquel S., *Estructura del acto jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p.51

Como menciona San Vicente Parada, los hechos jurídicos involuntarios *son aquéllos en los que no interviene la voluntad del hombre; sin embargo, pueden ser imputados (atribuidos) al ser humano*¹²⁴.

Como ejemplo de lo anterior, podemos encontrar el homicidio culposo, en donde no se tiene la voluntad de privar de la vida a otro, pero por circunstancias ajenas al autor del hecho, sucede y crea consecuencias de derecho.

Respecto a los hechos jurídicos voluntarios, son aquellos en los que su autor pretende realizar el acto, pero no así generar consecuencias jurídicas. Este tipo de hechos se dividen en hechos jurídicos voluntarios lícitos y hechos jurídicos voluntarios ilícitos.

Los hechos jurídicos voluntarios lícitos, *también conocidos en la doctrina como cuasicontratos, si interviene la voluntad de la persona; sin embargo, dicha voluntad no se expresa con el fin de crear consecuencias jurídicas, las consecuencias jurídicas se crean por ministerio de ley y no derivan de la autonomía de la voluntad*¹²⁵.

Los hechos jurídicos voluntarios ilícitos, por su parte, *que se ven representados en los delitos*¹²⁶.

Ahora bien, entenderemos por acto jurídico:

Una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico

¹²⁴ San Vicente Parada, Aida del Carmen, *Manual de derecho civil, personas, acto y negocio jurídico*, Ciudad de México, Ed. Tirant lo blanch, 2023, p. 165

¹²⁵ *Ibidem*, p. 166

¹²⁶ *Idem*

limitado que se reduce a la formación, modificación, o extinción de una relación de derecho.¹²⁷

De conformidad con la definición propuesta, el acto jurídico es un hecho realizado voluntariamente para crear esas consecuencias jurídicas.

En esta teoría el acto jurídico por antonomasia es el contrato, toda vez que es la manifestación de voluntad de las partes van a crear o transmitir derechos y obligaciones.

La principal diferencia entre el hecho jurídico en sentido restringido y el acto jurídico consiste en que en el hecho jurídico en sentido restringido puede ser voluntario o involuntario, pero al ser voluntario nunca se quieren las consecuencias jurídicas; mientras que en el acto jurídico la voluntad está encaminada no sólo a celebrar el acto, sino a generar las consecuencias jurídicas que se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico.

1.11 TEORÍA ALEMANA

La teoría alemana o tripartita, por su influencia del Código Napoleónico, en un principio adopta la teoría del hecho y el acto jurídico tal y como fue presentada desde Bonnacase. Posteriormente, Savigny junto con otros juristas alemanes propone la creación del negocio jurídico, teoría cuyos fundamentos serán los mismos del hecho y acto jurídico, pero con ciertas sutilezas que la hacen aún más precisa, al vincular la autonomía de la voluntad con el negocio jurídico.

Por su parte, Contreras López apunta:

En la doctrina alemana el hecho jurídico en sentido amplio, se clasifica en dos especies: a) Acto jurídico en sentido amplio, el que subclasifica a su vez, en acto jurídico en sentido estricto y

¹²⁷ Bonnacase, Julien, *Elementos de derecho civil, Tomo II*, México, Ed. Distribuidor, 2002, p.223

en el negocio jurídico; y b) hecho jurídico en sentido estricto por eventos o hechos de la naturaleza que el legislador considera para atribuirle consecuencias jurídicas.

Es así como el acto jurídico en la doctrina francesa es siempre lícito, al ser una conducta del ser humano, en la que su autor desea las consecuencias de la misma, y éstas se encuentran previstas en la ley, en cambio, en la Teoría alemana, el acto jurídico tiene dos especies, ya que en un sentido restringido puede referirse tanto a conductas lícitas como a ilícitas, en el que las consecuencias se derivan no de la voluntad del autor o autores de la conducta, sino en lo dispuesto por la propia ley.¹²⁸

Como consecuencia de lo anterior, encontramos nuevas diferencias entre la teoría bipartita y la tripartita, en donde los hechos jurídicos en sentido restringido, ya solo contienen las manifestaciones de la naturaleza; mientras que el acto jurídico se dividirá tanto en acontecimientos lícitos como ilícitos.

Asimismo, tal como se desprende de la cita anterior, surge de esta nueva doctrina alemana una nueva clasificación de los actos jurídicos, la cual incluye un concepto hasta ahora nuevo en nuestra investigación.

Stolfi, define al negocio jurídico como *la manifestación de la voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo, o bien, su garantía o extinción.*¹²⁹

Páginas más adelante, explica los elementos de su definición de la siguiente manera:

1. El negocio jurídico es una manifestación de voluntad.

Todo negocio supone, por consiguiente, el concurso de dos elementos diversos: uno interno, la voluntad, y otro externo, su

128 Contreras López, Raquel S., *op. cit.*, p. 53

129 Stolfi, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico; tr. y notas del derecho español por Jaime Santos Briz*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p.9

manifestación por medios sensibles que la hagan patente al otro interesado. La voluntad por sí sola no constituye más que un simple hecho psicológico que no puede comprobarse, ya que pertenece a la interioridad del alma humana y en todo caso es susceptible de continuas variaciones: por el contrario, el derecho exige que cada uno tenga el propósito firme y maduro de provocar una modificación en sus propios derechos subjetivos y en su caso en los ajenos.

Por consiguiente, es necesaria la voluntad entendida no como simple aspiración o simple deseo de que ocurra algo, sino como intención madura y definitiva de provocar un efecto jurídico; salvo si se prueba que habitualmente se expresaba de otro modo, de la común experiencia resulta que tal propósito se exterioriza utilizando la forma verbal del presente indicativo y no la condicional, en cuanto que quiero o vendo o compro implica el haberse decidido ya a obligarse, mientras que las expresiones querría, vendería o compraría significan remitir la decisión a un futuro más o menos próximo y excluir que hasta tanto surja vínculo alguno.¹³⁰

En ese sentido, podemos observar que el elemento fundamental del negocio jurídico es la voluntad, pero necesariamente ésta deberá ser expresada hacia la otra parte en el presente de indicativo, para que se conozca y pueda surtir efectos en el sistema jurídico.

Respecto a la manifestación encaminada a producir un efecto dado, Stolfi menciona que *la voluntad ha de ir intencionadamente dirigida a producir el efecto perseguido por el declarante*.¹³¹

130 *Ibidem*, p. 13

131 *Idem*

Esto es, que esa manifestación de la voluntad deberá tener como consecuencia lógica la finalidad que el declarante de esa voluntad manifestó.

En ese sentido, concluye Stolfi que la intención de los individuos debe ir dirigida, en fin, a dar vida no a una relación cualquiera, sino a una relación jurídica tal que sea protegida por el derecho, y dentro de éste por el derecho positivo. El acto voluntario se considera negocio jurídico únicamente en cuanto tenga por fin un resultado similar, sin que en muchos casos aparezca claro si desaparecen las diferencias entre acto lícito e ilícito.¹³²

De lo anterior es corolario que, conforme a lo que expuesto en párrafos anteriores, la voluntad expresada encaminada a producir el efecto perseguido por el declarante deberá encuadrar en un supuesto normativo; no así sus consecuencias.

Por su parte, Castro y Bravo apunta lo siguiente:

El poder de la persona para poder dictar reglas (testamento) y para dárseles a sí mismo (contrato), es decir, la autonomía (“subject made law”) es la médula del negocio jurídico. La doctrina alemana, al principio, al construir el concepto de negocio, la deja de lado. Se hizo así conscientemente, por lo mismo que no se usa el término de autonomía, para evitar se confundan negocio y norma jurídica. El negocio será por ello visto como presupuesto de hecho del nacimiento de derechos subjetivos, o, mejor aún, de relaciones jurídicas. Después, se procura destacar todavía más (a costa de la voluntad) la función formadora y conformadora que realiza el Derecho estatal. Ello no obstante, la vieja idea de la autonomía pervive, es decir, la de que el negocio jurídico es “norma concreta establecida por las partes”; y ella despertará con nueva fuerza, en defensa de la

132 *Ibidem*, p. 14

autonomía privada. La que se hiciera necesaria ante los ataques que se dirigen en Alemania contra el negocio jurídico, hacia el año 1936. Se sostendrá a tal efecto, que el negocio jurídico tiene eficacia en virtud del poder (“Ermächtigung”) que el Estado concede al individuo.¹³³

Como podemos observar, el punto toral en los negocios jurídicos es la autonomía de la voluntad encaminada a crear las consecuencias jurídicas producto de la voluntad de las partes; es decir, esa voluntad será creadora de una “norma individualizada”, debido a que las consecuencias jurídicas no están previstas por el ordenamiento jurídico.

Es claro entonces que tanto el acto jurídico como el negocio jurídico son acontecimientos que contienen voluntad de sus emisores para crear consecuencias jurídicas; sin embargo, la diferencia entre ambos radica en que en el acto las consecuencias jurídicas están previstas en el ordenamiento jurídico, mientras que en el negocio, las consecuencias las crean las partes al otorgar su voluntad.

Para esclarecer lo anterior, en el apartado siguiente nos dedicaremos a estudiar diferencias entre las teorías francesa y alemana, y presentaremos diagramas que creemos que facilitarán al lector la comprensión de dichas diferencias.

1.12 DIFERENCIAS ENTRE LA TEORÍA FRANCESA Y LA TEORÍA ALEMANA

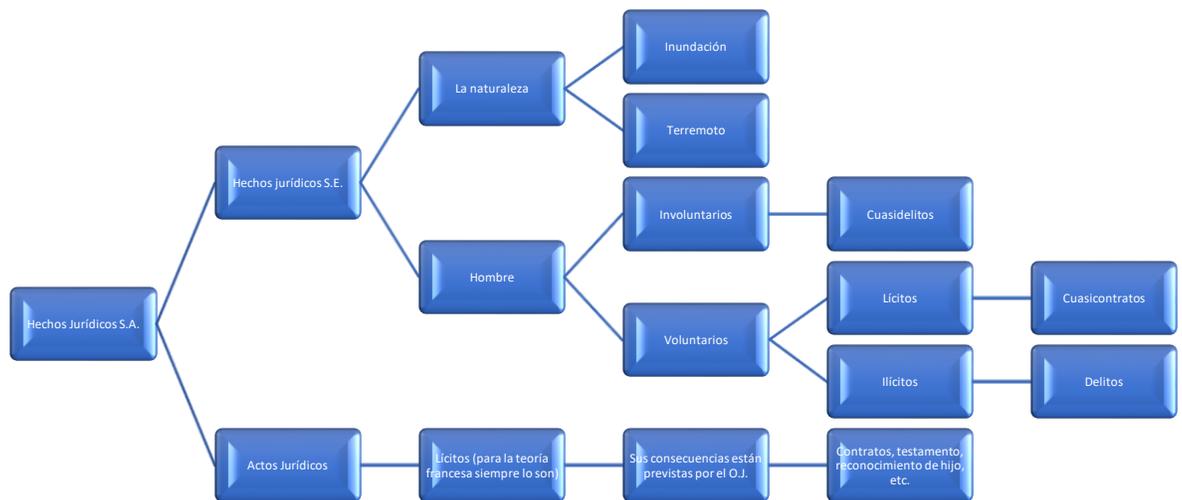
Para efectos de entender mejor estos puntos, consideramos conveniente formar un listado de diferencias entre la teoría francesa y la alemana:

¹³³ De castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, S.A., 1985, pp. 31 y 32

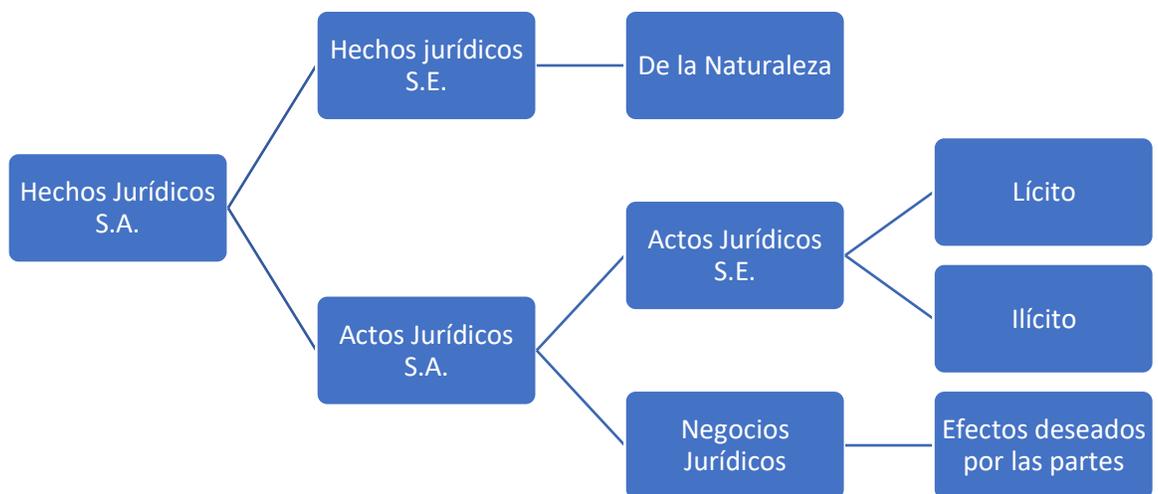
1. En la teoría francesa el hecho jurídico en sentido amplio se divide entre acto jurídico y hecho jurídico en sentido estricto; mientras que en la teoría alemana el hecho jurídico se divide entre: (i) acto jurídico en sentido amplio, el cual se subclasifica en acto jurídico en sentido estricto y negocio jurídico; y (ii) hecho jurídico en sentido estricto.
2. En la teoría francesa el hecho jurídico en sentido estricto se divide entre acontecimientos de la naturaleza y actividad del ser humano; mientras que en la teoría alemana el hecho jurídico en sentido estricto únicamente preve acontecimientos de la naturaleza.
3. En la teoría francesa los actos jurídicos necesariamente son lícitos; mientras que en la teoría alemana los actos jurídicos en sentido estricto puede referirse tanto a actividades lícitas como ilícitas.
4. La gran diferencia entre ambas teorías es que en la teoría francesa se regula únicamente el acto jurídico; mientras que en la teoría alemana se regula el acto y negocio jurídico.
5. El negocio jurídico, a diferencia del acto jurídico, por su relación con la autonomía de la voluntad, crea las consecuencias jurídicas que las partes desean; mientras que en el acto jurídico las consecuencias jurídicas que prevén las partes ya están reguladas por el ordenamiento jurídico.

Consideramos que para que lo anterior se distinga con una mayor facilidad, a continuación se mostrarán los siguientes esquemas:

Teoría Francesa:



Teoría Alemana:



Por virtud de lo anterior y dado el negocio habla sobre una voluntad, brevemente desarrollaremos en el apartado siguiente la autonomía de la voluntad que servirá de fundamento para, en el siguiente capítulo, explicar porqué existen los negocios jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico.

1.13 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad, según hemos visto en lo expuesto en los puntos anteriores, forma parte fundamental del negocio jurídico, por lo que hemos de explicar qué se entiende por ésta.

Según Duguit, la autonomía de la voluntad es *un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito*¹³⁴.

Por su parte, la Maestra Aída del Carmen San Vicente Parada menciona que para efectos jurídicos, la autonomía de la voluntad es *la potestad que tiene toda persona con plena capacidad de ejercicio, para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío cuyos efectos jurídicos serán sancionados por el derecho.*¹³⁵

En ese sentido, y tomando el criterio, en nuestra opinión correcto, de la Maestra Aida del Carmen, utilizar la autonomía de la voluntad para regular los derechos y obligaciones de una persona, mediante el ejercicio de su libre albedrío, será el fundamento del negocio jurídico.

De lo anterior se colige que, tanto la teoría esbozada sobre el negocio jurídico como lo mencionado en relación con la autonomía de voluntad nos servirá como

134 Duguit, Leon, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Tr. de Carlos G. Posada, Madrid, Librería española y extranjera, 2007, p. 71

135 San Vicente Parada, Aida del Carmen, *El principio de autonomía de la voluntad*, se puede consultar en: http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf

marco conceptual para comprender desde un punto de vista técnico qué teoría es aplicada en el ordenamiento jurídico mexicano.

Por último, hablaremos de las ineficacias que nos servirán para aquellos casos en que la teoría de las nulidades previstas en el Código Civil para el Distrito Federal no tiene una solución al caso en concreto.

1.14 INEFICACIAS

La eficacia de los negocios jurídicos, según San Vicente Parada, es *el grado de aplicación y efectividad que tendrá el acto jurídico válido; en este caso puede que el acto jurídico cumpla con los elementos de existencia y de validez; sin embargo, por alguna circunstancia externa o extrínseca éste pierde su efectividad*¹³⁶.

Como podemos observar, el acto jurídico eficaz no solo es aquél que es existente y válido de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1794 y 1795¹³⁷ del Código Civil para el Distrito Federal, sino que en la ejecución del mismo puede suceder que por alguna situación interna o externa se convierta en ineficaz.

En el mismo sentido, Garzón Jiménez distingue entre las ineficacias genéticas y funcionales de la siguiente manera:

Las ineficacias genéticas que son consecuencia de la falta de algún elemento de existencia o de validez al momento de la celebración o realización del acto.

¹³⁶ San Vicente Parada, Aida del Carmen, *Manual de derecho civil, personas, acto y negocio jurídico, op. cit.*, p. 229

¹³⁷ Artículo 1,794.- Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1,795.- El contrato puede ser invalidado: I.- Por la incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.- Por vicios del consentimiento; III.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece

En el caso de una ineficacia funcional, el acto jurídico se celebra de una manera regular en tanto que existe y es válido, pero por una circunstancia posterior a la celebración del contrato o al otorgamiento del acto jurídico, éste deja de surtir efectos.¹³⁸

En ese sentido, entendemos entonces que el término ineficacia en el ámbito jurídico es un género del cual encontraremos dos especies: las ineficacias genéticas y las ineficacias funcionales.

Parece entonces que las ineficacias genéticas son aquellas que sufren al momento de su celebración algún tipo de nulidad, mientras que las ineficacias funcionales son aquellas que ya celebrado el acto, en el camino le sobreviene alguna ineficacia que impide que continúe siendo válido; sin embargo, la consecuencia a esa invalidez ya no será la de aplicar la teoría de las nulidades.

Las ineficacias que menciona Garzón Jiménez son la rescisión, la revocación, el desistimiento unilateral y la modificación.

No obstante lo anterior, la rescisión, junto con la resolución en sentido estricto y la resciliación son especies de un término genérico que es la resolución en sentido amplio y del cual provienen estos tres conceptos debido al elemento común que es el de destruir los efectos.

Garzón Jiménez menciona que la rescisión está prevista en nuestro ordenamiento jurídico y es aplicable para los contratos sinalagmáticos perfectos, según se desprende de lo siguiente:

La rescisión se encuentra regulada en el pacto comisario como una de las opciones que tiene la parte cumplidora en un contrato sinalagmático perfecto por el incumplimiento culpable de la otra parte, con la intención de resolver el contrato, volviendo las

¹³⁸ Garzón Jiménez, Roberto, Visoso Lomelín, José, Chávez Alanís, Carlos, et al, *Derecho de obligaciones*, México, 2015, p.723

cosas al estado que tenían antes de la celebración del mismo como si el contrato no hubiere existido.¹³⁹

De lo anterior es corolario que la rescisión es aplicable solamente a contratos sinalagmáticos perfectos (v.gr. la compraventa), si una parte incumplió una obligación que hubiere prometido y los efectos por ese incumplimiento se retrotraen como si nunca hubieran existido.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar la regulación del pacto comisorio en el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone lo siguiente:

ARTICULO 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.¹⁴⁰

Si bien el código no es preciso al denominar a la rescisión y la denomina como resolución, es correcto lo que apuntó Garzón, dado que el artículo 1949 del mismo prevé que la rescisión se actualiza únicamente en las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

Ahora, el segundo párrafo del artículo en comento explica cuáles son las consecuencias que puede solicitar el acreedor ante el incumplimiento de una obligación a cargo del deudor, las cuales son exigir el cumplimiento forzoso y rescindir más los correspondientes daños y perjuicios.

¹³⁹ *Idem*

¹⁴⁰ Código Civil para el Distrito Federal: <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/ad63a5bd2aef33e50ef1ed68d82450cf368578c0.pdf>, consultado el 05 de agosto de 2023 a las 22:34

Es importante mencionar que existen dos tipos de pacto comisorio; el tácito y el expreso. El tácito será aplicable cuando el contrato no lo estipule en sus cláusulas, por lo que es una cláusula natural de los contratos; mientras que en el caso de la expresa es una cláusula accidental.

La resolución solo la mencionaremos, pues refiere al tipo de condición en donde cumplida la obligación se deja sin efectos, los cuales se retrotraen como si ésta nunca hubiera existido.

Por su parte, la resciliación es la rescisión prevista en el Código Suizo; misma que es aplicada a *contratos de tracto sucesivo o de ejecución escalonada*¹⁴¹.

La resciliación, a diferencia de la rescisión y de la resolución, destruye los efectos hacia el futuro. Esto es importante y aplicable para los contratos como el arrendamiento, en donde las prestaciones u obligaciones no pueden destruirse con efectos retroactivos, sino hacia delante.

En relación con la revocación, Garzón menciona que es un *acto jurídico unilateral por el cual se deja sin efectos hacia el futuro a un acto jurídico unilateral o a otro acto bilateral intuitu personae*¹⁴².

Como podemos observar, este tipo de ineficacia funcional será aplicable para los actos jurídicos unilaterales, como por ejemplo la donación o un testamento y en los contratos bilaterales intuitu personae podríamos pensar en los contratos de prestación de servicios.

En cuanto al desistimiento unilateral, el autor menciona que es *la facultad que tiene uno de los contratantes de dar por terminado un contrato con la sanción que por el ejercicio de esa facultad establece la ley*¹⁴³.

¹⁴¹ Garzón Jiménez, Roberto, Visoso Lomelín, José, Chávez Alanís, Carlos, et al, op. cit., p.730

¹⁴² Ibidem, p. 736

¹⁴³ Ibidem, p. 737

Garzón Jiménez menciona como ejemplos de lo anterior el caso de la *Asociación Civil (2680)*, *transporte (2663)* y *el contrato de obra a precio alzado (2635)*¹⁴⁴.

De lo expuesto encontramos la diferencia entre la revocación y el desistimiento unilateral en virtud de que en el desistimiento unilateral quien termina anticipadamente un contrato o algún acto jurídico es acreedora de una sanción impuesta por ley, mientras que en la revocación no existe consecuencia negativa a cargo de quien dio por terminado el negocio.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 738

II. SEGUNDO CAPÍTULO

MARCO LEGISLATIVO

El presente capítulo hablaremos sobre el marco normativo de los contratos preparatorios para conocer las disposiciones en la materia, así como los criterios judiciales más relevantes.

A efectos de una comprensión más completa de la figura y, en el entendido que en el siguiente capítulo hablaremos sobre la distinción ente este tipo de contratos y figuras afines, primero explicaremos los bienes jurídicamente tutelados en la presente investigación.

2.1 BIEN JURÍDICO TUTELADO

Desde nuestra perspectiva, los bienes jurídicos tutelados objetos de la presente investigación, serán los siguientes:

a) Autonomía de la voluntad

Respecto a este punto, el concepto y los aspectos teóricos de la autonomía de la voluntad fue objeto de nuestro primer capítulo; sin embargo, en el presente capítulo explicaremos líneas abajo desde un punto de vista técnico que dicho principio está reglamentado en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, consideramos que la autonomía de la voluntad es el principal bien jurídico tutelado de nuestro país en materia de contratos, tan es así que el Estado no interviene desde un punto de vista penal en las relaciones entre particulares en el ámbito civil¹⁴⁵, aunado al principio consensualista.

145 Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos párrafo último: Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Es esa libertad la que el Estado concede al individuo de contratar con cualquier persona que se encuentre facultada para ello y se creen las consecuencias jurídicas deseadas por las partes; y

b) Certeza jurídica

Desde nuestra perspectiva, el segundo bien jurídico tutelado será la certeza jurídica, entendida como *la disposición difundida a la previsión, en todo caso obtenida, de la gama de las consecuencias jurídicas que son reconocidas por los miembros de la sociedad y por los órganos jurídicos relativas a actos o a hechos.*¹⁴⁶ Es decir, es el conocimiento que tienen los sujetos de las disposiciones a las que se someten; sin embargo, al hablar en el primer capítulo de ese monopolio del derecho, es que debemos interpretar para abogados, académicos y jueces lo que se debió establecer en cada disposición.

Ahora bien, toda vez que en el capítulo primero explicamos los aspectos teóricos de la autonomía de la voluntad, corresponde al presente capítulo justificar su existencia en el Código Civil para el Distrito Federal vigente.

2.2 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En este apartado, justificaremos mediante la legislación mexicana, la existencia de la autonomía de la voluntad.

De lo expuesto en el Capítulo Primero de la presente investigación, realizaremos una interpretación sistemática, en el sentido de combinar textos normativos, para justificar que la autonomía de la voluntad se encuentra presente en el Código Civil para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 6o.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo

¹⁴⁶ Gometz, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 262

pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.¹⁴⁷

Como podemos observar, lo importante del presente artículo consiste en hacer una interpretación literal del mismo y quedarnos con que se pueden renunciar a los derechos privados; es decir, que el ciudadano tiene la posibilidad de no ejercitar determinadas facultades que prevé la ley, bajo ciertas circunstancias: (i) mientras no afecten **directamente** al interés público; y (ii) cuando la renuncia NO perjudique derechos de tercero.

Verbigracia de lo anterior sería la renuncia hecha por un padre a dar alimentos a sus hijos. En este supuesto estaríamos afectando a un tercero.

Amén de lo anterior, pudiera surgir el supuesto de que una persona renunciara a la tutela que aceptó en virtud de que fue nombrado como tal en un testamento. La tutela es considerada como un cargo de interés público de conformidad con el artículo 452 del Código Civil para el Distrito Federal¹⁴⁸.

ARTÍCULO 7o.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.¹⁴⁹

Esa renuncia deberá, conforme a la teoría de la acción comunicativa mencionada en el capítulo primero, correcta, verdadera y deberá coincidir con lo que quien la emite piense; es decir, quien renuncia a su derecho.

En ese sentido, podemos observar que, si bien una persona tiene que renunciar de una manera clara a sus derechos, tiene el derecho de ejercerlos o no, por lo que vemos la posibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

147 Código Civil para el Distrito Federal, 2020: https://paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/2021/COD_CIVIL_DF_09_01_2020.pdf, consultado el 06 de agosto de 2023, a las 19:13 horas, lo resaltado es propio

148 *Idem*, consultado el 06 de agosto de 2023, a las 19:13 horas

149 *Idem*, consultado el 06 de agosto de 2023, a las 19:13 horas

Asimismo, el Código es claro en los siguientes términos en cuanto a voluntad del individuo:

ARTÍCULO 1,796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. **Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias** que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.¹⁵⁰

El hecho de que los contratos obliguen a lo expresamente pactado a las partes, implica que lo dispuesto por las mismas se convierte en ley, por lo tanto, es la autonomía de la voluntad lo que regirá dicho acuerdo.

Asimismo, podemos encontrar en este artículo el principio consensualista, el cual consiste en que las partes perfeccionan el contrato por el mero consentimiento (el acuerdo de voluntades). Este principio lo podemos ver reflejado en nuestro código en su artículo 2014, el cual especifica que *en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público*¹⁵¹.

Como podemos observar, es el principio consensualista el que rige, por regla general, en nuestro sistema jurídico mexicano y que permite que los contratos sean relaciones jurídicas que nacen por la voluntad de las partes.

En el siguiente artículo vemos otro supuesto del ejercicio de la autonomía de la voluntad del individuo.

¹⁵⁰ *Idem*, consultado el 06 de agosto de 2023, a las 19:13 horas, lo resaltado es propio

¹⁵¹ *Idem*, consultado el 06 de agosto de 2023, a las 19:13 horas

ARTÍCULO 1,832.- **En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse**, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.¹⁵²

Respecto a este artículo, lo que podemos observar es que las partes tienen libre voluntad para obligarse en los términos en que aparezca que quisieron obligarse, por lo que, en este caso, además de que estemos en presencia de autonomía de voluntad, ya encontramos un artículo en donde la teoría de la acción comunicativa ya puede ser aplicada, ya que se habla de una comunicación entre partes.

Ahora bien, respecto a los métodos de interpretación propuestos, en este sentido, todavía estaremos ante una interpretación literal para poder explicar estos principios y comparaciones que observamos.

El siguiente artículo carece de técnica legislativa; sin embargo, sirve para ampliar los argumentos que sostienen que existe el principio de autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento jurídico.

ARTÍCULO 1,833.- Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero **si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente**, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.¹⁵³

Como se puede observar, y haciendo una interpretación a contrario, se pueden renunciar (esa renuncia deberá ser en términos claros y precisos) a los derechos privados que no afecten al interés público ni a derechos de terceros.

152 *Idem*, consultado el 06 de agosto de 2023, a las 19:13 horas, lo resaltado es propio

153 *Idem*, lo resaltado es propio

Asimismo, los contratantes quedarán sujetos a las consecuencias pactadas y se entenderá que cada uno se obligó conforme a la manera y términos que aparezca que quiso obligarse.

Por último, la voluntad de las partes puede servir como prueba para ejercitar al *actio pro forma*.

Por lo anterior, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico prevé la autonomía de la voluntad. Tan es así que la Primera Sala de nuestro máximo tribunal lo reconoce, incluso, en un rango constitucional, de la siguiente manera:

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL.

A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil. Así las cosas, el respeto del individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto. Aunado a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación, la cual también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas.¹⁵⁴

Expuesto lo anterior, y debido a lo apuntado respecto de la autonomía de la voluntad, expondremos las razones de porqué consideramos que en México están

154 Tesis: 1ª, CDXXV/2014 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I Diciembre 2014

reconocidos los negocios jurídicos y que tiene estrecha relación con la autonomía de la voluntad, según lo visto en el primer capítulo de esta investigación.

2.3 LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN MÉXICO

De Pablo, al tocar el tema de los negocios jurídicos, expone lo siguiente:

Puede afirmarse que el código vigente acepta, contiene y regula la doctrina del negocio jurídico en atención a los siguientes argumentos:

Histórico, al llevarse a cabo los trabajos para la redacción de los códigos de 70 y 84 la doctrina del negocio jurídico ya había sido expuesta y difundida. Desde luego los autores del código de 28 debieron tenerla en cuenta. La inclusión en el código de 28 del artículo 1859 que amplía las reglas de los contratos a todos los actos, sin que haya habido antecedentes de él en la legislación anterior, denota la intención del legislador de 1928 de adoptar la teoría del negocio jurídico;

Terminológico, si bien es cierto que el código de 28 hace referencia expresa al término acto jurídico y no al de negocio jurídico hay que tener en cuenta que las más de las referencias del código al término acto jurídico no están hechas en sentido propio; que siguiendo la técnica imperante en la época de la redacción del código, el propio código generalmente no contiene definiciones sino alusiones, referencias o descripciones, y tampoco da a los términos que usa una connotación determinada coincidente con la de la doctrina y, que la aceptación y regulación de una institución por un cuerpo normativo no depende del empleo de ciertos términos, sino del reconocimiento que de ella haga.

Por último, téngase en cuenta que sin necesidad de referencia expresa en el derecho positivo, a la manera de otros derechos el mexicano, en cuanto a que regula los contenidos del negocio jurídico, si lo admite.

El argumento verdaderamente importante consiste en que el código, en su contenido, si reconoce, acepta y reglamenta la figura del negocio jurídico.¹⁵⁵

En ese sentido, continúa el autor más adelante:

El artículo 1796 declara obligatorios para las partes los contratos por lo que no pueden desdecirse de ellos, con lo que constata la característica del contrato, propia del negocio jurídico de ser vinculante.

Los artículos 1832 que hace prevalecer los efectos de la voluntad sobre la forma y 1839 que faculta a los contratantes a incluir cláusulas que estimen convenientes, reconocen que éstos pueden crear las normas que les convengan, como en el negocio jurídico.

El artículo 1858 que faculta a los particulares a celebrar los contratos que convengan a sus circunstancias creando así contratos especiales para ellos y, el artículo 1859 que extiende, a la manera de la teoría pandectista las reglas de los contratos a todos los convenios y actos jurídicos, constituyen evidencias palmarias de la inclusión en el código mexicano del negocio jurídico.¹⁵⁶

Consideramos que el autor cubrió a través de los aspectos históricos y terminológicos el porqué los contratos son negocios jurídicos; sin embargo, ahora

155 De Pablo Serna, Carlos, *El contrato, un negocio jurídico*, México, Porrúa: Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2009, pp. 50 y 51

156 *Idem*

expondremos el conjunto de artículos de nuestro ordenamiento civil que reconocen al negocio jurídico en la legislación mexicana:

ARTÍCULO 8o.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.¹⁵⁷

De lo anterior se desprende que, siempre que no intervengan las normas de interés público o prohibitivas, el ciudadano puede disponer libremente de su voluntad en materia de contratación, tal como lo observamos en su oportunidad en el apartado de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, en este caso, una interpretación literal no bastaría, porque si leemos aislada esta norma, nos encontraremos con que es una norma que contiene lagunas técnicas en virtud de que no se sabe cuáles son las leyes prohibitivas o de interés público, o acaso, qué elementos deben tener este tipo de normas.

En ese sentido, encontramos que las normas de orden público son:

el conjunto de principios, normas y disposiciones legales en que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder a éstos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares.¹⁵⁸

Respecto a las normas prohibitivas, podemos considerar que son aquellas que no se puede pactar en contra de ellas, como por ejemplo, en el caso de las disposiciones en materia de patria potestad.

¹⁵⁷ Código Civil para el Distrito Federal, op. cit., consultado el consultado el 06 de agosto de 2023, a las 19:20 horas

¹⁵⁸ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Orden Público y autonomía de la voluntad*, puede consultarse en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf>, p. 83

Asimismo, las normas prohibitivas son aquellas que obligan al particular a realizar o no realizar determinada conducta, independientemente de su voluntad y que no pueden renunciarse.

En nuestro ordenamiento jurídico dichas normas están reconocidas en el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que se pueden renunciarse únicamente los derechos privados (es decir, que no sean prohibitivas) que no perjudiquen terceros y no afecten al interés público.

La siguiente disposición se refiere a los negocios jurídicos que fueron celebrados en otros Estados:

ARTÍCULO 13.- La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas:

I.- En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas válidamente creadas en otras entidades de la República;

...

IV.- La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, los celebrados fuera del Distrito Federal, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal; y

V.- Salvo lo previsto en las dos fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.¹⁵⁹

159 Código Civil para el Distrito Federal, *op. cit.*, consultado el 06 de agosto de 2023, a las 20 horas

En el caso anterior, a través de una interpretación todo considerado, encontramos que la disposición reconoce los negocios jurídicos celebrados en otros Estados de la República.

Ahora bien, respecto de lo que nuestro código entiende por convenio, se establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1,792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. ¹⁶⁰

Este artículo es la definición que prevé el Código Civil para el Distrito Federal de convenio; sin embargo, como se desprende de lo previsto, el Código limita lo que puede o no contener un convenio en cuanto a consecuencias.

Realizando una interpretación sistemática con el artículo 1,793 del Código Civil para el Distrito Federal, encontraremos que el contrato, en una relación de género y especie con el concepto de convenio, es definido de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1,793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. ¹⁶¹

En ese sentido, observamos la especie del artículo 1,792, al hablar de un contrato que, desde nuestra perspectiva, lo que generará es un negocio jurídico.

Aunado a lo anterior el siguiente artículo habla sobre el consentimiento, el cual, como hemos visto, es piedra angular en el negocio jurídico:

ARTÍCULO 1,796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con

160 *Idem*

161 *Idem*

excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.¹⁶²

El presente artículo expone el consentimiento como la piedra angular de los contratos, lo que refuerza la teoría del negocio jurídico en nuestra legislación.

Asimismo, los dos siguientes artículos en materia de perfeccionamiento del consentimiento en materia contractual ilustra que son las partes quienes deciden sobre los plazos:

ARTÍCULO 1,804.- Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

ARTÍCULO 1,805.- Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono.¹⁶³

Los artículos anteriores tienen relación por tratarse de aquellas relaciones donde encontramos un plazo o la no fijación del plazo para la aceptación del contrato que deriva en una teoría recepticia; sin embargo, para los efectos del presente apartado, encontramos a dichos artículos relevantes para el negocio jurídico toda vez que hablan de que las partes pueden fijar, casi cualquier aspecto del negocio.

ARTÍCULO 1,832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.¹⁶⁴

162 *Idem*

163 *Idem*

164 *Idem*

Consideramos este artículo como el más importante de todos hasta ahora que sirvan para comprobar la existencia de los negocios jurídicos en la legislación mexicana, toda vez que cada uno se obliga conforme lo es su voluntad y, por lo tanto, puede crear las consecuencias jurídicas deseadas.

ARTÍCULO 1,839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.¹⁶⁵

En adición a lo anterior, se habla en la presente disposición de que las partes pueden, de manera redundante con lo ya expuesto, obligarse en los términos que crean convenientes, toda vez que dichas cláusulas, en un contexto de un contrato, son el contenido obligacional del mismo y crearán las consecuencias que incluso no estén previstas en el ordenamiento jurídico.

ARTÍCULO 2,224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.¹⁶⁶

Incluso, al hablarse de inexistencia por el consentimiento o del objeto que pueda ser materia de él, podemos ver que, tal como es la naturaleza del negocio jurídico, la falta del acuerdo de voluntades puede acarrear la inexistencia del acto.

ARTÍCULO 2,226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruídos retroactivamente cuando se pronuncie

165 *Idem*

166 *Idem*

por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.¹⁶⁷

Tan importante es la voluntad, que en el caso que el acto acarree la nulidad relativa, esta puede ser convalidable por las partes. Supongamos que A le vendió a B una casa y, por situaciones financieras, B pagó el precio, pero no tenía el suficiente dinero para poder pagar la escrituración, honorarios del notario, Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, etc. no se celebró en escritura pública, por lo que estaríamos ante una falta de forma; sin embargo, es un error subsanable por las partes y, posteriormente, pueden celebrarlo como es debido.

ARTÍCULO 2,228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.¹⁶⁸

Este artículo es otro ejemplo que la voluntad es fundamental en la celebración de contratos en México (lo que ejemplifica la existencia de negocios jurídicos en el sistema mexicano) que el coartar su voluntad puede crear como consecuencia un vicio de la voluntad.

ARTÍCULO 2,254.- El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.¹⁶⁹

Según reza lo establecido en este artículo, el acuerdo de voluntades que se prevé en el negocio jurídico requiere de la voluntad de ambas partes -como ya se vio- para que el acto exista y sea válido

ARTÍCULO 3,006.- Los actos ejecutados o los contratos otorgados en otra entidad federativa o en el extranjero, sólo se

167 *Idem*

168 *Idem*

169 *Idem*

inscribirán si dichos actos o contratos tienen el carácter de inscribibles conforme a las Leyes.¹⁷⁰

Por último, como podemos observar y para terminar de reforzar la teoría de que existen los negocios jurídicos en nuestra legislación, el propio código preve la posibilidad que los contratos pueden ser inscribibles conforme a lo dispuesto por las leyes.

Ahora, pasaremos a hablar sobre la naturaleza jurídica de los contratos preparatorios en la legislación mexicana.

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

Como ya hemos expuesto a lo largo del capítulo primero, los contratos preparatorios tienen la naturaleza jurídica de especie de un negocio jurídico.

El contrato, como ya se señala en párrafos anteriores, según el artículo 1793, es un convenio que crea o transmite derechos y obligaciones.¹⁷¹

No obstante lo anterior, la regulación de los contratos preparatorios en el Código Civil para el Distrito Federal, según veremos en apartados posteriores, se constriñe a unos cuantos artículos (2243-2247) que, desde nuestra perspectiva, causan confusión al momento de ser aplicados.

2.5 REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Es así que el Código en este capítulo dispone lo siguiente:

¹⁷⁰ *Idem*

¹⁷¹ Cfr., *Idem*

ARTÍCULO 2,243.- Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.¹⁷²

Como podemos observar, estamos ante un supuesto únicamente de contratos preparatorios, que son aquellos que establecen la obligación de celebrar un contrato futuro.

Desde una perspectiva textual y prima facie, parece que el código, al regular este capítulo especial, no permite la existencia de otros contratos preparatorios, por lo que estaríamos ante una clasificación limitada de este tipo de contrato.

El capítulo correspondiente continúa con el siguiente artículo:

ARTÍCULO 2,244.- La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral o bilateral.¹⁷³

Ahora bien, al realizar una interpretación literal encontramos que el contrato preparatorio sirve para prometer la celebración de un contrato futuro, el cual será unilateral o bilateral.

Por otro lado, el artículo siguiente menciona lo siguiente:

ARTÍCULO 2,245.- La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.¹⁷⁴

Del artículo expuesto es corolario que el Código no sólo limita los contratos preparatorios a las promesas, sino que, incluso, en una interpretación acontextual, explica que las promesas sólo dan lugar a obligaciones de hacer.

A prima facie, podríamos indicar que los efectos de este tipo de contratos podría constituir un contrasentido entre los negocios jurídicos y los contratos preparatorios, toda vez que, como se ha explicado anteriormente, el negocio jurídico permite que las partes crean las consecuencias jurídicas en una determinada

172 Código Civil para el Distrito Federal, *op cit*, consultado el 03 de abril de 2023 a las 15 horas

173 Idem, consultado el 03 de abril de 2023 a las 15:20 horas

174 Idem, consultado el 03 de abril de 2023 a las 19 horas

relación jurídica, mientras que la promesa únicamente da origen a obligaciones de hacer.

¿Constituyen entonces una antinomia teórica dichas figuras? A nuestro parecer sí limita de alguna manera las obligaciones que pueden estipularse en ese tipo de contratos; sin embargo, los alcances, las obligaciones y los efectos serán los que deseen las partes de todos modos, por lo que no consideramos que sea un ejemplo de restricción de libertades en nuestro Código.

En otro orden de ideas, el Código menciona lo siguiente:

ARTÍCULO 2,246.- Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.¹⁷⁵

Este artículo complica la situación de esta figura debido a que estamos ante una laguna técnica, pues habla de que para que sea válida la promesa, debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

En ese sentido, nos preguntamos, ¿qué pasa si este tipo de contratos no se hacen constar por escrito, contenga los característicos del contrato definitivo y se limite a cierto tiempo?

¿Es necesario entonces que cuente con los 3 elementos necesariamente al contener una “y”?

¿Ante qué tipo de invalidez estaríamos?

Por último, si consta por escrito y se limita a cierto tiempo, pero no tiene los elementos característicos del contrato definitivo, ¿sigue siendo válido?

Consideramos que nos encontramos en un supuesto de una laguna técnica, toda vez que el tipo de invalidez a que hace referencia el artículo no está regulada por nuestro código, según explicaremos en los siguientes párrafos.

175 Idem

Para que un contrato sea inexistente se requiere que falten alguno de los elementos del artículo 1794; es decir, consentimiento u objeto; sin embargo, no parece ser el caso ninguno de los 2 supuestos planteados por el código.

En cambio, para que exista nulidad absoluta, debe existir ilícitud en el objeto, motivo o fin del contrato; sin embargo, no estamos ante tal supuesto.

Para el caso de los demás supuestos previstos por el artículo 1795, nos encontramos ante: I. Incapacidad legal de las partes; II.- vicios del consentimiento; o, porque IV.- el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Los supuestos previstos en el párrafo inmediato anterior, son aquellos que configuran la nulidad relativa.

Al parecer, en el caso de que no conste por escrito cumplirá con el supuesto IV del artículo 1795 y, en principio acarreará una nulidad relativa; sin embargo, el artículo en análisis (2246) no prevé los supuestos por separado, sino que utiliza una “y” conjuntiva y permite suponer que es en caso que falte alguno de estos supuestos no se estará ante un contrato válido.

No obstante lo anterior, si nos encontramos ante la interrogante si deben ser todos los supuestos juntos al mismo tiempo, encontraríamos una laguna técnica en todo el ordenamiento, pues no existe un tipo de nulidad aplicable a todos los supuestos conforme a lo visto.

Consideramos que sin duda la técnica legislativa fue deficiente, por decir lo menos, y que en donde el artículo 2,246 contiene una y, debería ser aplicada una o disyuntiva que enuncie por separado dichos supuestos.

Ahora bien, tomándose por separados los supuestos, encontramos que si la promesa no se realiza por escrito, estamos ante una nulidad relativa que es subsanable, por lo que debe acudir ante el juez y, por el principio de conservación de los contratos, podrá darse la forma requerida y el contrato será “válido”.

Por otro lado, el contrato preparatorio deberá contener los elementos esenciales de los contratos definitivos, pero, ¿cuáles son dichos elementos? En este supuesto consideramos que dependerá del contrato definitivo en específico; sin embargo, si no los contiene, ¿qué tipo de nulidad conllevaría?

En este supuesto, consideramos que el legislador incorrectamente, dejó abierto un supuesto para el que no se tiene respuesta; es decir, estamos ante otro supuesto de laguna técnica.

Por último, ¿qué pasa si no se limita a cierto tiempo?

Es cierto que nadie puede quedar obligado a perpetuidad; sin embargo, el hecho de que, realizando una interpretación contextual apliquemos el criterio del artículo 2080 del Código Civil para el Distrito Federal, el cumplimiento (por analogía) debería hacerse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación; sin embargo, estaríamos en un supuesto de tiempo indeterminado, porque ¿cuál es el tiempo necesario para el cumplimiento de una obligación de hacer consistente en celebrar un contrato futuro?

Quizá en el supuesto de un contrato de promesa de compraventa sea claro cuando sea el momento en virtud de que en determinado momento el promitente vendedor y promitente comprador tendrán los elementos materiales y la voluntad de llevar a cabo la venta, pero ¿qué pasa con una promesa de cesión de derechos sobre un fideicomiso o sobre la promesa de celebrar un contrato de arrendamiento?

Si yo constituyo el fideicomiso y puede llevar a cabo sus fines con una sola persona, ¿cuándo será el momento determinado para que llevemos a cabo el contrato definitivo de cesión de derechos fideicomisarios entre un tercero y yo?

Y, en ese mismo sentido, ¿qué tipo de inválidez existiría en este caso?

Estamos ante otro supuesto de laguna técnica.

Sirva la siguiente tesis para justificar que estos contratos deben sujetarse a cierto tiempo:

PROMESA DE CONTRATAR, TERMINO EN LA.

La razón o fundamento jurídico que existe para limitar la promesa a cierto tiempo, radica en que no puede vincularse indefinidamente a una persona para mantener su oferta. Se considera contrario a la libertad jurídica y a la libertad en general, el contrato indefinido de promesa al vincular en forma permanente a la persona a efecto de exigirle que la sostenga en todo tiempo. Sería incluso antieconómica esta promesa indefinida sobre todo para celebrar contratos traslativos de dominio. El promitente quedaría en una situación de no poder transmitir la cosa o actuar libremente para responder de su promesa unilateral cuando el beneficiario así lo reclamara.¹⁷⁶

Reconocemos que la tesis anterior es antigua, pero nos concede dos elementos que consideramos de suma importancia: i) establece que la razón de que los contratos preparatorios deban tener un plazo es porque nadie puede quedar obligado a perpetuidad; y ii) menciona que el fin de los contratos preparatorios no es un fin jurídico, sino económico.

Ahora bien, el siguiente artículo menciona lo siguiente:

ARTÍCULO 2,247.- Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez; salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.¹⁷⁷

176 Tesis Aislada, Tercera Sala, Sexta Época, Amparo directo 7644/56. Jacobo Agami. 6 de septiembre de 1962. Mayoría de tres votos. Disidentes: José López Lira y José Castro Estrada. Ponente: Rafael Rojina Villegas, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen LXIII, Cuarta Parte, página 55

177 Código Civil para el Distrito Federal: <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/ad63a5bd2aef33e50ef1ed68d82450cf368578c0.pdf>, consultado el 06 de agosto de 2023 a las 20:41

Respecto de este artículo, merece la pena el estudio de qué pasa si el juez firma en rebeldía el contrato concertado, ¿estamos hablando del contrato definitivo?

Ahora bien, si el juez firma el contrato definitivo, ¿tiene algún sentido desde un punto de vista práctico el que firme un contrato con alguien que no quiere celebrar un contrato definitivo?

Desde un punto de vista material, consideramos que dicho artículo no tiene sentido.

Por lo anterior, consideramos que esa incertidumbre que genera la mala regulación de este tipo de contratos, es el riesgo o esa contingencia que explica Luhmann¹⁷⁸, en relación con que, en la expectativa de que un sujeto iba a contratar a futuro y, la contraparte incumplió la firma del contrato definitivo, ahora el juez firmará en rebeldía; sin embargo, el sujeto podrá sufrir esa pérdida por el incumplimiento material por parte del otro.

De lo anterior se desprende que esta figura está tan mal regulada que incluso los jueces se confunden y no los conocen. Sirva de ejemplo la siguiente tesis aislada de la Sexta Época:

CONTRATOS, CUMPLIMIENTO DE LOS. MODIFICACION TACITA.

Si en un contrato (independientemente de su naturaleza, ya fuera de promesa de compraventa, de compraventa o de permuta) se estableció el cambio de dos condominios más una cantidad determinada, por la construcción de una casa, estipulándose que "los condominios los entrega la compradora como parte del pago de la casa aludida"; pero de autos consta que en la fecha de la celebración del contrato no se entregó ninguno de los condominios, sino que fue hasta fecha posterior cuando el acreedor recibió uno de ellos, de su aceptación

178 Vease Giddens, A. Bauman, Z., Luhmann, N, et al, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, España, Ed. Anthropos, 1996

deviene que hubo una modificación tácita de la forma de cumplimiento, dada la hipótesis de que originalmente se hubiera pactado dicho cumplimiento en la fecha de celebración del contrato, y de aceptarse dicha modificación, la ejecución de la obligación por parte de la deudora se volvió indefinida, debiendo habersele interpelado conforme a la segunda parte del artículo 2105 del Código Civil, y al no haberlo hecho así, resulta procedente conceder la protección constitucional, en virtud de que al no haber interpelación, no se incurre en mora.¹⁷⁹

Es interesante ver que el órgano jurisdiccional no tiene bien claro cuál es la diferencia entre contratos definitivos y preparatorios, pues habla de pago y de entrega en un mismo acto, cuestión que es imposible en el caso de los contratos preparatorios.

Como podemos observar, 5 artículos no son suficientes para entender una figura que, en la vida práctica es tan usada como los contratos preparatorios.

En ese sentido, consideramos que los artículos, además de insuficientes, contienen lagunas técnicas que no permiten una correcta aplicación de las disposiciones a la vida práctica.

Por lo anterior, en el último capítulo de la presente investigación nos dedicaremos a proponer lo que dicha figura debería contemplar desde un punto de vista normativo.

En otro orden de ideas, en el siguiente capítulo hemos de delimitar a los contratos preparatorios, conocer sus características y diferenciarlos de las figuras con las que pudiere parecer que comparte características similares.

179 Tesis Aislada Tercera Sala, Amparo directo 875/82. Anabela Cámara de Medina. 17 de agosto de 1983. Mayoría de tres votos. Disidentes: Gloria León Orantes y Mariano Azuela Guítrón. La publicación no menciona el nombre del ponente, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*. Vol. 175-180, Cuarta Parte Registro digital: 240351

III. TERCER CAPÍTULO

3. DELIMITACIÓN DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

3.1 ORIGEN HISTÓRICO

¿De dónde vienen los contratos preparatorios?

Arce y Cervantes expone que se conoció dicha figura desde el Derecho Romano, al establecer lo siguiente:

El Derecho Romano conoció en germen la promesa de venta en el pacto de retrovendo 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.¹⁸⁰

Encontramos entonces que el origen de los contratos preparatorios surge de una figura que hoy día está prohibida y que consiste en que una persona venda una cosa para después volverla a comprar a un precio menor (el pacto de retroventa).

Asimismo, González Alcántara también explica que este tipo de contratos tiene su referencia en el derecho romano; sin embargo, proviene de la *stipulatio*:

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

¹⁸⁰ Arce y Cervantes, José G., *Los contratos preparatorios en el derecho civil mexicano*, 80, p. 11

formulado a través de una pregunta del acreedor y la respuesta del deudor, ambas en términos solemnes, que llenaba espacios que actualmente ocupa el contrato de compraventa.¹⁸¹

Como podemos observar, estipular en un contrato provocaba que se fijara una promesa a su favor, en términos solemnes.

Respecto a la doctrina de la Glosa y la Post Glosa, Borja Martínez expone:

Encontramos un amplio desarrollo de esta materia, centrándose la interpretación en la consideración de los efectos del incumplimiento de la promesa.

Sobre el tema señalado, podemos encontrar fundamentalmente tres opiniones:

- a) En caso de incumplimiento de la promesa unilateral, no podía tener lugar más que el resarcimiento de los daños y perjuicios, aplicando el principio *nemo ad factum praecise tenetur*. De este parecer eran: Decio, Paolo Castrense, Mantica y Voet.
- b) Según una segunda opinión, el promisorio podía hacer la oferta del precio convenido y reclamar así *recta via* al promitente la tradición de la cosa, con lo que de hecho se perfeccionaba la venta. Esta teoría era sostenida por Tiraquello, el cual se apoyaba en un decreto del parlamento de París.
- c) La tercera opinión fue sostenida por Pothier quien expresa el parecer que en caso de incumplimiento, el promitente podía ser constreñido a la ejecución en forma específica de la obligación, de tal modo que la sentencia tuviera lugar del

181 Adame Goddard, Jorge, Hinestrosa, Fernando, Bosch Capdevila, Esteve, et al, Derecho Civil y Romano, Culturas y sistemas jurídicos comparados, Ed UNAM, México 2006, p. 26

contrato y sirviera de título para la toma de posesión de la cosa.¹⁸²

En este caso, la Glosa ya tenía una figura de contrato preparatorio mucho más desarrollada que ya hablaba de promesas como tal.

Pasaremos pues a diferenciar los contratos preparatorios con la compraventa.

3.2 CONCEPTO

Como concepto entenderemos que los contratos preparatorios tienen dos acepciones, uno amplio y otro restringido:

El primero como tal 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 los contratos de mandato y de sociedad. El Código civil español define con ese carácter al contrato de mandato, 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.

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

182 Borja Martínez, Manuel, *El contrato preparatorio*, Revista de Derecho Notarial, núm. 122, México 2009, p. 44

promesa en general, es una declaración de voluntad de constituirse deudor respecto de otro u otros.¹⁸³

Como se desprende de lo transcrito, tomaremos el sentido amplio de los mismos y consideramos que los contratos preparatorios son aquellos que crean un estado de derecho preliminar para la celebración de otros contratos posteriores, por lo que en ese sentido, el autor menciona tanto a los contratos asociativos como al mandato. Nosotros añadiríamos al contrato de fideicomiso, pues también es un contrato que genera ese estado preliminar para la celebración de otros actos jurídicos.

Asimismo, es importante mencionar que según veremos, en sentido estricto los contratos preparatorios tienen la característica esencial que es la de prever únicamente obligaciones de hacer.

En ese sentido, ahora veremos la clasificación tanto legal como doctrinal de los contratos preparatorios.

3.3 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

Los contratos preparatorios en sentido amplio tienen distintas clasificaciones; sin embargo, el mandato o comisión mercantil es un contrato bilateral, sinalagmático imperfecto, por naturaleza oneroso, conmutativo, formal, principal.

Por otro lado, los contratos asociativos y el de fideicomiso son contratos unilaterales, bilaterales o plurilaterales, son contratos complejos, sinalagmáticos imperfectos, en virtud de que las partes pueden pactar que las obligaciones de unos sean a un tiempo diferente que los otros, onerosos, conmutativos, formales y principales.

183 Arce y Cervantes, José G, *op cit*

Por su parte, el contrato de promesa es un contrato unilateral o bilateral, en caso de que sea bilateral será sinalagmático perfecto, onerosos, conmutativos, formales y principales.

3.4 REQUISITOS DE EXISTENCIA

Los requisitos de existencia son los mismos que para la totalidad de contratos regulados por nuestra legislación; es decir, el consentimiento y el objeto.

El consentimiento lo veremos reflejado al momento de que las partes firmen y, por tanto exista un acuerdo de voluntades que configuren el consentimiento.

Como sabemos, el consentimiento se fija primero por una policitud, la cual, para que se configure como tal, debe tener en cuenta si existe o no un plazo por quien emite la policitud a favor de otra persona.

Si existe un plazo, entonces el peticionante quedará obligado por el plazo que fijó para el otorgamiento de la voluntad, conforme a lo establecido por el artículo 1804 del Código Civil para el Distrito Federal.

Si no existe un plazo, hemos de distinguir si el consentimiento se va a formar entre presentes o ausentes. Para el último caso, el autor de la oferta *quedará ligado por tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones*¹⁸⁴.

Si la oferta se da entre presentes o por vía telefónica, la aceptación por la otra persona deberá ser inmediata de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1805 del código Civil para el Distrito Federal.

¹⁸⁴ Código Civil para el Distrito Federal: <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/ad63a5bd2aef33e50ef1ed68d82450cf368578c0.pdf>, fue consultado el 14 de agosto de 2023, a las 23:11 horas

En ese sentido consentimiento puede ser expreso o tácito; será expreso cuando sea manifestado por signos inequívocos, por escrito, verbalmente, por medios tecnológicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, y será tácito cuando provenga de actos que puedan presuponerlo o que autoricen presumirlo¹⁸⁵.

Por otro lado, el objeto de este contrato, se divide en objeto directo o indirecto. El objeto directo será la creación o transmisión de derechos y obligaciones y el indirecto se dividirá en dos: tanto en la obligación de hacer (artículo 2245 del Código Civil para el Distrito Federal) y en el hecho que se presta, consistente en celebrar el contrato futuro.

Asimismo, el contrato de promesa debe tener un objeto lícito, debe ser determinado o determinable, ser física y jurídicamente posible.

3.5 REQUISITOS DE VÁLIDEZ

Por el momento sólo los mencionaremos, pues en el siguiente capítulo nos dedicaremos a estudiarlos detenidamente; son los dispuestos por el artículo 2246 y se refieren a que contenga un plazo, conste por escrito y que contenga los elementos esenciales del contrato definitivo.

3.6 INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

Conforme lo expuesto en el Capítulo primero de la presente investigación, si el contrato es bilateral, entonces deberá aplicarse el pacto comisorio (tácito o expreso) y el acreedor tendrá la facultad de pedir los daños y perjuicios.

¹⁸⁵ Véase lo dispuesto por el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal

Si el pacto comisorio es tácito, entonces constituirá una cláusula natural, que aunque no esté pactada en el negocio, el Código se aplicará supletoriamente y si las partes lo fijan, entonces estaremos ante una cláusula incidental.

3.7 UTILIDAD DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

En virtud de la definición transcrita, consideramos que la utilidad de los contratos preparatorios tendrá dos vertientes, uno jurídico que consistirá en crear situaciones preliminares de derecho para, posteriormente, celebrar diversos negocios jurídicos y se fijen los elementos esenciales del contrato definitivo, y la segunda consistirá más bien en un sentido económico, pues servirá para que en ese contrato se pre-cuantifiquen los daños y perjuicios que pudieran corresponderles a las partes ante la posibilidad de que no se firme el contrato definitivo.

Es claro que en el segundo supuesto, las partes deberán fijar una cláusula penal en el contrato respectivo para que ambas partes estén satisfechos.

3.8 DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS Y OTRAS FIGURAS

3.8.1 DIFERENCIA ENTRE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS Y LOS CONTRATOS DEFINITIVOS

En este caso, mencionaremos que la diferencia parece clara, toda vez que los contratos preparatorios generan obligaciones de hacer y los contratos definitivos generan todo tipo de obligaciones.

3.8.2 DIFERENCIA ENTRE COMPRAVENTA Y PROMESA

Puede llegar a confundirse el contrato de promesa de compraventa con el de promesa de compraventa en el sentido que el contrato de promesa de compraventa fija precio y cosa.

No obstante lo anterior, si el contrato preparatorio no fija el precio y el bien, como hemos visto, no sería válido por no contener los elementos esenciales del contrato definitivo.

La confusión entre los contratos preparatorios y el contrato de compraventa viene desde el derecho napoleónico pues en eso entonces se regulaba únicamente la promesa de venta y fue, precisamente el argumento de que ya estaba fijando el precio y la cosa, el que funcionaba para asemejarlos.

Sin embargo, serán tres los argumentos para distinguir entre estas dos figuras:

1. Como ya vimos en el apartado referente a la distinción entre contratos preparatorios y contratos definitivos, el contrato preparatorio genera una obligación de hacer consistente en celebrar un contrato definitivo; mientras que el contrato de compraventa debe incluir una obligación doble de dar consistente en: (i) entregar la cosa; y (ii)
2. Desde el punto de vista de la voluntad, como se ha establecido en cuáles son los elementos del mensaje según Habermas, debe tener congruencia entre lo que el sujeto quiere expresar y efectivamente expresa, y en ese sentido, el vendedor, *coincidimos con Ortíz Blanco, no tiene ese animus vendendi*¹⁸⁶; y

¹⁸⁶ Ortíz Blanco, Gonzálo, *El contrato de Compraventa*, Ed, Tirant lo Blanch, México, 2018, p. 320

3. Desde un punto de vista material, consideramos que al momento de celebrar un contrato de promesa de compraventa, las partes no cuentan con los elementos materiales para la celebración del contrato definitivo.

Amén de lo anterior, es necesario afirmar que el hecho de que se celebre el contrato de promesa, y en éste se fije tanto el precio como la cosa, la promesa de compraventa no tendrá efectos traslativos del dominio del inmueble, tal como se desprende de la siguiente tesis aislada:

PROMESA DE VENTA, CONTRATO DE. NO ES TRASLATIVO DE DOMINIO NI PRIVA AL PROMITENTE DEL INTERES JURIDICO PARA ACUDIR AL AMPARO.

El hecho de que la quejosa refiera que celebró contrato de "promesa de venta", respecto de un inmueble no significa que hubiere tenido lugar la traslación de dominio y la pérdida de su interés jurídico en relación con el inmueble, ya que la promesa de venta como, en general, los contratos preparatorios no son traslativos de dominio; y si la quejosa demostró la propiedad es evidente que acredita también el interés jurídico para comparecer a solicitar la protección de la Justicia Federal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.¹⁸⁷

Como podemos observar de lo transcrito, el segundo Tribunal Colegiado determinó que los contratos de promesa no tienen los efectos del contrato definitivo en relación con la transmisión del dominio del bien, por lo que el fijarlos no estará confundiendo a la compraventa con una promesa de venta.

187 Tesis Aislada Tribunales Colegiados de Circuito, Amparo directo 272/95, Elisa Sánchez Hernández. 12 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: José Nieves Luna Castro, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación. Tomo III, Enero de 1996, página 330, Registro digital: 203458

Por el contrario, si los elementos esenciales del contrato de compraventa, faltan en éste, no quiere decir que se convierta en un contrato de promesa de compraventa, tal y como se desprende de lo siguiente:

COMPRAVENTA, FORMALIDADES DEL CONTRATO DE. SU FALTA NO SIGNIFICA QUE SE TRANSFORME EN CONTRATO DE PROMESA (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

Es verdad que, de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 2924 del Código Civil del Estado de Guanajuato, los contratos de compraventa de inmuebles cuyo valor exceda de quinientos pesos, deberán consignarse en escritura pública. Sin embargo, la falta de la formalidad no trae como consecuencia que el contrato deje de ser compraventa, para convertirse en promesa de venta, ya que la falta de forma o solemnidad en los contratos, lo que motiva es su nulidad, pero que no opera de pleno derecho, puesto que es necesaria su declaración judicial, en el juicio respectivo. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1679 del Código Civil, la acción de nulidad fundada en la falta de forma o solemnidad, se extingue por la ratificación y el cumplimiento voluntario de la obligación.¹⁸⁸

Asimismo, la diferencia mencionada respecto de los contratos preparatorios y los definitivos, los contratos de promesa sólo generan obligaciones de hacer, tal como lo explicaremos en el próximo capítulo.

Ahora bien, diferente es el supuesto en el que se fijan precio y cosa desde el contrato preparatorio de compraventa y cuando se recibe una parte del precio, aunque sea por concepto de depósito, pues si se recibe parte del precio en el

188 Tesis Aislada, Tercera Sala, Amparo directo 7672/65, oberto Anaya Orozco y María Ofelia Anaya de Villalobos. 23 de junio de 1966. Cinco votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez, Semanario Judicial de la Federación, Volumen CVIII, Cuarta Parte, página 78, Registro digital: 269880

contrato de promesa, estaremos ante un contrato imperfecto de compraventa, según lo siguiente:

PROMESA DE COMPRAVENTA. CUANDO SE RESCINDE EL CONTRATO RELATIVO ES APLICABLE EN LO CONDUCENTE, POR ANALOGÍA, EL ARTÍCULO 2311 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO.

Hechos: Dos personas celebraron un contrato de promesa de compraventa de un inmueble; ambas partes se demandaron y una de ellas solicitó la rescisión del contrato, la devolución de una cantidad entregada por el promitente vendedor por concepto de depósito en garantía y los intereses legales generados por ésta; en lo que interesa, la responsable condenó al promitente vendedor a la entrega de dicha cantidad, así como al pago del interés que ésta hubiera generado con base en el artículo 2311 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México. El promitente vendedor promovió amparo directo en el que adujo, entre otras cuestiones, que el precepto no es aplicable a los contratos de promesa, dado que no se trata de una compraventa. Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que el artículo 2311 del Código Civil citado, es aplicable en lo conducente, por analogía, cuando se rescinde un contrato de promesa de compraventa; por el que si el promitente comprador ha entregado alguna cantidad de dinero al promitente vendedor, aun con el carácter de depósito en garantía, pero que servirá al final para el pago del inmueble si se alcanza la compraventa, este último al devolverla, pagará los intereses legales aunque no se hubieren pactado por las partes en el contrato de mérito. Justificación: El primer párrafo del artículo 2311 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable

para la Ciudad de México establece que si una venta se rescinde, el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho y el segundo párrafo prevé que el comprador que haya pagado parte del precio tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó. Ahora, por una parte, debemos tener en cuenta que el artículo 2246 del código mencionado establece que para que sea válido el contrato de promesa debe contener los elementos característicos del contrato definitivo y, por otro lado, el diverso artículo 1858 del código en cita prevé que a los contratos que no estén especialmente reglamentados se les podrán aplicar las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía o identidad. En consecuencia, cuando se rescinde un contrato de promesa de compraventa, si el promitente comprador ha entregado alguna cantidad de dinero al promitente vendedor, que al final servirá para el pago del inmueble si se realiza la compraventa, éste deberá devolverla en términos del precepto 2311, es decir, con los intereses legales relativos, ya que se presupone que obtuvo un beneficio derivado de la liquidez que le generó el depósito. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. 189

Como podemos observar, pareciera que, una vez explicado lo anterior, no cabe duda que existe una diferencia entre contrato preparatorio y contrato definitivo de compraventa.

3.8.3 DIFERENCIA CON LAS NEGOCIACIONES Y LA CARTA DE INTENCIÓN

189 Tesis Aislada, Undécima época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: I.5°.C.10 C (11ª.), Registro digital: 2024461

Es necesario distinguir entre los contratos preparatorios y la negociación precontractual, toda vez que ésta configura una etapa previa de los contratos, como menciona Andrade, coincidimos con lo siguiente:

El inicio de las negociaciones marca también el principio del iter contractual, esto es, del proceso seguido para contratar, que transita desde el comienzo de las negociaciones hasta la eventual realización del contrato pretendido.

Las partes que negocian la celebración de un contrato pueden dejar constancia del inicio de las negociaciones en una carta de intención, la cual tiene efectos obligatorios en razón de que las vincula para negociar de buena fe y lealtad negocial, con la finalidad real de alcanzar un acuerdo sobre el contrato definitivo.

Cualquiera de las partes puede terminar las negociaciones, pero en caso de que concluyan de manera intempestiva o que se desprenda de las circunstancias que tales negociaciones se condujeron de mala fe, sin la verdadera intención de alcanzar un acuerdo, la persona afectada podrá reclamar la responsabilidad civil precontractual por culpa in contrahendo, esto es, por culpa en el curso de las negociaciones contractuales, en particular cuando tales negociaciones habían alcanzado un nivel tal que se daría a entender que el contrato podría concertarse.¹⁹⁰

De lo anterior se desprende que la carta intención en realidad es una etapa precontractual que podría desembocar ya sea en un contrato definitivo o bien en un contrato preparatorio. Esto es, la carta intención constituye una etapa previa a cualquier contrato.

Amén de lo anterior, el incumplimiento de un contrato preparatorio traería como consecuencia la rescisión del mismo y el consecuente pago de daños y

190 De la Madrid Andrade, Mario, *Los contratos civiles*, México, Ed. Oxford, 2016, p. 30

perjuicios, mientras que la carta intención traería como consecuencia la *culpa in contrahendo*.

3.8.6 OFERTA DE POLICITACIÓN Y CONTRATO PREPARATORIO

En este caso, estamos ante el supuesto de que la oferta de policitación es una declaración unilateral de la voluntad y está regulada en el artículo 1806 del Código Civil para el Distrito Federal y se refiere a la oferta sin fijación de plazo a una persona no presente, mientras que el otro es un contrato, por lo que estamos ante una distinción en la naturaleza jurídica.

Hasta en tanto la oferta no sea recibida por el proponente de acuerdo con el artículo 1807 del citado ordenamiento, no estaremos en presencia de un contrato, sino solamente de un esbozo o preparación para lo que sería una relación jurídica entre dos personas en potencia.

3.8.7 CONTRATO PREPARATORIO Y CONTRATO DE OPCIÓN

El contrato de opción es *el negocio jurídico por virtud del cual una parte denominada concedente, otorga de manera irrevocable a la otra, llamada optante, la facultad exclusiva de decidir a su arbitrio entre celebrar o no un contrato principal dentro de un cierto plazo y de acuerdo con determinadas condiciones*¹⁹¹.

Nos encontramos entonces ante la facultad de un posible acreedor entre celebrar o no un contrato definitivo en el caso del contrato de opción; mientras que en el contrato preparatorio son ambas partes quienes están de acuerdo en celebrar un contrato definitivo en virtud de esa obligación de hacer que se pacta.

191 *Ibidem*, p. 31

3.8.8 CONTRATO DE PRELACIÓN O DE PREFERENCIA

El contrato de prelación o de preferencia es *aquél por virtud del cual una de las partes, denominada otorgante o promitente, se obliga frente a la otra, llamada beneficiario, para el caso de que se decidiera a celebrar con posterioridad un determinado contrato a preferir a este respecto de otras personas eventualmente interesadas en realizar ese mismo contrato.*¹⁹²

El contrato de prelación, el cual puede estar contenido en un contrato de compraventa por ejemplo, en el cual A que está vendiendo, se obliga con B a preferirlo en el caso de una eventual venta.

En este caso, a diferencia del contrato preparatorio, estamos ante una condición suspensiva, la cual tiene una realización contingente; mientras que el contrato definitivo como vimos, debe contener necesariamente un plazo para que el contrato definitivo se lleve a cabo.

3.8.9 CONTRATO DE PROMESA Y CONTRATO DE COMPRAVENTA SUJETO A UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA

En este supuesto, pudiera parecer que estamos ante un supuesto similar, pero con diferentes denominaciones; sin embargo, en el supuesto en que la compraventa se sujete a una condición suspensiva, únicamente refiere a que la transmisión del dominio del bien se está suspendiendo la existencia de la obligación a que suceda un acontecimiento futuro de realización incierta; es decir, no se está previendo una obligación de hacer, sino simplemente se está difiriendo la transmisión de la propiedad sujeto a otro acontecimiento.

¹⁹² *Ibidem*, p. 34

3.8.10 CONTRATO DE PROMESA Y COMPRAVENTA DE COSA ESPERADA.

El contrato de cosa esperada o *emptio rei speratae* es una modalidad del contrato de compraventa y es aquél en el que *subordina la entrega de la cosa y el pago del precio a la condición suspensiva consistente en que la cosa llegue a existir, comprando sólo en el monto en que llegue a producirse*¹⁹³.

En este caso, nos encontramos ante un contrato de compraventa bajo una modalidad especial en la que el comprador sólo adquirirá los bienes que lleguen a existir; es decir, se encuentra sujeta a una condición suspensiva.

Esa condición suspensiva, no recae sobre la voluntad de las partes, ni del objeto, debido a que estaríamos ante casos de inexistencia (en ambos supuestos); más bien la condición suspensiva recaería sobre los efectos del contrato.

De lo anterior se desprende que no estamos ante una obligación inexistente, sino que es un contrato en virtud del cual el objeto no es determinado, es determinable.

Como consecuencia de lo anterior, nos encontramos ante las mismas diferencias que en el contrato de compraventa, pues en el caso de la compraventa de cosa esperada ya están determinadas las obligaciones de dar de las partes, cosa que no sucede en el contrato de promesa, toda vez que éste genera únicamente obligaciones de hacer.

3.9.8 CONTRATO DE PROMESA Y CONTRATO DE ESPERANZA

193 Ortiz Blanco, Gonzalo, *op cit*, p. 260

En este caso (*emptio spei*) también nos encontramos ante una modalidad de la compraventa en la que *quien asume los riesgos de la existencia de la cosa es el comprador; es decir, se pueden estipular como objeto indirecto tanto cosas de existencia futura como cosas existentes pero que aún no se encuentran en el patrimonio del vendedor*¹⁹⁴.

En este tipo de contratos se puede pactar que el comprador sufra el riesgo respecto de: *(i) la inexistencia de la cosa; o (i) la cantidad de cosas que pueda llegar a existir*¹⁹⁵.

Como podemos observar, a diferencia de la cosa esperada, la compraventa de esperanza el riesgo recae sobre el comprador y no se da respecto de los bienes que efectivamente lleguen a existir.

En este caso estamos ante la misma situación que la *emptio rei speratae*, ya que ésta es solamente una modalidad de la compraventa y hay obligaciones de dar, mientras que los contratos de promesa, solamente genera obligaciones de hacer.

3.9 PARTES DEL CONTRATO PREPARATORIO

Las partes en este tipo de contratos serán denominados en términos generales, pues son los promitentes.

3.10 TIPOS DE CONTRATOS PREPARATORIOS

Dado que mencionamos que los contratos preparatorios son aquellas situaciones que generan actos jurídicos posteriores, consideramos que los tipos de contratos preparatorios son los siguientes:

194 Cfr. Ortiz Blanco, Gonzalo, *op cit*, p. 262

195 Cfr. Ortiz Blanco, Gonzalo, *op cit*, p. 264

1. Contrato asociativo. Consideramos que cualquier contrato asociativo será un contrato preparatorio, toda vez que se crea una nueva persona jurídica que servirá para que, eventualmente, celebren posteriores actos jurídicos. Sirva de ejemplo la definición de sociedad de responsabilidad limitada:

Artículo 58.- Sociedad de responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la presente Ley. ¹⁹⁶

2. Contrato de mandato o comisión mercantil

ARTICULO 2546.- El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga. ¹⁹⁷

Artículo 273.- El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña.

¹⁹⁸

Como puede observarse, estamos ante una situación mediante la cual, en la celebración de este tipo de contrato, generará una situación en la que tendrá el mandatario o comisionista, eventualmente, la obligación de celebrar actos jurídicos posteriores.

196 Ley General de Sociedades Mercantiles: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf, consultado el 06 de agosto de 2023 a las 20:56

197 Código Civil para el Distrito Federal, *op cit*, consultado el 06 de agosto de 2023 a las 20:56

198 Código de Comercio: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_de_Comercio.pdf, consultado el 06 de agosto de 2023 a las 21:00

Amén de lo anterior, es importante mencionar que en el mandato o comisión mercantil los actos jurídicos encomendados al mandatario o comisionista serán nulos si no los ratifica tácita o expresamente el mandante o comitente de conformidad con el artículo 2582 del Código, por lo que consideramos que estamos ante un contrato preparatorio en sentido amplio.

3. Contrato de fideicomiso.-

Artículo 381.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.¹⁹⁹

Este es otro ejemplo de situación mediante la cual se celebrará un negocio jurídico y, posteriormente, se celebrarán distintos actos jurídicos, por lo que también consideramos este acto como una situación preparatoria.

Asimismo, consideramos que los contratos preparatorios no son exclusivos en materia civil, sino que también, como hemos demostrado, también son aplicables a los contratos mercantiles, pues son situaciones previas a contratos que se celebrarán con posterioridad.

3.11 QUÉ CONTRATOS PREPARATORIOS NO PUEDEN CELEBRARSE.

Desde nuestra perspectiva, los únicos contratos preparatorios que no podrán celebrarse son respecto de los mismos contratos preparatorios; es decir, de los contratos de promesa, de un contrato de fideicomiso, un mandato o comisión y/o un contrato asociativo.

199 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf, consultado el 06 de agosto de 2023 a las 21:15

En el siguiente capítulo propondremos, a nuestro juicio, con base en nuestro marco conceptual, lo que se debería prever en materia de contratos preparatorios.

IV. CAPÍTULO CUARTO

4. INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En este capítulo nos enfocaremos en entender el código a la luz de las técnicas de interpretación de Riccardo Guastini expuestas en el primer párrafo de la presente investigación.

Asimismo, añadiremos lo que a nuestra perspectiva podrá servir para interpretar otro tipo de negocios que no necesariamente sean de este tipo de contratos.

Aunado a lo anterior, las reglas que expondremos en este capítulos servirán para analizar casos prácticos en donde se ha utilizado la figura y han existido controversias por desconocimiento de la naturaleza jurídica de este tipo de contratos.

Por último, propondremos un modelo de contrato y sus reglas de interpretación que sirvan para evitar malas prácticas en su aplicación.

En ese sentido, partiremos de la transcripción del capítulo de las disposiciones en materia de contratos preparatorios contenidas en el Código Civil, para posteriormente interpretar desde las técnicas de interpretación de Guastini y, posteriormente, utilizar la hermenéutica para que sirva para demostrar su eficacia de interpretación a cualesquier otro tipo de contratos.

TITULO (sic) PRIMERO

De los contratos preparatorios.- La promesa.

ARTICULO 2243.- Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.

ARTICULO 2244.- La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral o bilateral.

ARTICULO 2245.- La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.

ARTICULO 2246.- Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

ARTICULO 2247.- Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez; salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.²⁰⁰

La primera aproximación que tendremos con este tipo de contratos es dilucidar que el Código Civil para el Distrito Federal en este capítulo regula únicamente una especie de los contratos preparatorios en sentido estricto; si bien establecimos que existen, en nuestra perspectiva, distintos tipos de contratos preparatorios en sentido amplio como el contrato de mandato y los contratos asociativos, el código solo refiere a los contratos de promesa como contratos preparatorios.

El Código Civil al regular un capítulo en específico de los contratos preparatorios y mencionar a la promesa como la especie que regulará, desde nuestra perspectiva, da pie a que reconozca la existencia de otro tipo de contratos preparatorios.

Como podemos observar, no existe ningún tipo de laguna de donde podemos observar lo comentado en los párrafos anteriores que explique o que pueda sustentar lo que estamos aduciendo (no es axiológica porque nuestra interpretación

²⁰⁰ Código Civil para el Distrito Federal, *op cit*, consultado el 12 de agosto de 2023 a las 14:12 horas

no se fundamenta en la ausencia de valores que tenga el ordenamiento jurídico, no es una laguna normativa porque no tiene una posible combinación que pudiera denotar la ausencia de regulación de una norma, ni tampoco es una laguna técnica porque su existencia no es una condición necesaria para la eficacia o efectividad de otra norma), por lo que consideramos que es más bien una *laguna lingüística*.

Sabemos que la primera interpretación que debe realizarse a un ordenamiento jurídico debe ser la literal en cuanto a su lenguaje; sin embargo, el Código es ambiguo, los legisladores no necesariamente son peritos en Derecho y bajo el razonamiento del principio general de derecho que estipula que lo que no está prohibido, está permitido, encontramos la posibilidad de que puedan existir otro tipo de contratos preparatorios y es el mismo código el que nos da esa posibilidad con su lenguaje.

En ese sentido, combinaremos la hermenéutica (el lenguaje) con las técnicas de interpretación de Guastini.

El Código en este capítulo regula los contratos preparatorios y, posteriormente a ello, menciona después de un punto y una coma que ese capítulo regulará en específico los contratos de promesa.

Proponemos entonces que la *laguna lingüística* es la ausencia de relación que pueda existir entre determinadas figuras de un mismo campo²⁰¹ de lenguaje, derivado de la ambigüedad de dicho campo y del signo significativo que el intérprete pueda otorgar.

La pertinencia de lo anterior, radica en que en el conjunto de palabras que dicen de los contratos preparatorios, por lo que entendemos que el ordenamiento jurídico, en específico, el Código Civil, reconoce la existencia de otro tipo de contratos preparatorios, por lo que se podemos denominar a los contratos asociativos, mandato o comisión mercantil y el fideicomiso.

²⁰¹ Campo entendido en el contexto de lo explicado por Bordieu; vease Bourdieu, Pierre y Teubner, Günther, *La fuerza del derecho*, Colombia, Ed. Pensar, 1987.

Ahora bien, respecto a cuáles son los tipos de interpretación jurídica que se les está aplicando, consideramos lo siguiente:

Si bien los tipos de interpretación de Riccardo Guastini son aplicables a las normas jurídicas con el objetivo de colmar lagunas, no identificamos una laguna aplicable conforme a las que el autor clasifica.

Por lo anterior, hemos realizando una interpretación doctrinal conforme a la hermenéutica jurídica (lenguaje); sin embargo, no encontramos una técnica de interpretación que sea aplicable conforme a la taxonomía de Guastini.

Lo anterior es una cuestión de semántica en donde, como hemos establecido en otros capítulos, existen relaciones de género y especie entre estas figuras que, en mayor o menor medida, por el desconocimiento del Derecho por el legislador, da pie a que se puedan interpretar las disposiciones y, por lo tanto, existan lagunas lingüísticas.

Ahora bien, a partir del artículo 2243 al artículo 2247 del Código Civil para el Distrito Federal, dividiremos su estudio bajo las técnicas de interpretación de: (i) Riccardo Guastini; y (ii) la hermenéutica jurídica.

En el artículo 2243 encontramos una disposición que menciona que *puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro*²⁰², por lo que podemos observar lo siguiente:

- I. Desde nuestra perspectiva, no existe ningún tipo de laguna en este sentido: a. no revela determinados valores, por lo que no estamos ante una laguna axiológica; b. no nos encontramos en el supuesto en que no se encuentre regulado una combinación de disposiciones, por lo que no es una laguna normativa; y c. no encontramos en el supuesto en el que exista la ausencia de otra norma y, por tanto, sufra de alguna ineficacia o inefectividad, por lo que tampoco estamos ante una laguna técnica.

²⁰² Código Civil para el Distrito Federal, op cit, consultado el 13 de agosto de 2023.

(ii) Desde un punto de vista de la hermenéutica jurídica, el lenguaje nos va a permitir desentrañar algo relacionado con el lenguaje utilizado en la disposición normativa.

Como podemos observar, nos encontramos en el supuesto de un enunciado (entendido como lo expuesto en capítulos anteriores, respecto de que son expresiones lingüísticas que no pueden ser subsumidas en ninguna otra categoría gramatical) que no describe ni registra nada, ni es verdadera ni falsa; y al expresar la oración, sería realizar una acción.

Estamos entonces, ante un enunciado que expresa que las partes pueden asumir la obligación de celebrar un contrato futuro.

Si reconocemos que las partes pueden asumir la obligación de celebrar un contrato futuro, leemos la disposición de manera aislada y tenemos en cuenta lo que no dice el ordenamiento jurídico, pero que no lo prohíbe, estamos ante un supuesto jurídico que reconoce que pueden existir diversos contratos preparatorios.

Lo anterior en el entendido de que si nos guíamos por lo que dispone la norma jurídica, si A celebra un contrato de mandato con B para efectos de celebrar un contrato distinto entre B y un tercero en nombre y representación del mandante, entonces estaríamos ante un contrato preparatorio.

Asimismo, si se constituye un fideicomiso para garantizar un contrato de crédito que se celebrará posterior a la constitución del fideicomiso, estaríamos en el supuesto de un contrato preparatorio, sólo que en este caso esta disposición se emplearía de aplicación supletoria y la disposición correcta sería la del Código Civil Federal.

Por último, en el supuesto en que se constituyera una sociedad, ésta, para el cumplimiento de su objeto social, deberá celebrar distintos tipos de contratos de cualquier naturaleza, por lo que este artículo también sería aplicable a dichos contratos.

Por lo anterior, sostenemos que el código prevé la posibilidad de la celebración de distintos tipos de contratos preparatorios, no obstante el capítulo se refiera únicamente a los contratos de promesa.

Por otro lado, el signo significativo de esta disposición nos demuestra que la intención del legislador; es decir, la interpretación auténtica de la norma jurídica nos permite encontrar que los contratos preparatorios, en específico, los contratos de promesa dan lugar únicamente a obligaciones de hacer, esto debido a que puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.

Recordemos que el objeto directo de las obligaciones consiste en un dar, hacer o no hacer, por lo que si la obligación de las partes será la de celebrar un contrato futuro, no puede ser de dar o de no hacer, sino de hacer.

En cuanto al artículo 2244, que menciona que *la promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral o bilateral*²⁰³, consideramos lo siguiente:

- II. No estamos en el supuesto de ninguna de las lagunas a que hace referencia Guastini, simplemente es un artículo descriptivo de las características de los contratos preparatorios, o más bien, su clasificación legal.

(ii) En cuanto al lenguaje del artículo y desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, consideramos que el mismo es un enunciado en términos de lo descrito en el primer capítulo de la presente investigación, toda vez que este artículo es un conjunto de enunciados que describen la clasificación de los contratos preparatorios.

En ese sentido, consideramos que realizarse una interpretación sistemática de este artículo con otros relacionados con el mismo para que podamos encontrar el sentido de las palabras unilateral y bilateral.

²⁰³ Idem

Los contratos unilaterales son aquellos que se configuran *cuando una sola de las partes queda obligada hacia la otra sin que ésta le quede obligada*²⁰⁴, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1835 del Código Civil para el Distrito Federal.

El ejemplo por antonomasia de lo anterior, es la donación, en donde sólo una de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta quede obligada a su vez.

En ese sentido, podemos afirmar que el Código permite la celebración de contratos de promesa unilaterales.

Por lo anterior, nos preguntamos si necesariamente el contrato a celebrar será también un contrato unilateral o si puede obligarse un sujeto unilateralmente a celebrar un contrato bilateral.

Desde nuestra perspectiva, no tendría sentido que una sola de las partes se obligue a celebrar un contrato bilateral, cuando el contrato bilateral, como veremos, generará obligaciones recíprocas, por lo que consideramos que la clasificación a que hace mención el código, respecto de que puede ser unilateral, radica en que se puede celebrar un contrato futuro de donación.

Es decir, el contrato preparatorio, seguirá la suerte del contrato definitivo, no obstante los dos contratos sean, por naturaleza, principales y no accesorios uno del otro.

Consideramos como ejemplo de lo anterior el supuesto en donde una persona A tenga la certeza de que recibirá por cualquier concepto un asador con ciertas medidas y características que lo harían imposible de ocupar por las medidas y características del lugar en donde vive la persona A.

En ese sentido, A al saber que una persona B que es su familiar y tiene el lugar y espacio adecuado para tener el asador en comento en el párrafo inmediato

²⁰⁴ Código Civil para el Distrito Federal, op cit, consultado el 13 de agosto de 2023 a las 12:11 horas.

anterior, celebra un contrato de promesa con B, en el que se estipule que A celebrará un contrato de donación con B, en el que le donará el asador.

En cuanto a los contratos bilaterales, encontramos en el artículo 1836 del Código Civil para el Distrito Federal que son aquellos en los cuales *se obligan las partes recíprocamente*²⁰⁵.

Los ejemplos de contratos bilaterales son claros, ya que se da en la mayoría de contratos civiles, por ejemplo, el contrato de compraventa, el de mutuo, permuta, prestación de servicios, etc.

No obstante lo anterior, el código no distingue en este artículo si se refiere a los contratos sinalagmáticos perfectos en donde existe interdependencia en el nacimiento de las obligaciones como en la compraventa o sinalagmáticos imperfectos bajo los cuales las obligaciones de las partes tienen un momento de ejecución distinta, como en el contrato de prestación de servicios.

Lo anterior cobra relevancia ya que el contrato de mandato, según el cual hemos establecido que es una especie de contrato preparatorio, es un contrato sinalagmático imperfecto en donde las obligaciones de ambas partes nacen en momentos distintos.

Ahora bien, respecto a las promesas de contratos, consideramos que son sinalagmáticos perfectos, porque las obligaciones de hacer de ambas partes consistentes en celebrar un contrato futuro, nacerán en un mismo momento.

Respecto a la clasificación doctrinal de este tipo de contratos, consideramos que los mismos pueden clasificarse en principales, pues no requieren de otro contrato para existir, unilaterales o bilaterales (tanto sinalagmáticos perfectos en el caso de contratos de promesa como sinalagmáticos imperfectos en el caso de los otros tipos de contratos preparatorios como el mandato), podrán ser gratuitos u onerosos, dependiendo del contrato definitivo, conmutativos en virtud de que las prestaciones son ciertas de que se celebra el contrato, onerosos porque creemos

²⁰⁵ Idem, a las 12:19 horas.

que también cumplen una función económica, típicos porque están regulados, nominados porque cuentan con una denominación y formales, porque, como veremos, la ley impone ese requisito.

En relación con el artículo 2245 que menciona que *la promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido*²⁰⁶, mencionaremos lo siguiente:

- III. Una vez más nos encontramos ante un supuesto que no implica una antinomia o una laguna técnica, axiológica o normativa desde nuestra perspectiva; sin embargo, según explicaremos en el siguiente inciso, es piedra angular para este tipo de contratos según la regulación mexicana.

(ii) Respecto al punto de vista de la hermenéutica jurídica, consideramos este enunciado como descriptivo, porque en consonancia con el artículo 2243 del Código estipulan el contenido de los contratos.

No obstante lo anterior, consideramos que el signo significativo de este artículo es la piedra angular de este tipo de contratos y que diferencia a éstos con los definitivos y con cualquier otro tipo de contratos.

Nos referiremos de nuevo a los tipos de obligaciones que existen realizando una interpretación sistemática de las mismas:

- IV. Las obligaciones de dar, que según el artículo 2011 del Código Civil para el Distrito Federal, consisten en lo siguiente:

Artículo 2011.- La prestación de cosa puede consistir:

- V. En la traslación de dominio de cosa cierta;
 - II. En la entrega temporal del uso y/o goce de cosa cierta; y
 - III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.²⁰⁷

²⁰⁶ *Idem*, a las 15:08 horas.

²⁰⁷ *Idem*, a las 15:20 horas.

En ese sentido, podemos observar que la redacción del código es desafortunada, pues refiere a la prestación de cosa. Prestación es utilizada en la definición de obligación para referirse como género a obligaciones de dar o de hacer; mientras que cosa, en el campo jurídico no es correcta, toda vez que cosa también es género de la especie bien (recordemos que las cosas en sentido amplio son cualquier ente susceptible o no de apropiación, si es susceptible de apropiación es denominada bien y si no lo es debe ser denominada cosa en sentido restringido).

La palabra cosa refiere más bien a los entes que están fuera del comercio, ya sea por disposición de la ley o por su naturaleza²⁰⁸.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos que el código debería expresar *la obligación de dar un bien puede consistir en:*.

La primera fracción refiere a la traslación de dominio de cosa (que como ya explicamos debería referir a la palabra bien) cierta, lo que quiere decir que la obligación de dar puede consistir en una primera instancia en la transmisión de la propiedad de un bien cierto. Para que la cosa sea cierta debe ser determinada o determinable²⁰⁹. Un ejemplo de lo anterior, implica la transmisión de propiedad que se da en una compraventa cuando el bien es cierto.

La segunda fracción refiere a que también puede consistir en el uso y goce de un bien cierto. Consideramos que si se da un contrato en el que ya se tenga el disfrute del bien se tiene necesariamente el uso del mismo.

Un ejemplo de lo mencionado en dicha fracción es el arrendamiento de bien inmueble cierto, en donde el arrendador le transmite el uso y goce de un inmueble al arrendatario, quien paga por concepto de renta el uso y goce de dicho inmueble.

Por último, la restitución de bien ajeno o pago de la cosa debida es el supuesto en el que el mutuuario entrega otro tanto de la misma especie, calidad o

²⁰⁸ Véase el artículo 748 del Código Civil para el Distrito Federal.

²⁰⁹ Véase el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal.

cantidad al mutante que le transmitió la propiedad de una cantidad de dinero o de bien fungible.

Respecto al pago, es *la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del hecho que se hubiere prometido*²¹⁰, de conformidad con el artículo 2062 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como podemos observar, los 3 supuestos que regula el código consisten en transmitir o *dar* algo a otra persona por distintos títulos.

Las obligaciones de hacer, por su parte, están reguladas en el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, al mencionar que *son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- **El hecho que el obligado debe hacer o no hacer***²¹¹.

En ese artículo, se regulan los objetos directos de las obligaciones, los cuales consisten en dar, hacer o no hacer.

Como podemos observar, las obligaciones de hacer son aquellos hechos que el obligado debe prestar.

En ese sentido, las obligaciones de hacer pueden ejemplificarse con los contratos de promesa, los cuales tendrán como objeto indirecto las obligaciones de hacer consistentes en la celebración de un contrato futuro.

Respecto a las obligaciones de no hacer, consideramos que es claro que consisten en la obligación de abstención que tiene una persona respecto de cierto negocio; por ejemplo, el arrendador tiene la obligación de *permitir el uso pacífico del bien arrendado*²¹² al arrendador; es decir, abstenerse de realizar cualquier acto que perturbe el uso pacífico de éste.

²¹⁰ Idem, revisado a las 15:45 horas.

²¹¹ Idem, revisado a las 15:50 horas, lo resaltado es propio.

²¹² Véase el artículo 2212, F IV del Código Civil para el Distrito Federal.

En ese sentido, consideramos que el artículo 2245 del Código es piedra angular para identificar a este tipo de contratos y diferenciarlos de cualesquier otro tipo de contrato.

No ahondaremos más en este tema, pues en el Capítulo Tercero de la presente investigación diferenciamos de distintos tipos de hechos jurídicos y contratos a los contratos de promesa establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal.

En relación con el artículo 2246, que estipula que para *que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo*²¹³, consideramos lo siguiente:

- VI. Nos encontramos ante lagunas de tipo normativas y técnicas. Lagunas normativas porque ante la situación de declaración de invalidez por falta de plazo no existe disposición en el Código Civil que regule ese tipo de invalidez y técnicas porque no existe, aparentemente, una norma que regule qué tipo de invalidez tendría el contrato en caso de ausencia de plazo o de contener los elementos característicos del contrato definitivo.

Consideramos laguna normativa a la falta de plazo porque al hacer una combinación de normas jurídicas no encontramos regulado el supuesto en donde se prevea la invalidez para el caso de falta de plazo de los contratos de promesa.

Como podemos observar, la falta de plazo no forma parte de los elementos de existencia, ni elementos de validez. Los elementos de existencia son el consentimiento y el objeto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1792 y de conformidad con el artículo 1793, el contrato puede ser invalidado por I.- incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.- vicios del consentimiento; III.- porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV.- porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece²¹⁴.

²¹³ Código Civil para el Distrito Federal, op cit, consultado el 13 de agosto de 2023 a las 16:04 horas.

²¹⁴ *Idem*

Como podemos observar, y conforme a lo que hemos expuesto, el Código no regula a la ausencia de plazo como un supuesto de existencia o de validez de los actos jurídicos.

Referente a la ausencia de plazo en el contrato, consideramos que lo correcto será que se aplique *mutatis mutandis* lo dispuesto en el código en materia de obligaciones en el artículo 2080, que dispone que tratándose de obligaciones de hacer, *el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación*²¹⁵, para lo cual el interesado no quede en estado de indefensión.

Para utilizar un argumento analógico que pudiera subsanar la falta de plazo y para intepretarlo en relación con otras disposiciones, utilizamos las técnicas de interpretación extensiva y la sistemática.

En el caso en concreto, la invalidez mencionada en el Código, no está regulada por el mismo, ya que, como observamos, no forma parte de los requisitos de validez o de existencia.

Aunado a lo anterior, y, según lo expuesto, la falta de plazo establecida en un contrato de promesa vendría desde origen y no solamente sería un vicio que vendría después de la celebración del mismo; sin embargo, consideramos que si el contrato de promesa es bilateral, será aplicable la rescisión.

Respecto al hecho de que no conste por escrito, el contrato sufrirá de una ineficacia genética por falta de formalidad, por lo que traerá como consecuencia una nulidad relativa, la cual se caracteriza por ser confirmable, es prescriptible, puede hacerse valer por cualquier interesado y produce sus efectos.

El hecho de que este tipo de invalidez produzca sus efectos y sea confirmable, traerá como consecuencia que cualquiera de las partes o un tercero interesado, podrá acudir ante el juez para que se subsane la falta de formalidad.

²¹⁵ Idem

En cuanto a la invalidez que pudiere acarrear la ausencia de los elementos esenciales del contrato definitivo, nos encontramos con que sufrimos de la misma inaplicación de teorías de la nulidad, toda vez que tampoco constituye una ineficacia genética.

Al igual que el supuesto de la ausencia de plazo, la ausencia de elementos esenciales es un vicio con el que nace el contrato de promesa; sin embargo, consideramos que puede ser aplicable para el caso de que el contrato sea bilateral la rescisión.

(ii) Desde el punto de vista hermenéutico, estudiaremos el lenguaje, por lo que a nuestro criterio, merece la pena revisar si la “y” que contiene al final, es afortunada.

Tal parece que la “y” que encontramos en ese enunciado es un copulativo²¹⁶ para sumar el conjunto de supuestos mencionados por la disposición transcrita.

En ese sentido, al parecer “y” contenida en la disposición transcrita sirve para que entendamos que es una disposición que debe cumplir con la totalidad de los requisitos solicitados para ser válida; es decir, que deba contener los elementos esenciales del contrato definitivo, contener un plazo y constar por escrito.

Realizando una interpretación auténtica de lo anterior, consideramos que el legislador no quiso que los elementos del artículo en comento fueran interpretados de manera separada, toda vez que el propio código no regula dos supuestos de nulidad aplicables al caso en concreto.

Por lo anterior, proponemos que estos tres elementos sean entendidos en conjunto como ausencia de forma; es decir, que las tres características sean entendidas como la forma que deben revestir los contratos de promesa.

Como consecuencia de lo anterior, si falta algún requisito solicitado por el código traería como consecuencia la nulidad relativa del acto y, por lo tanto, las

216 Real Academia Española: Que ata, liga y junta una cosa con otra: <https://dle.rae.es/copulativo#>, consultado el 13 de agosto de 2023, a las 17 horas

consecuencias antes expuestas para este tipo de nulidad; es decir, sería confirmable, prescriptible, podría hacerse valer por cualquier persona y produciría efectos.

Aunado a lo anterior, consideramos conveniente tomar por correcta este tipo de interpretación a la luz del principio de conservación del contrato, por el cual las partes no quedarían en estado de indefensión y, según lo expuesto en capítulos anteriores, protegería la autonomía de la voluntad y la certeza jurídica para las partes.

Es así que aunque sea desafortunada la redacción del código y poco clara a la luz de otras disposiciones que regula, consideramos que esta solución sería conveniente para las partes en caso de aplicación del derecho por cualquier persona.

No obstante lo anterior, si el contrato de promesa en cuestión sigue siendo incumplido por una de las partes, es innegable que pueda utilizarse el pacto comisorio, ya sea tácito como una cláusula natural, o expreso, como cláusula accidental.

Por último, creemos que al ser poco claro el lenguaje utilizado por el código en relación con las figuras reguladas por él, nos encontramos ante un supuesto de sinsentido en donde el objeto de dos expresiones del artículo que estudiamos son inexistentes al no existir tipos de invalidez reguladas por el código.

Como último artículo de este capítulo regulado por el Código Civil, encontramos que el artículo 2247 menciona lo siguiente:

ARTICULO 2247.- Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez; salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo

responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte²¹⁷.

- VII. En cuanto a este artículo, consideramos que contiene una laguna técnica en virtud de que no menciona el plazo para que pueda ser firmado por el juez en rebeldía de uno de los contratantes.

Realizando una interpretación sistemática y extensiva de las disposiciones previstas en el Código, las cuales nos van a permitir resolver la laguna técnica.

Desde nuestra perspectiva, deberemos aplicar de forma extensiva dos artículos distintos para el mismo supuesto; el primer artículo a ser aplicado será desde el punto de vista sustantivo, y será responsabilidad de la parte que cumple y que quiere celebrar el contrato por algún interés que tiene para celebrarlo.

El artículo en comento es de nuevo la aplicación *mutatis mutandis* de lo dispuesto en el código en materia de obligaciones en el artículo 2080; es decir, que el interesado en que se firmen los documentos para dar forma legal al contrato pueda solicitarlo al juez siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

Por otro lado, desde el punto de vista adjetivo, el plazo para que el juez firme en rebeldía será aquél que bajo una técnica interpretativa sistemática, consideramos que debemos acudir al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 137 F. V, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 137.- Cuando este Código no señale términos para la práctica de algún acto judicial, o para el ejercicio de algún derecho, se tendrán por señalados los siguientes:

- I. Doce días para interponer el recurso de apelación contra sentencia definitiva;
- II. Ocho días para apelar de sentencia interlocutoria o auto de tramitación inmediata;

²¹⁷ Código Civil, op cit, consultado el 13 de agosto de 2023 a las 21:36

- III. Tres días para apelar preventivamente la sentencia interlocutoria o auto de tramitación conjunta con la definitiva;
- IV. Tres días para la celebración de juntas, reconocimientos de firmas, exhibición de documentos; a no ser que por circunstancias especiales creyere justo el juez ampliar el término, lo cual podrá hacer por tres días más; y
- V. **Tres días para todos los demás casos, salvo disposición legal en contrario.**²¹⁸

En ese sentido, consideramos que la aplicación de los 3 días para que el juez firme en rebeldía, parece un plazo razonable.

(ii) Desde un punto de vista de la hermenéutica jurídica, consideramos que el artículo en concreto contiene un problema intrínseco, toda vez que menciona que en caso de que una de las partes no quiere firmar y el juez puede firmar en rebeldía.

En caso que el bien haya pasado a un tercero de buena fe el afectado podrá pedir la indemnización de daños y perjuicios en este supuesto.

De lo anterior podemos concluir lo siguiente:

a. El artículo transcrito es desafortunado, debido a que desde el punto de vista práctico, el hecho de que se tenga que solicitar al juez que firme en rebeldía de una persona que no quiso dar forma legal al negocio.

b. Si esa persona no quiso dar forma legal al negocio, es muy probable que dicha persona no quiera cumplir con la firma del contrato definitivo que deberá celebrarse por la celebración del primer negocio.

c. El hecho anterior, solo traerá como consecuencia que se va a retrasar el proceso para lo que traerá como consecuencia la solicitud de los daños y perjuicios,

218 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: <http://aldf.gob.mx/archivo-ab814182c8da973b9fba2cabed6183b5.pdf>, consultado el 13 de agosto de 2023 a las 22:02

lo cual se pudo solicitar desde el principio y evitarse perder tiempo y trabajo al organo jurisdiccional.

d. El artículo regula el supuesto en el que ya se vendió el objeto de la promesa, pero, ¿qué pasará con los demás contratos de promesa que contienen obligaciones de hacer consistentes en la celebración de un contrato futuro que no necesariamente sea el de compraventa? Recordemos que los únicos contratos preparatorios que no podrán celebrarse serán los mismos contratos preparatorios para evitar quedar obligado a perpetuidad.

4.1 EJERCICIO HERMENÉUTICO

Conforme a lo expuesto en el Primer Capítulo de la presente investigación, aplicaremos el esquema de elementos necesarios para que sean validos los enunciados descriptivos según Austin a la luz de los contratos de promesa regulados en el Código Civil para el Distrito Federal y que consideramos que no es limitativo a este tipo de contratos, sino que también puede ser aplicable a otros contratos de diversas naturalezas.

En ese sentido, recordaremos primero que el esquema en comento debe estar compuesto por los siguientes elementos:

A. 1) Tiene que haber un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional; dicho procedimiento debe incluir la emisión de ciertas palabras por parte de ciertas personas en ciertas circunstancias. Además,

A. 2) En un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para recurrir al procedimiento particular que se emplea,

B. 1) El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes en forma correcta, y

B.2) En todos sus pasos,

r.1) En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos de algún participante, entonces quien participa en él y recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada, y además,

r.2) Los participantes tienen que comportarse efectivamente así en su oportunidad.²¹⁹

En cuanto al punto A. 1) debe haber un procedimiento convencional aceptado, el cual en este caso, es la celebración de un contrato cuyo proemio deberá contener que su naturaleza es la de un contrato de promesa, deberá contener los elementos esenciales del contrato definitivo, constar por escrito y contener un plazo. Asimismo, deberá ser un contrato en el que se estipulen sólo obligaciones de hacer.

En caso de que no contenga alguno de los elementos mencionados en el párrafo inmediato anterior, estaremos en el supuesto de un desacierto.

Respecto del supuesto A2 que consiste en que las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para recurrir al procedimiento, por lo que en este caso será necesario que ambas partes tengan legitimación para la celebración del contrato de referencia. Asimismo, las circunstancias particulares también serán que se cumpla con la formalidad, debido a que ante la ausencia de esta se tendrá que acudir con el juez para solicitar que firme en rebeldía.

Si no sucede alguno de los supuestos mencionados en el párrafo inmediato anterior, estaremos en la presencia de una mala aplicación del enunciado descriptivo.

219 Austin, J.L., *Cómo hacer cosas con palabras*, op cit, p. 11

Ahora bien, tanto el supuesto A1 como el supuesto A2 deberán llevarse de forma correcta; es decir, bajo el cumplimiento de cada una de las disposiciones del código en los artículos 2243 al artículo 2247.

En caso contrario el acto estará viciado y no simplemente como enunciado, sino en el mundo del derecho que, como hemos visto, sufrirá alguna de las consecuencias de las ineficacias genéticas o funcionales previamente expuestas en el Primer Capítulo de la presente investigación.

Amén de lo anterior, para que surta efectos y sea válido el enunciado descriptivo, deberá llevarse de la forma correcta en todos sus pasos.

Naturalmente es lógico pensar que para que una relación jurídica sea exitosa y cumpla con su objeto de celebrar un contrato definitivo, deben llevarse a cabo todos los pasos correctos desde la celebración del contrato hasta la terminación de la vigencia del mismo.

En el caso en que no se lleve a cabo de la manera correcta en todos sus pasos el enunciado constatativo será inconcluso y para el mundo del derecho tendrá como consecuencia el incumplimiento por alguna de las partes.

Por otro lado, es algo difícil de comprobar, pero de conformidad con lo expuesto, los contratantes deberán tener los hechos tales, sentimientos o pensamientos tendientes a conducirse de la manera adecuada; es decir, a concluir de buena manera con el contrato, y a celebrarse el contrato definitivo.

Consideramos que este elemento es difícil de probar por ser totalmente subjetivo, pero es claro que la intención de las partes al celebrar el contrato debe ser el de celebrar un contrato definitivo.

No obstante lo anterior, si alguna de las personas que están contratando no celebran estos contratos con esos pensamientos hechos o sentimientos, estaremos en la presencia de un acto insincero.

Por último, la consecuencia lógica de que los participantes en el contrato de promesa que piensan de una manera, deberán actuar en el mismo sentido, por lo que deberán comportarse de esa manera y celebrar el contrato definitivo.

A pesar de que el autor deja inconcluso cómo le llamaría a los actos cuyo supuesto no coincida entre el pensamiento y la actividad, es evidente que si el contratante realiza todos los actos tendientes a celebrar de manera correcta el contrato de promesa y, por lo tanto, celebran el contrato definitivo, estaremos ante un acto ilocucionario.

Ahora bien, el caso en que no coincida pensamiento y actividad, proponemos que sean actos incoherentes, al considerarse que no existe una relación entre lo pensado y lo realizado.

Es así que consideramos que el ejercicio realizado puede aplicarse a cualquier otro tipo de contrato.

Por lo anterior, a manera de ejemplo realizaremos otro ejercicio respecto de otro contrato que sea también preparatorio para que no nos salgamos del tema.

Si se quiere constituir una sociedad en donde los socios son contadores y quieren abrir un despacho de contadores para prestar servicios contables y fiscales, se deberá realizar el mismo ejercicio respecto de una Sociedad Civil.

El procedimiento convencional aceptado será el de constituir la sociedad mediante estatutos sociales en los que se regulen los aspectos básicos de una sociedad tales como razón social, domicilio social, vigencia de la sociedad, capital social, objeto social, nacionalidad, etc. En caso contrario estaremos en el supuesto de un desacierto.

Las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas, por lo que las personas que redactaron sus estatutos sociales conforme a la legislación mexicana deberán acudir ante un Notario para que de fe de la constitución de esa sociedad y, por tanto, se convierta en una sociedad regular. Caso contrario encontraremos que es un acto mal aplicado.

El procedimiento deberá ser llevado a cabo por todos los participantes, ya que si no todos los socios firman la escritura constitutiva no habrán otorgado su voluntad y estaremos ante una situación de disolución parcial, o simplemente de incumplimiento. Por lo que si hay fallas en esta situación, estaremos ante un acto viciado que tendrá determinadas consecuencias jurídicas.

Deberá ser así en todos sus pasos, porque en caso contrario estaremos ante un acto inconcluso.

Asimismo, la voluntad de los participantes para constituir una sociedad, deberá ir en el mismo sentido, que precisamente en el contrato de sociedad tiene un nombre en específico y es denominado como *afectio societatis*, el cual consiste en la voluntad de los socios de participar de las utilidades y de las pérdidas en función de su participación social. En caso de ausencia de esa *afectio societatis*, estaremos ante un *acto insincero*.

Al firmar el acta constitutiva, los socios estarán confirmando esa voluntad y querrán constituir dicha sociedad para fines comerciales sin que llegue a ser especulación comercial. En dado caso de que sea contrario a la voluntad, estaremos a lo que hemos denominado como acto incoherente.

4.2 UTILIDAD DEL CONTRATO DE PROMESA

Después de todo lo expuesto, ¿es necesario que existan los contratos de promesa o los contratos preparatorios en sentido amplio?

Por cuanto hace a los que hemos considerado como contratos preparatorios en sentido amplio por la creación de una relación jurídica previa que servirá para la celebración de negocios jurídicos posteriores tales como el mandato o comisión mercantil, el fideicomiso y los contratos asociativos, creemos que es innegable su utilidad pues son contratos muy utilizados en la práctica y de los cuales su regulación no es del todo deficiente.

Consideramos entonces que la pregunta debe ir referida hacia los contratos de promesa en específico y de los cuales hemos expuesto que su regulación es deficiente tanto del punto de vista jurídico como del lenguaje.

Queda claro que lo que se trató de interpretar no es más que un análisis jurídico que se llevó a cabo bajo la argumentación de que lo expuesto y lo regulado tenga una lógica jurídica que permita que su aplicación sea menos problemática, pero, ¿realmente sirve desgastarse para explicar una figura jurídica que sufre de mala regulación?

Consideramos que, conforme a lo expuesto en el Primer Capítulo de la presente investigación, la utilidad de los contratos preparatorios no sólo es jurídica al prever todo tipo de obligaciones de hacer para celebrar un contrato definitivo, sino que también sirve para que económicamente sea relevante para las partes el celebrar o no un contrato definitivo.

Si lo analizamos aún más a fondo, consideramos que los contratos de promesa son útiles y necesarios para la vida diaria en virtud de que va a regular el contrato definitivo; es decir, las partes que planearon cierto negocio van a dar forma a esa negociación mediante un contrato que va a servir para que esa negociación se encamine a la figura jurídica correcta y contenga los elementos esenciales del contrato definitivo, lo cual dará certeza jurídica a las partes.

Como ejemplo de lo anterior, imaginemos una relación jurídica compleja en donde una persona compra un terreno que tiene una superficie de cien mil metros cuadrados y el cual va a aprovechar para dividir y realizar distintos tipos de negocios sobre ese terreno.

El dueño del terreno necesita quién construya, por lo que se junta con una persona que se dedica a la construcción y constituyen un fideicomiso en el que se aporta el terreno y las construcciones a él adheridas.

De pronto, el dueño del terreno investiga y se da cuenta que existe en el mercado una figura comercial que se llama *fractional* y que consiste en que un conjunto de personas van a poder gozar del uso de una habitación de un hotel, pero

que, a diferencia del tiempo compartido, las personas adquieren una parte alícuota de esa habitación.

No obstante lo anterior, el dueño del terreno apenas se juntó con el constructor, por lo que aún no existen construcciones en el terreno y éste ya quiere empezar a vender su idea.

La opción que consideramos como viable es que se constituya un fideicomiso sobre una de las divisiones de la construcción en donde se va a construir el edificio destinado a los *fractionals*, la cual tendrá como subyacente los derechos de la parte alícuota que pudiere corresponderle a cada persona que invierta en este modelo de negocio.

Pero la pregunta fundamental es: ¿cómo voy a comenzar a vender algo que no sólo no está determinado, sino que todavía no existe?

Es aquí donde se tiene como opción la celebración de un contrato de promesa de cesión de derechos fideicomisarios en donde las personas que celebren estos contratos ya tendrán asegurados su porcentaje de la parte alícuota del edificio que existirá eventualmente y el dueño, podrá empezar a hacerse de recursos para construir la torre correspondiente a los *fractionals*.

Consideramos que existen infinidad de ejemplos para los que pueden servir los contratos de promesa y que van de lo más sencillo a lo más complejo.

Otro ejemplo de lo anterior y mucho más sencillo sucede cuando una persona A celebra un contrato de compraventa con reserva de dominio respecto de un inmueble con una persona B.

A la persona A le faltan por pagar 3 parcialidades de la totalidad del precio y ya vio un nuevo departamento que fue de su agrado; sin embargo, necesitaría vender el inmueble que está comprando a B para poder pagar el precio.

En ese sentido A no tiene prisa por obtener el precio por la venta del inmueble del cual todavía no es propietario; sin embargo C se entera de los planes de A y le

dice que él o ella le gustaría comprar ese inmueble, pero que al parecer se tardará 4 meses en obtener el crédito necesario a una tasa de interés razonable.

La solución viable a lo anterior consiste en que A celebre un contrato de promesa de compraventa con C en el cual se estipule el bien, el precio a pagar e incluso la forma en la que se va a pagar el precio, y el plazo en el cual se celebrará el contrato definitivo de compraventa.

Conforme a lo expuesto, consideramos que los contratos de promesa si tienen una utilidad y son necesarios para regular ciertas relaciones en nuestro derecho y dan pie a que se prevengan incumplimientos de las partes a lo negociado previamente respecto del negocio definitivo.

4.3 FORMATO DE CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Una vez expuesto lo anterior, y a manera de conclusión, propondremos un formato de contrato de promesa de compraventa en el cual el promitente vendedor todavía no ha constituido regímenes de propiedad en condominio y todavía no ha construido, por lo que materialmente le es imposible vender algo que todavía no existe.

El contrato contendrá los elementos de existencia y de validez de un contrato de promesa, entendiéndose por éstos que contenga los elementos esenciales del contrato definitivo, que sea por escrito y que contenga un plazo y se pactarán únicamente obligaciones de hacer:

CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA QUE CELEBRAN: (I) POR UNA PARTE, [▲], [POR SU PROPIO DERECHO / A TRAVÉS DE SU REPRESENTANTE LEGAL, EL SEÑOR [▲]], A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ COMO EL “PROMITENTE COMPRADOR”; Y (II) POR LA OTRA, [▲], A TRAVÉS DE SU APODERADO LEGAL EL SEÑOR [▲], A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ COMO EL “PROMITENTE VENDEDOR” Y, EN CONJUNTO CON EL PROMITENTE COMPRADOR, LAS “PARTES”, AL TENOR DE LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLÁUSULAS:

Declaraciones

VIII. Declara el Promitente Vendedor, por conducto de su apoderado legal / por propio derecho, que:

[Tratándose de personas físicas]

- a. Es una persona física en pleno ejercicio de sus facultades físicas y jurídicas, de nacionalidad [▲], con Clave Única del Registro de Población (CURP): [▲] y con el siguiente Registro Federal de Contribuyentes (RFC): [▲]. Adicionalmente, se identifica con la identificación oficial que en copia simple se agrega al presente Contrato como Anexo "C".

[Tratándose de personas morales]

- a. Es una sociedad mercantil constituida conforme a las leyes de los Estados Unidos Mexicanos, con objeto social suficiente para la celebración del presente Contrato, según consta en la escritura pública número [▲], de fecha [▲] de [▲] de [▲], otorgada ante la fe del Lic. [▲], titular de la Notaría número [▲] de [▲], cuyo primer testimonio quedó inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de [▲], bajo el folio mercantil número [▲].
- b. Su apoderado legal, el señor [▲], cuenta con facultades suficientes para celebrar el presente Contrato a nombre de su representada, según consta en la escritura pública número [▲], de fecha [▲] de [▲] de [▲], otorgada ante la fe del Lic. [▲], titular de la notaría pública número [▲] de [▲], cuyo primer testimonio quedó inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de [▲], bajo el folio mercantil número [▲]; facultades que a la fecha no les han sido limitadas, modificadas o revocadas en forma alguna.
- c. Su Registro Federal de Contribuyentes (RFC) es: [▲] y, su apoderado se identifica con la identificación oficial que en copia simple se agrega al presente Contrato como Anexo "C".

- d. Las obligaciones contraídas bajo el presente Contrato: (i) son válidas y exigibles para su representada, y (ii) no contravienen su objeto social, obligaciones contractuales o las disposiciones legales que le son aplicables;
- e. Es propietario del inmueble ubicado en [▲], colonia [▲], Alcaldía [▲], Ciudad de México, con superficie de [▲] m² ([▲] metros cuadrados) (en lo sucesivo referido como el "Terreno").
- f. Se encuentra llevando a cabo las gestiones y trámites necesarios para constituir sobre el Terreno un Conjunto Condominal, respecto de la cual resultará una unidad condominal (la "Unidad Condominal – Vivienda"), en la que el Promitente Vendedor, directa o indirectamente a través de cualesquier vehículos en los que el Promitente Vendedor participe, constituirá un sub-regimen de propiedad en condominio (el "Sub-Régimen de Propiedad en Condominio - Habitacional") y sobre dicho Sub-Régimen de Propiedad en Condominio - Habitacional, desarrollará y construirá un proyecto inmobiliario cuyas características generales se describen en el Anexo "A" (el "Proyecto Inmobiliario").
- g. El Sub-Régimen de Propiedad en Condominio contemplará la construcción del departamento a ser identificado con el número [▲], con una superficie privativa de aproximadamente [▲] m² ([▲] metros cuadrados) y el derecho a uso exclusivo de [▲] cajones de estacionamiento y [▲] ([▲]) bodega y las correspondientes áreas de uso común o porcentaje indiviso que señalará la escritura correspondiente a la constitución del Sub-Régimen de Propiedad en Condominio -- Habitacional (el "Departamento").
- h. Las características generales del Departamento, así como las especificaciones con las que el Promitente Vendedor entregará el mismo al Promitente Comprador en la Fecha de Cierre (según dicho término se define más adelante), se describen en el documento que se agrega al presente Contrato, como Anexo "B", formando parte integrante del mismo.
- i. Celebrará el presente Contrato bajo la condición suspensiva de contar con los permisos, licencias y/o autorizaciones necesarias, incluyendo sin limitar, la autorización respecto a la publicidad y venta de unidades a que se refiere

el artículo [▲] y demás aplicables del Código Urbano para el Estado de [▲], a la Fecha Límite de Cierre.

- j. El Departamento a la fecha de firma de la Escritura de Compraventa (según dicho término se define más adelante), se encontrará:
 - (a) libre de todo gravamen, servidumbre, garantía, carga, reclamaciones, restricciones o limitaciones de dominio, uso o goce, o de cualquier otra naturaleza contractual o extracontractual (salvo por aquellas que deriven de la constitución del Sub-Régimen de Propiedad en Condominio – Habitacional al cual pertenezca el Departamento);
 - (b) al corriente en el pago de todos los impuestos, derechos, cargos, comisiones y otras contribuciones relativas al mismo; y
 - (c) libre de cualquier tipo de arrendamiento, comodato, usufructo u otros derechos análogos, libre de ocupantes y poseedores.
- k. La celebración del presente Contrato es perfectamente válida desde su suscripción y con efectos desde esa fecha y, por ende, no viola cualquier código, ley, decreto, reglamento, o regulación emitida por cualquier entidad gubernamental, ni existe lesión o violencia en su suscripción.
- l. De conformidad con los términos y condiciones del presente Contrato, es su deseo obligarse a celebrar con el Promitente Comprador, la Escritura de Compraventa (según dicho término se define más adelante) respecto del Departamento.

II. Declara el Promitente Comprador, [por su propio derecho / a través de su representante legal], que:

[Tratándose de personas físicas]

- a. Es una persona física en pleno ejercicio de sus facultades físicas y jurídicas, de nacionalidad [▲], con Clave Única del Registro de Población (CURP): [▲] y con el siguiente Registro Federal de Contribuyentes (RFC): [▲]. Adicionalmente, se identifica con la identificación oficial que en copia simple se agrega al presente Contrato como Anexo “C”.

[Tratándose de personas morales]

- b. Es una sociedad mercantil constituida conforme a las leyes de los Estados Unidos Mexicanos, con objeto social suficiente para la celebración del presente Contrato, según consta en la escritura pública número [▲], de fecha [▲] de [▲] de [▲], otorgada ante la fe del Lic. [▲], titular de la notaria pública número [▲] de [▲], cuyo primer testimonio quedó inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de [▲], bajo el folio mercantil número [▲].
- c. Su apoderado legal, el señor [▲], cuenta con facultades suficientes para celebrar el presente Contrato a nombre de su representada, según consta en la escritura pública número [▲], de fecha [▲] de [▲] de [▲], otorgada ante la fe del Lic. [▲], titular de la notaría pública número [▲] de [▲], cuyo primer testimonio quedó inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de [▲], bajo el folio mercantil número [▲]; facultades que a la fecha no les han sido limitadas, modificadas o revocadas en forma alguna.
- d. Su Registro Federal de Contribuyentes (RFC) es: [▲] y, su apoderado se identifica con la identificación oficial que en copia simple se agrega al presente Contrato como Anexo "C".
- e. Las obligaciones contraídas bajo el presente Contrato: (i) son válidas y exigibles para su representada, y (ii) no contravienen su objeto social, obligaciones contractuales o las disposiciones legales que le son aplicables;

[Para ambas]

- f. Para los efectos de lo establecido en el artículo 3 fracción III de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, los recursos económicos que erogarán para cumplir con lo que por el presente Contrato y, en su momento, en la Escritura de Compraventa (según dicho término se define más adelante), fueron y serán producto de las actividades civiles, comerciales y/o laborales lícitas permitidas por las leyes mexicanas, mismas que realizo al amparo de los

artículos **5** y **123** de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo cual, no provienen ni se destinan al ejercicio de ninguna actividad ilícita o de actividades de lavado de dinero; sobre dichos recursos, declarando **NO** tener conocimiento que de ellos exista algún beneficiario de dichos recursos, por lo que **NO** es el caso de proporcionar información relativa al tema.

- g. Manifiesta saber que el artículo **32** fracción **I** de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, en relación con el artículo segundo transitorio del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo (Diario Oficial de la Federación del 27 de enero de 2016).
- h. Para los efectos de lo establecido en el artículo **17** de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, declara que, con la suscripción del presente Contrato, ha suscrito en documento por separado, un aviso de privacidad respecto de sus datos personales, copia del cual se agrega al presente Contrato como Anexo "D", formando parte integrante del mismo.
- i. Cuenta con los recursos suficientes para obligarse en los términos que se detallan en el presente Contrato.
- j. De conformidad con los términos y condiciones del presente Contrato, es su deseo obligarse a celebrar con el Promitente Comprador, la Escritura de Compraventa (según dicho término se define más adelante) respecto del Departamento.

III. Declaran las Partes, por su propio derecho y/o a través de su representante legal, según corresponda, que:

- a. Libre y voluntariamente han negociado los términos de este Contrato.

- b. En este acto, por así convenir a sus intereses, se reconocen la personalidad con la que concurren a la celebración del presente Contrato y, en tal virtud, la fuerza vinculante de los acuerdos contenidos en éste.
- c. Es su libre voluntad celebrar y al efecto celebran el presente Contrato de Promesa de Compraventa de conformidad con las siguientes:

Cláusulas

Primera. Objeto del Contrato de Promesa de Compraventa. Las Partes se obligan a celebrar una escritura pública ante el notario público que designe el Promitente Vendedor, a más tardar el [▲] de [▲] de [▲] (según la misma puede ser prorrogada conforme a lo establecido en el presente Contrato, la "Fecha Límite de Cierre") y, a la fecha efectiva en la que, dentro de la Fecha Límite de Cierre, las Partes suscriban la Escritura de Compraventa, la "Fecha de Cierre"), que contenga el contrato de compraventa (la "Escritura de Compraventa"), mediante el cual el Promitente Vendedor transmita en favor del Promitente Comprador el Departamento, con las características a que se refieren las declaraciones del presente Contrato, así como el Anexo "B" antes mencionado.

Las Partes acuerdan que el plazo establecido para la Fecha Límite de Cierre se extenderá de manera automática por cada día en que, por causas no imputables al Promitente Vendedor, no se encuentre en posibilidades de suscribir la Escritura de Compraventa, incluyendo sin limitar, cualesquier retrasos por parte de los autoridades correspondientes en la emisión de cualesquier permisos, licencias, autorizaciones, trámites y/o certificaciones relacionadas con la construcción del Proyecto Inmobiliario, la constitución del Sub-Régimen de Propiedad en Condominio al que pertenecerá el Departamento, avisos de terminación de obra, inscripciones en Registro Público de la Propiedad, etc.

Es de advertir que durante el plazo a que se refiere el primer párrafo de la Cláusula Primera anterior el Promitente Vendedor construirá la Fase del Proyecto Inmobiliario a la que corresponda al Sub-Régimen de Propiedad en Condominio al que pertenecerá el Departamento. Asimismo, constituirá el Sub-Régimen de

Propiedad en Condominio a efecto de crear la unidad privativa correspondiente al Departamento a que se refiere el presente Contrato.

Por último, el Promitente Comprador reconoce y acepta que el Promitente Vendedor se encuentra facultado para llevar a cabo la construcción y desarrollo del Proyecto Inmobiliario a través de los vehículos que libremente designe pudiendo aportar el Inmueble a dichos vehículos según mejor convenga a sus intereses.

Segunda. Sujeción a condición suspensiva. Las Partes convienen que el presente Contrato se celebrará sujeto a la condición suspensiva de que se obtengan los permisos, licencias y autorizaciones necesarios para la construcción y comercialización del desarrollo, especialmente, lo establecido en la Declaración I., inciso f., a más tardar en la Fecha Límite de Cierre.

Tercera. Estipulaciones de la Escritura de Compraventa. Las Partes convienen que en la Escritura de Compraventa que se formalice en términos de la cláusula Primera inmediata anterior, contendrá los siguientes elementos y se sujetará a lo siguiente:

1. Objeto: El objeto de la Escritura de Compraventa será la venta por parte del Promitente Vendedor favor del Promitente Comprador de los derechos de propiedad respecto del Inmueble, con todo cuanto de hecho y por derecho les corresponda y conforme a lo establecido en las declaraciones I (Declaraciones del Promitente Vendedor).
2. Precio: Como precio de la futura operación de compraventa respecto del Departamento, el Promitente Comprador pagará, en la Fecha de Cierre, al Promitente Vendedor, la cantidad de **MX\$[▲] M.N. ([▲] Pesos 00/100 Moneda Nacional)** (el "Precio").
3. Fecha de Cierre y Pago del Precio: En la Fecha de Cierre, el Promitente Comprador pagará al Promitente Vendedor el Precio, mediante depósito o transferencia electrónica de fondos inmediatamente disponibles en la cuenta bancaria del Promitente Vendedor que por escrito le notifique.

Lo anterior en el entendido que hasta dicha fecha las Partes, en caso de así acordarlo, podrán aplicar el Depósito de Seriedad (según dicho término se define más adelante) al Precio o, en caso contrario el mismo será devuelto al Promitente Comprador de manera simultánea a que este cubra el Precio.

4. Modalidad de la compraventa: La transmisión de la propiedad del Departamento, se realizará bajo la modalidad “Ad Corpus” por lo que cualquier diferencia que resultare en más o menos en la superficie de cualquiera del Departamento, no dará lugar a reclamación por ninguna de las Partes, ni a ajuste alguno en el Precio.
5. Saneamiento para el caso de evicción: El Promitente Vendedor se obligará al saneamiento para el caso de evicción en los términos de ley.
6. Declaraciones e indemnizaciones: El Promitente Vendedor otorgará al Promitente Comprador, en la Escritura de Compraventa, al menos las declaraciones contenidas en el capítulo de declaraciones del presente Contrato y aquellas otras que acuerden las Partes en la Escritura de Compraventa.
7. Gastos e impuestos: Los derechos de registro, gastos, honorarios e impuestos que se generen en virtud de la celebración de la Escritura de Compraventa serán por cuenta del Promitente Comprador, con excepción del impuesto sobre la renta que en su caso corresponda al Promitente Vendedor.
8. Posesión: El Promitente Vendedor, una vez recibido el Precio y firmada la Escritura de Compraventa, entregará al Promitente Comprador la posesión física y jurídica del Departamento en la Fecha de Cierre.
9. Pago de impuesto predial y servicios: A partir de la Fecha de Cierre, el Promitente Comprador tendrá a su cargo el pago del impuesto predial, agua, energía eléctrica y cualesquiera otras cargas tributarias y pagos de servicios de todo tipo relacionados con los Inmuebles.
10. Gastos e impuestos: Los derechos de registro, gastos y honorarios que se generen en virtud de la celebración de la Escritura de Compraventa serán

por cuenta del Promitente Comprador. Los impuestos que se generen con motivo de la Escritura de Compraventa serán a cargo de quien le corresponda, conforme a lo previsto por la legislación fiscal aplicable al momento de la celebración de la Escritura de Compraventa.

11. Leyes aplicables y jurisdicción: La Escritura de Compraventa se registrará por las leyes aplicables de [▲]. Para la interpretación y cumplimiento de la Escritura de Compraventa, las Partes se someterán a la jurisdicción de los tribunales competentes en [▲].

Cuarta. Depósito de Seriedad. El Promitente Comprador entrega en este acto, se obliga a entregar al Promitente Vendedor, por concepto de depósito en seriedad (y mediante transferencia electrónica de fondos a la cuenta bancaria que más adelante se indica), las cantidades que se describen a continuación (conjuntamente referidas como, el “Depósito de Seriedad”):

Fechas de Entrega	Cantidad
En la fecha de firma del Contrato:	MX\$[▲] M.N.
A más tardar el [▲] de [▲] de [▲]:	MX\$[▲] M.N.
A más tardar el [▲] de [▲] de [▲]:	MX\$[▲] M.N.
A más tardar el [▲] de [▲] de [▲]:	MX\$[▲] M.N.
A más tardar el [▲] de [▲] de [▲]:	MX\$[▲] M.N.

A más tardar el [▲] de [▲] de [▲]:	MX\$[▲] M.N.
A más tardar el [▲] de [▲] de [▲]:	MX\$[▲] M.N.

Es de advertir que, en caso que las Partes acuerden aplicar el Depósito de Seriedad al Precio, en la Fecha de Cierre, cualquier cantidad restante para completar el Precio deberá ser entregará por el Promitente Comprador al Promitente Vendedor a la firma de la Escritura de Compraventa.

Cuenta Bancaria número: [▲].

CLABE: [▲].

Sucursal: [▲].

Institución Bancaria: [▲].

Como consecuencia de lo anterior, el Promitente Vendedor, se constituye en depositario del Depósito de Seriedad y expresamente manifiesta conocer las disposiciones legales y sanciones aplicables a los depositarios de conformidad con los artículos 334 y 336 y demás relativos del Código de Comercio y las disposiciones aplicables del Código Civil Federal y las demás leyes de México, renunciando a cualquier contraprestación que pudiese corresponderle como depositario.

Por su parte, y no obstante lo anterior, en este acto el Promitente Comprador expresamente renuncia de manera irrevocable a cualquier derecho, de (i) solicitar retribución; y (ii) solicitar la restitución del Depósito de Seriedad con anterioridad a la Fecha de Cierre, a excepción de los supuestos de terminación por incumplimiento a que se refiere el presente Contrato.

Las Partes acuerdan que el Depósito de Seriedad no forma parte del Precio de Compraventa y por lo tanto no deberá ser considerado como un anticipo al mismo. El Depósito de Seriedad tiene como fin, única y exclusivamente, garantizar la seriedad del Promitente Comprador y, de conformidad con lo señalado en la presente Cláusula, podrá ser aplicado al Precio de la Compraventa.

Quinta. Vigencia. La vigencia del presente Contrato inicia a partir de la fecha de su firma y concluirá, en cualquier de los supuestos que se mencionan a continuación:

- (i) con la firma de la Escritura de Compraventa; o
- (ii) por la rescisión del mismo en virtud del incumplimiento de las Partes a sus obligaciones derivadas del presente Contrato, en términos de la Cláusula Sexta siguiente.

Sexta. Incumplimiento.

- (i) En el supuesto que el Promitente Comprador, en términos del presente Contrato: (i) omita entregar total y/u oportunamente al notario público que hubiere designado el Promitente Vendedor, los documentos e información que sean necesarios para el otorgamiento de la Escritura de Compraventa; (ii) no suscriba la Escritura de Compraventa, en la Fecha Límite de Cierre; y/o (iii) no entregue las cantidades a que se refiere la Cláusula Tercera en los plazos que ahí mismo se indican:
 - a) El Promitente Vendedor podrá rescindir el presente Contrato, sin responsabilidad alguna de su parte y sin necesidad de declaración judicial previa, en cuyo caso el Promitente Vendedor podrá retener del importe total del Depósito de Seriedad, la cantidad de \$[▲] ([▲] Pesos 00/100 M.N.) por concepto de pena convencional (debiendo reintegrar al Promitente Comprador el monto restante del Depósito de Seriedad, dentro de los [▲] ([▲]) días siguientes a la fecha en que se verifique el incumplimiento de que se trate y la rescisión sea notificada al Promitente Comprador); o bien
 - b) Solicitar el cumplimiento forzoso del presente Contrato.
- (ii) En el supuesto de que, el Promitente Vendedor en términos del presente Contrato: (i) omita entregar total y/u oportunamente al Notario que hubiere designado, los documentos e información que sean necesarios para el otorgamiento de la Escritura de Compraventa; y/o (ii) no suscriba la Escritura Pública en la Fecha Límite de Cierre:

- a) El Promitente Comprador podrá rescindir el presente Contrato, sin responsabilidad alguna de su parte y sin necesidad de declaración judicial previa, en cuyo caso, el Promitente Vendedor estará obligado, además de reintegrar al Promitente Comprador el Depósito de Seriedad (en el mismo plazo a que se refiere el inciso (i), a) anterior), pagar al Promitente Comprador una pena convencional de \$[▲] ([▲] Pesos 00/100 M.N.), misma que será exigible a partir del día siguiente al que se haya verificado el incumplimiento correspondiente; o bien.
- b) Solicitar el cumplimiento forzoso del presente Contrato.

En caso de mora en el pago de cualesquier penas previstas en el presente Contrato (así como en la restitución del Depósito de Seriedad en los supuestos previstos en ese sentido en el presente Contrato), la Parte en incumplimiento deberá de pagar además a la Parte en cumplimiento intereses moratorios por la cantidad que resulte de aplicar una tasa de interés equivalente a multiplicar por 2 (dos) la Tasa de Interés Interbancario de Equilibrio (TIIE) que sea aplicable a las fechas en que exista la mora y por el tiempo que ésta permanezca.

Por tasa de interés interbancaria de equilibrio (T.I.I.E.) se entenderá la tasa que determine Banco de México para operaciones denominadas en moneda nacional, a plazo de 28 (veintiocho) días publicada en el Diario Oficial de la Federación.

La T.I.I.E. que servirá de base para el cálculo de los intereses será la última publicada previa al inicio del periodo en que se devenguen los intereses respectivos.

Si en cualquier momento se produjere imposibilidad de determinar la T.I.I.E., las partes están de acuerdo en que la tasa sustitutiva de ésta, en primer término será la tasa de rendimiento neto de los Certificados de la Tesorería de la Federación (CETES) a plazo de 28 (veintiocho) días, en emisión primaria, considerando la última conocida previo al inicio del periodo en que se devenguen los intereses respectivos, y en segundo término lo será el Costo de Captación a Plazo (C.C.P.) de pasivos denominados en moneda nacional que el Banco de México estime

representativo del conjunto de las instituciones de banca múltiple y que publique en el Diario Oficial de la Federación, tomando en consideración el último publicado previo al inicio del periodo en que se devenguen los intereses respectivos.

En el supuesto de que desaparecieran las tasas sustitutivas antes citadas, el cálculo de los intereses se apoyará en la tasa que sustituya a la última de estas, dada a conocer por Banco de México.

Séptima. Encabezados. Todos los encabezados en cada una de las cláusulas del presente Contrato no serán obligatorios y serán usados únicamente para una fácil referencia. Es únicamente el texto expreso de cada cláusula lo que se considerará para propósitos de determinar las obligaciones de cada parte de conformidad con el presente Contrato.

Octava. Acuerdo Total. El presente Contrato contiene el acuerdo total entre las partes respecto de su objeto, y deja sin efecto cualquier acuerdo o negociación anterior, sea verbal o escrito, que las partes hayan celebrado con anterioridad al presente Contrato.

Asimismo, cualquier modificación a las cláusulas contenidas en el presente Contrato deberá realizarse por escrito y deberá ser suscrito por las partes, sin que puedan alegar las mismas, acuerdo, contrato o convenio verbal alguno, que modifique, prorrogue, renueve o adicione la vigencia y contenido de las cláusulas del presente Contrato.

Novena. Cesión. Las Partes no podrán ceder, enajenar, ni gravar en forma alguna los derechos y obligaciones que adquieren en virtud de este Contrato, la presente tiene como excepción la aportación de los derechos y obligaciones que se lleve a cabo a un vehículo controlado por el Promitente Vendedor y/o a cualquier de sus afiliadas.

Décima. Información Confidencial. Las Partes reconocen que, para cumplir con las obligaciones a su cargo conforme al presente Contrato, tendrán acceso a información confidencial y de propiedad exclusiva y de disposición de la otra Parte, e incluso el presente Contrato, (la "Información Confidencial"), y por lo tanto se

obligan a no divulgar la Información Confidencial a persona alguna y a tomar todas las acciones conducentes para impedir que la Información Confidencial sea asimilada o adquirida por personas no autorizadas. Cada una de las Partes únicamente utilizará la Información Confidencial para cumplir con los objetivos y propósitos de este Contrato. La Parte que incumpla con sus obligaciones de confidencialidad establecidas en esta cláusula deberá de pagar a la otra Parte los daños y perjuicios que su incumplimiento le ocasione.

Las obligaciones contenidas en esta cláusula no serán aplicables a cualquier Información Confidencial que alguna de las Partes deba divulgar en virtud de cualquier acción legal fundada y declarada procedente conforme a derecho en contra de la otra Parte.

Décima Primera. No Renuncia. La falta por cualquiera de las partes a requerir el cumplimiento de cualquier disposición de este Contrato no afectará el derecho de dicha parte al cumplimiento total de la misma en cualquier momento posterior, y la renuncia por cualquiera de las partes a sus derechos derivados del incumplimiento de cualquier disposición del presente no constituirán una renuncia a derechos similares en el futuro o a renuncia a sus derechos derivados de cualquier otro incumplimiento, ni invalidarán dicha disposición.

Décima Segunda. Validez de las Disposiciones. Si cualquier disposición o disposiciones del presente Contrato es declarada inválida, ilegal o inejecutable, la validez, legalidad y ejecución del resto de las disposiciones no se verán afectadas o disminuidas en forma alguna.

Décima Tercera. Interpretación, Cumplimiento y Notificaciones. Para todo lo relativo a la interpretación, cumplimiento y ejecución de este Contrato, las partes se someten expresamente a las leyes de [▲] y a la jurisdicción de los Tribunales de la Ciudad de [▲], que serán los únicos competentes para conocer de cualquier juicio o reclamación derivada del presente Contrato, renunciando a cualquier fuero que pudiera corresponderles por razón de sus domicilios presentes o futuros, y señalan como sus respectivos domicilios para oír y recibir toda clase de notificaciones y documentos, los siguientes:

El Promitente Vendedor:

Domicilio: [▲].

Atención: [▲].

El Promitente Comprador:

Domicilio: [▲].

Atención: [▲].

Cualquiera de las Partes podrá cambiar su domicilio mediante aviso dado por escrito a la otra parte, en el entendido sin embargo de que cualquier cambio de domicilio solamente será válido en la medida en que la Parte que cambie su domicilio designe un nuevo domicilio ubicado dentro de la República Mexicana.

Las Partes acuerdan en que cualquier notificación que se tengan que girar conforme a este Contrato deberá darse por escrito con acuse de recibo o mediante fedatario público, mediante correo certificado con acuse de recibo, surtiendo efectos en la fecha de recepción de la misma, pero en estos últimos casos siempre recabando el acuse de recibo correspondiente y/o la constancia de recibo de la parte que reciba el aviso.

Las Partes deberán informarse por escrito de cualquier cambio de domicilio que tuvieren y en caso de no hacerlo, los avisos y notificaciones de cualquier índole que dirijan al último domicilio indicado, surtirán todos los efectos legales a que haya lugar.

Enteradas las partes del alcance y efectos del presente Contrato, lo firman de conformidad y por [▲] ([▲]) tantos en la [▲], el día [▲] de [▲] de [▲].

El Promitente Vendedor

[▲]

Por: [▲]

Representante Legal

El Promitente Comprador

Nombre / Denominación: [▲]

Por: [▲]

[Por su propio derecho / Representante Legal]

CONCLUSIONES

PRIMERA. Por constitución entendemos la ley fundamental de un Estado de la cual emanan las leyes que regulan las situaciones de hecho y los factores reales de poder, así como la creación, en virtud de acuerdos políticos derivados de esos factores reales de poder, de la organización administrativa del Estado

SEGUNDA. La constitución como la conocemos hoy día, tiene sus orígenes en Inglaterra, Estados Unidos, Francia y México.

TERCERA. El término “neoconstitucionalismo” fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año de 1997.

CUARTA. El marco filosófico del nuevo derecho constitucional es el pospositivismo; es decir, en medio del positivismo y el derecho natural.

QUINTA. El fundamento del neoconstitucionalismo es la separación de distintos aspectos del derecho que antes se reducían en la ley. Y ahora se expresa la soberanía de la clase dominante de la ley; es decir, la económicamente importante.

SEXTA. Las reglas son mandatos de cumplimiento, mientras que los principios son mandatos de optimización.

SÉPTIMA. La manera para resolver la colisión entre principios es la ponderación.

OCTAVA. Los principios del neoconstitucionalismo están previstos en el ordenamiento jurídico mexicano desde la constitución de 1917.

NOVENA. La importancia del neoconstitucionalismo, para efectos de la presente investigación, radica en el cambio de paradigma de la interpretación de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico.

DÉCIMA. El hecho de que cambie el paradigma de la interpretación en el neoconstitucionalismo da pie a que podamos pensar en la utilización de técnicas de interpretación para la comprensión de las normas que no son claras.

DÉCIMA PRIMERA. La hermenéutica es el entendimiento del ser humano con respecto a su alrededor y, en ese sentido, trataremos de descubrir el sentido de las normas que regulan los contratos preparatorios.

DÉCIMA SEGUNDA. A través de las técnicas interpretativas de Guastini y de la hermenéutica trataremos de llegar al sentido correcto de lo mencionado en el punto inmediato anterior.

DÉCIMA TERCERA. Las doctrinas para explicar la naturaleza de los contratos preparatorios son la francesa y la alemana.

DÉCIMA CUARTA. La diferencia fundamental entre la teoría francesa y la alemana es la acuñación del negocio jurídico.

DÉCIMA QUINTA. El negocio jurídico tiene como característica esencial que las partes serán quienes crean sus consecuencias jurídicas con base en la autonomía de la voluntad.

DÉCIMA SEXTA. La autonomía de la voluntad es la base del estudio de los negocios jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico.

DÉCIMA SÉPTIMA. Las ineficacias genéticas son la inexistencia, la nulidad absoluta y relativa.

DÉCIMA OCTAVA. Las ineficacias funcionales que existen son la rescisión, desistimiento unilateral y revocación.

DÉCIMA NOVENA. Los bienes jurídicos tutelados objeto de la presente investigación son la autonomía de la voluntad y la certeza jurídica.

VIGÉSIMA. La autonomía de la voluntad está reconocida por el ordenamiento jurídico mexicano.

VIGÉSIMA PRIMERA. La certeza jurídica da la seguridad a las partes que en caso de incumplimiento, la parte que cumple puede excitar al órgano jurisdiccional para exigir el cumplimiento de lo que se debe en su favor.

VIGÉSIMA SEGUNDA. El Código Civil para el Distrito Federal reconoce la teoría pandectista y, por lo tanto, prevé las características del negocio jurídico.

VIGÉSIMA TERCERA. La naturaleza jurídica de los contratos preparatorios es la de un contrato / negocio jurídico.

VIGÉSIMA CUARTA. La exigua regulación en materia de contratos preparatorios en la legislación mexicana ha generado una laguna técnica en el Código Civil y, por lo tanto, falta de certeza jurídica, que, conforme se estableció, es un bien jurídico tutelado.

VIGÉSIMA QUINTA. Los escasos artículos que regulan los contratos de promesa generan cuestionamientos que no resuelve, en primera instancia, el ordenamiento jurídico.

VIGÉSIMA SEXTA. Los contratos preparatorios tienen su origen en dos figuras del Derecho Romano: el pacto de retroventa y la *stipulatio*.

VIGÉSIMA SÉPTIMA. En la glosa y la postglosa se desarrolla el concepto de contrato preparatorio y se prevén las promesas unilaterales.

VIGÉSIMA OCTAVA. Consideramos que los contratos preparatorios son aquellos que crean un estado de derecho como preliminar para la celebración de otros contratos posteriores.

VIGÉSIMA NOVENA. Los contratos preparatorios, a diferencia de los contratos definitivos, crean únicamente obligaciones de hacer, mientras que los definitivos pueden crear distintas obligaciones.

TRIGÉSIMA. Los contratos preparatorios son, además de los contratos de promesa que regula el Código Civil: el contrato de fideicomiso, los contratos asociativos y el contrato de mandato.

TRIGÉSIMA PRIMERA. Los contratos preparatorios son distintos de los contratos de compraventa, sujetos a condición, policitación, negociación precontractual y carta de intención.

TRIGÉSIMA SEGUNDA. Los contratos preparatorios son unilaterales o bilaterales, sinalagmáticos perfectos, onerosos, conmutativos, formales y principales.

TRIGÉSIMA TERCERA. Los requisitos de existencia de los contratos preparatorios son el consentimiento y el objeto, mientras que los requisitos de validez son que consten por escrito, que contengan un plazo y que prevean los elementos esenciales del contrato definitivo.

TRIGÉSIMA SEGUNDA. Se pueden celebrar contratos preparatorios de contratos mercantiles.

TRIGÉSIMA TERCERA. El Código permite la posibilidad de celebrar contratos preparatorios distintos de los contratos de promesa por virtud de regular una especie de contratos preparatorios.

TRIGÉSIMA CUARTA. El artículo 2243 permite la celebración de contratos futuros, por lo que creemos que el código permite otro tipo de contratos preliminares o preparatorios y los reconoce como tal.

TRIGÉSIMA QUINTA. Los contratos de promesa únicamente generan obligaciones de hacer consistentes en celebrar el contrato definitivo.

TRIGÉSIMA SEXTA. La disposición no es clara sobre qué tipo de invalidez recae sobre la falta de forma, de elementos esenciales y de contener un plazo, por lo que consideramos que deben de entenderse en su conjunto como la forma de los contratos preparatorios y, por lo tanto, su consecuencia será la de una nulidad relativa que permite subsanar cualquier error.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA. La regulación en materia de subsanar la falta de forma de este tipo de contratos es deficiente porque únicamente regula el supuesto de la celebración de un contrato de promesa de compraventa.

TRIGÉSIMA OCTAVA. Consideramos que la consecuencia correcta ante la falta de forma es la rescisión del acto siempre y cuando sea bilateral.

TRIGÉSIMA NOVENA. El ejercicio hermenéutico propuesto permite determinar la validez jurídica y fáctica de cualesquier tipo de contratos, como ejemplo se propuso la validación del contrato de promesa y del contrato asociativo.

CUADRAGÉSIMA. Consideramos que los contratos preparatorios tienen utilidad jurídica y económica, por lo que son aplicables a relaciones jurídicas complejas en las que existen ausencia de determinados elementos para celebrar el contrato definitivo de inicio.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA Proponemos el modelo de un contrato de promesa de compraventa en virtud de que no existe aún un departamento y por ser una situación jurídica común en la vida práctica.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ADAME Goddard, Jorge, Hineirosa, Fernando, Bosch Capdevila, Esteve, et al, Derecho Civil y Romano, Culturas y sistemas jurídicos comparados, Ed UNAM, México 2006

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I, introducción y parte general*, Barcelona, Librería Bosch, 2002

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, S.A., 1998

ALEXY, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Perú, Ed. Palestra Editores, 2019

ARCE y Cervantes, José G., Los contratos preparatorios en el derecho civil mexicano, 80

ATIENZA Rodríguez, Manuel, García Amado, Juan Antonio, Debates iusfilosóficos. *Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*, Perú, Palestra, 2021

AUSTIN, J.L. *Cómo hacer cosas con palabras*, Chile, Ed. Electrónica de www.philosophia.cl, 1955

AUGUSTO Hernández, Carlos, Santiago Ortega Gómero, et al, *Principios, ponderación y pretensión de corrección en el constitucionalismo discursivo de Robert Alexy*, México, Centro de estudios de actualización en derecho, 2018

BARROSO, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959

BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil, Tomo II*, México, Ed. Distribuidor, 2002

BORDIEU, Pierre, Teubner, Ghunter, *La fuerza del derecho*, Colombia, Ed. Uniandes, 2005.

- BORJA Martínez, Manuel, El contrato preparatorio, Revista de Derecho Notarial, núm. 122, México 2009
- COLIN, Ambrosoise y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, Ed. Reus, 1975
- CONTRERAS López, Raquel S., *Estructura del acto jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, S.A., 1985
- DE LA MADRID Andrade, Mario, Los contratos civiles, México, Ed. Oxford, 2016
- DE PABLO Serna, Carlos, *El contrato, un negocio jurídico*, México, Porrúa: Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2009
- DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo, *Orden Público y autonomía de la voluntad*, puede consultarse en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf>
- DUGUIT, Leon, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Tr. de Carlos G. Posada, Madrid, Librería española y extranjera, 2007
- FABRA Zamora, Jorge Luis, Núñez Vaquero, Álvaro, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, volumen uno*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015
- FABRA Zamora, Jorge Luis, RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, volumen dos*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2015
- FIX Zamudio, Héctor, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método, vol. II*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1998
- GARZÓN Jiménez, Roberto, Visoso Lomelín, José, Chávez Alanís, Carlos, et al, *Derecho de obligaciones*, México, 2015
- GIDDENS, A. Bauman, Z., Luhmann, N, et al, Las consecuencias perversas de la modernidad, España, Ed. Anthropos, 1996

- GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014
- GUASTINI Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, México, Derecho Global Editores, S.A. de C.V., 2018
- GUASTINI, Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Traducción a cargo de Diego Moreno Cruz, 2010
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría analítica del derecho*, Perú, Ed. Zela, 2017
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Ed. Trotta, 2018
- HERNÁNDEZ MANRÍQUEZ, *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 2009
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Bogotá, Editorial Temis, S.A., 2003
- ORTÍZ Blanco, Gonzálo, *El contrato de Compraventa*, Ed, Tirant lo Blanch, México, 2018
- OSUNA Fernández-Largo, Antonio, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1992
- PRECIADO Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Ed. Porrúa, 2008
- PISARELLO Gerardo, *Un largo termidor; Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012
- ROSSI, Alejandro, *Lenguaje y significado*, México, Fondo de cultura Económica, 2013
- SAN VICENTE Parada, Aida del Carmen, *Manual de derecho civil, personas, acto y negocio jurídico*, Ciudad de México, Ed. Tirant lo blanch, 2023

SAN VICENTE Parada, Aida del Carmen, *La figura del juez en la escuela de la exégesis*, México, Revista de la Facultad de derecho de la UNAM, Tomo LXXI, número 281, 2021

STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico; tr. y notas del derecho español por Jaime Santos Briz*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959

TIPPENS, Paul E., *Física. Conceptos y aplicaciones*, México, Ed. Mc Graw Hill, Séptima edición, Traducción a cargo de Ángel Carlos González Ruiz, 2001, p.70

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011

Páginas de internet:

CAMARILLO Cruz, Beatriz, *Glosario electrónico consultado en:*
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3351/11.pdf>

COMANDUCCI, Paolo, Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico, puede consultarse en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>

Real Academia Española: Que ata, liga y junta una cosa con otra. Puede consultarse en: <https://dle.rae.es/copulativo#>

SALCEDO Flores, Antonio, *El neoconstitucionalismo en México*, Universidad Autónoma Metropolitana, puede consultarse en: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/76>

SAN VICENTE Parada, Aida del Carmen, *El principio de autonomía de la voluntad*, se puede consultar en:
http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf

ZAGREBELSKY Gustavo y Marcenò Valeria, *Justicia constitucional, Vol. 1, Historia, principios e interpretaciones*, Perú, Ed. Zela, Grupo editorial E.I.R.L., 2018

Regulación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se puede consultar en:
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Código Civil para el Distrito Federal, 2020, se puede consultar en:
https://paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/2021/COD_CIVIL_DF_09_01_2020.pdf

Código de Comercio, puede consultarse en:
https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_de_Comercio.pdf

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, puede consultarse en:
<http://aldf.gob.mx/archivo-ab814182c8da973b9fba2cabed6183b5.pdf>

Ley General de Sociedades Mercantiles, puede consultarse en:
https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede consultarse en:
https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf

Tesis: 1ª. CDXXV/2014 (10ª.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. I
Diciembre 2014

Tesis Aislada Tercera Sala, Amparo directo 875/82. Anabela Cámara de Medina. 17 de agosto de 1983. Mayoría de tres votos. Disidentes: Gloria León Orantes y Mariano Azuela Güitrón. La publicación no menciona el nombre del ponente, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación. Vol. 175-180, Cuarta Parte Registro digital: 240351

Tesis Aislada, Tercera Sala, Sexta Época, Amparo directo 7644/56. Jacobo Agami. 6 de septiembre de 1962. Mayoría de tres votos. Disidentes: José López Lira y José Castro Estrada. Ponente: Rafael Rojina Villegas, Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXIII, Cuarta Parte, página 55

Tesis Aislada Tribunales Colegiados de Circuito, Amparo directo 272/95, Elisa Sánchez Hernández. 12 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: José Nieves Luna Castro, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación. Tomo III, Enero de 1996, página 330, Registro digital: 203458

Tesis Aislada, Tercera Sala, Amparo civil directo 6683/48. Llamosa de De la Vega Beatriz. 27 de julio de 1949. Mayoría de tres votos. Disidente: Hilario Medina. Impedido: Carlos I. Meléndez. La publicación no menciona el nombre del

ponente. Engrose: Vicente Santos Guajardo. Quinta época, Semanario judicial de la Federación, Tomo CI, página 866, Registro digital: 344495

Tesis Aislada, Undécima época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: I.5°.C.10 C (11ª.), Registro digital: 2024461