

El precontrato

SEXTA PARTE

LOS PRECONTRATOS Y EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Por el interés de este punto nos parecía conveniente dedicarle un apartado, si bien el deseo de no dilatar con exceso la extensión de este trabajo y los escasos datos que suministra la doctrina patria acerca del tema nos imponen una relativa concisión. En efecto: los Tratados sistemáticos de Derecho civil español de los Profesores Sánchez Román, De Diego y Valverde apenas si mencionan el término *precontrato*. Este figura en un Programa de Oposiciones a Notarías (1), pero no sabemos que haya sido objeto, hasta la fecha, de estudio especial entre nosotros.

«El antiguo Derecho de Obligaciones español, escribe Ernesto Mayer (2), es una forma del Derecho de Obligaciones germano.» No es muy de extrañar que el Código civil español haya pasado por alto la regulación expresa de los precontratos, si se tiene en cuenta que otros cuerpos legales más modernos y de técnica más depurada, como el Código civil alemán (3), prescindieron, a su

(1) Tema 39. En *Gaceta de Madrid*, 8 de Mayo de 1930.

(2) Y tan es así que el Derecho español de los siglos XII y XIII conserva aquel carácter más que otros Derechos germánicos de la época, como el escandinavo. Véase el *Antiguo Derecho de obligaciones español*, pág. 9, Barcelona, 1926.

(3) Este Código se compone de dos grandes ramas: Derecho patrimonial y Derecho de las personas, integrados, respectivamente, por los derechos de obligaciones y de cosas, de la familia y de la sucesión. Si algún reproche puede hacerse a este Código, aparte de sus famosas autocitas, es el de ser una obra excesivamente técnica, impropia de ser comprendida por quienes no estén preparados en Derecho. (V. Karl Haff, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, vol. I, pág. 1. Stuttgart, 1927.)

vez, de una reglamentación específica de aquéllos. En cambio, al revisar el Código federal de las obligaciones suizo se creyó conveniente legislar sobre los precontratos, que, como dice Pacchioni, pueden concluirse en el curso de los tratos para garantizar la celebración de contratos futuros.

Los autores españoles han estudiado la materia al examinar el contrato preparatorio de promesa, habiéndole asignado como lugar para su exposición en el sistema del Derecho civil puesto independiente al principiar a desenvolver los contratos en particular (1). No contiene, según hemos indicado, nuestro Código civil expresa sanción para los precontratos; no obstante, las consideraciones expuestas sobre su necesidad y conveniencia, especialmente el principio de la libertad de contratación recogido en el artículo 1.255, y las normas generales sobre obligaciones y contratos, justifican la admisión de aquéllos en nuestro Derecho positivo.

Reconocida por nuestra legislación figura la promesa de vender o comprar, a la que se refiere el artículo 1.451 del Código civil, estableciendo que por la conformidad en la cosa y en el precio, los contratantes tendrán derecho para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato. Cuando no pueda cumplirse la promesa indicada, regirán para las partes las disposiciones sobre obligaciones y contratos contenidas en el libro correspondiente del mismo Cuerpo legal. Las leyes de Partidas declaraban ya que la promesa o promisión «es otorgamiento que facen los omes unos con otros por palabras e con intención de obligarse auiniéndose sobre alguna cosa cierta que deuen dar o fazer unos a otros». (Partida V. Título 11. Ley I.)

La técnica civil patria establece frente a los contratos principales los preparatorios; entre éstos incluye la promesa, sociedad y mandato. Promesa, en general, es una declaración de voluntad seria y definitiva de constituirnos deudor hacia otros. Como dice el Sr. De Diego, «es un contrato que tiene por objeto la celebración de otro posterior». El concepto coincide con el dado por nosotros del precontrato; pero conviene que puntualicemos que

(1) Así Valverde, *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, segunda edición, pág. 307; De Diego, ob. cit., vol. IV, pág. 322. El primer puesto entre los contratos preparatorios le concede también el Sr. Sánchez Román en sus *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, pág. 463.

el rasgo más destacado de la promesa de «contrahendo sive ineundo contractu» es crear entre las partes una situación jurídica especial que les obliga a la celebración de otro contrato posterior, porque es una característica poco destacada por algún autor español.

Hállase sometido el precontrato en el Derecho civil vigente a los principios generales sobre contratación; sus elementos personales han de tener capacidad para contratar, y el contrato proyectado deberá ser posible y lícito (1). El consentimiento en el precontrato debió prestarle espontánea y libremente sin violencia, error ni dolo. A falta de normas específicas sobre determinación podrán aplicarse las que dedican las leyes a la determinabilidad del objeto de la prestación en los contratos obligacionales.

Para interpretar justamente el artículo 1.451, el Sr. Castán (2) distingue varias clases de promesa de compraventa: *a)* Promesa unilateral de comprar o vender no aceptada, que es una oferta sin efectos jurídicos. *b)* Promesa unilateral de vender aceptada o constituye un contrato unilateral que obliga sólo al promitente. *c)* Promesa unilateral de comprar aceptada, cuyos caracteres y efectos son análogos a la anterior; y *d)* Promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada, a la que parece referirse más propiamente el artículo 1.451 del Código civil (3).

Esta modalidad del precontrato no priva al obligado del derecho de disposición de la cosa prometida, porque la promesa ni verifica la transmisión ni suspende el ejercicio del poder de disposición; para ello sería preciso que fuesen inseparables la obligación de enajenar y su consumación, el deber con el ser. No siendo posible prescindir aquí de la doctrina impuesta por el Código en sus artículos 1.609, 1.095 y 1.475. La categórica separación del Derecho

(1) En las normas, bastante completas, dedicadas por las Leyes de Partidas al contrato de promesa se indica que podrá ésta hacerse «sobre cosa que sea en poder de los otros e acostumbrada a enajenarse entre ellos», incluso aun de cosas que aun no son nacidas, la cosecha futura, el fruto de alguna sierva. No son válidas las promesas de cosas que no fueron, son ni serán ni las que no podrán cumplirse según el orden natural, como «darte he el sol o la luna; o fazerte un monte de oro». Cfr. Partida V, tít. II, leyes XXI y XXII.

(2) Véase *Derecho civil español*, tomo II, pág. 315.

(3) Véase Josserand, *Cours de droit civil positif français*, vol. II, número 1.069. París, 1933.

alemán entre los derechos reales y de obligación acaso suprimiría muchos de los complejos problemas que se presentan entre nosotros. La promesa engendra en favor de quien se hizo un derecho personal que no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, a no ser que esté garantida con hipoteca, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento dictado para ejecución de la ley Hipotecaria. Nuestra misma legislación, en el artículo 1.872 del Código civil, regula la promesa de constituir prenda o hipoteca, que da lugar a una acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurre el que defraudare a otro ofreciendo como libres cosas que no le pertenecen o fingiéndose dueño de las mismas. Ha regulado también el Código civil los esponsales del futuro matrimonio, que ya hemos estudiado, y la promesa de mejorar a que se contrae el artículo 826, si bien estos casos, por su naturaleza especial, no coinciden en absoluto con las características atribuidas al precontrato. Al precontrato se aplicarán los principios generales sobre las obligaciones y los contratos contenidos en nuestro Código en los artículos 1.088-1.314.

«Faltaban en nuestro antiguo Derecho obligaciones nacidas del contrato—afirma Mayer—, pues sólo existían las que procedían de delito o de los contratos reales. Estos continúan admitidos en nuestra legislación; son contratos que se perfeccionan mediante la entrega de la cosa o la realización de un hecho; para la perfección o nacimiento de los mismos no es suficiente el consentimiento. En estos contratos se revela con mayor claridad la figura del precontrato. Supuesto que la perfección del préstamo mutuo precisa la entrega de las monedas, en tanto que ésta no se haya verificado existirá un compromiso de entregar una cosa a una persona, que a su vez se obliga a devolverla: un precontrato. El contrato principal nacerá como consecuencia de la actividad de las partes ligadas por el precontrato. Debe tenerse en cuenta, además, que si el contrato de préstamo en la mayor parte de las ocasiones nace con independencia del precontrato, la constitución del préstamo con garantía hipotecaria va unida casi siempre al mismo.»

Antes de poner término a estas brevísimas consideraciones sobre nuestro Derecho queremos recordar alguno de los problemas

esenciales que plantean los artículos 1.279 y 1.280 del Código civil. Al tratar de los sistemas de contratación, indica el Sr. Sánchez Román que se entiende por sistema la serie de bases armónicas que organizan la práctica de un principio o la realización de un hecho; es algo que dice relación a la conducta, al método, al procedimiento, al desarrollo, en fin, de una idea. Y el Sr. De Diego agrega que el sistema de contratación es «la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se desenvuelven y cobijan los contratos reconocidos en una legislación» (1). Nuestro Código civil, acomodándose a las exigencias modernas, adoptó un sistema ecléctico, ya sancionado en los artículos 51 y 52 del Código de Comercio de 1856. El principio espiritualista en materia de contratación fué proclamado, según es sabido, en la Ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá (2).

El artículo 1.278 del Código civil preceptúa que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez (3). A continuación dispone el artículo 1.279 que «si la Ley exigiera el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Este último precepto podemos considerarlo clave de nuestro sistema de contratación; es un modo ingenioso, se ha indicado, de dar eficacia a los dos principios: la suficiencia del consentimiento y la necesidad de la forma.

La interpretación del texto legal ha sido motivo de viva discusión entre los civilistas españoles, siendo de lamentar la falta de investigaciones y conclusiones precisas. La forma puede imponerse como esencial «ad solemnitatem» o por vía de prueba, pero la dificultad está en determinar cuándo sea lo uno o lo otro, pues, como indica el Sr. Sánchez Román, no obstante lo preceptivo del

(1) Véase ob. cit., tomo IV, pág. 204. Madrid, 1919.

(2) Modernamente adopta el criterio de libertad de forma la ley sueca de 15 de Junio de 1915, según Karlgren, en su artículo sobre «Negocios jurídicos de carácter patrimonial». *Annuario di Dir. Comparato*, vol. IX, fasc. I.

(3) Se alude al consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación contenidos en el art. 1.261.

artículo 1.280, ha de entenderse en relación con el 1.278 y 1.279, y «la perfección del contrato no depende del cumplimiento de esas formas, exigidas como requisitos por el artículo 1.280». Creemos que quizás sea lo más adecuado para fijar la relación entre los artículos relacionados investigar el fundamento y finalidad de la prescripción formal. A veces se ofrece con claridad en la Ley, como en algún número del artículo 1.280, en que, para proteger a las partes contra la precipitada realización de actos de indiscutible trascendencia patrimonial, se estableció la necesidad del documento público, y al admitir por el juego del artículo 1.279 que mediante un convenio sin forma se pudiera obligar a las partes a cerrar el contrato, se destruiría la finalidad perseguida por la Ley (1).

En suma, en todos los casos en que el artículo 1.280 alude a contratos verdaderamente solemnes, respecto de los que, aparte del precepto objeto de examen, exista declaración expresa en la Ley, como sucede con el censo o la hipoteca, sobre la necesidad de escritura pública, no obstante los términos expresivos del artículo 1.279, en tanto que no haya sido observado el requisito formal no existirá entre las partes vínculo jurídico alguno. Este mismo criterio parece aceptado en reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo; la sentencia de 21 de Junio de 1932 declara que para la validez de ciertos contratos se requiere como indispensable la escritura pública, como sucede con la donación de inmuebles (2).

No obstante la semejanza que a primera vista pudiera observarse entre los casos expuestos y el objeto del tema, si en los primeros existe una celebración sucesiva de contratos en cuanto que las partes pueden compelirse a elevar el contrato a escritura pública, como reconoce la sentencia de 11 de Marzo de 1932, no existirá un verdadero «contrahere», ni ninguna de las características privativas del precontrato, por lo que, en general, puede desecharse la aplicación del mismo en tales supuestos.

(1) La prescripción de documento público en cuanto al contrato de arrendamiento, funciona en la legislación alemana para centrar la fórmula «Kaufstreich nicht Miete».

(2) En relación con los efectos de la promesa de venta véase también la sentencia de 7 de Febrero de 1933.

CONCLUSION

Según hemos podido observar, el germen de la construcción del precontrato hay que buscarlo en Töhl, teniendo también valor primordial los estudios de Degenkolb, poco modificados por sus continuadores.

Casi ultimada la labor de preparación de este trabajo, tuvimos ocasión de leer el estudio debido a Anselmo Viterbo, publicado en el *Archivio Giuridico*, con motivo de la recensión del Libro de Roth (1). Nos causó profunda impresión porque contiene una crítica acerada contra el precontrato. Para aniquilar la posibilidad lógica del precontrato habría que demostrar que desdoblar el concepto obligarse a una prestación, en obligación de obligarse a una prestación, es psicológicamente imposible. Los más enconados enemigos del precontrato, sin negar que pueda existir, se oponen a reconocerlo en la práctica: no creen en definitiva que las partes tengan que acudir a una institución tan compleja. Los que niegan el precontrato bilateral tendrán que admitir el que obliga a una sola de las partes, como única posibilidad para asegurar en ciertos casos las obligaciones contraídas. Pero objeta Viterbo que ni aun en ese supuesto el precontrato es el medio único, puesto que existe la oferta irrevocable. Y muéstrase partidario de la conversión del precontrato en contrato definitivo por obra del Juez, afirmando, por último, que es necesario aceptar una u otra característica del pensamiento jurídico: el interés o la voluntad. Töhl y Schlossmann prefirieron el primero; Degenkolb y Coviello apreciaban con exceso la última.

Después de examinar el precontrato de los contratos reales y formales, se opone a su reconocimiento, aunque confiesa que en ciertos negocios, como en la letra de cambio, podrá existir. Intenta demostrar que la historia del Derecho revela que el «pactum de contrahendo» es un fenómeno determinado por un riguroso formalismo jurídico, y por ello, limitado el uno, es necesario también restringir el otro.

(1) V. *Archivio Giuridico*. Filippo Serafini, vol. XXI, 1931, páginas 32 y siguientes.

Nosotros negamos que la idea del precontrato pueda ser una entelequia elaborada por la dogmática germánica, o un negocio artificioso, abstracto ; responde a un concepto y a una necesidad de la vida jurídica pasada y de la actual. Argumentaciones de tipo negativo, cual la de Viterbo, no son novedosas ; Storch y Schlossmann pretendieron negar la existencia del precontrato, porque nadie había visto un ejemplar vivo del mismo, con lo que venía a ser como la famosa serpiente de mar. Los mismos redactores del Código civil alemán se opusieron a su reglamentación, pensando sustituirle por otros medios.

Para Schlossmann carece de utilidad el precontrato que las partes celebran cuando, puestas de acuerdo sobre los extremos del contrato definitivo, no quieren su ejecución inmediata, porque los contratantes pueden concluir el contrato principal suspendiendo su ejecución. Mas este criterio no se sigue nunca en la realidad, y como sutilmente observa Carrara (1), las partes utilizarán con preferencia aquella institución que, obligándoles, les deje en libertad hasta el día que puedan comenzar la ejecución (2). Mucho sentimos no poder recoger aquí las interesantes construcciones sobre la promesa, de Bassenge, en su valiosa monografía *Das Versprechen*, y de Reinach, en sus *Fundamentos a priorísticos del Derecho civil*.

Reconocía Sohm que la economía de nuestro siglo se encuentra regida todavía por la idea del tráfico (3). Y Hedemann, al estudiar los progresos del Derecho en el siglo xix, indica como conquistas fundamentales del Derecho privado : I. Una nueva ordenación de la vida del comercio. II. Nueva reglamentación del Derecho sobre la tierra ; modificaciones del Derecho social y en las relaciones de familia. Y ampliando su indicación en el primer punto, advierte que se ha dado un poderoso impulso al desarrollo de la persona individual y que la vida moderna descansa en la libertad de contratación, de disposición y asociación. Parece que procede admitir el precontrato con la libertad de contratación, pos-

(1) Véase ob. cit., pág. 42.

(2) Schlossmann concluye, como resultado de su investigación, que el precontrato es un concepto sin contenido que nunca se presenta en la vida, sino en los libros.

(3) Véase ob. cit., pág. 75.

tulado de los modernos Códigos, en cuanto sirve para satisfacer las necesidades del comercio (1), y porque nada se opone a su reconocimiento dentro de los principios fundamentales del Derecho de obligaciones.

Schapp, en su monografía, dedica una parte al examen de la opinión de Stintzing, teoría que por la novedad de sus pensamientos atrajo la atención científica, y piensa que se ha dedicado escasa atención a la causa de los precontratos y se ha intentado derivar las reglas del precontrato «in abstracto», mientras que la mayoría de las cuestiones sólo podían contestarse por aquel motivo creador; tales la diligencia del obligado, duración, cedibilidad de los derechos del acreedor, forma del precontrato. Sin embargo, hay problemas que pueden resolverse por consideración del precontrato mismo, como el del contenido de la prestación. No es cierto que el obligado por un precontrato lo esté a concluir su contrato a instancia del acreedor. Este serviría de poco al acreedor. Lo interesante, según Stintzing, es que el obligado por un precontrato tenga el objeto disponible y en todo momento esté en condiciones de cumplir el compromiso. Por tanto, la disponibilidad de prestar constituye el contenido del precontrato. Este deber es puro, sin condición, y se convierte en el deber de ejecutar cuando el acreedor haya declarado que lo quiere. La llamada «Leistungsbereitschaft» es coercible; consiste en un hecho y en una abstención.

El precontrato de los contratos reales constituye el centro de gravedad de la institución, y es una consecuencia del reconocimiento de los mismos mientras las legislaciones les admitan con tal carácter (2). Y lo mismo cabe afirmar de los contratos formales en legislaciones como la española. El precontrato como previo al contrato definitivo encontrará causa frecuente de aplicación cuando no es suficiente para la eficacia del negocio jurídico la simple manifestación de voluntades. El Derecho puede limitar la autonomía del hombre, imponiendo como obligatorias ciertas for-

(1) En tal sentido, Schapp, entre otros, ob. cit., pág. 23. El Proyecto francoitaliano de las Obligaciones, en su art. 5, crea la posibilidad de admitir los nuevos tipos contractuales que pueda ofrecer la vida.

(2) Véase Hedemann, *Schuldrecht*. Berlin-Leipzig, 1931, pág. 299.

mas o estableciendo que la eficacia de un acto dependa de la entrega de una cosa.

Precisamente cuando se ha impuesto una forma especial, no obstante haber logrado las partes acuerdos sobre los puntos fundamentales y de detalle del negocio jurídico, puede faltar de momento la posibilidad de formalizarlo en forma legal. Decía certamente Roth (1) que no siempre se tienen a mano tinta y pluma, ni en todo caso hay una persona competente para autenticar el acto. Entonces surgirá una evidente oposición entre el poder y el querer de las partes, y para favorecer sus deseos lícitos, que merecen protección y respeto, se presenta en primer plano a nuestra consideración un convenio obligatorio que vincule a las partes para la futura celebración del contrato que pretenden, que les obligue por lo menos de modo provisional a contraer la obligación definitiva. Este contrato constituye el medio más adecuado para que las partes obtengan de manera eficaz la realización de su propósito de contratar.

En todos esos casos cabe un negocio intermedio entre las simples negociaciones contractuales y la conclusión de un contrato definitivo, negocio jurídico que liga a las partes, obligándolas a cooperar para la celebración de un contrato ulterior, cuyo contenido estará en relación con el contrato principal a que tienden, y debe subsumirse en una figura que nosotros hemos calificado de precontrato, cuya utilidad innegable reconocerá quien, con ánimo sereno, analice el juego de las relaciones jurídicas (2). El precontrato actuará muchas veces como negocio de seguridad, sentido en el que creemos que tiene plena justificación y posibilidad para amplios desarrollos («*Sicherungsgeschäft*»).

En síntesis, podemos concluir:

I. El precontrato es un contrato que asegura la celebración de otro posterior. Su función se cumple obligando a las partes a la celebración de un contrato futuro que de momento no quiere o no puede celebrarse.

II. La esencia del precontrato se pone de relieve en que en-

(1) Véase ob. cit., pág. 260. También Pacifici-Mazzoni, ob. cit., página 258, vol. IV. Oser, ob. cit., pág. 97.

(2) Así, Witter, *Der Darlehensvorvertrag*, pág. 15. Essen, 1915.

gendra una acción dirigida a un «contrahere». No se encamina a obtener una prestación real determinada, sino a lograr la más exacta cooperación para la conclusión de un contrato obligacional futuro.

III. El precontrato ha de determinar suficientemente la clase y el contenido del contrato principal que se proyecta, expresando sus puntos objetivamente esenciales. Es un contrato independiente, que constituirá a veces un estadio extraordinario en la formación del contrato. Produce efectos de carácter personal y ha de expresar el plazo en que deberá concluirse el contrato principal.

IV. Careciendo en nuestro Derecho positivo de una reglamentación propia, nos parece que podría regularse en la necesaria reforma que se hará del Código civil.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.