

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Agosto de 1934

Núm. 116

El precontrato
QUINTA PARTE

REQUISITOS DEL PRECONTRATO EN GENERAL, FORMA Y TIEMPO DE CE-
LEBRACIÓN. PROTECCIÓN Y EFECTOS.

En este capítulo vamos a estudiar los requisitos que corresponden al precontrato. Claro es que tratándose de un contrato habrá de reunir aquellos que son propios de los contratos en general. Queremos examinar especialmente la cuestión relativa a la forma, y en este punto, advierte Degenkolb (1), existe una perjudicial influencia, motivada por la posición teórica tradicional, que ve una función preparatoria en el «pactum de contrahendo», e involuntariamente aplica al precontrato las exigencias del contrato que prepara. Este es el criterio de Windscheid (2), al reconocer que del precontrato nace un derecho de crédito para exigir la conclusión del contrato, siempre que en aquél se cumpliesen todas las condiciones legales para la validez del contrato principal; mas no nacerá del precontrato tal derecho cuando el Derecho positivo exija una forma especial para la eficacia del contrato principal, y no se ha observado en el precontrato (3).

(1) Véase ob. cit., pág. 34.

(2) Derecho de crédito para la conclusión del contrato principal, y si fuese imposible para la prestación de aquello que el beneficiado hubiese obtenido con dicha conclusión. Véase: Ob. cit., pág. 206.

(3) Un examen minucioso de los efectos del precontrato dentro de la concepción especial de Demogue puede verse en su *Tratado de obligaciones*, volumen II, pág. 60.

Degenkolb advierte la necesidad de analizar con detenimiento la función preparatoria del precontrato, que no tiene mayor intensidad de la que pueda darse entre una obligación y un acto de ejecución. Si exigimos para el precontrato todos los requisitos del contrato principal, llegaremos a laminar el concepto y su aplicabilidad. Respecto a la forma, conviene tener en cuenta que las teorías que se han formulado convergen, según Coviello, en separar las formas, impuestas para lograr una mayor madurez en la decisión volitiva, evitando precipitaciones de todas las demás (1).

Negocio jurídico formal es aquel en que la manifestación de voluntad ha de hacerse en la forma prescrita jurídicamente, sin lo cual será nulo. Se trata de la necesidad de celebrarlo con arreglo a cierta forma ; la prescripción de forma legal, según Biermann (2), somete la declaración de voluntad de las partes a una manera de expresión determinada ; ejemplo : la escritura, testigos, etc. La forma, sustrato sensible de un proceso espiritual, presenta ventajas e inconvenientes, cuya ponderación llevan al legislador a aceptarla o desecharla. Se atribuyen como finalidades de la prescripción formal : destacar con toda claridad las manifestaciones de voluntad, ser signo seguro de decisiones bien meditadas y colocar al negocio jurídico al amparo de oscuridades y de discusiones. Sirve, además, para simplificar de modo notable la actividad judicial, reduciendo a un mínimo pleitos y contiendas judiciales, facilitando el que puedan subsumirse en las soluciones legales ; contribuir a la mayor seguridad en los fallos jurisprudenciales y obligar al individuo a pensar en el contenido y en la trascendencia de sus actos.

Se ha objetado también que la forma entraña un grave peligro para la vida del Derecho, dificulta el comercio, da lugar a que un simple error de expresión determine la nulidad de un negocio jurídico, pudiendo así los hombres de mala fe valerse de aquélla como de una trampa frente a los honrados poco conocedores del Derecho.

Volviendo al tema, interesa hacer constar que la solución clásica consideraba para la eficacia de los precontratos que se celebrasen en

(1) Para Degenkolb, en todos los casos en que el Derecho ha hecho depender la validez del contrato de una madura reflexión la forma se aplicará al precontrato.

(2) Véase: *Bürgerliches Rechts. Allgemeine Laeken und Personenrecht*, página 218, Berlín, 1908.

la misma forma establecida para el negocio principal (1). Cuando Leduc (2) aborda el problema, después de examinar los casos en que el Derecho francés impone una solemnidad, rechaza la opinión de los que entienden que el precontrato puede celebrarse sin forma especial, dado que por la resistencia de la persona obligada, sólo puede obtenerse una indemnización, sin llegar a asumir las obligaciones propias del contrato principal, ni, por tanto, vulnerar la ley. «Cualquiera que sea—dice—el modo de ejecución del precontrato, se impone el empleo de las formas prescritas para el contrato a que se dirige.» Si la forma pretende atraer la atención de las partes sobre las consecuencias del acto, también será aplicable a los contratos que preparen su celebración. A veces sólo pretende la forma facilitar la prueba futura y entonces resulta inútil su empleo en el precontrato y por ella se aplicarán al precontrato las formas previstas en interés de las partes, no las establecidas para la protección de terceros.

Fácilmente se comprende la dificultad para señalar una finalidad exclusiva a la prescripción formal, aunque aspire a proteger a los contratantes, y sea como gráficamente la califica Kaubes «señal de alarma para la celebración del contrato» tendrá casi siempre otras finalidades accesorias. Puede ser impuesta por la misma voluntad de las partes y no por la Ley. En el Derecho alemán y en el suizo existe la presunción legal de que en tales casos las partes no han querido obligarse antes de cumplirla. Y así como la forma de origen legal se encuentra fuera del alcance de las disposiciones de los particulares, en la voluntaria caben convenios acerca de la extinción del compromiso de dotar al contrato con una forma especial, y será un problema de interpretación de la voluntad de las partes determinar si debe o no extenderse al precontrato (3).

(1) Puchta, en sus *Pandectas*, sostiene que cabe un «*pactum de contrahendo*» cuando la forma presente no tiene la finalidad de excluir todo vínculo precedente. Para Frudt, el precontrato es válido o no según el fin de la forma del contrato futuro, y Regelsberger distingue normas formales que actuaban sobre la voluntad de las partes y aquellas que sólo existen para una mejor constatación de la voluntad, aplicándose al precontrato sólo las primeras.

(2) Véase obra cit., pág. 56.

(3) En ese sentido, véase Kaubes, ob. cit., pág. 49, y Wommelsdorff, obra citada, p. 30.

La subsanación de un negocio nulo por razón de la forma al haberse llevado a cabo su ejecución, se reglamenta en el Código austriaco; pero ni el Código civil alemán ni el suizo admiten la posibilidad de tal subsanación, a la que parece oponerse también nuestro Código civil.

Como el hombre moderno es capaz de examinar el alcance y el contenido jurídico en sus relaciones con los demás, debe admitirse la más amplia libertad para sus movimientos. Así lo indica Nelte (1) al decir que el pueblo se ha capacitado para obrar jurídicamente sin la camisa de fuerza de la forma, la vida actual siente que la forma actúa como una limitación para sus desarrollos progresivos y por ello el principio de libertad se ha consagrado en los Códigos.

La distinción entre formas impuestas en interés de las partes e interés público es oscura y poco eficaz. Nelte propone distinguir los supuestos en que la forma procura impedir precipitaciones de todos los demás casos. Ahora bien: ¿cuál es la forma que corresponde a los precontratos de los contratos formales? Respecto de ellos afirma Windscheid (2) que el requisito de una forma legalmente determinada sólo se aplica para el precontrato cuando el Derecho sin el cumplimiento de tal exigencia no permite una vinculación de la voluntad. Si la prescripción formal se endereza a lograr una clara representación del negocio, el precontrato sin forma no distingue esa finalidad (3). También el Tribunal Supremo alemán ha declarado la invalidez de un precontrato cuyo contenido es asumir el compromiso de cerrar un contrato principal, cuando éste precisa para su validez, según la Ley, la observancia de una forma determinada.

La teoría de Degenkolb, que extiende al precontrato las formas que tienden a asegurar un resultado deseado por la comunidad jurídica, aun equívoca, contiene un núcleo de la verdad. Adler, observa Wommelsdorff (4), intentó establecer como base para declarar el fin de la prescripción formal el principio obrar «*in fraudem legis*». Con sujeción a esta opinión se aplicarán al precontrato las

(1) Véase ob. cit., pág. 30.

(2) Véase ob. y lug. cit.

(3) Véase Demogue, ob. cit., vol. II, pág. 62.

(4) Véase ob. cit., pág. 31.

normas del contrato principal cuando por la conclusión de aquél pueda destruirse la norma. No es posible aquí imponer reglas absolutas; habrá de decidir el Juez en cada caso en vista de los fines de la prescripción formal y del precontrato.

No parece aceptable sostener sin más la aplicación al precontrato de las exigencias del contrato principal. Quizás sea lo más práctico establecer una independencia absoluta entre los requisitos del precontrato y aquellos del contrato que prepara, emancipando al primero del carácter preparatorio (1), como ya lo había hecho Degenkölß, y puede concluirse en principio que el precontrato es libre en cuanto a la forma de su realización, puesto que la Ley nada dispone en cuanto al mismo. Roth afirma que la libertad de forma del precontrato va unida a su función preparatoria (2).

En nuestro sistema positivo se halla dominado por el principio de libertad; las excepciones hechas al mismo parecen han de apoyarse en causas delimitadas y claras, si bien será posible aniquilarlas con el reconocimiento de validez en todo caso del precontrato sin forma. De los dos objetivos atribuídos a la forma adquiere especial relieve el que busca despertar la conciencia jurídica de los contratantes señalándoles la importancia del acto; cuando la forma tiene esta finalidad deberá aplicarse tanto al precontrato como al contrato principal, bajo pena de nulidad. Asegurar la realización del contrato futuro indirectamente por convenciones penales sólo es lícito en tanto sea válido el compromiso de celebrar dicho contrato. Sentimos aquí una gran desorientación por la ausencia de estudios precedentes de la cuestión, respecto del Derecho español. Siguiendo a Nelte, que ha investigado especialmente la materia (3), cabe declarar que necesitan la forma prescrita para el contrato formal los precontratos que se dirijan a su conclusión, sólo cuando se destruya por la omisión de tal requisito el resultado

(1) Véase Coviello, en ese mismo sentido. Ob. cit., pág. 93.

(2) Ob. cit., pág. 39. Paufici, en sus *Instituciones*, sostiene que cuando la ley requiere forma escrita para la compraventa de inmuebles, el compromiso de vender un inmueble puede hacerse verbalmente (con las naturales limitaciones por la prueba), porque el compromiso no produce transmisión de propiedad, sino una obligación de hacer. Lo mismo afirma Ruggiero en sus *Instituzioni*, vol. II, p. 260.

(3) Véase ob. cit., págs. 39 y siguientes.

que de la forma esperaba el legislador. En cambio, los precontratos de forma pactada por las partes han de tratarse como precontratos de contratos sin forma, pues nacen del principio de libertad de forma, que es el que ha de tenerse en cuenta respecto de los precontratos en general.

Al estudiar la capacidad para celebrar un precontrato ha de tenerse en cuenta que en nuestro Derecho es la regla general la capacidad para contratar, y esta norma se aplicará también a los precontratos. ¿Se requerirá en un precontrato la misma capacidad que en el contrato principal? Las dificultades son escasas en los casos de incapacidad total, así el niño, por sí solo, no podrá celebrar contratos ni precontratos; pero en los supuestos de una incapacidad parcial, las dificultades son más graves. Se ha creído que el problema dependía de los efectos del contrato, cuando el acreedor por el precontrato podía exigir la celebración del contrato definitivo la capacidad debía ser la misma. Si el precontrato versa sobre un contrato futuro y quienes lo celebran no tienen la capacidad necesaria para concluirlo, tendrá aquél un objeto ilícito. En una promesa de venta existe el compromiso de vender más tarde y parece requerirse la capacidad de disposición. Coviello, que pone este mismo ejemplo (1), declara que no ha de requerirse la misma capacidad que para la venta ante el temor de que esté implícita en la promesa. También Pacifici entiende que cuando la Ley determina específicamente actos respecto de los que existe la incapacidad, ésta no puede extenderse a actos distintos.

En síntesis, la capacidad que precisa el precontrato es la capacidad para obligarse, no la requerida para la celebración válida del contrato principal, sin que ello suponga desconocer las normas sobre capacidad que encontrarán su respeto adecuado en el momento de celebrar el contrato definitivo.

Demogue (2), al estudiar la naturaleza y efectos del derecho eventual, observa cómo en una serie de casos los distintos elementos del acto jurídico en vez de coexistir se realizan sucesivamente. Se abandona el sistema romano unidad de tiempo, y hoy, sin excepción, cabe la sucesión de los elementos del contrato. De los

(1) Véase ob. cit., pág. 94.

(2) Véase en *Rev. Trimestrelle*, artículo citado, tomo V, pág. 231.

elementos esenciales para la formación de un derecho es esencial una voluntad, los restantes elementos, objeto, contrato principal, si se trata de un contrato accesorio son necesarios, no para la existencia de él, sino para su ejecución ; lo mismo cabe decir de la capacidad de los contratantes.

Otra de las exigencias del precontrato es el llamado requisito de determinación. Del mismo dice Degenkolb «que en este punto únicamente deciden los principios generales», y en sus nuevas aportaciones marca la imposibilidad de aplicar al precontrato los mismos requisitos que al contrato futuro (1). Tradicionalmente, dichas figuras contractuales se habían distinguido en atención a la finalidad propia del precontrato—emitir una declaración de voluntad—, y ahora llega a colocarse la distinción en la medida en que se encuentre determinado su contenido. Si la mayor o menor determinación de las prestaciones da lugar a que exista un precontrato o un contrato principal, los casos límitrofes aumentarán de modo extraordinario. Además, contra la representación del precontrato, como contrato imperfecto, que deba ser posteriormente completado, se alza el mismo Degenkolb afirmando que no engendrará entonces obligación de concluir un contrato. El precontrato debe ser completo y perfecto, necesita para su validez expresar lo esencial del contrato principal o, como sostienen Göppert y Regelsberger, el contenido del contrato principal, de modo que la clase y medida de las obligaciones que éste haya de imponer a las partes no queden dependiendo del libre arbitrio del otro contratante. En suma, el precontrato, como todo contrato, necesita que su contenido sea determinado o determinable. Según indica Degenkolb, la práctica tiende a considerar contratos definitivos ciertos convenios, aunque su perfección exija ulteriores determinaciones, y la vida moderna, según Coviello, en defecto de los requisitos esenciales para el negocio principal considera existente uno preparatorio ; el *pac-tum compromitendo* no exige la designación de árbitro necesaria en el compromiso. Sin embargo, no es un criterio seguro para establecer una diferenciación ; lo verdaderamente decisivo será si se necesita o no un nuevo «*contraferre*».

Las partes, antes de haber cerrado el contrato definitivo, pue-

(1) Igualmente Adler, artículo y lugar citado, pág. 222.

den haber concluído un precontrato con contenido poco preciso, y comprometiéndose a poner de acuerdo sobre los puntos sin decidir. Habrán asumido una obligación distinta de la de concluir un contrato cuyo contenido está todavía por fijar en absoluto. Un precontrato indeterminado no engendrará obligación de concluir un negocio determinado, pero sí dará lugar a la obligación de concretar el contenido del contrato, y en tal caso, las partes pueden haber querido que sobre los puntos en que no existía acuerdo, decidido el Juez conforme a la equidad; en tal sentido ha resuelto la Jurisprudencia alemana que una compra, en la que el precio era «el que ya fijaremos», era un contrato que vinculaba a las partes.

Acaso lo más correcto sea exigir, como hace Dernburg (1), para que esté suficientemente determinado, a fin de que la validez del precontrato, que el contenido del contrato futuro en caso de controversia pueda ser establecido por el Juez. Frente a los precontratos en sentido propio, el contrato que obliga a determinar más precisamente su contenido es calificado por Bechmann *bonae fidei negotii*. La obligación para especializar el contenido contractual es un acto preparatorio que sirve para la ejecución del contrato principal.

No es necesario que el precontrato contenga todo el contenido del contrato futuro, basta que comprenda los elementos para poder determinarlo claramente. Será nulo si no contiene todos los puntos esenciales del contrato principal.

En síntesis el precontrato no necesita la misma determinación que el contrato principal, otra cosa sería negar su fin racional. Convenidos todos los extremos y detalles del contrato principal podría utilizarse entonces un negocio de esta naturaleza, con condiciones, plazo o cláusulas especiales. Los escritores austriacos (2) exigen que el precontrato fije los elementos objetivamente esenciales del contrato futuro y aquellos a los que las partes hayan querido atribuir ese carácter. Si después no hay acuerdo sobre extremos secundarios podrá el Juez completarlo aplicando las normas legales.

Realizado un precontrato se comprende con facilidad que no

(1) Véase ob. cit., p. 45.

(2) Véase Ehreuzweg, ob. cit., pág. 139.

puede admitirse que, indefinidamente, permanezca obligada una de las partes, y por ello, al no haberse establecido con claridad el tiempo en que habría de realizarse el contrato principal, habrá de deducirse de la intención de las partes, naturaleza del negocio, costumbres de la práctica.

La necesidad de un plazo en que haya de realizarse el contrato principal la sanciona el Código civil austriaco en su artículo 936. Esta disposición ha sido criticada por desconocer una categoría de precontrato; aquellos que dan lugar a la celebración de un contrato cuando lo requiere la persona en cuyo favor se habían concluido.

Si la finalidad del precontrato se revela cuando el contrato principal no le sucede inmediatamente, no es posible aceptar en buena lógica que el obligado por un precontrato de mutuo dando debe quedar obligado treinta años hasta que el acreedor se decida. La intención de las partes, la equidad y la vida misma, opuesta a mantener largo tiempo la coacción jurídica, nos llevan a exigir que en el precontrato se precise un plazo en el momento de su celebración. También lo reconocen así Wommelsdorff y Geller (1); éste afirmando que en este aspecto el precontrato debe contener más que el contrato.

Establecido en el precontrato un plazo para llevar a término la conclusión del contrato principal, el transcurso de aquél extinguirá la obligación de contratar. Cuando no se estableció el plazo, es opinión de algunos autores que se aplicará el término normal de prescripción, que es nulo el precontrato por falta de determinación de un elemento fundamental (2). Y para evitar que durante tan largo lapso de tiempo quedase sometida la voluntad del obligado, admiten Pothier (3) y otros la posibilidad de obtener una sentencia que obligue a declarar si ha de ejercitarse o no la facultad concedida en el precontrato. Arguyen otros escritores que para tal fin es bastante que el promitente se dirija a la otra parte otorgándole un plazo para que hiciese uso de su derecho, con posibilidad

(1) Véanse ob. cit., págs. 38 y 27.

(2) Cfr. Geller, ob. cit., pág. 26, y *Trant Beitrage zur Lehre von Vorvertrag.*, p. 17.

(3) Véase *Vente*, núm. 481.

de acudir a los Tribunales en solicitud de una ampliación de aquel término si fuese insuficiente.

Coviello (1), Leduc (2), Carrara (3) y Ruggiero (4) rechazan el último criterio; no es posible atribuir a las partes lo que corresponde a la autoridad judicial, aparte de que la teoría expuesta aniquila la eficacia del precontrato, dejando a merced de una de las partes modificar a su arbitrio la relación jurídica. Si sólo quiso constituirse una obligación válida para un corto lapso de tiempo, debió declararse así, y no habiéndolo hecho ha de sufrirse la negligencia. No parece correcto tampoco sostener la existencia de un plazo tácito para ejecución del precontrato con la presunción de un desestimiento tácito del estipulante por el transcurso del tiempo, lo que sólo sería exacto cuando el precontrato se hubiera celebrado en vista de circunstancias que hayan desaparecido más tarde. Cuando no se estableció el plazo de celebración del negocio principal habrá que acudir al Juez para que lo fije.

La institución estudiada produce acción para concluir el contrato principal. Cada uno de los contratantes o aquel en cuyo favor se estipuló el precontrato, pueden exigir del obligado cooperación para el negocio definitivo. Entendemos con la generalidad de los autores que la acción derivada del precontrato se dirige al «contrahere», y más concretamente a la conducta del obligado que sea necesaria, según su naturaleza, para dar vida al contrato principal. Así Trant, ob. cit., p. 23, Dernburg agrega que del «*pactum de contrahendo*» nace una acción para la conclusión del contrato principal; «pero el titular puede, en casos de omisión de la otra parte, pedir inmediatamente el interesse, puesto que un contrato establecido por los Tribunales no es equiparable a uno libremente celebrado, sino que abre la puerta a nuevos litigios. La condena al interesse no es, como en el Derecho romano, la única a obtener, sin embargo, en atención a las circunstancias, será la más práctica y equitativa»: Panditile, vol. 2.810.

La cooperación consiste en que se emita una declaración de voluntad. Cuando se ha reclamado judicialmente ésta a una de

(1) Véase ob. cit., pág. 99.

(2) Véase ob. cit., pág. 47.

(3) Véase ob. cit., pág. 47.

(4) *Istituzioni di dir. civ.*, vol. II, p. 259.

las partes la cual se niega a concederla, por virtud de la eficacia jurídica que se atribuye a la sentencia firme se supone como emitida; así la ley procesal alemana, en su parágrafo 894, preceptúa que si el deudor fuese condenado a dar una declaración de voluntad, se tendrá por dada tan pronto como la sentencia haya adquirido la fuerza de cosa juzgada. Y lo mismo el artículo 25 del Proyecto francoitaliano. Geller (1) afirma que por la sentencia firme se concluye el contrato principal y se ejecuta el precontrato. En los contratos reales la acción se dirige a la entrega de lo prometido, que en procedimiento de ejecución forzosa se tomará del demandado entregándolo al demandante. Y Kaubes (2), al examinar el trato jurídico concedido por el Código alemán al precontrato, dice que la acción del mismo, aunque encaminada a cooperar a la conclusión de un contrato, mira como todo contrato obligacional en segundo término a una indemnización de daños (3). Este es el contenido secundario de toda obligación con valor patrimonial.

Veamos ahora los efectos que produce el precontrato. Si la acción producida por el mismo se dirige a un contrahere y no a una indemnización de daños y perjuicios, será de extraordinaria importancia que se mantenga en tal dirección, porque, como indica con fina intuición Degenkolb (4), en este punto amenaza desplomarse toda la construcción conceptual del precontrato. Niega Brinz que el obligado pueda ofrecer una suma equivalente al tipo de interés y el acreedor la deniegue sin caer en mora, porque el «facere», consistente en cerrar un contrato, es por naturaleza incoercible y no puede valorarse. Covillo (5) es contrario a este punto de vista y considera la posibilidad de la acción encaminada al contrahere, problema común a todas las obligaciones de hacer. El Derecho romano reconoció negocios jurídicos que engendraban una

(1) Véase ob. cit., pág. 24.

(2) Véase ob. cit., pág. 37.

(3) Véase Degenkolb, artículo y lugar citados, pág. 42; Dernburg, *Pandekten*, tomo II, pág. 27; Windscheid, ob. cit., tomo II. Coincidan en que la acción se dirige normalmente al contrahere. Stintzing, en su *Forverpflichtung*, pág. 22, dice que la acción se dirige a la conducta del obligado exigible para permitir que nazca el contrato principal.

(4) Véase ob. cit., pág. 41.

(5) Véase ob. cit., pág. 129.

obligación semejante, y si fuese verdad que el consentimiento contractual repugnase una obligación jurídica que se impone a la voluntad, no podría admitirse la tradición. Aparte de que si el precontrato tuviera como efecto único una acción para la prestación del interés no sería posible definirlo como un contrato que asegura la celebración de otro posterior, sino como un contrato dirigido a la prestación de una cantidad si dicha celebración no se verifica (1).

El cumplimiento del precontrato, como el de los contratos en general, consistirá en su ejecución efectiva. Quien se obligó mediante él deberá prestar el consentimiento necesario para la relación definitiva, y caso de negarse a ello, será condenado judicialmente a verificarlo. No podrá colocar en mora al acreedor depositando daños y perjuicios, ni tampoco puede facultarse al último para exigir intereses en lugar de la conclusión del contrato; podrá el acreedor no ejercitarse sus derechos, pero si los utiliza ha de ser en la forma convenida y no en otra. Si la prestación se ha hecho imposible por culpa del obligado, podrá pedirse el interés y se indemnizará el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*.

Cuando trata Leduc (2) de la resistencia injustificada del promitente propone dos medios para resolver la dificultad, sin acudir a la indemnización: I. Celebración del contrato por la autoridad judicial, ejecutándolo después como un contrato cualquiera, y II. Reputar celebrado el contrato por simple declaración del estipulante y recurrir a los Tribunales para obtener no conclusión, sino ejecución forzosa del contrato definitivo.

Defendía la primera posición Pothier en relación con las promesas de venta, porque siendo objeto del contrato la prestación del consentimiento podía suplirse con una decisión judicial. Claro es que la ficción pretendida por este autor no puede sostenerse sin expresa disposición legal. Teóricamente no hay dificultad en admitir que la decisión judicial ocupe el lugar de la declaración de voluntad de las partes. Se tratará de una sentencia constitutiva, no declarativa, y la fecha del contrato se retrotraerá al momento

(1) Sobre los efectos del precontrato y juego de la cláusula *rebus sic tantibus*, véase Carrara, ob. cit.

(2) Véase ob. cit., pág. 148.

en que la resolución judicial sea firme. Degenkolb (1) y Göppert se oponen a ello ; el segundo expresamente dice que se traspasan los límites de la coacción judicial ; puede domarse la voluntad rebelde al Derecho dando al actor cuanto es posible que concedan los órganos judiciales, pero no es posible hablar en nombre de aquél. El Derecho francés, como el italiano y el español, excluyen la celebración del contrato por intervención del Juez ; Leduc ve en ello una complicación inútil, adhiriéndose al segundo procedimiento propuesto, según él, por el precontrato. Si el promitente hizo cuanto estaba de su parte para llegar a la conclusión del contrato definitivo, las dificultades que surjan para ésta procederán del promisario. El contrato principal parece constar de dos fases : una, que corresponde al que promete y que se agotó en el precontrato, y otra posterior, intervención activa del estipulante, en la que no es necesario exigir al obligado una nueva declaración de voluntad, porque ya había realizado cuanto tenía que hacer. Se llega de esta suerte a eliminar casi por completo la idea central de Degenkolb —obligación de cooperar a un contrato futuro—. El precontrato faculta a una de las partes para exigir de la otra la cooperación por conclusión del contrato principal. Esta cooperación consiste en emitir una declaración de voluntad. En Derecho actual ha de dirigirse a un contrahere, y muchas veces, por motivos prácticos, se pedirá inmediatamente no la conclusión del contrato principal, sino el interés. Y como éste ofrece ciertas dificultades, para probarlo harán bien las partes estipulando una cláusula penal.

El Código civil español, en su artículo 1.098, establece que cuando el obligado a hacer una cosa no la hiciere se mandará hacer a su costa. Pero cuando la prestación a realizar no la puede cumplir el acreedor ni un tercero designado por el Juez, es inaplicable, pues se trata de una prestación no fungible. Creemos, como escribe Coviello, que «si hay algo que no se preste al concepto de subrogación es una manifestación de voluntad». El Juez puede resolver que el contrato se tenga por celebrado ; pero a lo que no puede llegar es a sustituir la declaración de voluntad del obligado por la propia, porque ello es esencialmente contrario a la naturaleza formadora del contrato. Por ello rechazamos la teoría ex-

(1) Véase artículo y lugar citados, pág. 45.

puesta por Leduc defendiendo que el precontrato obliga a la celebración de otro que llamamos principal, sin estimar posible en nuestro Derecho conferir al Juez poderes para ordenar la conclusión forzosa del mismo.

Con la mayor brevedad posible veamos ahora si los derechos y obligaciones del precontrato son susceptibles de transmisión o cesión. No importa que la obligación de hacer vaya acompañada por plazo, condición o que sea eventual. Un derecho eventual puede transmitirse como otro cualquiera, aunque sus efectos sean restringidos. Claro es que una cesión producirá un cambio importante en la situación del promitente, porque el precontrato no sólo determina el nacimiento de un crédito puro, sino que engendra obligaciones recíprocas y por ello sería conveniente señalar restricciones a la transmisión de los derechos y obligaciones en los precontratos de contratos bilaterales, aunque sea norma general la cedibilidad de los derechos y acciones, siempre que las partes nada hayan pactado en contrario.

Si es posible enajenar el derecho que pueda tenerse sobre una cosa que no existe, con más razón puede disponerse del derecho eventual que tengamos sobre una cosa. El beneficiario de una promesa de venta puede, desde luego, enajenar el derecho que resulte de ella (1). Según Demogue, sin embargo, no cabe mirar la cesión como derecho absoluto. Muy bien pudo el precontrato de compra haberse concluído por razones de la amistad que una a las partes.

Las dificultades se presentan con claridad en los precontratos de contratos reales. Si admitimos en el pactum de mutuo accipiendo que pueda transmitirse la acción, tendremos que pasar por la injusticia de obligar a que se entregue el dinero a personas distintas del que había de figurar como deudor primitivo, que podrán ser insolventes. No es posible admitir la libre cesibilidad de acciones nacidas de un precontrato de dar en préstamo, en depósito o en comodato. Prometí a B dejarle mi aparato de fotografía para el viaje que había de realizar por el extranjero, ¿cómo puedo estar obligado a dejárselo a X, que es hombre abandonado y negligente? Por todo lo cual algunos escritores estiman que la posibilidad de la cesión ha de resolverse caso por caso, constitui-

(1) Véase artículo cit., vol. V, pág. 239.

yendo un problema de interpretación resolver si las partes en el precontrato dieron valor a las personas entre quienes debía celebrarse el contrato futuro. Kohler (1), y con él la generalidad de los autores, piensan que concluir el contrato principal en virtud de cesión con una persona distinta de aquella con quien se celebró el precontrato, alterará el negocio y será quizás gravosa para el deudor (2). Son opuestos a una transmisibilidad de las acciones del precontrato intervivos o mortis causa, y nunca cuando las acciones derivadas del precontrato sean de carácter personalísimo. Kaubes excluye sólo la transmisión cuando al variar la persona con quien se contrata se modifique el contenido del negocio o se haya excluido la cesión por pacto expreso y Frank (3) niega, salvo casos de excepción, la transmisibilidad de acciones de un precontrato de préstamo porque estima que son de carácter personalísimo.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,
Doctor en Derecho.

(1) Véase *Lehrbuch des Bur. Rechts.*, vol. II, pág. 162.

(2) Véase *Standenger Kommentar zum B. G. B.*, tomo II, 1.^a parte, página 454. En favor de más transmisibilidad activa y pasiva de los derechos derivados del precontrato. Vigoream, ob. cit., pág. 387.

(3) Véase ob. cit., págs. 12 y sigts. Otros estiman posible la cesión cuando la entrega de la cantidad ha de hacerse al cesionario, y el contrato de préstamo se celebra con el beneficiario de la promesa. Enneccerus, pág. 484.

Observatorios de Derecho agrario

CONTESTANDO A UNA INVITACIÓN

La iniciativa de mi querido compañero y amigo D. Fernando Campuzano, desarrollada en un trabajo con el propio título que encabeza estas líneas, en el número de Mayo de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, es calificada como de máxima importancia por la Dirección de la propia Revista, y lo es en realidad, ya que tiende a concretar, a recoger y recopilar en forma orgánica estudios, observaciones y realidades de nuestro Derecho en relación con la agricultura y con las nuevas normas dictadas para ella desde el advenimiento de la República.

El Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España no puede permanecer sordo al galante llamamiento que le hace nuestro compañero, y desde luego ofrece su decidida colaboración para el desenvolvimiento de trabajos y estudios que entran por completo en la esfera de nuestra actividad y de nuestra misión. Nos obliga ésta a la aplicación de las leyes y disposiciones administrativas dictadas para el establecimiento de la Reforma Agraria en nuestra patria y en la forzosa lucha de derechos, de costumbres y de intereses que se produce al querer encajar los viejos sistemas en las nuevas normas, se vislumbra lo que hay de permanente, de verdadero y de justo en los derechos de terratenientes, aparceros y simples jornaleros de la tierra, y a lo que ha de acomodarse toda reforma, si no ha de nacer ya muerta en el papel.

No hay que olvidar que tanto en el Instituto de Reforma Agraria como en cada distrito hipotecario, los Registradores de la Pro-