

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

Año X

Julio de 1934

Núm. 115

El precontrato

PRECONTRATO EN LOS CONTRATOS REALES

Principio fundamental del moderno Derecho en materia contractual es el de que el consentimiento de las partes es bastante para dar vida al contrato. Cuando al acuerdo de voluntades, alma del contrato, es preciso añadirle la entrega de una cosa, hecho del que arrancan los efectos jurídicos del negocio, estamos ante los contratos reales. Tales son en el sentir de Sohm (1) los que obligan y producen acción por el mero hecho de la entrega de una cosa, y con referencia también al Derecho romano afirma Girard (2) que los contratos que se formaban «*re*», según Justiniano, eran mutuo, depósito, comodato y prenda, a los que añade la fiducia, el más antiguo de todos; el primero de ellos cumple su fin mediante una transmisión de propiedad y los restantes por una entrega de posesión o detentación.

El complejo de derechos y obligaciones que constituían el contenido de los contratos reales nacía como consecuencia de una entrega patrimonial. Esta categoría contractual se subdividía en las siguientes: Contratos reales nominados, a los que perte-

(1) Véase ob. cit., pág. 358.

(2) Véase «Manuel», pág. 538.

necían los verdaderos, e innominados, que carecían de nombre especial y estaban protegidos por la «actio praesenptis verbis».

El Derecho intermedio sancionó casos de excepción a la regla de que el consentimiento por sí solo no producía obligación. Los glosadores afirman, a su vez, que ha de unirse la entrega al consentimiento. Grocio no se sabe si rechazó el tipo de contratos reales, y Puffendorf lo aceptó como estaba en Roma. Con Heineccio la categoría subsiste, aunque planteó ya al estudiar la perfección de los contratos un problema que había de ser muy discutido por la literatura jurídica posterior: si por el Derecho natural basta el consentimiento para que nazca el contrato, ¿por qué no ha de ser así en el contrato de comodato?, en el que, sin embargo, se distingue el acuerdo de transmitir a uno el uso de una cosa determinada, que no es un comodato, sino un pacto de entregar en comodato, productor de la obligación de prestar el uso de una cosa, y el comodato mismo, que da lugar a la obligación de restituir. Vinnio y Voet, cuyas opiniones también resume Carrara (1), distinguen las convenciones nudas y vestidas.

Al comenzar el estudio de la teoría de los contratos reales conviene advertir que los escritores han llamado la atención de la misma en relación con los precontratos. Dernburg indica que los contratos reales del Derecho común forman el campo propio de los precontratos (2). Schlossmann los declaró «el dominio indiscutible de los «pacta de contrahendo», y Reichel indica que los precontratos nacen y mueren con los contratos reales.

Estudia Schlossmann (3), en su trabajo citado, la naturaleza jurídica de los contratos reales en el Derecho romano y expone que la «res» se ha estimado como el momento productor de la obligación típica de estos contratos, causa la más profunda de sus efectos obligatorios. Poco se habrá logrado con decir que «la obligación se funda en todos esos casos en la «res»; que la razón de los efectos obligatorios resulta de 'haberse entregado algo con la carga de devolver lo recibido en natura o tantundem eiusdem generis» y que la obligación en todos ellos sólo se produce por la

(1) Véase ob. cit., pág. 323.

(2) Pandette: vol. II, § 10.

(3) *Ueber den Vorvertrag und die rehlitche Natur der sogenannten Realkontrakte Iherings Jahrbücher*. Vol. 45, pág. 40 y siguientes.

«res», porque no puede darse acción de restituir sin previa entrega.

En la «res» no puede encontrarse la esencia de estos negocios, por la diversidad de fines económicos a que sirve y la diversa posición del obligado a devolver; restituye, en el depósito el que lleva las cargas del negocio, en el comodato prenda y mutuo los beneficiarios. El compromiso de devolución es un criterio externo que no puede darnos la diferencia específica de la categoría examinada. Será preciso buscar un punto de vista que nos permita contraponer estos negocios a los demás. Y no puede hallarse en la transmisión de una cosa de uno de los contratantes a otro, por no ser una forma común a todos. La transmisión opera un cambio de propiedad en el mutuo, traspaso de la posesión jurídica en la prenda y simple detención en depósito y comodato, lo que demuestra que la entrega está en conexión con el fin económico del negocio y es necesaria para su obtención.

No pueden caracterizarse tampoco los contratos reales contra lo que piensan muchos—por la peculiaridad de la obligación creada por ellos, compromiso de devolución de lo recibido. Supondría tomar como punto de partida un criterio externo. La obligación de restituir es insuficiente para explicarnos el carácter económico de estos negocios. Los fines económicos de los contratos estudiados son muy varios, el préstamo tiende a facilitar por un tiempo limitado el uso del capital ajeno mientras la prenda otorga al acreedor una seguridad. Además, la restitución no acompaña normalmente a las obligaciones creadas por estos contratos falta en las consecuencias previsibles de la relación prendaria. Y, por último, la entrega de una cosa para que sea devuelta existe en otras relaciones contractuales, así el arrendatario recibe una cosa que ha de devolver más tarde.

El carácter privativo de los contratos reales no puede desprendérse tampoco del fin económico de los mismos. Ciertamente Gayo designaba el grupo contractual estudiado «re obligari», «re tenetur», sin que pueda pensarse que estimaba la cosa, según algunos autores modernos, como el elemento productor de la obligación. Para Schlossmann la causa de que en el depósito y comodato la simple promesa de entregar en depósito o de aceptar en comodato no produzca acción para poder exigir su cumplimiento coac-

tivamente reside en que son puros negocios de cortesía (Gefalligkeitsgeschäfte). A idénticos motivos debe su consideración como tal contrato real el préstamo sin interés (Freundschaftdarlehen). La prenda generalmente es un requisito para el otorgamiento o ampliación de un crédito, y el acreedor no cumplirá la promesa de prestar sin antes haber recibido la prenda.

Adler (1) acepta como definición del contrato real ser contrato que no puede nacer sin una prestación efectiva, ni aun condicionadamente. La relación de cosa y consentimiento puede verse como requisito de cualidad. La entrega no es condición, porque la impone la Ley, y no es producto de la voluntad de las partes, ni modus cuyo incumplimiento no debiera afectar a la existencia del contrato, ni presuposición, es el fundamento de la acción y la causa de todas las obligaciones del contrato, en especial de la restitución.

Las mayores dudas sobre la existencia de un contrato real se presentan en el depósito oneroso, locatio conductio custodiae, consensual en el Derecho romano y real para el Derecho moderno. Estipulado un depósito, si el deponente voluntariamente no hace uso de su derecho no se deberá sin más la retribución convenida el depositario no tiene que liquidar los daños que se originen de la no conclusión del depósito. La retribución pactada deberá reducirse por la posible utilización del local para otros fines, y por haberse ahorrado los gastos de aceptación y custodia. Cuando una de las partes se halle casualmente impedida para concluir el depósito real, por ejemplo, por pérdida de una cosa, el cumplimiento del precontrato, resultaría imposible para ambas partes y no puede obligarse a ninguna prestación. No sucede lo mismo en el contrato consensual por la independencia relativa de las obligaciones bilaterales.

El Profesor de Viena advierte que el centro de gravedad del problema relativo a la significación actual de los contratos reales no es el de si, según el Derecho actual, la entrega (Sachleistung) puede ser requisito formal de un contrato. Y en este punto

(1) V. artículos sobre «Realcontract und vorvertrag. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Romischen und deutschen Privatrechts», vol. 31, página 202 y siguientes.

distingue: 1.º Quienes ven la «res» como requisito para la validez del contrato. Según esta concepción, hay necesariamente que negar el contrato real en el Derecho moderno y afirmarlo en el Derecho romano. 2.º Autores que estiman que la «res» constituye un requisito de calidad de ciertos contratos. Se parte aquí de que naturalmente la obligación de restituir con anterioridad a la entrega, y el contrato de tomar un préstamo, y restituirlo, será válido, pero no es un préstamo. 3.º Un último grupo de escritores considera que la «res» forma un requisito de calidad de ciertos contratos, quedando obligado unilateralmente quien lo recibe con el que hizo la prestación.

Concluye indicando como opiniones más justas las Puchta y v. Schey, la prestación real es un requisito de calidad del contrato real sin más. El mero consentimiento sin prestación real es un contrato, pero no el contrato tipo. Reconoce Puchta que la teoría romana de los contratos reales sólo es aplicable después de la prestación real, la falta de entrega determina, según Adler, un *chebezustand*.

De la argumentación de Schlossmann que los contratos reales son negocios de liberalidad o cortesía, y que por el consentimiento que precede a la «res» no puede exigirse la ejecución, resulta una contradicción porque la entrega se estima tiene lugar en ejecución del consentimiento al que no se da virtud para producir una acción de ejecución. Böhmer (1) cree que el problema de la existencia de los contratos reales equivale al de si una disposición patrimonial puede tener como fin crear una relación jurídica. Durante algún tiempo se pensó que la entrega es un acto de ejecución que contribuye a realizar el fin del contrato, y como tal no puede tener lugar contrahendi, sino «solvendi causa». Cuando la finalidad de la entrega es dar vida a un negocio se presentan los contratos reales. Para establecer si la entrega «obligandi causa» es admisible en el Derecho moderno, hay que examinar si ella da comienzo a las modificaciones patrimoniales específicas del contrato o las realiza por sí misma. Si el fin de los contratos reales fuere la restitución, la entrega base para la misma corresponderá al

(1) *Realverträge in heutigen recht.* en Arch. f. Bürgerl. Recht. Tomo 38, pág. 314.

período de formación. Mas aquél no es el fin de los contratos reales, merced al comodato y al préstamo mutuo, quiere una parte transmitir a una persona determinada la utilización de cierta cosa ; por el depósito se aspira a que un tercero asuma en algún tiempo los riesgos inherentes a la posesión de una cosa, el deber de restitución, por lo tanto, no es más que una delimitación en el tiempo de los negocios jurídicos expresados. La entrega de la cosa para Böhmer es acto de ejecución y con ello se niega la categoría de los contratos reales.

Roth, en su monografía repetidamente citada, cree necesario estudiar la relación que existe entre la cosa y el consentimiento, que constituye para Brinz, Crome y otros «caput et fundamentum» del contrato, existiendo antes de la entrega un pacto accionable preparatorio. Según otros, el dar tiene la función de ratificación del consentimiento y la relación de «conventio» y «res» es como la de cuerpo y alma, espíritu y materia. En una combinación de ambas teorías puede encontrarse la solución justa, como sostiene Eisele, del contrato real que no se resuelve en un contrato consensual y una ejecución inmediata ; los momentos consensual y real deben mirarse más bien como elementos de igual valor de un concepto complejo. Puede decirse así que la cosa y el consentimiento obligatorio no están uno al lado del otro, sino dentro del otro.

Ha sostenido Töhl que todo contrato real presupone un precontrato consensual, ya que siempre precede con algún tiempo a la entrega de la cosa el acuerdo de las partes que para él constituye un precontrato. Pero convendrá diferenciar entre el consentimiento, cuyo fin es una prestación real y el precontrato de préstamo que produce el compromiso de hacer un préstamo. El contenido del acuerdo de voluntades entre las partes no es una promesa obligatoria en ejecución de la que ha de tener lugar la entrega de la cosa, sino la determinación final de la entrega patrimonial (Bestimmungsgrund der Vermögenshingabe). Los contratantes sólo han convenido que la entrega se realice en forma de préstamo.

Unger (1) manifiesta que el carácter real sólo tiene justifica-

(1) Véase *Realcontracte im heutigen Recht*. Iherings Jahrb für Dogm. Tomo 8, pág. 1.

ción en los contratos en favor de quien ha de recibir la cosa, porque en ellos no se admite una obligación antes de que la cosa haya sido recibida.

Pacifici (1) sostiene que con especial referencia al Derecho italiano que el comodato y el mutuo son contratos consensuales. Será preciso entregar la cosa al comodatario, pero ello es ya ejecución del contrato, no formación. También en el mutuo el acuerdo entre las partes basta para transferir al propietad. Si para la perfección del contrato hubiese sido precisa la entrega de la cosa, el mismo Código lo habría declarado en forma expresa, y al no haberlo establecido así, debe pensarse que la regla general es que con el acuerdo el contrato es perfecto. El mismo anotador de Pacifici, Venzi, critica esa concepción, al declarar que los cuatro contratos reales admitidos por el Derecho romano subsisten en el Código civil italiano. Ruggiero (2) y Gabba admiten la categoría de reales, fundados en la distinta terminología empleada por la Ley al referirse a ellos. Carrara (3) entiende que para el Código italiano el comodato, mutuo depósito y prenda, conservan carácter de reales, ya que necesitan la entrega de la cosa. No hay contradicción, como se ha objetado entre el principio del Derecho moderno que coloca la perfección de los contratos en el momento en que se ha logrado el acuerdo de voluntades y exigir, además, aquí la formalidad de la entrega en algunos contratos. De la obligación de entregar a otro una cosa determinada para que la use o custodie, mientras que no haya sido entregada, no ha surgido el correspondiente contrato real, sino un precontrato.

La opinión que juzga Covielo (4) más aceptable es la que hace depender los contratos reales de la voluntad de las partes o de la Ley que por motivos de orden público u otros especiales inducen al legislador a exigir la entrega para el nacimiento del contrato. Los contratantes pueden hacer depender un contrato consensual de la entrega de la cosa, pero no se estima justo que un contrato real para la Ley puedan las partes convertirlo en con-

(1) Véase ob. cit., vol. V, pág. 580.

(2) *Instituzioni de dir. civ.* Vol. II.

(3) Véase ob. cit., pág. 335 y siguientes.

(4) Véase ob. cit., pág. 103.

sensual. Así como las exigencias de la vida motivan que para una mayor celeridad en el tráfico una serie de contratos se perfeccionen por el consentimiento de las partes, en otras ocasiones atribuir al consentimiento tal eficacia daría ocasión a múltiples litigios, por ejemplo, en el préstamo se permitiría al prestamista reclamar la devolución de cantidades que nunca entregó. Lógicamente no hay dificultad en admitir que la obligación de devolver puede preceder a la entrega de la cosa, pero de hecho no cabe tal posibilidad. Los contratos en que es más favorable que se perfeccionen sólo por entrega de la cosa son los contratos que implican como obligación principal e inmediata la restitución.

También Leduc (1) considera que el «*Code civil*» no prevé los convenios anteriores a la celebración del contrato real, mas no por ello cabrá deducir su nulidad. Ahora, si el precontrato obliga desde su conclusión a celebrar un contrato real, parece imposible ver en la entrega material un contrato. La entrega material es básica en la operación, cabe la entrega de un préstamo sin un contrato consensual previo, son simultáneos el consentimiento y la entrega. Los partidarios del contrato real, juzga Leduc que desdoblan artificiosamente los elementos material y consensual del contrato. En intención de las partes no hay dos prestaciones sucesivas de consentimiento. Hay una fase consensual, celebración del contrato en vista de la entrega y de la devolución, y otra fase real, ejecución pura y simple de la primera. Cuando el prestamista se niega a prestar, puede ser judicialmente obligado a ello de la misma manera que el vendedor que no quisiera entregar la cosa vendida.

Nosotros, agrega, sustituimos la noción clásica de dos contratos unilaterales sucesivos: el primero, un precontrato puramente consensual, que obliga a entregar, y el segundo, un contrato definitivo, real, que obliga a restituir al que recibe, por un contrato sinalagmático (2) que obliga, desde que existió consentimiento, «a entregar y restituir» unido a una condición, la de que tenga lugar la entrega.

La teoría defendida por Leduc ha sido generalizada por el CÓ-

(1) Véase ob. cit., pág. 182.

(2) Un solo contrato real nunca podrá ser bilateral el depósito.

digo suizo, como veremos después. Ahora bien: concluído un contrato con todos los elementos que corresponden al mutuo, comodato, etc., menos la entrega efectiva de la cosa, ¿constituirá un contrato definitivo o un pacto de contrahendo? Algunas legislaciones, como la italiana, no permiten los contratos reales como contratos consensuales. Cuando las partes van abiertamente contra la Ley el convenio no valdrá más que como contrato innombrado que se regirá por las reglas generales, toda vez que los «*esentia negotii*» no son susceptibles de ser aceptados o rechazados.

A la entrega de la cosa precede lógica y temporalmente el convenio entre las partes, manifiesta Roth. Antes de entregar y aceptar no existe obligación alguna (1). La disposición patrimonial supone que la entrega de la cosa no sirve para conferir validez a una relación jurídica obligatoria, sino para iniciar las consecuencias jurídicas. Al afirmar que la entrega origina o produce esas consecuencias, no quiere decirse evidentemente que éstas sean como un producto orgánico del acto real. En nuestro sentir, el convenio de las partes sirve únicamente como determinación final, vinculándose el deber de restitución en el acto mismo de la entrega. Se puede designar el contrato llamado declarativo como base del deber de restitución, éste sólo nace con la entrega. El convenio por sí no creará obligaciones, el acto real sin él no podrá producir consecuencias jurídicas. Se relacionan estrechamente, aunque pueden separarse desde un punto de vista formal. Pero aun al considerar contratos consensuales aquellos que el Derecho romano y algunos Códigos modernos califican como reales, el precontrato no pierde su razón de ser como acto preparatorio; siempre podrá uno obligarse a celebrar en lo futuro un contrato de comodato o de mutuo.

Después de analizar Roth las opiniones de Lübbert, Du Chene, Rheinhold, Schoninger, Oertmann, declara que la obligación de restitución no deriva del hecho de la entrega como tal, sino que se vincula en tal acto en virtud de una convención que existe por sí o que está contenida en otro convenio. Así pueden distinguirse en la promesa de préstamo dos momentos: uno anterior a la

(1) Véase ob. cit., pág. 187 y siguientes.

entrega, en el cual las partes se han obligado a entregar y aceptar el préstamo, y otro posterior, en el que se produce para el prestatario el deber de restituir.

Los efectos jurídicos de esa segunda fase se centran respecto al contrato obligacional de préstamo en el acto de la entrega sin que sea necesaria una nueva decisión de las partes. Desaparece así la particularidad de la clase contractual estudiada, y puede descomponerse en la misma forma todo negocio de prestación en la compraventa las partes primero se obligan a comprar y vender, la obligación de entregar y pagar sólo nace a consecuencia de la prestación real de una parte. Todo contrato puede adoptar en la forma de conclusión tipo real o consensual, y según acepte una u otra, adquirirá la consideración respectiva.

La sanción del préstamo como contrato real no es privativa de la legislación francesa; los artículos 1.865 y 1.862 del Código francés, relativos al mismo, y 1.915 y 2.071 sobre el depósito y la prenda, revelan que para dicho Cuerpo legal tienen la consideración de reales, y esta misma concepción domina entre los escritores franceses (1). El Código civil italiano también considera esos contratos como reales (artículos 1.805, 1.819, 1.837 y 1.838).

La primera Comisión para la redacción del Código civil alemán entendió que procedía mantener el carácter real de los contratos de préstamo, comodato y depósito; pero la segunda modificó el criterio, conservando como tal sólo el mutuo y abandonando los demás a la doctrina. No obstante la generalidad de los escritores alemanes (2) afirman la subsistencia de la categoría de referencia, así Ennecerus, Oertmann, Planck. En Suiza la doctrina se muestra opuesta a los contratos reales, declarando que se forman como todos los contratos por el simple consentimiento. El Código de las obligaciones define como promesas en sus artículos 305, 312 y 472 el comodato, el depósito y el préstamo. Sólo

(1) Véase Colin y Capitant: consideran el comodato, mutuo, depósito y prenda, contratos reales. Sólo existen cuando se ha verificado la entrega de la cosa; antes habrá un *avant-contrat*. «Cours élém. de Droit civil». Tomo II, pág. 15. Igualmente Baudry-Lacantinerie: «Precis de Droit civil». Tomo II, pág. 10.

(2) Véase Heck: «Grundriss des Schuldrechts», pág. 248.

la prenda tiene en esta legislación el carácter de contrato real constituyendo una inconsecuencia censurable.

El Proyecto checoeslovaco conserva las prescripciones del Derecho austriaco sobre los contratos reales y el francoitaliano, salvo la disposición del artículo 536, otorga carácter real a los contratos de comodato, depósito y prenda (artículos 623, 646, 671, 672 y 688).

Nuestro Código civil, con la declaración contenida en el artículo 1.258, de que los contratos se perfeccionan por el consentimiento, ha inducido a algunos escritores a pensar que no existe diferencia entre los contratos reales y los consensuales. El Sr. Góyena, al estudiar el artículo 976 del Proyecto de Código de 1851, siguiendo al Sr. Falcón, reconoce que «todos los contratos son consensuales en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento». Los modernos civilistas españoles mantiene la distinción entre contratos consensuales y reales, así De D ego (1) y Sánchez Román (2). Este opina que subsistió la distinción entre contratos consensuales y reales en el Derecho vigente en Castilla antes del Código civil; sólo por una preocupación y un prejuicio el Proyecto del 51 llevó a cabo la solución negativa, y agrega que si en Roma sin entrega no había contrato ni éste era real, en Castilla, después del Ordenamiento, aunque no medie la entrega habrá contrato, pero no será real. Es evidente «la utilidad y la eficacia de una obligación contractual cuyo contenido consista en el acuerdo de dos voluntades para constituir después o prometerse y aceptarse un mutuo, depósito, comodato o prenda futuros, y tal convención tendrá todo el carácter y fuerza obligatoria de un contrato».

Finalmente, el mismo Código civil, al tratar del préstamo, comodato, depósito y prenda (artículos 1.740, 1.758 y 1.863), estima necesaria la entrega de la cosa. La distinción entre contratos consensuales y reales vemos que subsiste en nuestro Derecho, y muchas veces, no verificada la entrega, habrá un precontrato.

En síntesis, la subsistencia de los contratos reales es objeto

(1) Véase ob. cit., tomo IV, pág. 313.

(2) Véase «Estudios de Derecho civil», pág. 282. Tomo IV, segunda edición. El Sr. Valverde en el tomo Apéndice de su Tratado llama la atención sobre la confusión fácil en la terminología alemana del término contratos reales. Pág. 14.

de apasionadas críticas por parte de los escritores. Por nuestra parte entendemos que la voluntad de las partes o la Ley reconociendo concepciones dominantes en el tráfico, o por razones especiales o de orden público, pueden configurar determinados negocios como contratos reales, fijando su perfección en el momento de la entrega de una cosa. Sin embargo, el moderno Derecho se presenta dominado por el principio de que todos los contratos se perfeccionan por el consentimiento, y es la Ley, según indica Carrara, la que puede imponer como «conditio juris» para la perfección, un acto que racionalmente está en la fase ejecutiva y se realiza en cumplimiento de una obligación preconstituida (1). Por todo ello entendemos que en tanto subsista, sancionada por las legislaciones, la categoría de los contratos reales, aquel convenio por virtud del cual las partes se obligan a entregarse una cosa determinada y concluir un contrato real, constituirá un verdadero precontrato.

De las anteriores consideraciones merece subrayarse como objeción acaso de más relieve que puede hacerse a los precontratos de los contratos reales, la de que la convención del precontrato es necesariamente idéntica al *consensus* del contrato real posterior. Resueltamente lo manifiestan Storck y Schlossmann (2); éste dice que la promesa de emitir otra promesa obligatoria de una prestación tiene jurídicamente el mismo fin que la última. Pero en el acuerdo de voluntades primeramente logrado, no sólo hay una ejecución apiaizada, sino que falta la voluntad definitiva de contratar. No estimamos correcto sustituir la intención de las partes de llevar a cabo un determinado negocio jurídico por una intención de negociar. Aparte de que, como indica Wommelsdorf-Friedrichsen, los argumentos de tipo económico no sirven para destruir una construcción jurídica (3), y la obligación de «contrahere» es esencialmente distinta de la obligación de prestar una cosa (Göppert). Parece inexacto declarar que no hay espacio para el precontrato, porque el contrato real es un contrato consensual seguido de la primera fase de su realización; y que carece de finalidad repetir una

(1) V. ob. cit., pág. 356.

(2) V. ob. cit., págs. 36 y 89.

(3) V. ob. cit., pág. 73.

promesa ya válida, toda vez que aquel contrato surge de un acto complejo: *res* y *consensus*, y no se perfecciona por la simple entrega, sino por ella en relación con el *consensus*.

Una vez establecida la posibilidad en el orden lógico del precontrato en los contratos reales, interesa determinar su existencia en la vida jurídica. La desconocen en absoluto los dos escritores antes citados; frente a ellos, otros afirman que todo contrato real necesariamente va precedido de un precontrato. Acaso sin llegar a concepciones tan radicales, sea necesario afirmar la construcción jurídica del precontrato como indispensable. Así lo habían reconocido para el Derecho común muchos escritores a que nos hemos referido. Y siguen sustentando este punto de vista respecto de los modernos Códigos civiles Staudinger, Oermann Titze, Ehrenzweig, Wommeisdorf, Kaußes y Traut, Cuviello y muchos más. El precontrato faculta para exigir la cooperación para la conclusión de un contrato encuentra condiciones más apropiadas para su desarrollo en campo de los contratos reales. Adquiere especial relieve en la teoría y en la práctica el precontrato de préstamo. De su estudio concluye Elum que «el contrato de préstamo es un contrato unilateral cuya obligación primordial es la restitución. La conclusión contractual exige dos momentos: acuerdo y entrega». El *Einigung* caracteriza la tradición realizada como celebración de un contrato de préstamo. Este contrato es un contrato real que nace con la entrega. En ocasiones «el negocio del préstamo se descompone en dos contratos: el verdadero contrato de préstamo y un precontrato cuyo contenido es el pactado por las partes» (1). Este da lugar al compromiso de cooperar a la conclusión del contrato real, de entregar y aceptar, bilateral, y se emplea con frecuencia en el tráfico de los establecimientos de crédito inmobiliario.

No podemos entrar en el examen de interesantes problemas en orden a la naturaleza consensual o real de esta variedad del precontrato, para unos constituye un *pactum de mutuo* dando y para otros es convenio de prestar o contrato de crédito, ni si el deber de restitución responde a la delimitación temporal de la relación jurídica cuyo fin económico y contenido principal ju-

(1) Fritz Blum Darlehen und Darlehensvorvertrag. Frankenthal, 1912, página 48.

rídico es la utilización de valores ajenos, según la opinión dominante, la promesa de prestar en relación con el préstamo es un precontrato. Para una exposición de estos problemas nos remitimos a trabajos especiales de Vitter (1) y Frank (2) sobre el precontrato de préstamo.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

(1) *Der Darlehensvorvertrag* Essen, 1915.

(2) *Zur Frage der Übertragbarkeit des Anspruch aus einem Darlehens-Vorvertrag*. Sinsheim, 1913.

(2) Véase ob. cit., pág. 356.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500

Reservas 65.208.261,45

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores—Despacho y cobro de cupones y títulos amortizados—Custodia de valores.—Giro, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc...

TIPOS DE INTERES

I.—Cuentas corrientes

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

A) *Liberetas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual

B) *Imposiciones*.

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297