

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año X

Junio de 1934

Núm. 114

---

## El precontrato

### CUARTA PARTE

#### PRECONTRATO DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES

Cuando Leduc (1), en la segunda parte de su monografía, estudia las aplicaciones prácticas del precontrato, parte del principio de que éste puede obligar a la conclusión de un contrato de cualquier naturaleza, pero seguidamente excluye del campo de su teoría los precontratos que anteceden a algunos contratos solemnes y los considera también inútiles para asegurar la eventual celebración del contrato de prenda, comodato o depósito, limitándose a exponer los esponsales, que él estima precontratos (2), y los precontratos de compraventa, arrendamiento y préstamo.

No sólo ha sido discutida la aplicación del precontrato a los contratos consensuales, sino que, como con acierto señala Geller (3), los más violentos ataques han sido dirigidos contra los precontratos de los contratos consensuales, en razón de motivos lógicos y teleológicos.

(1) Véase ob. cit., pág. 213.

(2) «Les fiançailles constituent donc, même là où la loi leur dénie le caractère d'un contrat obligéant à conclure le mariage une avant contrat susceptible d'engendrer une certaine responsabilité pécuniaire à la charge de ceux que l'ont conclu.»

(3) Véase ob. cit., pág. 61.

La celebración de un precontrato lleva consigo la promesa de celebrar un segundo contrato, como ejecución del primero, pero se duda si se agota con esto la voluntad de las partes, que alcanza en sus últimas consecuencias a las prestaciones prometidas en el contrato principal.

Quien celebra un precontrato de compraventa promete celebrar un contrato por virtud del cual el vendedor se ha de obligar a entregar una cosa determinada recibiendo en cambio el precio, que consistirá, según dice nuestro Código, en dinero o en signo que lo represente. La voluntad de las partes desde el primer momento persigue esas finalidades, propias del contrato principal, y tiene la misma dirección que la voluntad exteriorizada en este último contrato. Para lograr el debido cumplimiento de la voluntad manifestada en el precontrato, caso de que voluntariamente no se concluyese el contrato principal, sería necesario exigir su celebración, y sólo cuando la sentencia tuviera carácter de firme podría incoarse un nuevo procedimiento para la ejecución de este contrato principal. Hay en ello un rodeo que no será aceptado por el público, quien preferirá el camino más corto para el logro de sus necesidades. Por tanto cree poder afirmar el mismo Geller que el sentimiento jurídico del pueblo es ajeno a una construcción tan compleja como la del precontrato.

Niega rotundamente la posibilidad del precontrato en los contratos consensuales Storch, que ingenuamente proclama que nadie ha discutido la identidad del precontrato de un contrato consensual con el correspondiente contrato principal. Degenkolb (1) sintetiza la posición de estos autores en las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> «La declaración obligatoria de querer hacer una cosa en lo futuro contiene esa voluntad jurídica como presente, se aplaza sólo la ejecución.

2.<sup>a</sup> Por eso el precontrato es, con necesidad lógica, el mismo contrato principal.

3.<sup>a</sup> Si el precontrato es ya el contrato principal, entonces no se puede referir a la celebración de este último, ni tampoco a un «contrahere».

(1) Véase ob. cit., pág. 70.

Frente a estas posiciones Degenkolb opone :

a) Que la promesa obligatoria de emitir una declaración de voluntad no es idéntica a ésta. b) La declaración de obligarse a una futura conclusión contractual no es lógicamente esa conclusión contractual, y, por último, es compatible el cierre de un contrato con su repetición mediante otro «contrahere».

En realidad, la oposición entre la conclusión de un precontrato y un contrato principal no es la diferencia entre un querer presente y futuro como proceso abstracto, puramente espiritual, sino una oposición entre el obrar presente y futuro, ya que la declaración es el acto mismo. Si es posible que el acto sea lógicamente consumado por la promesa de realizarlo en lo futuro, habrá razón para convertir la promesa de dar en lo futuro en declaración de tener voluntad de dar actualmente con ejecución aplazada. Y consecuentemente termina Geller por apreciar escasamente la distinción entre contratos obligatorios y contratos reales, que estima susceptible de ser borrada en los Códigos.

Enumera Degenkolb (1) una serie de casos en los que advierte la existencia del precontrato :

1.º Negocios de seguros: a) Seguro contra el granizo, celebrado por cierto número de años, debiéndose renovar anualmente mediante declaración los frutos que se incluirán en el seguro. b) Seguros marítimos con cláusulas especiales, como la de continuar asegurado el buque aun variado su punto de destino, o en el viaje siguiente, pagando una cantidad equitativa. c) Los seguros complejos para accidentes de los trabajadores con anterioridad a la publicación de leyes especiales sobre la materia. 2.º Contratos de suministro (*Debitverträge*). 3.º Contratos para poder retirar mercancías mediante títulos de crédito. 4.º Convenio cerrado al establecer una relación mercantil entre dos casas o comprometiéndose en un negocio en el que se podrá pagar por mercancías, en cantidad y precio todavía indeterminados. 5.º Cláusulas contractuales en un contrato de compraventa, a fin de que la titularidad sobre una finca determinada, al morir el dueño actual, pase al propietario de otra finca que se precisa. 6.º Los convenios sobre subsistencias de una Sociedad, no obstante el cambio de los socios.

(1) Véase ob. cit., pág. 81.

Sin embargo, tanto en la teoría como en la práctica se ofrece graves dificultades al tratar de distinguir en casos concretos el contrato principal y el precontrato, especialmente tratándose de contratos consensuales. ¿Puede afirmarse que quien, después de celebrar un precontrato y sin haber llegado a concluir el contrato principal, cumple las prestaciones propias del último, no ha cumplido el precontrato y debe concluir primeramente el contrato principal? Ciertamente, si la celebración del precontrato autoriza para exigir en juicio las prestaciones del contrato principal, éste resultaría inútil.

Lógicamente, el precontrato es ya el mismo contrato principal (1); quien promete hoy dar mañana tiene voluntad de dar en el momento de la promesa. La ejecución de la promesa tendrá lugar al día siguiente por el «entregar», es decir, por el traspaso de la propiedad. En ese dar efectivo cabe distinguir dos momentos: a) La voluntad de dar contenida en el mismo dar, que es igual que la existente en la promesa de dar y se manifiesta por la entrega. b) El mismo dar, el traspaso de propiedad. Estos dos procesos, que en la promesa de dar en lo futuro y su ejecución temporalmente están separados, coinciden en otros casos, pero deben separarse con la mayor claridad posible la relación obligatoria y la real; ésta sólo nace por el «entregar», cuando el otro contratante llega a tener la cosa. Geller pretende aclarar la relación entre el precontrato y el contrato principal por medio de ejemplos. Un precontrato de venta se formulará aproximadamente en los términos que siguen: «A. promete a B. que dentro de x días celebrará con él un contrato por el cual le transmitirá la propiedad de su caballo por mil pesetas.» Y un contrato principal se redactaría estableciendo «A. vende a B. su caballo por mil pesetas», o si se ha de llevar a cabo inmediatamente, «A. transmite a B. la propiedad de su caballo por mil pesetas».

Con la celebración del precontrato puede observarse que A. tiene voluntad de concluir no un contrato indeterminado, sino un contrato de compraventa; en aquel instante existe la voluntad de dar como presente, porque se obliga a dar en lo futuro cuando concluya un segundo contrato. La voluntad de vender que se contiene y declara por el precontrato es igual a la del contrato princi-

(1) Véase Geller, ob. cit., pág. 64.

pal; en el primero está suspendida la ejecución, que coincide casi siempre con la declaración de voluntad. Si la voluntad en ambos negocios es la misma, éstos deben ser iguales, y el precontrato es lógicamente igual al contrato principal. Resulta de todo lo expuesto que Geller (1) niega el precontrato en los contratos consensuales.

Los precontratos pueden obligar a una o a ambas partes; existen, por tanto, precontratos unilaterales y bilaterales.

Cuando trata Leduc de la posibilidad de los precontratos bilaterales de un contrato consensual, recuerda cómo Mercadé, en Francia, había negado la identidad del precontrato sinalagmático y el contrato consensual. Cuando se conviene con otra persona la venta de un inmueble que ella se compromete a comprar por tal precio dentro de los dos años de la fecha del convenio, parece poco justo suponer que la Ley, contra lo estipulado, tenga el contrato por concluído desde aquel momento. Marcadé distingue entonces una promesa unilateral de venta unida a otra de compra.

Los casos relacionados por Degenkolb, inspirados en resoluciones de la jurisprudencia germánica, con el fin de demostrar la existencia de los precontratos de contratos consensuales, para algunos escritores revelan solamente la existencia de precontratos unilaterales y de contratos principales sinalagmáticos. Uno de los casos, el de seguros contra el granizo, revela que si existiera desde el primer momento contrato sinalagmático, debería el propietario haberse comprometido a que el seguro alcanzase a todos los frutos, en cuyo caso su obligación de declarar anualmente, en la que Degenkolb parece ver el contrato definitivo, serviría para determinar la extensión de las obligaciones de cada partícipe. Si el propietario, por su parte, pudiese asegurar en mayor o menor proporción la cosecha, entonces el convenio sería un precontrato uni-

(1) Si entro en una tienda y manifiesto que deseo un objeto de arte que hay en el escaparate, que representa una escena de caza, de tal precio, el vendedor lo retirará de su sitio y comenzará a empaquetarlo, el contrato de compraventa se ha concluído ya, al cabo de algunos minutos se me entrega el objeto y yo doy el dinero, entonces se desenvuelve una segunda fase del mismo proceso obligatorio, los derechos y deberes del contrato ya habían nacido con el consentimiento prestado. Véase ob. cit., pág. 65.

lateral que sometía a la Compañía al seguro de cuanto se declarase, pero que no obligaba al propietario a declararlo.

Termina Leduc por afirmar (1) que la enumeración formulada por Degenkolb constituía la demostración más acabada de la imposibilidad de los precontratos en los contratos consensuales. El mismo Roth, refiriéndose a Lenel, insiste en consideraciones análogas a las que hemos expuesto. Los convenios por los que alguien se obliga a comprar o vender, más que precontratos que obligan a quererse obligar, han de entenderse como negocios imperfectos, porque en muchas ocasiones los designados como precontratos no son sino negocios ya perfeccionados con ejecución aplazada.

Sagazmente recuerda Schapp, en su estimable monografía ya citada, dedicada al *Vorvertrag zur Konsensual-verträgen*, que los más violentos ataques contra el precontrato bilateral no se justifican en los unilaterales (2). Téngase en cuenta que el momento decisivo para juzgar sobre la unilateralidad o bilateralidad de una relación contractual es el de su perfección o nacimiento; si en ese momento surgen por causa de la misma derechos y deberes recíprocos en cada una de las partes contratantes, de tal modo que ambas pueden estimarse acreedoras y deudoras, respectivamente, estaremos en presencia de un contrato bilateral. Pero no debe estimarse esencial en el precontrato el carácter unilateral.

Encuentra múltiples aplicaciones el precontrato en relación con el contrato de compraventa. Al referirnos a la promesa de comprar y vender hay que exponer el discutidísimo precepto contenido en el artículo 1.589 del Código francés, en torno al cual se han librado vivísimas discusiones doctrinales. En el estudio de las promesas de venta, Baudry-Lacantinerie (3) distingue: a) La simple promesa no aceptada, que no forma contrato. b) La aceptada por el destinatario, sin que éste asuma a su vez ningún compro-

(1) Véase ob. cit., pág. 169.

(2) Afirma que el precontrato unilateralmente obligatorio tiene un fin racional, como reconocen incluso los mayores enemigos de la institución. Se ataca a los precontratos unilaterales porque los bilaterales carecen de finalidad. Véase ob. cit., pág. 10 y siguientes.

(3) Véase *Traté Théorique et Practique de Droit civil*. Tomo XIX, pág. 41.

miso. c) La promesa aceptada con compromiso de comprar en quien la recibió.

Respecto a la promesa sinalagmática de venta única a que se refiere el Código civil, preceptúa el artículo 1.589 que «la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque de deux parties sur la chose et sur le prix». Este artículo se refiere a las promesas bilaterales, como se desprende de su redacción, y de los trabajos preparatorios, según los que se dirigen a promesas que contuviesen «tout ce qui est de la substance du contrat de vente». La generalidad de los escritores franceses y la jurisprudencia se hallan conformes en la referencia de la norma a las promesas sinalagmáticas. Así, Josserand afirma que promesa de venta como promesa de comprar es necesariamente contrato unilateral. Si una parte promete vender y la otra comprar, hay venta y no promesa de venta; los contratantes emplearon terminología defectuosa (1). También Planiol manifiesta que la promesa de venta es una convención esencialmente unilateral, que no existe la promesa de venta bilateral, porque en ella habría venta. Claro es que no es posible sin la existencia de un comprador admitir un contrato principal de compraventa, que ya el mismo Planiol reconoce que habría de completarse por la aceptación del comprador. Sintéticamente puede convenirse en que los efectos del precepto relacionado son los de aproximar a la compraventa la promesa y conceder a ésta los efectos de aquélla por transferencia de la propiedad y traspaso de los riesgos.

La inexactitud de este criterio, generalizado en la doctrina francesa, se ha explicado por la circunstancia de que hallándose en vigor en el Derecho antiguo, no se obtenían los efectos indicados. Pero como sostiene Baudry, los efectos traslativos de la compraventa los cumplía la cláusula «desaisine-saisine» y no la venta misma, surgen de la tradición, y como la práctica no había extendido a las promesas tal cláusula, queda explicado por qué no transmitían éstas la propiedad.

En la antigua doctrina francesa existía una teoría, formulada por Molineo, que tuvo su repercusión en los redactores del Código. Según este autor, en las promesas sinalagmáticas las

(1) Véase ob. cit., vol. II, número 1.069.

partes pueden haber querido vender y comprar en plazo más o menos remoto; comprar y vender de presente o haberse obligado a estipular un contrato de compraventa. Sólo en el primer caso hay promesa de venta, porque cuando «todos los elementos sustanciales de la venta intervienen, no habrá promesa, sino venta verdadera». La doctrina francesa moderna sigue el mismo criterio expuesto, fundado en la distinción de promesas de presente y futuras, que carece de fundamento, toda vez que las promesas de venta han de ser siempre *in futurum*. Y para algunos el artículo 1.589, que equipara a la venta las promesas de vender de presente, incurre en el error y es innecesario; respecto del contrato de compraventa, nada resuelve en cuanto a las promesas unilaterales o bilaterales de vender.

Giorgi (1), en su conocida obra *Teoria delle obbligazioni*, critica estas disposiciones del Código francés, estimándolas superfluas, incompletas y ascuras. Ante los inconvenientes que tuvieron tales disposiciones, nada dispuso el legislador italiano sobre la promesa de venta, unilateral o bilateral, sometiendo la cuestión a los principios generales, si bien extendió a todos los contratos el precepto de las arras con carácter de previa liquidación de daños. En la séptima edición de su obra, completa Giorgi el estudio de los efectos y del carácter de la convención. En la promesa bilateral de compraventa existe promesa del vendedor y otra del comprador, aceptación recíproca de ambos y consentimiento acerca de la cosa y el precio. Nada falta—dice—a un acuerdo semejante para identificarse con la venta; prometer significa lograr la confianza de que haremos una cosa, quiere decir obligarse a mantener la palabra dada.

Más concretamente, Coviello, después de analizar los preceptos del Código civil, trata de precisar el alcance de la omisión de disposiciones análogas en el Código italiano, y declara que responde al sentido común y a la lógica natural distinguir la promesa del contrato definitivo, consensual o no. No es lícito al legislador, violando la libertad contractual, forzar la voluntad de las partes para que se alcance la meta antes de lo que las partes querían. En

(1) Véase vol. II, pág. 155. 7.<sup>a</sup> edición. Florencia, 1907.

(2) Véase Contratto preliminare, pág. 114. *Enciclopedia Giuridica*. Volumen III, parte III.



vista de las diferencias reales—agrega—entre compromiso de venta y venta verdadera, es necesario apartar prejuicios de la tradición francesa, absteniéndose de confundir cosas tan distintas.

En otros casos la promesa se presenta como contrato unilateral de comprar o de vender. Como la bilateral requiere acuerdo sobre la cosa y el precio, porque faltando el contrato es nulo, contra lo que pensaba Pothier, que creía que podía determinarse por peritos. Esta clase de promesa es frecuente en la práctica, bien como contrato independiente o accesorio. En el primer aspecto ofrece ventajas para el comprador eventual; en el segundo es causa de otra operación: se estipula con el arrendamiento de fincas. Contiene una condición potestativa del lado del acreedor, que no arrastra la nulidad de la operación (1), según reconoce Gasca en su Tratado sobre la compraventa civil y comercial (2).

Una operación contraria contiene la promesa de compra, precontrato, del que resulta una obligación para el promitente, que aceptada por el promisorio se transformará en contrato de compraventa. Sus normas son, con algunas variantes, las de la promesa de venta, cuando se deteriora el objeto parcialmente, el comprador futuro no podrá exigir reducción del precio, aunque tiene derecho a negarse a celebrar el contrato principal (3). Pero la promesa de comprar ofrece más limitada utilidad económica que la de venta.

En ocasiones la promesa unilateral (4) se ofrece como pacto de

(1) Véase Baudry-Lacantinière. *Precis de Droit civil*. Vol. II, pág. 335. 13.<sup>a</sup> edición. París, 1925.

(2) Véase traducción española por Santa Cruz Teijeiro y A. Vivente Gella, pág. 242.

(3) Cfr. Leduc., ob. cit., pág. 230.

(4) Con acierto resume Baudry las diferencias entre la promesa sinalagmática y unilateral: a) La primera equivale a venta y confiere un derecho de propiedad; la segunda, otorga un derecho de crédito. b) En la sinalagmática, hay que conceder al promisorio que pueda reivindicar de terceros adquirentes del promitente, anteriores a la consumación de la promesa, pero en la unilateral, las ventas o gravámenes, concertadas en ese interregno, son válidas, salvo la acción Pauliana y las reclamaciones de daños y perjuicios. c) Por la promesa sinalagmática la cosa pasa a riesgo del promisorio, por la unilateral, continúan en el del promitente. d) Sólo se puede llevar a cabo la primera respecto de cosas propias, la segunda es también eficaz cuando recae sobre cosas ajenas. Cfr. Ob. cit., pág. 52. Sobre los efectos de promesas de ventas. Josepand, ob. cit., pág. 362 y siguientes.

preferencia y es válida sin expresión del precio, porque aunque no sea numéricamente, éste queda suficientemente determinado. Es una convención, por virtud de la cual, una persona se compromete respecto de otra a venderle una cosa cierta con preferencia a un tercero si aquélla está dispuesta a aceptar las condiciones establecidas con el último. Hay autores que consideran como convención especial esta figura.

Las consideraciones hechas respecto de la compraventa pueden extenderse a los demás contratos consensuales; así el precontrato de arrendamiento, que no ha sido reglamentado por nuestra legislación, ofrece utilidad y le serán aplicadas normas análogas a las del contrato de compraventa. La promesa unilateral de arrendar obliga a su cumplimiento, a menos que se hubiera hecho imposible por pérdida del objeto. Uno de los problemas que plantea el estudio de la naturaleza jurídica de la promesa unilateral de venta, es el de su independencia del contrato de arrendamiento a que va unida por regla general. Frecuentemente, por no decir siempre, constituye una modalidad del arrendamiento.

El problema de mayor interés discutido por la jurisprudencia francesa en este respecto, es el de la duración de promesa hecha a un arrendatario, dadas las prórrogas que para los arriendos conceden las leyes.

La promesa de venta es unilateral, y cuando el beneficiario declara voluntad de comprar, se convierte en bilateral. René d'Aurich (1), la considera como un contrato sinalagmático imperfecto, «especie de precontrato, pacto preparatorio destinado a facilitar una venta que tendrá lugar como consecuencia de aplicar sus condiciones y modalidades». El efecto característico a que da lugar, es obligar a transmitir la propiedad de una cosa al beneficiario por ella cuando éste lo acepta. Por ello se ha discutido si determina una obligación de dar o hacer, a cargo del promitente, aunque la casi unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia estiman lo último, es decir, no se halla obligado quien prometió a dar la cosa, sino a concluir un contrato de venta a instancia del titular.

No muy distante de la disposición del Código civil francés se

(1) Véase *Options et promesses de vente*, pág. 55. París, 1931.

encuentra el nuestro al declarar, en el art. 1.451, que la promesa de vender o comprar habiendo conformidad en la cosa y en el precio dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato. No implica esta disposición que se haya confundido la promesa con el contrato de compraventa; quiere decir que por la conformidad en la cosa y precio, la promesa unilateral de compra o venta deviene contrato de compraventa.

La promesa unilateral de venta es un precontrato complejo; produce primero, obligaciones a cargo de una sola parte, y después, efectos recíprocos. Pero tratándose de un contrato tan extendido en la práctica, debiera regularse con mayor cuidado por las leyes civiles. Creemos que no es posible confundir la promesa con el contrato definitivo. Si se admite un contrato de compraventa obligacional y no traslativo, si el contrato de compraventa puede subordinarse al cumplimiento de determinadas formalidades no existirá dificultad en admitir la distinción entre la promesa y el contrato definitivo. La sólida argumentación empleada por Geller no domina por completo a las posiciones defendidas por Degenkolb y Marcadé, Stintzing, Sachpp. Ehrenzweig (1) afirma que los precontratos son frecuentes en los contratos consensuales, aunque generalmente sean unilaterales. También Dusi (2), cree posible el precontrato respecto de toda clase de contratos. Parece de notoria injusticia que frente a la voluntad clara y expresa de los contratantes de querer celebrar solamente un contrato preparatorio que se convierta éste en definitivo por la circunstancia de reunir los requisitos propios al contrato principal. Por todo lo cual nos parece posible admitir el precontrato de contratos consensuales.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

(1) Véase ob. cit., pág. 141.

(2) Véase ob. cit., vol. II, pág. 2.