

El precontrato

TERCERA PARTE

DIFERENCIAS DEL PRECONTRATO CON OTROS TIPOS JURIDICOS SEMEJANTES

A) Los tratos.—B) Las apuntaciones. Su obligatoriedad. Derecho extranjero.—C) Obligaciones alternativas y facultativas.—D) Modificaciones a un contrato ya celebrado. El retracto.—E) El contrato condicional.

Al establecer el concepto del precontrato señalábamos la dificultad, pocas veces superable, que determinan las definiciones. Esta convicción nos obliga, al pretender delimitar adecuadamente el precontrato, a examinar con algún detenimiento las analogías y diferencias que existen entre el mismo y otras instituciones jurídicas semejantes. Para ello comenzaremos por estudiar en primer lugar sus relaciones con :

A) LOS TRATOS.—Queremos fijar cuál sea la posición del precontrato frente a las discusiones o pactos preliminares del Derecho común, llamadas también tratos (*Handlungsvorschläge, Vertragsvorverhandlungen*). Debe tenerse en cuenta que, integrado el contrato por dos elementos básicos, oferta y aceptación, va precedida su conclusión, especialmente tratándose de contratos importantes de un período más o menos dilatado de negociaciones, charlas, en que las partes llegan a acuerdos sobre puntos aislados y extremos, que tienen valor en el contrato, pero que separadamente son poco expresivos. Los tratos son como propuestas que preceden

al contrato por medio de las que las partes, sin intención de obligarse, se transmiten su deseo de contratar.

No necesitan consentimiento deliberado, sino disposición para concluir el contrato y discutirlo. Si resulta que las partes, durante los tratos, pretendieron armonizar sus exigencias respectivas para lograr puntos de coincidencia que hicieran posible el contrato, habrán sido fructíferos; pero en otras ocasiones los contratantes se verán obligados a prescindir de sus proyectos, dando por terminadas las negociaciones previas.

No es el supuesto últimamente indicado el que más debe preocuparnos. Cuando las partes consintieron en principios básicos del contrato principal y en partes del mismo, es cuando tiene mayor interés el problema de la eficacia obligatoria de los tratos, que deberá resolverse negativamente, aunque haya habido acuerdo en puntos fundamentales del contrato por concluir.

La característica más relevante de los tratos es que no pueden confundirse con el precontrato, aunque la finalidad, tanto en uno como en otro, sea idéntica: preparación de un contrato futuro. Cooperan al cumplimiento de ella de manera diferente; mientras el precontrato obliga a la conclusión del contrato futuro, los tratos no crean entre las partes un vínculo jurídico que les obligue a contratar más tarde, sino que, durante ellos, las partes conservan su libre decisión para avanzar en el camino emprendido o desistir volviéndose atrás.

Sagazmente observa Carrara que la voluntad de los contratantes es—querer tratar—, no—querer el objeto de sus conclusiones—. Durante los tratos las declaraciones de voluntad no comprometen al que las ha emitido, pues falta una visión completa y profunda de la relación jurídica, existiendo una parcial, sobre puntos aislados. Por tanto, los tratos no obligan, según principio unánime entre los autores, porque sólo con ellos no se puede obligar a cerrar el contrato proyectado.

Contra la creencia generalizada entre los escritores antiguos no tiene el precontrato un carácter puramente provisional y revocable, tales caracteres que sólo pueden atribuirsele reduciéndole a la categoría de los simples «tractus». La existencia de una responsabilidad entre los contratantes en el período preliminar del contrato la ha defendido Faggella en un estudio, al que ya he-

mos aludido, titulado «*Dei periodi precontrattuali*». Este mismo punto de vista ha sido desenvuelto en Francia por Saleilles (1).

Siguiendo a Faggella, cabe distinguir en la proposición un doble carácter, fundamento objetivo del nacimiento de un vínculo contractual y una entidad jurídica sometida al imperio de la potestad volitiva de su autor. La proposición puede ser producto de elaboración común del proponente y del destinatario, quien puede haber concurrido a su delimitación con estudios, gastos y trabajos. Psicológica y jurídicamente es declaración de la voluntad de su autor, pero en la compleja contratación moderna se nos ofrece como un resultado del concurso, intelectual y económico de las partes que tratan de la formación de un contrato. Ciertamente, el revocante ejerce un poder volitivo; pero es indudable que su ejercicio destruye un valor jurídico y económico al que concurrió el destinatario; hay que conciliar el derecho del revocante con el del destinatario en el valor que representa la proposición, y ello se logrará mediante una indemnización. Se trata de un caso en que el ejercicio del propio derecho determina la necesidad de indemnizar. Interesa separar: a) Momento inicial de la propuesta hasta su aceptación. b) Desde este instante hasta la perfección del contrato. En este segundo período la proposición tiene un valor jurídico y económico que entra en la esfera patrimonial, este valor especial se destruye por el «ius revocandi», debiendo resarcirse el valor que representaba para el destinatario la proposición destruida y el daño consecuencia de la revocación.

No podemos analizar debidamente la construcción expuesta, y, aun de admitir la solución que patrocinan estos autores, siempre advertiremos una distinción clara entre las negociaciones preliminares, porque en ellas la intención de las partes parece dirigirse a buscar la posición más ventajosa en el contrato, y en la institución estudiada por nosotros se crea una situación específica que faculta a las partes para exigir la celebración del contrato principal.

B) LAS APUNTACIONES.—En el transcurso de las negociaciones preliminares las partes han podido concretar sus acuerdos, dándoles forma escrita, y entonces surgen las apuntaciones, llamadas tam-

(1) «*De la responsabilité précontractuelle*», en *Rev. Trim. de Droit Civil*. Año 1907, págs. 697 y siguientes.

bien notas, minutas, borradores, esquemas o proyectos (*Punktatio*).

La cuestión de mayor interés para nosotros en este punto es determinar cuál sea la eficacia obligatoria de las mismas. ¿Serán un simple proyecto? ¿Formarán un acuerdo definitivo entre las partes, que adolece sólo de la falta de forma? ¿Constituirán ya el mismo contrato principal? A veces, las mismas personas que preparan el contrato han resuelto la cuestión expresando con toda claridad cuáles son sus propósitos, por lo que no surgen dificultades.

Pueden las partes dar forma escrita a los puntos fundamentales del negocio o a los que tienen un valor secundario; pero se reservan la decisión definitiva. Si no aparece la voluntad de obligarse, nos encontramos frente a una apuntación, llamada preparatoria, que son los mismos tratos y que tienen la misma fuerza obligatoria que éstos. Así, afirma Coviello que la apuntación no tiene más valor que los tratos, siendo su forma escrita, y siendo las mismas diferencias que marcábamos entre los tratos y el precontrato las que hay entre las apuntaciones y éstos.

Como en ocasiones, nada afirman los contratantes sobre si las notas tomadas contienen una declaración de voluntad definitiva o se trata de un mero proyecto. Tendremos entonces la apuntación perfecta. Mas ella sola tiene posibilidad en aquellos contratos en los que la forma se requiere «ad probationem», y precisa que se hallen recogidos todos los extremos del contrato en formación, y que el documento se halle firmado por las partes.

El criterio para resolver las dudas que se presenten será una «quaestio voluntatis» (1). Si se prueba que la intención de las partes fué crear un proyecto y que la firma era un reconocimiento de acuerdos tomados provisionalmente, el Juez no tiene sino reconocer esa voluntad de las partes, declarando la ineficacia del documento. Si en esencia la naturaleza de la relación creada por la apuntación es idéntica a la de los tratos, deberá en ella ser también decisiva la voluntad de las partes.

En la firma de las partes no puede verse una presunción «juris» de la obligación, más bien existirá una presunción «hominis seu facti». Aquéllas comprenden dos clases separadas con rigor por la técnica

(1) Esta misma opinión sostiene Pacifici Mazzoni al hablar del contrato preliminar en sus *Istituzioni di Dir. Civ. Ital.* Vol. IV. Parte social, página 258. Florencia, 1920.

germánica y confundidas, en parte, en al artículo 1.251 del Código civil español (1). La apuntación perfecta, es decir, que recoge todos los puntos del contrato y va suscrita por las partes, tanto el valor y fuerza del contrato (2).

De la minuta puede o no resultar claramente la voluntad de quererse obligar. Incluso por prueba testifical será posible probar si ha existido voluntad de cerrar un contrato de manera definitiva o de fijar las bases de un futuro acuerdo. Y aquí se descubre la significación peculiar de la apuntación, según Coviello.

Cuando en la prueba no se puso en claro si las notas escritas y firmadas por los contratantes encerraban un simple proyecto, valdrá el documento como expresión de un contrato normal y definitivo, no como un precontrato. Si el resultado de la prueba fuese afirmativo, entonces tampoco el documento producirá los efectos del precontrato ni servirá para obligar a quienes lo suscriben a celebrar un contrato definitivo.

Debemos distinguir, por tanto, según que la forma escrita se requiera «ad solemnitatem», en cuyo caso es un elemento constitutivo e integrante del contrato, el cual no nace mientras la forma no se haya cumplido, y la forma «ad probationem», que no es requisito esencial del contrato, sino elemento autónomo para una mayor seguridad. En este caso, dice Carrara, el contrato se perfeccionó al rubricar la minuta (3).

La apuntación puede contener el deseo de las partes de revestir el contrato de cierta forma, pública o privada, y ¿cuál es entonces el valor de la apuntación? Para Coviello, mientras no esté firmada valdrá como acuerdo verbal en que las partes se comprometen a dar una forma escrita al contrato. Ya firmada, si el contrato no requiere forma pública, la apuntación valdrá como contrato perfecto, salvo prueba en contrario, pues las partes pueden haber establecido la firma como condición para la validez del negocio, y habrá entonces un precontrato. Cuando en un negocio libre de

(1) V. J. González: «Principios Hipotecarios», p. 144.

(2) Esta clase de apuntación es la única conocida por el Derecho común, que no recogía la admitida por algunos Códigos modernos, en que las partes fijaron por escrito los puntos esenciales del contrato.

(3) La forma «ad solemnitatem» puede ser requerida por la Ley o por la voluntad de las partes, y es necesario que la voluntad misma se exprese en la forma presente.

forma estiman las partes la forma escrita condición esencial para su validez, antes de cumplir las prestaciones es necesario cumplir tal forma. Pero si voluntariamente se cumplen las respectivas prestaciones, puede estimarse que hay una implícita renuncia a la forma convenida. Carrara estima que debe reservarse al Juez interpretar el acuerdo de las partes relativa a la forma y declarar si se quiso «ad solemnitatem» o no (1).

Señállase además por los autores como apuntación equivalente a conclusión del negocio definitivo el supuesto de aparecer las notas firmadas sin que la ley exija documento público, o cuando, sin firmar, resulta que la escritura se eligió para conferir al acto una mayor seguridad. Por ejemplo, en una cláusula de que lo convenido valga como documento perfecto mientras no se formalice el documento público correspondiente.

En ciertos casos se han fijado acuerdos sobre los puntos esenciales del contrato, pero nada se ha convenido sobre aquellos otros elementos que pueden estimarse de valor accesorio; ¿cuál será la obligatoriedad de la apuntación? Windscheid (2) cree que el contrato es válido. Regelsberger dice que el carácter principal o secundario se determinará, aparte de la naturaleza común del negocio o disposición positiva legal, muy especialmente por la voluntad de las partes. Si los «naturalia negotii» se aplican por la ley, el silencio de las partes indica referencia a la ley. Pero ante una reserva expresa no habrá desviación positiva de la norma legal, aunque hay ciertamente exclusión de aplicabilidad de la regla general. Por tanto, no hay contrato sin que se haya obtenido un acuerdo completo sobre todos los puntos que caen en la convención.

Por último, interesa consignar que la apuntación en algún caso puede obligar como contrafó definitivo, a diferencia del precontrato, autorizando a las partes para requerir la ejecución del contrato sin necesidad de solicitar la previa conclusión del contrato.

Intentemos exponer brevemente ahora el criterio seguido por algunas leyes civiles respecto a la materia que venimos exponiendo. En las legislaciones de tipo germánico vemos que el criterio

(1) V. ob. cit., pág. 20.

(2) *Diritto dell' Pandette*. Traducción ital. por C. Fadda y F. Bensa. Volumen II, parte I, pág. 257. Torino, 1904.

científico que venimos contemplando en el Código de las obligaciones suizo, se vuelve a revelar en este punto; el artículo 2.^º dispone que puestas de acuerdo las partes sobre todos los puntos esenciales, el contrato se reputa concluído, incluso cuando los puntos secundarios se reservaron. Y en su párrafo 2.^º agrega: que faltando acuerdo sobre esos extremos secundarios, el Juez lo regulará, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto. Aquí se ha llevado a sus últimos desarrollos el alcance y valor jurídico obligatorio de la apuntación. Logrado el acuerdo entre los contratantes sobre los extremos esenciales, aunque las partes no puedan después ponerse de acuerdo sobre las demás circunstancias, la intervención judicial decidirá las diferencias y el contrato comenzará a producir sus efectos, como en los supuestos normales de celebración.

No obstante, la presunción establecida por la Ley suiza ha sido muy criticada, ya que brinca—si se nos permite la expresión—sobre la voluntad de las partes, que, al reservar «algunos puntos del contrato», habían demostrado claramente su propósito de volver nuevamente a estudiar y decidir sobre el asunto, y se llega a idénticos resultados en este supuesto examinado que en aquel en que las partes hubiesen preferido ir a la celebración de un contrato directa e inmediatamente. Estimamos certeras estas objeciones, porque, además, la determinación de los puntos secundarios, con acierto, frente a los principales, ofrecerá múltiples dificultades.

El Código civil alemán dedica a la apuntación de preceptos los párrafos 154 y 155. Por el primero de ellos se dispone que «mientras los contratantes no se hayan puesto de acuerdo sobre todos los puntos del contrato, incluso sobre aquellos que por declaración de una sola de las partes deben ser objeto de la convención, el contrato, en caso de duda, se reputa no celebrado. El acuerdo de las partes sobre puntos aislados no basta para obligarles, aunque haya ido acompañado de un proyecto por escrito.

Si se pactó que el contrato proyectado fuese objeto de una formalización auténtica, el contrato no es definitivo mientras ésta no tenga lugar.»

Para la norma transcrita, el contrato no se estima válidamente celebrado sino cuando el consentimiento ha recaído sobre todos los puntos que integran el contenido del mismo, si las partes han estipulado sobre las cláusulas principales, dejando en suspenso las

demás, lo mismo que si recayó acuerdo separadamente sobre todas no surgirá aquél, mientras sobre el conjunto no se otorgue el consentimiento debido. Tal es la presunción admitida por la Ley, es decir, para las partes se ha reservado la verdadera formación del contrato a la aceptación de las cláusulas que constituían su contenido. Ha de atenderse para resolver sobre esto al ánimo de cada una de las partes, en tanto no haya consentimiento sobre todas las cláusulas que en el sentir de cada uno de los contratantes, y según propia manifestación, han de constituir el contrato, existe la presunción «*juris tantum*» de que todo lo realizado es un puro proyecto contractual (1).

Degenkolb y Töhl consideraron la apuntación como concepto inútil; sin embargo, responde a una realidad. Para el primero, en la apuntación ha de verse un contrato perfecto o un pacto no obligatorio. Siempre será preciso distinguir el precontrato y la apuntación, afirma Leduc (2), y si se confundieron alguna vez, se debe a que en ambos hay un acuerdo para celebrar un contrato futuro.

No obstante, la apuntación da lugar a una obligación entre las partes, provisional, que ha de sustituirse más tarde por el título definitivo. Este podrá ser copia literal o contener modificaciones respecto del proyecto, que irán apoyadas en la segunda firma.

A continuación del precepto comentado, el Código alemán, en su artículo 155 (3), reconoce como posible la existencia de un contrato, no obstante desacuerdo entre las partes. A primera vista, este artículo se refiere a un supuesto que merecería su inclusión en los regulados en el inmediato anterior; pero si en éste se parte de la presunción de que las partes reputaban el contrato como no celebrado, en el 155, por el contrario, los contratantes consideraron el acto como terminado, a pesar de lo cual, se ha mirado como un paso en falso tal solución legislativa.

(1) Cfr. Cód. civil alemán. Traducción francesa y notas de Bufnoir, Challamel y otros. Tomo I, pág. 183. París, 1904.

(2) Véase ob. cit., pág. 74.

(3) El artículo del Código civil alemán es del tenor siguiente: «Si las partes en un contrato que estiman concluido, en realidad no se pusieron de acuerdo sobre alguno de los puntos, que deben ser objeto de la convenCIÓN, lo convenido es válido, en cuanto pueda admitirse que el contrato se habría celebrado, sin decidir nada sobre el punto de que se trata.»

Así, Nelte (1) considera desfavorable en un ordenamiento jurídico tan desmesurada elasticidad de conceptos. No obstante, la excepción es sólo aparente, porque la apuntación, en tal caso, deja de ser fase de la celebración de un contrato para convertirse en el contrato mismo.

Lo que sí puede sostenerse es que el párrafo 154 sanciona el punto de vista del Derecho moderno en orden a la apuntación. Aquello que está acabado, que conforme a la voluntad de las partes ha de producir efectos determinados, es el contrato, cuanto existe antes, de cualquier manera que lo califiquemos; al no estar plenamente ultimado, carece de trascendencia jurídica; la apuntación imperfecta no constituye precontrato ni contrato (2). Nuestro Código civil, a semejanza del francés e italiano, carece de normas sobre el carácter obligatorio de la apuntación.

C) OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS.—Debe separarse también el precontrato de aquellos casos que constituyen dichos tipos de obligaciones. Al estudiar la clasificación de las obligaciones en razón de la pluralidad de objetos que forman la prestación distingue De Diego (3): obligaciones en que se expresan varios objetos y todos son debidos, conjuntivas; varios objetos de los que se debe uno solo, alternativas, y relaciones en las que figura un objeto tan sólo en la obligación, que puede ser sustituído por otro por el deudor, facultativas; las tres clases se expresaban, respectivamente, por nuestros antiguos prácticos en las fórmulas tan precisas como elegantes: 1.^a, «plures res in obligatione et plures in solutione»; 2.^a, «plures res sunt in obligatione sed una tantum in solutione», y 3.^a, «una res in obligatione et altera in facultate solutionis».

En las obligaciones alternativas se debe sólo uno de los objetos a que afectan, pues al llegar cierto momento de su vida se limita o concentra la obligación, no significando preferencia el orden de

(1) V. ob. cit., pág. 52.

(2) También Cosack y Mitteis parecen inspirarse en este criterio al separar del precontrato la apuntación no obligatoria y el contrato ya concluido, que presenta lagunas que han de llenarse sin necesidad de nuevo convenio, una es inferior al precontrato, el último es superior. Véase «Lehrbuch des Bürgerlichen Recht». Jena, 1927. Vol. I, pág. 344.

(3) Véase: Ob. cit., vol. IV, pág. 159.

enumeración, la elección es un trámite de trascendencia para su ejecución, y corresponde, salvo pacto en contra, al deudor (artículos 1.131 y 1.132 del Código civil).

Respecto de las facultativas dice el Sr. Sánchez Román en sus *Estudios de Derecho civil* (1) que «en éstas no se entienden sometidas más que una de las cosas en ellas mencionadas, siendo la otra simplemente una forma subsidiaria de ejecución de lo pactado o pago de lo debido y careciendo, por tanto, el acreedor de todo derecho respecto a ella». Estas normas generales respecto de ambas variedades de las obligaciones por sí solas vienen a significar la separación en que se encuentran del tema que nos preocupa. Ya Geller, al estudiar el desenvolvimiento del precontrato, coloca a un lado las obligaciones alternativas. Y es que se trata evidentemente en los contratos que comprenden obligaciones de la naturaleza expresada, de negocios jurídicos perfectos, ajenos a la finalidad provisional del «*pactum de contrahendo*».

D) MODIFICACIONES A UN CONTRATO YA CELEBRADO. EL RETRACTO.—Parece conveniente, además, separar de los verdaderos precontratos aquellos casos que suponen modificación a un contrato ya perfeccionado. Se trata de relaciones jurídicas cuya base es un contrato concluido, que enraízan en un contrato celebrado. Según Degenkolb (2), son casos en que no se aspira a la conclusión de un contrato futuro, sino a modificaciones en forma contractual de un contrato anterior, que se operarán en lo futuro.

El retracto supone una nueva operación de compra sobre el mismo objeto y entre las mismas personas, con inversa distribución de papeles, y cuya efectividad depende de que el vendedor primitivo declare querer hacer uso del derecho que le fué concedido.

Preséntase por los escritores en este lugar el caso típico del retracto. Degenkolb excluye el precontrato de la esfera del retracto, porque la reserva contractual creada, según el Derecho romano, al igual que subsiste en alguna otra legislación (3), no es un derecho que motive la celebración de un negocio de compraventa,

(1) Véase: Tomo IV, pág. 75, 2.^a edición. Madrid, 1899.

(2) Véase: Ob. cit., pág. 22.

(3) El Código civil austriaco, art. 1.068. Este Código no admite retracto respecto de cosas muebles. V. a. 1.070. V. Ehrenzreig Armin, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Vol. II, I, pág. 415. Wien, 1928.

sino más bien una *Einlösung*; es decir, una devolución de la cosa o derecho por pago de una determinada suma.

Para el Código civil francés en el uso de la facultad de retraer hay realización de una condición resolutoria potestativa, que contiene los efectos habituales de la condición, es decir, retroactividad, incluso frente a terceras personas, pero no conclusión de una venta nueva. Es «*distractus portius quam contractus*». Anota Leduc (1) en su monografía, inspirándose en el Código civil, que la jurisprudencia francesa mira con simpatía escasa los compradores a retro. En el Código francés, el vendedor que utiliza la facultad de retraer debe abonar los gastos que han producido un incremento de valor en la cosa y los necesarios para conservar la misma íntegramente; y estos deberes son inconciliables con los principios del precontrato y se armonizan con la venta condicional.

En análogo sentido, Coviello estudia el pacto de retro como condición resolutoria en la mayoría de los casos, y no precontrato. Se refiere a los artículos 1.514, 1.518 y 1.602 del Código italiano, que consideran propietario con condición resolutoria al comprador, y al vendedor, como dueño, con condición suspensiva, y le conceden la facultad de constituir derechos reales que se purificarán al realizarse el retro. Para el Derecho italiano tiene el retracto efectos reales y retroactivos (2).

En el Derecho alemán se halla reglamentado el retracto como compraventa especial, y se considera que puede servir a distintas finalidades. Muy frecuentemente se emplea como fines de garantía en combinación con las transmisiones de seguridad (*Sicherungsbereingnung*). El vendedor, dice el sabio maestro de la Universidad de Tübinga, Heck (3), conserva la cosa en posesión mediata y transfiere al comprador la propiedad por medio del «*constitutum posesorium*» del parág. 930. Entonces, el precio a pagar por el retracto es superior al de venta y sirve la diferencia como compensación

(1) Leduc señala como criticables las soluciones del Código civil. No hay diferencia entre promesa de comprador a vendedor de restituirlle una cosa a su petición durante un plazo determinado, y la promesa que un individuo hace a otro de venderle una cosa determinada, por un cierto tiempo.

(2) Véase Dusi: *Istituzioni di diritto civile*. Vol. II, pág. 138, 2.^a edición. Torino.

(3) Cfr. Ob. cit., pág. 282; y el mismo en *Grundriss des Sachenrechts*, página 431.

de intereses. Y, a veces, el pacto a que nos referimos tiene otras finalidades; así, el dueño de una finca que, por dificultades económicas se ve precisado a enajenarla, conserva, mediante el retracto, el derecho de readquirirla (1).

De lo expuesto sobre el Derecho francés e italiano podrá ya deducirse en sus más marcados caracteres la doctrina del Código civil español sobre el retracto. Con definición comprensiva del retracto convencional y legal se le define como derecho que compete a ciertas personas por la ley o por pacto para adquirir por el mismo precio la cosa que ha sido vendida a otros, rescindiendo el contrato con respecto al comprador, en cuyo lugar se subrogan. El artículo 1.518 fija, no con gran claridad, la duración del derecho a retraer. Durante ese lapso de tiempo, voluntaria o legalmente establecido, la venta está sujeta a una condición resolutoria. El que compró se hace propietario y tiene facultad de disposición, pero los actos que realiza están subordinados a la misma condición; así aparece de los términos del artículo 1.511. Frente a esto, el vendedor tiene propiedad, con condición, de lo vendido; podrá hipotecar y realizar los actos necesarios para la conservación de su derecho. El pacto de retroventa juega, por lo tanto, en nuestro Derecho, como una condición resolutoria potestativa del vendedor (2).

Sólo pretendíamos anotar del retracto sus características más pronunciadas y su separación del precontrato. Para ello ha de tenerse en cuenta que los efectos reales retroactivos con que actúa al ejercitarse ese derecho le alejan del área propia del «*pactum de contrahendo*», para encajarle en el mecanismo de las condiciones, aparte de que, y ello es lo fundamental, la acción que engendra el retracto no se encamina a un «*contrahere*» específico, sino a un «*restituere*».

(1) A continuación reglamenta el Código civil alemán el derecho de precompra (*vorkauf*) en sus artículos 1504 y 514, como venta doblemente condicionada para el caso de que el vendedor trate de enajenar a tercera persona el objeto sobre que recaía la primera estipulación. Sirve al interés de aquellos que no pudiendo adquirir de momento una cosa temen que pase a manos de otra persona. (Véase además a. 1.072 del Código austriaco.)

(2) Hay autores que tratan separadamente del retracto convencional y legal porque la unificación llevada a cabo por nuestro Código civil, es de escasa utilidad práctica, por la falta de notas comunes entre el retracto legal y la venta con pacto de retro. (Véase Castán: *Derecho civil*. Tomo II, pág. 361.)

E) EL CONTRATO CONDICIONAL.—Si a primera vista existen analogías entre precontrato y contrato condicional, es necesario tener en cuenta que los derechos y obligaciones derivados de un contrato no concluido pura y simplemente, no han logrado existir como tales derechos, y habrá tan sólo, como muy bien dice Coviello, un derecho a los derechos que nacan del contrato cuando se cumpla la condición.

Para algunos, el precontrato da lugar a la celebración del contrato principal cuando quiere aquél que tiene derecho a ello, más lo decisivo no es el querer de éste, sino la cooperación, la cual no es una verdadera condición, y por ello afirma el autor antes citado que el precontrato no es un negocio condicionado, ni mucho menos un negocio principal «sob condición».

Las diferencias entre la situación jurídica provocada por un contrato condicional y aquella que motiva el precontrato son profundas; el primero es un negocio en cierto sentido imperfecto (1), el precontrato es negocio que contiene todos los requisitos y circunstancias que le son propios, y, en tal sentido, puede estimarse perfecto.

Hemos dicho que la obligación condicional se ofrece sometida en su eficacia al hecho constitutivo de la condición, cuya característica más destacada es la incertidumbre objetiva (2), que determina que los efectos jurídicos del acto no nazcan mientras no se cumple la condición, y, por el contrario, se desvanezcan y extingan si es resolutoria. No cumplida la condición, hay un estado de suspensión de los efectos del negocio (*Schwebezustand*). La condición, como el plazo y el modo, limita el contenido del negocio jurídico; señalasé por los autores que el hecho constitutivo de la condición ha de ser futuro, incierto, posible, y no depender del exclusivo arbitrio del obligado. Además, la nota de voluntariedad con que la condición entra en el negocio en general es característica frente a otros elementos queridos por la ley para la existencia y eficacia de ciertos negocios; tales son las condiciones legales o «juris» (3).

(1) «No creemos deban identificarse negocio condicional e incompleto, aunque corrientemente se llame condicional; nosotros queremos sólo indicar aquí que sus efectos se adquirirán con posterioridad a su respectiva formación.

(2) Véase Nicola Coviello: *Manuale di dir. civ. italiano*. Parte Generalc. Milán, 1929.

(3) Véase sobre la «conditio juris» el trabajo de Oertmann *Die Rechtsbe-*

Verificada la condición suspensiva o resolutoria, sus efectos tienen carácter retroactivo, desaparece la incertidumbre creada por ella, y la posición jurídica y económica del titular del derecho condicional se equipara a la del que lo sea de uno puro y simple. La retroactividad no es nota esencial de la condición; las partes pueden pactar la exclusión absoluta o parcial de la misma. El artículo 158 del Código civil alemán no sanciona la retroactividad de la condición, y lo mismo el Código federal suizo (1), constituyendo una reacción contra el sistema generalmente adoptado; en cambio, nuestro Código expresamente declara, respecto de la condición suspensiva (artículo 1.120), que, una vez cumplida, sus efectos se retrotraen al día de la constitución de la obligación.

Para Degenkolb la condición suspensiva no suspende los efectos del contrato, sino las relaciones jurídicas que produce, y si el contrato es perfecto no cabe pensar en otra conclusión. Si la fuerza suspensiva de la «condictio» la refiriéramos a la perfección del contrato, el celebrado al jugar la condición no es, frente al primero, un contrato perfecto, y no nace ni del compromiso de celebrar el contrato ni por dar una nueva declaración de voluntad, sino por un acto unilateral. También Demogue (2) declara expresivamente que en el «acto condicional, cumplida la condición, el acto producirá sus efectos desde el día de la convención y no desde la realización».

Calificando la retroactividad de ficción (3) se quiere significar que se trata de una regla disconforme con la marcha normal de los principios. Y justifícase los efectos retroactivos admitiendo que los derechos y obligaciones vienen a la vida en el momento del contrato, la condición les confirma, más que hacerlos nacer, para otros, se explica por la intención común de los contratantes. En cambio,

dingung. Leipzig, 1923, que ha sido, en síntesis, dado a conocer entre nosotros por REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Año 1930, pág. 714.

(1) El artículo 174 del Código de las obligaciones, respecto de la condición resolutoria que en principio surte efecto retroactivo. En Alemania, los artículos 158 a 161 establecen un mecanismo complicado que es casi retroactividad sin nombre.

(2) Demogue: Cfr. «Naturaleza y efectos del Derecho eventual», pág. 242. Tomo V, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*.

(3) Sobre su naturaleza y efectos, véase Genys: *Science et technique en Droit privé positif*, parte III, págs. 360 y siguientes. *Fond. du Droit privé*, páginas 238 y siguientes.

se fundan para el mismo Demogue más en esa invocada seguridad de las transacciones que en la autonomía de la voluntad privada.

De lo expuesto resulta que en el contrato condicional existe un contrato ultimado, cuyos efectos se subordinan a un suceso futuro e incierto. En tanto éste no se cumpla, los derechos del titular no pueden ejercerse plenamente; la realización de la condición convierte al titular de una expectativa en titular efectivo del derecho. Además, los efectos retroactivos de la condición son extraños al precontrato, ya que a su aplicación se opondría la voluntad de las partes que, pudiendo obligarse desde el primer momento con la celebración de un negocio principal, prefirieron celebrar tan sólo un precontrato. Aparte de que la situación jurídica especial creada por aquél entre las partes, da lugar a la celebración del contrato principal, prestando para ello la oportuna cooperación, no puede convertirse en una condición inherente al precontrato como negocio jurídico. Y, sobre todo, la característica de incertidumbre que hemos atribuido a la condición, es esencialmente opuesta a la nota de seguridad y de garantía que buscan las partes al cerrar un precontrato.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

(Continuará en el número próximo.)