

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año X

Marzo de 1934

Núm. 111

El precontrato

SEGUNDA PARTE

BOSQUEJO HISTÓRICO DE LOS PRECONTRATOS

A) Derecho Romano. Examen analítico de los pasajes D. 45, *De verb. obl.*, 68 y D. XII, 1, 20. La interpretación de Degenkolb.

B) Derecho germánico y los llamados Barverträgen. La promesa de fidelidad y la *wadiatio* en el Derecho germánico histórico.

C) Los modernos Códigos civiles. El precontrato en el Código civil francés y en el austriaco. Legislaciones civiles portuguesa, chilena y del Brasil. Los precontratos en el Código civil alemán y en el suizo de las obligaciones.

A) *Derecho romano.*

Para el Derecho romano, muy formalista, es sabido que la eficacia contractual necesitaba un fundamento jurídico, la llamada *causa civilis*. En un período histórico avanzado podían algunos contratos, por virtud del simple consentimiento, engendrar obligaciones, pero, por lo general, las restantes convenciones consensuales eran pactos sin validez ante el Derecho (1). Y el principio fundamental en la materia fué que los *nuda pacta* no producían obligación, aunque el pretor los tomase en consideración co-

(1) Los romanos designaron al acuerdo de voluntades parte esencial del contrato, *consensus*, *conventio* o *pactum*. V. Heinrich Siber: *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*. II, p. 169. Berlín, 1928.

mo fuente de excepciones. *Nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem* (D. 2, 14, 7, 4).

Esto no obstante, había algunos protegidos por acción, el Derecho civil de la época clásica reconoció los *pacta adjecta*, fortalecen la posición del deudor o del acreedor, concluidos en el momento de celebrar el contrato y participan de sus efectos obligatorios, incorporados a los contratos de buena fe, entre ellos se cita la cláusula de contratar a favor de tercero. Al principio se declaró la nulidad de estos contratos, pues el estipulante carecía de acción contra el promitente, porque no tenía interés; tampoco existía por el lado del tercero por haber sido extraño al acto. Más tarde se dulcificó ese rigorismo y se admitió la validez de los contratos cuando el estipulante tenía algún interés en la prestación. Justiniano permitió que se adicionasen con una pena. No obstante, en términos generales, los contratos en favor de tercero no tuvieron sanción en el Derecho romano. El Pretor concedió acción a los llamados *pacta pretoria*, *constitutum debiti, proprii o alieni; receptum argentarii; receptum nautarum, cautionum, stabulariorum* y el *receptum arbitri* (1). Además, una serie de constituciones del Bajo Imperio revistieron con acción los *pacta legitima*, como el compromiso, mediante el que dos personas someten la decisión de un litigio a persona de su confianza (2). Además, la promesa de donación que en el Derecho Justiniano precisaba de la *insinuatio* judicial, excediendo de 500 sueldos, y, por último, la promesa de constituir dote.

Fuera de estos casos, el convenio sobre la celebración futura de un contrato, carente de causa jurídica, podía tener eficacia tan sólo unido a un contrato de buena fe, considerado como *pactum adiectum*, o merced a la forma solemne de la *stipulatio*.

La historia del precontrato, también denominado *pactum* de contrahendo, no aparece como quizás pudiera hacer suponer esta denominación en tiempos remotos; sólo puede hablarse de él en la época moderna.

(1) Este *receptum* no produce acción. Sin embargo, el Pretor impone coactivamente la decisión arbitral.

(2) No ha de confundirse, observa Sohm, este caso con el *pactum receptum arbitri*. Véase: ob. cit., pág. 414.

La generalidad de los autores, Girard (1), Kaubes (2), Carrara (3), advierten la necesidad de acudir al único contrato formal, al verbal, para hacer obligatorias aquellas convenciones que no coincidan con algunos de los contratos o pactos con acción en Derecho civil o Pretorio; así, la de abrir un crédito (*pactum de mutuo dando*), la promesa unilateral de venta o de compra. Pero el precontrato, como figura contractual, independiente, con la denominación de *pactum de contrahendo*, y su actual contenido, no existió en el Derecho romano. Su misma denominación es ya de un latín artificioso.

A lo más hubiera sido un simple pacto, y las obligaciones que nacían de esta suerte vinculaban a las partes, más que por medios coactivos estatales, moralmente. A ello se debe, sin duda, que el material utilizable de las fuentes romanas, en relación con el tema, sea extraordinariamente escaso (4).

El llamado *pactum de vendendo* aparece en las fuentes como convención accesoria de otro contrato, no como convención principal. Así vemos que en D. 19, 5, *De praeser. verb.*, f. 12, se trata de una venta entre cónyuges, obligándose la mujer, para caso de que se disuelva el matrimonio, a volver a vender al esposo el inmueble adquirido, por precio de adquisición, y caso de que éste lo desee. Otro caso se encuentra en el Digesto 45, 1, *De verb. obl.*, 122, 3 (5).

La cuestión surge en el supuesto en que hay un pacto de indivisión con otro pacto de preferencia, estatuido en favor de un

(1) Véase ob. cit., pág. 461 y siguientes.

(2) V. ob. cit., pág. 4.

(3) V. Ob. cit., pág. 26 y siguientes, y también pág. 76.

(4) Algunos citan como casos de precontratos una serie de textos que examinados con algún detenimiento tienen escaso interés. Tales como: L. 25 D. *De contr. empl.* (18, 1). L. 21, 5 D. *De act. empl.* (19, 1).

(5) «Coheredes, quum praedia hereditaria dividerant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coherede suo, vel eius succesori venderet centum viginti-quinque; quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt; quapropter, quum coheredes mulier coheredis liberatum tutores saepius testato convenerit et disideraverit ut secundum conventionem aut emerent aut venderent, hi quae nihil tale fecerint, an, si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. Respondit secundum ea quae preponerentur obstaturan doli mali exceptionem.»

condomino, para el caso de que otro quisiera vender su participación (1).

Pero el precedente de las fuentes romanas que se alza en primer plano respecto de los precontratos es el del D. 45, 1, *De verb. obl.*, 68. Quienes afanosamente trataban de hallar precedentes a la institución que examinamos han convenido en que el material utilizable de las fuentes se limita a este pasaje, cuyo texto es: «Paulus libro II ad edictum. Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidissis certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: «pecuniam te mihi crediturum spondes?», incerta est stipulatio quia id venit in stipulationem, quod mea interest».

Se comprenden aquí dos casos: resulta en el primero que la persona a quien se hizo la promesa estipula una pena para el caso de que no se le diera ningún préstamo. Esta pena, o señal, tiene la significación de «Reugeld», dinero de arrepentimiento, según la califican expresivamente los autores germánicos, porque mediante su entrega el prestamista puede liberarse de la celebración del contrato (2). Aparece, por tanto, con evidencia, que sólo en cierto sentido puede estimarse logrado el fin pretendido, ya que quien debe prestar queda obligado a la conclusión del contrato, en tanto en cuanto no quiera perder las arras. Lo mismo en relación con un contrato concluído que con uno que deba celebrarse en lo futuro pueden darse las arras (3). Estas se emplean con varia finalidad en el derecho moderno, como señal o exteriorización de la conclusión de un contrato, que es un caso muy frecuente, pueden darse también para asegurar un contrato que todavía no ha sido celebrado, y, finalmente, pueden ser penitenciales (4). Esta misma naturaleza es la que parece corresponder en

(1) Coviello advierte en este caso que el pacto de no vender si no a persona determinada puede estimarse como cláusula contractual prohibitiva de la enajenación. Ob. cit., pág. 75.

(2) Nuestro Código civil sanciona de modo expreso, en su artículo 1.454, las arras penitenciales.

(3) La entrega de un anillo u otra cosa en Derecho clásico nunca se consideró, como en otros derechos, parte esencial, sino sólo señal de la perfección del contrato concluído sin ellas, arra confirmatoria. (Gayo 3, 139). Véase Siber: loc. cit., pág. 173.

(4) Cfr. *Derecho de obligaciones*, por Enneccerus. Traducción por Blas Pérez y J. Alguer. Tomo II, vol. 1, pág. 183. Como donación propter nupcias

el texto de Paulo a la pena que se había convenido, ya que se revela como un equivalente del derecho de resolución que se había concedido al obligado a prestar.

Al objetivo que se pretende se acerca más la denominada *arrha* de pacto imperfecto *data*, que se entrega para asegurar la celebración de un contrato, si bien se da en ella la circunstancia de que el dinero de arrepentimiento es bilateral. Si el que lo dió le niega a la conclusión del contrato, la pierde; si quien la recibió más tarde rehusa contratar, debe devolverla duplicada (1).

Pero ha de tenerse en cuenta que las arras, suma de dinero u objeto que una de las partes entregaba a la otra, de las que se advierte ejemplo en el teatro de Plauto, tuvieron en el Derecho romano clásico un fin probatorio. Según Girard (2), servían para indicar la perfección del contrato. Y junto a esta función primitiva tuvieron en Grecia las arras la de ser un medio de resolución. El Derecho de Justiniano admite esta última función de las arras, cuyo alcance aparece hoy como incierto, pues para unos siguen siendo un medio de prueba, y para otros, en las ventas *cum scriptura* actúan con la finalidad de ser un medio de resolución (3).

Volviendo al texto de Paulo, objeto de examen, puede afirmarse que el interés de las partes que hubieran de intervenir en el contrato de préstamo solamente podía estimarse suficientemente protegido cuando las arras tuviesen un valor equivalente al que los contratantes pensaban lograr merced a la conclusión del contrato.

y donación esponsalicia fueron tomadas las arras por Alfonso el Sabio. Significan también las trece monedas que da el novio a la novia en los dēsporios, y la donación del esposo a la esposa por razón del matrimonio, dote goda.

(1) Este *arrha poenalis*, que se encuentra en Justiniano, podía emplearse también para garantizar el cumplimiento de un contrato ya concluido (*pacto perfecta data*).

(2) Véase: ob. cit., pág. 577.

(3) La función de las arras es en Derecho moderno prueba de la celebración de un convenio y prenda de su ejecución. El profesor De Diego indica que el origen del artículo 1.451 de nuestro Código ha de buscarse en la Constitución publicada por Justiniano, que se extrajo mal en las Instituciones, permitiendo la creencia de que eran medio de desdecirse del contrato. Si hubo entrega de arras o anticipo del precio es cuestión que se decidirá por circunstancias del caso. Véase: *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo IV, pág. 406.

Con la parte final del texto de referencia, y por el «spondeo» del promitente, frente a la estipulación «¿Prometes que me habrás de prestar dinero?», declara Paulo creada una *verborum obligatio*, sin contenido y sin valor patrimonial determinado; estipulación incierta, a la que habría que negar acción en el sistema romano.

Sobre el texto comentado, estudiado con detenimiento por los glosadores, se ha tratado de construir el pacto de contrahendo; y si es posible decir, con Carrara (1), que el objeto de la obligación, en dicho caso, era la conclusión de un contrato, quizás sea aventurado atribuir al Derecho romano la sanción del precontrato por el reconocimiento del pacto de mutuo dando en forma absoluta, pues si en la primera parte del texto que se cita como fundamental en la materia, con ciertas limitaciones, pueden advertirse las características del precontrato, no hay identidad alguna entre éste y la última parte del pasaje citado. Schapp, por el contrario, ve en este único caso un auténtico precontrato, aunque con referencia a los contratos reales que él no estudia especialmente (2).

Al examinar Degenkolb (3) en sus nuevas aportaciones la materia de las fuentes romanas, pretende obtener alguna conclusión de valor más positivo del texto aducido, y alega además, en relación a nuestro tema, el pasaje D. XII, 1, 20: «Si tibi pecuniam donasém ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti suam valen contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam; donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret, creditam non esse, quia ex solvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen est, utrumque valere.»

Queriendo interpretar al jurisconsulto romano Degenkolb, supone que quiso decir que, dada la debilidad de la obligación unilateral, el convenio preparatorio no contiene bastante fuerza jurí-

(1) Véase: Ob. cit., pág. 28.

(2) Véase: *Der Vorvertrag die konsensual vertragen*. Heidelberg, 1909. página 8.

(3) Véase: *Der Beitrage*. Pág. 62.

dica coercitiva para poder excluir la voluntariedad de la *conventio* que acompaña al contrato real.

La conclusión de un contrato necesitaba en Derecho romano siempre acuerdo de voluntades, que en los pactos y contratos sin forma podía tener lugar tácitamente; en los formales, sólo dentro de la forma establecida, y en los contratos reales requería, además, la prestación de una parte.

La cuestión es, si en el supuesto dado, mediante la entrega, se donó y por la devolución se daba algo a crédito. Las dos cosas las niega Juliano, en primer término, partiendo de la *subtilitas verborum*, la donación, porque lo que se entrega no debe quedar de modo definitivo en poder de quien lo recibe, y el préstamo, porque *ex solvendi causa magis daretur quam alterius obligandi*. El jurisconsulto romano no teoriza en abstracto sobre la entrega a préstamo y la obligación de prestar en tal sentido, sino que investiga ante un caso concreto si la característica esencial determinante del negocio jurídico puede hallarse: en la donación para la entrega y en la entrega a préstamo para devolución.

Nada aparece aquí donado, continúa Degenkolb, puesto que quien recibe no deberá conservar nada de lo que le es entregado, y tampoco nada parece haberse dado a crédito, pues si lo que se entregó no había sido en calidad de donación, sino sólo de modo fiduciario y a base de devolución, la prestación última se efectúa del patrimonio, no del que paga, sino del mismo que recibe la cosa devuelta, y es porque lo adquirido de modo fiduciario (1) es sólo formalmente, pues no pasa, materialmente, a la fortuna de quien lo recibe, sino que más bien permanece en el patrimonio de quien constituye la fiducia.

Pero el valor de la decisión de Juliano culmina, no en clasificar el negocio como donación modal, sino en que supo distinguir, en un acto de transmisión o atribución (*Zuwendung*) la obligación formal de devolución y la entrega fiduciaria con devolución material.

En suma, para Degenkolb, el pasaje de referencia nada niega, sino que habla en pro del reconocimiento de un precontrato de

(1) Los negocios fiduciarios tienen bastante importancia: el *prætenom*, *trustee*, *treuhänder*, obran en interés de otro, pero en nombre propio.

préstamo. Las dudas que surgían fueron superadas por los jurisprudentes posteriores. Se ha preguntado, además, cuál era el objeto de la acción que nacía del precontrato y es evidente que, judicialmente, podía obtenerse sólo el *id quod interest*. En el Derecho romano clásico la opinión predominante estima objeto de la obligación y de la condena, no sólo el mismo *id quod interest*, sino el *contrahere*; así resulta de la ley 68 D. de V. O. (45, 5), siendo principio general para todas las obligaciones *faciendi*, según la ley 13 § 1 D. *De re iud* (42, 1), a la que también se refiere Degenkolb.

La *obligatio faciendi* fué logrando poco a poco su admisión en el Derecho romano, y fué expresamente reconocida en el Derecho de Justiniano, teniendo el acreedor el derecho y el deber de obrar *ad factum*, y no pudiendo el deudor liberarse con prestar una cierta cantidad, si bien el principio *nemo praecise...* resultaba, por otra parte, respetado. Por todo ello, concluye Leduc (1) que claramente aparece la existencia del precontrato en Roma. Fueron conocidas la obligación de efectuar una venta o un préstamo, se regularon los pactos de *vendendo* y de *mutuando*, éste como convención principal. No es para él la figura una creación de la doctrina jurídica moderna, y han de buscarse sus precedentes en el Derecho romano. No obstante, del examen de las fuentes resulta que en el Derecho de Roma sólo puede pensarse el precontrato como un pacto *adiectum*, que, si en general pudo tener validez en Roma, debió de ser poco conocido, como se evidencia por los escasos materiales que de él nos suministran las fuentes.

B) *Derecho germánico.*

El antiguo Derecho germánico podía acoger fácilmente el precontrato. La diferencia a que hemos hecho referencia entre contrato con acción y sin ella, del Derecho romano, no fué reconocida por aquél.

El Derecho de Obligaciones germánico permaneció con un cierto retraso hasta los desenvolvimientos de la ciudad, en relación con los grandes desarrollos logrados por el Derecho de cosas. Pue-

(1) Véase: Ob. cit., pág. 26. El mismo autor afirma la obligación de celebrar un contrato de venta impuesta en un testamento aduciendo el pasaje del Digesto 19, 1, De a. e. r. f. 5 pr. Paulus II ad Sabinum.

de encontrarse explicación de este hecho en la preponderante función que tuvo la propiedad inmueble en la vida social y económica.

Merced a la cláusula penal, y otros medios análogos, principia el Derecho germano a asegurar los contratos futuros; sólo más tarde se emplean para el logro de tal finalidad otras figuras jurídicas.

Hübner (1) declara que los negocios frecuentes en la antigua práctica fueron los negocios de presente; cumplida la prestación por una de las partes, quedaba la contraria obligada a una contraprestación inmediata. Pero resulta evidente que semejantes formas contractuales tenían que colocarse en abierta pugna con las necesidades del tráfico. Era preciso crear los negocios apoyados en el crédito para que, merced a él, pudiesen alcanzar mayores y más perfectos resultados.

Según Gierke (2), se creyó primeramente que el contrato obligatorio no requería forma en el Derecho germánico para ser válido; modernamente se ha impuesto la opinión según la cual en el Derecho alemán era necesario, para que fuese válido el contrato, una forma determinada, o que haya realizado su prestación una de las partes, si bien se conocieron primitivamente contratos reales y los contratos formales. La famosa distinción de *Schuld* y *Haftung* ha dado un nuevo sesgo al problema (3).

(1) Véase: *Deutsche Privatrecht*. Pág. 477.

(2) *Deutsche Privatrecht*, Bd. IV. Pág. 328.

(3) Pacchioni sostiene que en la obligatio romana la obligatio de los bienes del deudor era la garantía normal del debitum. Se opone al criterio de algunos civilistas italianos que fingieron primero ignorar la distinción y luego la desecharon por ser inaplicable en los Derechos de base romana. Tampoco cree acertado el criterio de Polacco y Ferrara, que no quieren descomponer el concepto de obligación, una de las más gloriosas tradiciones del Derecho romano. Para fijar el concepto de la obligación hay que analizar por separado el derecho del acreedor y el deber del deudor. Aquél es para la doctrina dominante un derecho camaleónico que en su primera fase tiene por objeto la prestación, y en la segunda, los bienes del deudor. Ob. cit., página 9 y siguientes. Y Titze, en su didáctico *Recht der Schuldverhältnisse*, página 2, al tratar de la distinción germánica, señala que el contenido de la obligación requiere que el acreedor logre el objeto de la obligación mediante un acto del deudor. Pero el poder del deudor no se exterioriza sólo en el deber de prestar que el orden jurídico impone al deudor. La esencia y fin de la obligación exigen que el acreedor pueda sacar del patrimonio del deudor el valor económico de la prestación que se le niega. Esta responsabilidad

La promesa hecha y aceptada era causa bastante para el deber de prestar; creábase así una deuda, como con notoria claridad se advierte en las fuentes germánicas medievales. No obstante, la fuerza jurídica del contrato obligacional era originariamente muy limitada, pues el deber de prestar no generaba todavía el tener que prestar. Caso de incumplimiento de la obligación, sólo tenía el acreedor medios coercitivos cuando existían como responsables una persona, cosa o patrimonio. Por lo que, si el contrato obligacional no precisaba una forma específica, la responsabilidad requería una fundamentación especial. Añádase a esto que la intervención judicial sólo podía provocarse con un medio de prueba y se logrará cabal idea del frágil derecho que se concedía por un contrato obligacional. Las promesas hechas ante jurados o el Concejo, que constaban en documentos públicos, o que habían sido registradas, eran fehacientes, y, caso de incumplimiento, podían transformarse en seguida en títulos ejecutivos. Las formas contractuales con responsabilidad surgen de las antiguas formas de promesa (*Versstrickungsformen*), mediante las que se podía instituir para garantizar de una obligación, una persona o un patrimonio; eran promesas de fidelidad (*fides facta* y *welle* o *wadiatio*).

Promesa de fidelidad era la institución de una persona en garantía de una deuda. El deudor o fiador entregaba su persona, para caso de inejecución, al poder dispositivo del acreedor. Existía esta forma jurídica en los tiempos primitivos entre los germanos y formó el modelo de la *fides facta* de los francos. Pero en los tiempos del antiguo Derecho germánico un contrato formal puro, del tipo de la *stipulatio* romana, no se conocía. Para la ideología germánica advierte el propio Gierke que en la fidelidad vinculaba el promitente toda su personalidad.

En otras ocasiones existía la *welle* o *wadiatio*, institución del patrimonio en garantía de una obligación. En la *wadiatio*, según

(*Haftung*) no está fuera de la obligación, ni es un momento de la ejecución, es una parte esencial del concepto de obligación. No existe deuda sin responsabilidad, aunque no siempre el acreedor la utilice así cuando el deudor carece de patrimonio. La distinción es conceptualmente posible y teóricamente exacta, si bien no posee la eficacia que se atribuyó durante algún tiempo. Véase más ampliamente O. Gierke, *Schuld und Haftung*. Schwind y Amira.

Brunner (1), era esencial la entrega de una *wadia*, es decir, de una cosa de escaso valor (festuca, estipula), como una varita, una espiga u otro símbolo, y, además, se precisaba promesa solemne (*mit Hand und Mund*), es decir, el apretón de manos y la palabra solemne. No se trata de una prenda real, ni de un objeto en garantía, sino de un símbolo de responsabilidad que representa un patrimonio idealmente vinculado.

Con el pago de una cantidad (arras), el contrato sin forma adquiriría la fuerza obligatoria del contrato real. En este sentido son de mencionar las llamadas *Vertragschluss für Weinkauf*), en las que terminaba el contrato con el pago de lo bebido en compañía de los testigos de la operación; también podía darse al dinero un destino piadoso o benéfico (*Gottes pfennig*), o, como indica el propio Gierke (2), con entrega, a la mujer del vendedor, de la finca, o a un criado, en las adquisiciones de vacas o caballos. En el desenvolvimiento de la *wadiatio* se observa que a la entrega, por el vendedor, del objeto vendido, el comprador le ofrece, mediante la *wadia*, seguridad respecto del futuro pago del precio; y lo mismo sucederá en casos contrarios. Ya más adelante perdieron las reglas jurídicas su rigor; deuda y responsabilidad coinciden en la *wadia* y ésta con las arras, y es justamente en este estadio en el que es dable admitir el precontrato para garantizar los contratos futuros.

Además, el antiguo Derecho germánico conoció una figura que posee ciertas analogías con el precontrato: es la llamada *convenientia*, y también *stantia*. Trátase de un acuerdo que obligaba al vendedor de una cosa a reservarla hasta un determinado día para el comprador. De esta manera las partes no se veían obligadas a concluir inmediatamente el contrato de compraventa ordinario. Sólo se cerraría el contrato cuando el comprador deseara comprar la cosa reservada, y el vendedor tuviese que aceptar ese reconocimiento de la obligación asumida en la *convenientia*, luego existía un acto jurídico que desempeñaba función análoga a la del *pactum de contrahendo*. Claro que aquí mismo se pone de relieve

(1) *Quellen und Gesichte des deutschen Recht*, en *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*. I Bd. Pág. 248. Berlín. 1904.

(2) *Grundzüge des deutschen Privatrech*. *Encyklopädie des Rechtswissenschaft*, I, pág. 324.

que el mero precontrato no ofrecía bastante garantía a las partes de la futura celebración del contrato, pues por la renuncia al derecho de disponer había de recibir el vendedor, aunque de poco valor, una contraprestación, que se denomina entre los longobardos «launegildo» o «arra».

Comparativamente se observará que, mientras la *convenientia* era admisible como conclusión extrajudicial, la *wadia* se concluía preponderantemente en presencia del Juez. La *convenientia* designaba tan sólo un convenio (*Uebereinkommen*), no una clase determinada de contrato. Cumplir una prestación así es igual a ejecutarla voluntariamente (*Freiwillig*).

Mientras que coincidan la entrega con la conclusión del contrato, no hay margen para la obligatoriedad típica del precontrato. No obstante, el mismo Geller (1) cree que la recepción del Derecho romano dió lugar a que las formas típicas alemanas cediesen. Se discutió la validez de los pactos nudos, declarando los partidarios del Derecho civil romano que carecían de acción, mientras que otros autores, desde el punto de vista del Derecho canónico y natural, los consideran válidos, opinión que se impuso al fin. Dominó en Alemania, desde fines del siglo xvi, el principio de la obligatoriedad de los contratos sin forma. Lo único indispensable es que la voluntad se declarase, no importando la manera cómo lo fuese. Y es posible así concluir que, si la eficacia de un contrato depende tan sólo del acuerdo de voluntades de las partes, la voluntad de éstas de querer cerrar un contrato en lo futuro—el precontrato—debía igualmente ser eficaz.

A pesar de esto, estimamos que debe sostenerse, como resumen de las consideraciones expuestas, que, no obstante ciertas semejanzas fugaces, las características esenciales del precontrato no se lograron tampoco en el Derecho germánico.

C) *El precontrato en los Códigos civiles.*

Examinados los precedentes que nos ofrecen respecto del precontrato, tanto el Derecho romano como el germánico, veamos cuál es la reglamentación que dedican a esta figura jurídica los modernos Códigos civiles.

(1) Véase: Ob. cit., pág. 7.

En este punto es necesario reconocer que los que podemos denominar principios generales fueron establecidos por el Código civil francés, aunque una regulación especial del *facere* prometido en un precontrato fué realizado, en primer lugar, por el Código civil austriaco de 1.º de Junio de 1811.

El primero de los Cuerpos legales citados vimos que definía el contrato como la convención que obliga a dar, a hacer o no hacer alguna cosa (art. 1.101). La doctrina francesa (1) estudia la obligación de hacer como aquélla, en virtud de la cual el deudor ha de realizar un hecho determinado. Pero es imposible obligar directamente al deudor a que haga por sí mismo el hecho que se comprometió a cumplir o a que no realice aquel que se comprometió a no hacer. Ante la resistencia del deudor para llevar a cabo la prestación a que se obligó, o aquella a que judicialmente ha sido condenado, la ley arbitra como recurso, en defensa de los intereses del acreedor, que pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios (2).

Quedaba de esta manera garantizado por la ley el acreedor por un precontrato, sin que tuviese precisión de valerse de arras. Sin embargo, el mismo Código trazó la reglamentación del precontrato de compra en su discutidísimo artículo 1.589 (3).

Preceptos de carácter general sobre la materia, y el sentido un tanto abstracto que presenta la reglamentación del precontrato en el Código napoleónico, contribuyeron a cortar los desenvolvimientos que hubiera sido posible esperar de las normas relacionadas. Dúdase, en verdad, si, en defecto de normas especiales, debía someterse el precontrato a las normas generales de los contratos, respecto de la forma, y cuál era la que debía aplicársele para que lograse plena eficacia. Pues, o se reconocía que bastaban para el

(1) Véase Baudry-Lacantinerie : *Précis de Droit civil*. 13.ª edic. Volumen II, pág. 74

(2) El Código civil francés dispone en su artículo 1.142 : «Toute obligation de faire au de ne pas faire se resout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.»

(3) Más adelante dedicaremos una atención especial al artículo 1.589 del Código civil. Además, según el artículo 1.590 del mismo Código francés : «Si la promesa de venta fué hecha con arras, cada una de las partes puede volverse atrás. Quien las entregó, perdiéndolas, y el que las recibe, restituyendo el duplo.»

precontrato los requisitos generales de los contratos, es decir, la libertad de forma, o al imponer una especial para una simple obligación de hacer, impondríamos gran rigidez y gravaríamos de tal suerte el precontrato, que se habría limitado por el riguroso formalismo su campo propio.

El Código civil austriaco de 1811 dedica al precontrato una regulación bastante completa, sin que haya sido modificado en la revisión sufrida en 1915-16. Los autores, de un modo en general, hablan de *preparatorische Verträge* y reconocen como obligatoria la apuntación cuando ha sido suscrita por las partes.

Pero una reglamentación más cabal de los problemas que plantea el precontrato ha de buscarse en el artículo 936 del mismo Código, cuyo tenor literal es el siguiente: «La convención por la que se conviene celebrar en lo futuro un contrato, sólo es obligatoria cuando se ha determinado la época de la conclusión y los puntos esenciales del contrato, excepto que las circunstancias hayan cambiado en el intervalo, de manera que el fin expresamente determinado, o que resulte de las circunstancias, se haya hecho imposible, o que la confianza de una de las partes se haya destruido. El cumplimiento de tales promesas debe tener lugar en el año siguiente al plazo fijado, extinguiéndose en otro caso el derecho.»

Contiene la norma legal indicada resolución en favor de la autonomía de la voluntad del problema de la naturaleza jurídica del precontrato; se aplica expresamente en ella la cláusula «*rebus sic stantibus*». Y debe hacerse constar que la teoría de la imprevisión encuentra en el Derecho austriaco su única aplicación en el caso expuesto.

Se ha admitido la validez del contrato sin forma, incluso cuando se ha celebrado en vista de la conclusión ulterior de un contrato solemne, y únicamente si las partes se reservaron someter el contrato a una formalidad determinada cabe suponer que no tuvieron intención de obligarse antes de cumplir ese requisito. (Artículo 884 del Código civil.)

El derecho que nace de un contrato preliminar tiene protección en este Código, cuyas normas sobre la materia son amplias y sencillas, y el titular de un derecho precontractual se halla de-

fendido, dice Demogue (1), mediante una anotación que, como inscripción de valor provisional, concederá a la definitiva rango a partir de su fecha.

Dispone también la legislación austriaca que los precontratos de contratos reales son jurídicamente obligatorios, pero están fuera del contrato real. La entrega de la cosa, por tanto, constituye el contrato real y no puede considerarse como acto de ejecución del precontrato.

El Derecho de Portugal regula la promesa recíproca de vender y comprar en su artículo 1.548, preceptuando que, cuando en ella existe determinación del precio y designación de la cosa, constituye una simple convención de prestación de un hecho, sometida a las reglas generales sobre los contratos, con la circunstancia de que, si se dieron arras, las pierde quien las entregó, o han de restituirse dobladas por quien las ha recibido. La característica principal del Código civil portugués acerca del tema es la de que la inejecución del precontrato no es susceptible de ejecución forzosa, sino que se resuelve en daños y perjuicios.

Para el Derecho chileno, el precontrato es un contrato completo que ha de celebrarse por escrito; cuando precede a un contrato solemne, no necesita serlo él.

La promesa de contrato futuro requiere para ser jurídicamente obligatoria: 1.º, que se haga por escrito; 2.º, que el contrato prometido no sea de aquellos que la ley declara sin efectos; 3.º, que la promesa contenga la expresión de un plazo o de una condición que determine la época en que el contrato debe concluirse, y 4.º, que la promesa especifique de tal suerte el contrato prometido que, para que este contrato produzca todos sus efectos, falten tan sólo la tradición de la cosa o las solemnidades prescritas por la ley.

Cuando resultan las circunstancias indicadas, añade el mismo artículo 1.554 del Código civil chileno, se aplicarán las disposiciones relativas a las obligaciones de hacer.

Y del examen de ellas resulta que, cuando el deudor cae en mora, el acreedor puede optar entre cualquiera de estas tres cosas, a más de exigir indemnización a causa del retraso: a), que se obli-

(1) Véase: Ob. cit., vol. II, pág. 116.

gue al deudor a ejecutar el hecho convenido ; b), que se le autorice a él mismo a ejecutar la cosa por un tercero a cuenta del deudor, y c), que el deudor le indemnice los perjuicios que resulten de la infracción del contrato. Carácter excepcional tiene el precontrato en la venta cuando haya sido estipulado que la operación no será perfecta hasta que se eleve a escritura pública, porque entonces cada una de las partes conserva la libertad de separarse del contrato, según el artículo 1.802, en tanto que el instrumento no haya sido redactado. Si hubieran mediado arras, se siguen normas idénticas a las establecidas en el Derecho portugués, ya expuestas.

El Código civil de los Estados Unidos del Brasil, de marcada orientación germánica, reglamenta el precontrato como un contrato ordinario que no necesita ser ordenado de modo especial. Las normas dedicadas a las arras presentan cierta analogía con el precontrato y habrán de tenerse en cuenta en este ordenamiento legal por la ausencia de disposiciones relativas a aquella forma contractual ; pero si se examina con detenimiento el artículo 1.094 del Código citado según el que «las arras entregadas a título de compromiso por uno de los contratantes crean la presunción de un acuerdo definitivo y hacen obligatorio el contrato». Se verá que confunde el precontrato con el contrato definitivo. Cabe, pues, la posibilidad de tratar el precontrato como contrato ordinario, cuya ejecución forzosa no es posible, sino que ha de resolverse en una indemnización de daños y perjuicios.

Por último, hemos de limitarnos a hacer una breve exposición de cómo ha sido tratada esta materia por el Código civil alemán, deteniéndonos también en el Código federal de las obligaciones suizo, que tiene un especial valor para nuestro tema (1).

(1) Hay códigos, como el holandés, que silencian el problema ; otros, como el de Túnez, lo tratan al ordenar la opción. También el Código civil argentino establece que la promesa a título gratuito de mutuo o comodato no confiere acción contra su autor ; la promesa de mutuo a título oneroso crea un contrato consensual, facultando por término de tres meses a una de las partes para demandar pérdidas e intereses. No produce efecto la promesa de hacer un depósito. Véase Pavón : *Teoría general de los contratos en el Derecho civil argentino*. 1929. Pág. 90 y siguientes.

El Código civil alemán, dice Geller en su opúsculo (1), aceptó el principio del Derecho de Pandectas; el Derecho anterior había tratado de someter ciertos negocios jurídicos a forma escrita o judicial; el Derecho territorial prusiano admitía la libertad de forma, siempre que el objeto del contrato no excediese de un valor determinado. Pero el Código vigente declaró que los negocios obligatorios vinculan la voluntad de las partes y son jurídicamente exigibles, aun concluidos sin forma alguna y sin tener en cuenta el valor del objeto sobre que recaigan (2).

Dice expresivamente la Exposición de Motivos que no se hizo objeto al precontrato de una reglamentación común, porque no se estimó que ello fuese necesario; sin embargo, «no cabe dudar fundadamente que el precontrato es posible y admisible».

Y en efecto, respecto del Derecho alemán, sea cual sea la interpretación que quiera darse al silencio del Código civil; no es posible desconocer que la literatura jurídica, desde los manuales de Pandectas hasta los comentaristas del Código, tanto como los artículos de revistas y monografías, consideran el precontrato existente.

El derecho eventual que resulta de un precontrato puede garantizarse por medio de la oportuna anotación (pág. 883) y puede también sancionarse por la cláusula penal.

En tanto que el Código civil alemán apenas si conoce la expresión *precontrato*, el Código federal de las obligaciones suizo le dedica al problema el artículo 22, en el que se dispone: «La obligación de celebrar una convención futura puede asumirse contractualmente.»

«Cuando en interés de las partes la Ley subordina la validez

(1) Ob. cit., pág. 8.

(2) La parte general del Derecho de obligaciones del Código civil alemán establece tres prescripciones formales por razón del objeto (§ 311, 312 y 313). Hay además prescripciones formales en casos especiales como la promesa de donación, § 518; y exigencia de la forma escrita, en arrendamientos por largo plazo, promesa de venta relativa, fianza y promesa de deuda. De todas ellas la más importante es la del § 313, que requiere autenticación judicial y notarial para las transmisiones de propiedad inmobiliaria. Acaso, ninguna otra disposición, aparte del § 242 del mismo Código, ha motivado mayor número de decisiones judiciales.

de un contrato a la observancia de una determinada forma, ésta se aplica igualmente a la promesa de contratar.»

Se alude también a los precontratos en el artículo 216, párrafo 2.º del mismo Código. El antiguo Derecho de obligaciones suizo recuerda Hans Roth (1) en su interesante monografía *Der Vorvertrag*, que indiscutiblemente constituye una de las documentadas aportaciones al estudio del problema, no contenía especiales normas sobre el precontrato. Ya en un proyecto de Código de obligaciones suizo de los años 1872 y 1876 se contiene un a. 52 por el cual se dispuso que los convenios provisionales no eran obligatorios cuando en su celebración no se hubiese observado la forma de validez del contrato que ha de cerrarse en lo futuro. El Proyecto del Departamento de Justicia de 1879 no reconoció ese precepto. Después, con alguna modificación en su redacción, respecto del precepto hoy vigente, se trató del precontrato en un Proyecto de 1905 sobre Derecho de obligaciones. Además, se dispuso, respecto a los precontratos sobre adquisiciones de fincas, que, no obstante la necesidad del documento público como requisito para validez del acto principal, fuesen eficaces celebrados por escrito, teniendo las partes facultad en los tres días siguientes al del precontrato de volverse atrás, abonando al otro contratante la vigésima parte del precio de la compra, como dinero de arrepentimiento, y que las obligaciones nacidas del precontrato se extinguían a los seis meses de su celebración, aunque podían ser renovadas.

Se pensó favorecer, declarando bastante la forma escrita, a aquellos cantones respecto de los cuales el requisito de documento público para las compraventas inmobiliarias, constituía una novedad (2), y, además, porque, aunque ligadas así las partes por la forma escrita, ésta no podía estimarse base para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y en este mismo sentido, en 1905, un Mensaje del Consejo federal expresaba que no hay inconveniente en conceder al beneficiado, por un precontrato, acción para llevar a cabo la autenticación en forma solemne, porque el promi-

(1) El proyecto de Código civil checoslovaco conserva sin modificación los preceptos del Código austriaco sobre la materia.

(2) Véase en este punto Roth, a quien hemos seguido. Ob. cit., pág. 349 y siguientes.

tente puede defenderse contra él, valiéndose de cuantas excepciones pueda tener por vicios de voluntad u otras causas.

Contra estas normas el título final del Código civil suizo preveía en el artículo 1.825 (bis), respecto del Derecho de obligaciones, que los precontratos como los contratos de compra y los de retracto necesitaban para su validez el documento público. En el proyecto de ley de 1909 se contienen ya, en orden al precontrato, idénticas determinaciones a las contenidas hoy en los artículos 22 y 216. Gobat presentó a una Comisión de técnicos una enmienda propugnando que era superfluo establecer con carácter general la promesa de contratar en el artículo 1.031 como se hacía, puesto que sería suficiente con regular los casos especiales de aplicación, a lo cual contestó Huber que si en verdad había algunos contratos (el préstamo y la cesión) que no admiten, o sólo muy limitados, precontratos, esto no excluye que deba reconocerse en principio el precontrato y mencionar especialmente sus más importantes variedades, en el tráfico inmobiliario. La Comisión del Consejo nacional que estudió el Proyecto encontró más justo que las normas sobre rescisión y validez temporal del precontrato someterlo a la forma solemne e imponer su obligatoriedad con carácter más firme. Rossel dice que parecía lo más justo abandonar a la voluntad de las partes los convenios sobre rescisión, y Hoffmann mantuvo en el Consejo federal que era imperativo lógico someter las obligaciones precontractuales al documento auténtico, sobre todo atendiendo a la contratación sobre inmuebles, y por no reconocer que existiesen causas determinantes para una posición especial en cuanto a ella, se introdujo el artículo 1.037. Se explicaba este precepto en el mensaje del Consejo federal manifestando que si nunca se había dudado sobre la posibilidad de un contrato que pudiera tener por objeto la celebración de un contrato futuro, había en la práctica, respecto a la forma del mismo, grandes dudas. Para evitar vacilaciones, el artículo 22 del Código de las obligaciones dió fuerza de ley al criterio ya marcado por la jurisprudencia. Estudiado el precepto transcrito, se advierte que hace referencia a un contrato que produce la obligación de celebrar otro futuro. El contenido de este último puede ser muy vario, pero no podrá crearse por precontrato la obligación de celebrar un contrato matrimonial, ni sucesorio.

Además de la obligación de celebrar un contrato, que reconoce el artículo 22, es posible obligarse a cumplir aquellos requisitos que sean precisos para la perfección de un contrato. No expresa el artículo relacionado con quién ha de celebrarse el contrato futuro, pudiendo ser la misma persona con quien se concluyó el precontrato u otra. La obligación de contratar puede establecerse con carácter unilateral o bilateral (1).

El párrafo 1.º del artículo 22 contiene una norma de carácter general jurídicopolítica, aplicable a todo el Derecho civil, y sirve de precedente al párrafo 2.º del mismo precepto. El fundamento para la identidad de forma ha de verse, según Huber, en que, reconociendo validez a los precontratos celebrados sin forma, se destruye la eficacia de las disposiciones formales. Las consecuencias jurídicas de los actos cumplidos sin la forma requerida no podían ni directa ni indirectamente ser aceptadas.

Resulta de los pensamientos expuestos que las leyes civiles de tipo latino favorecen al precontrato; así, las legislaciones francesa, portuguesa, italiana y española, permitiendo la existencia de aquél en general. El Derecho germánico, a su vez, le reglamenta cuidadosamente (2).

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

(1) En relación con el referido artículo 22 del Código de las obligaciones define el precontrato Roth dando un concepto en cierto modo afín con el formulado por nosotros. Es la convención obligatoria, dice, por la que las partes se obligan a emitir una declaración de voluntad con el fin de concluir un contrato de varia naturaleza entre ellas o con un tercero. Véase: Ob. citada, pág. 352.

(2) En síntesis puede indicarse que las causas determinantes del escaso desarrollo de los precontratos fueron: I. En el Derecho romano, el requisito del contenido y valor patrimonial de la prestación.—II. En el antiguo Derecho germánico, los llamados «Barverträgen».—III. El riguroso formalismo de algunos Códigos civiles.