

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Febrero de 1934

Núm. 110

El precontrato

El contrato sobre celebración de un contrato futuro.—La promesa de contratar.—Naturaleza específica de la prestación precontractual.—Dificultades para la fijación de un concepto.—Razón del término «precontrato» y breve examen crítico de otras denominaciones propuestas.—Lugar del precontrato en la sistemática del Derecho civil.—Su posición al frente de los contratos en especie.—Ataques sobre la posibilidad de la obligación de querer algo en lo futuro.—Admisión lógica del precontrato.—Utilidad del mismo.—El precontrato, pura construcción teórica.—La posibilidad jurídica del precontrato.

¿QUÉ ES EL PRECONTRATO?

El «pactum de contrahendum», precontrato (*Vorvertrag*), según Töhl, ha sido estudiado más detenidamente por los juristas antiguos que por los de la época actual, fué objeto de preocupación para los estudiosos, desde los glosadores hasta los jurisconsultos de los siglos XVII y XVIII. Formaba parte de la doctrina tan debatida de los pacta preparatoria y del problema incluido en ella de los pactos nudos. Se contrapuso el sistema de los contratos formales romanos, que negaba virtud obligatoria legal a los pactos sin forma, y el principio que se había desenvuelto en el Derecho germánico, canónico y natural: respeto fiel a la palabra dada.

Degenkolb (1), en un trabajo que reputamos fundamental sobre la materia, nos enseña que por su contenido el pacto de contrahendo se dirige a un «contrahere», es decir, a un «facere».

(1) *Der Begriff des Vorvertrags. Archiv für Civilistische Praxis.* Tomo 71, página 2.

Podemos afirmar, por el estudio de los distintos tratados y monografías consultadas, que de un modo unánime se atribuye a Töhl haber acuñado el término *Vorvertrag*, que nosotros denominamos precontrato, para definir «un contrato que obliga a celebrar otro contrato; por tanto, un contrato presente que promete la conclusión de otro contrato futuro. Aquel cuya conclusión es prometida se designa por los autores contrato principal o definitivo. Esta definición ha sido criticada (1) porque se ha objetado que es contradictorio con la naturaleza de las cosas atribuir a un contrato que pueda prometer algo, por no ser el contrato una persona, sino un resultado que requiere la cooperación o acuerdo de voluntades entre varias personas.

Solamente por las partes contratantes podrá prometerse, pero además debe observarse que por su naturaleza específica, el contrato no podrá prometerse porque precisa normalmente la cooperación de dos personas por lo menos.

El compromiso de celebrar un contrato puede tener una doble fuente: el negocio jurídico o la ley. Este último supuesto se encuentra reconocido en la doctrina (2) y se citan como casos típicos la obligación de las empresas ferroviarias, y de las oficinas de Correos, de aceptar y transportar las mercancías y paquetes postales. Para Tuhr (3), ambos casos son consecuencia del monopolio que ejercen esas instituciones. Pero a nosotros nos interesa la primera de tales causas.

En el precontrato hay un negocio jurídico, un contrato obliga-

(1) Véase Hans Kaubus: *Zur Geschichte und rechtlichen Natur der Vorvertrag*. 1911. Pág. 15.

(2) Véase Stolfi (M.): *L'obligo legale a contrattare*. *Riv. Dir. Civ.* Año 1932. Pág. 105.

(3) No cree Thur que exista obligación legal de contratar en los contratos de utilización de gas, agua, electricidad, admisión en un hospital. (Este último, según la jurisprudencia suiza, no nace de un contrato, sino del Derecho público en materia de previsión y asistencia.) Llama la atención el mismo autor sobre una convención frecuente en Derecho moderno, aquella en que uno de los contratantes adquiere facultad de formar por su propia voluntad una relación obligatoria cuyo objeto se ha convenido por otra parte. Ejemplo: el derecho de opción, el derecho de retracto, un contratante puede conferir al otro derecho de prolongar una relación jurídica y el arriendo. Estas facultades son deformadores (*Begründende Gestaltungssrecht*). Véase: *Allgemeiner Teil des Schw. Ob. Recht.* Vol. 1, pág. 238 y sig.

cial que da lugar a una relación jurídica personal entre dos partes, facultando a una para exigir de la otra una contraprestación. Esta consiste, para Geller (1), en la conclusión de un contrato, es decir, en realizar una nueva declaración de voluntad. La conclusión del segundo contrato es un acto de ejecución del precontrato. Ha de tenerse en cuenta que la celebración del llamado contrato principal operará en dos direcciones, extingue de una parte las obligaciones del precontrato, y, de otra, trae a la vida las que son propias del contrato principal, es decir, simultáneamente, extingue y crea.

De manera análoga a las afirmaciones de Degenkolb perfila Coviello (2) la figura jurídica objeto de consideración, advirtiendo que su análisis nos ofrece una voluntad que promete y otra que acepta, esto es, constitución de un vínculo jurídico. Estamos en presencia, dice, de un contrato que tiene por objeto la celebración de otro contrato futuro (3).

Como el objeto del contrato, la prestación puede consistir en un dare, facere o non facere, y en ese «facere» puede situarse la celebración del contrato futuro.

Se trata, según el autor citado, de un contrato innominado, especial, que difiere de los de tal naturaleza porque cada uno tiene un contenido determinado, y no así el precontrato, cuyo contenido variable e indeterminado sólo podrá establecerse caso por caso. Défíñese, por tanto, el pactum de contrahendo como el contrato que tiene por objeto un contrato obligatorio futuro.

El término «obligatorio», mejor dicho, obligacional, se emplea en contraposición al «Realvertrag» de la técnica germánica. Kohler dice que el negocio principal ha de representar una promesa, como el precontrato mismo (4). Nosotros hemos admitido como concepto

(1) Véase *Der Vorvertrag*. Eslanger, 1908. Pág. 3.

(2) Véase ob. cit., pág. 69.

(3) El concepto lo había precisado Töhl: Ein Vertrags des Inhalts, dass ein Vertrag geschlossen Werden Solle, also ein gegeinwartigen Vertrag welchen ein kunstigen Vertrag verspreche. *Handelsrecht*. Vol. I, pág. 777.

(4) Igualmente Geller, ob. cit., pág. 2, rechaza la concepción que ha creído que el precontrato era un concepto aplicable a toda clase de contratos que han de celebrarse en lo futuro, pues en ese sentido tenían a los de los negocios jurídicos primordiales, como la compraventa, la sociedad, los esponsales, que no son precontratos propiamente hablando.

del contrato el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligatoria, y al acomodarse a estos requisitos, reconocemos en el precontrato un contrato.

Gierke, en su obra magistral «Deutsches Privatrechts» (1) también precisa certeramente que el precontrato puede preceder a un contrato obligacional (*Schuldvertrag*). Sólo entonces es aplicable el precontrato, pues no existirá cuando el contrato obligacional obliga a cerrar un contrato real, porque entonces todo contrato de aquella clase, los contratos para enajenación o gravamen de propiedad, o sobre constitución, modificación o extinción de los derechos reales, serían precontratos (2).

Aquel contrato que tiene por objeto la recíproca promesa de estipular otro entre las partes es un precontrato o pacto de contrahendo, según Ruggiero (3). Su función consiste en ligar a las partes sometiéndolas a celebrar el contrato futuro que de momento no se quiere o no se puede celebrar.

La conclusión de un negocio jurídico descansa a menudo en un precontrato que las partes han concluido de antemano. Pero frente a los escritores a quienes hemos hecho referencia, que consideran el precontrato como un acto jurídico acabado, completo, Demogue (4), en su *Tratado sobre las obligaciones*, formula otra concepción. Según él, ha de verse en el precontrato una teoría especial. Los elementos de un acto jurídico se agrupan en moldes tradicionales: contrato, testamento, etc. El precontrato forma una situación básica de un acto por acabar. Con esto, la forma adquiere trascendental importancia, ya no es la vestidura de un acto, sino un molde en que podrá cuajar aquello que se quiera, como en la antigua estipulación.

Resulta que en la doctrina francesa moderna, el precontrato, llamado también promesa de contratar, es un contrato preliminar en virtud del cual una de las partes ha de celebrar el contrato definitivo

(1) *Schuldrecht* III. Band., p. 355. Duncker Comp.^a München und Leipzig.

(2) También Siber (H.): *Grundiss des deutschen bürgerlichen Recht*. Sulzdrecht, pág. 179. Leipzig, 1931.

(3) *Istituzione di Dir. Civ.* Vol. II, pág. 258.

(4) *Traité des obligations en général*. Tomo II, págs. 108 y siguientes. París, 1923.

en las condiciones enunciadas el día en que la otra parte manifieste su voluntad, según declaran Planiol y Ripert (1). Se ha extendido así el campo de la promesa de contrato considerando que los elementos del contrato se hallan en ella como en espera de que nuevos elementos vengan a completarlos, llegándose a una formación sucesiva.

En el Derecho suizo, siguiendo a Tuhr (2), cabe designar como promesa de contrato el contrato en que una de las partes o varias se obligan a cumplir otro contrato, el contrato principal.

Podemos sostener con Geller que la naturaleza especial de la prestación precontractual, concluir un contrato, constituye la diferencia esencial entre el precontrato y los restantes contratos obligacionales. En relación con el contrato principal se nos presenta el precontrato como preparación de aquél. Entonces se plantea el problema de cuál es la fuerza jurídica que le confiere la voluntad de las partes. ¿Se trata de un contrato obligacional o de una mera assertio? ¿De un acto generador de obligaciones o de una sencilla declaración de opiniones coincidentes, como inquiere Degenkolb?

Es verdaderamente difícil recoger en una definición del precontrato todas las modalidades del mismo. Quizás ello ha contribuido a las vacilaciones que se observan en la literatura jurídico-civil. Nosotros no somos partidarios de las definiciones; no obstante, aceptaremos como concepto del precontrato que es un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato obligacional principal que se proyecta (3).

EXPLICACIÓN Y CRÍTICA DEL TÉRMINO «PRECONTRATO» Y DE LAS DENOMINACIONES PROPUESTAS

La palabra «precontrato» nos dice tan sólo que estamos ante un negocio jurídico que precede a otro. Sin embargo, desde Töhl, la expresión ha venido empleándose, y hoy es frecuente, traduce la utilizada en Alemania «*Vorvertrag*». Designa el «contratto preliminare» de la técnica italiana y el «avant-contrat» del Derecho francés.

(1) *Traité de Droit Civil*. Vol. VI, núm. 144, pág. 189.

(2) Ob. cit., pág. 235.

(3) En tal sentido comprenden también el precontrato Kaubes. Ob. citada, página 17, y Nelte. Ob. cit., pág. 10.

cés ; los escritores suizos, unos aceptan la expresión alemana, como Roth, y otros le califican de promesa de contratar, *Tuhr* (1).

Pero si la denominación de un contrato debe permitir que nos representemos cuál sea el contenido típico del mismo, habría que recusar el término propuesto, porque en el concepto fijado del precontrato era característica esencial la de que servía de base para un contrato principal futuro, y de esto apenas nada si nos anticipa la expresión indicada. Más expresiva es, en cuanto a aquella obligación, la designación generalmente empleada antiguamente, *pactum de contrahendo*, porque sirve para poner de relieve que en el acto celebrado se contiene un futuro «*contrahere*».

Se han hecho tentativas para buscar una expresión más adecuada con la finalidad propia de esta institución, y en ese sentido se ha propuesto la calificación de negociación contractual o trato (*Vertragsberedung*), propuesta por Beseler (2). Esta denominación, que logró al principio cierta boga, es, a decir verdad, poco afortunada, y con ella se desvanece algo que debe afirmarse como un rasgo de importancia del precontrato, a saber : que constituye un contrato. Afecta a la esencia de aquél y debe proclamarse que tiene un alcance superior al propio de las negociaciones preliminares, pues deja de ser simple trato, cual son las apuntaciones, para convertirse en verdadero contrato. Lo reconocía ya Degenkolb, que al precisar el concepto lo distingue con claridad de los meros tratos, y lo mismo hizo Töhl. Quizás por todo ello Geller (3) muestra la conveniencia de mantener la designación común de «*pactum de contrahendo*».

Más apropiada parece la propuesta moderna de Deiter, de llamar a esta figura jurídica contrato obligatorio (*Verpflichtungsvertrag*), pero este nombre es incoloro, y tampoco nos parece que deba aceptarse, pues ciertamente, en todo contrato existen deberes a cargo de las partes y pueden calificarse de contratos obligatorios.

Kaubes (4) muestra cierta predilección por la designación «promesa de contrato», ya que, según el mismo Código civil alemán, al pacto de mutuo dando debe llamársele promesa de dar un préstamo. Al repasar las distintas denominaciones catalogadas en el

(1) Véase ob. cit., pág. 235.

(2) *Erbvertrag*. Parte 2.^a, vol. I, pág. 56.

(3) Ob. cit., pág. 3.

(4) Ob. cit., pág. 15, nota 2.

Código, resulta que las relaciones jurídicas se han designado especialmente por la frecuencia con que los derechos y obligaciones que les son propios aparecen en la vida. Y puede preguntarse si el precontrato responde de igual manera a una determinada formación contractual. Se habla de un contrato de arrendamiento de cosas, porque en él una de las partes viene obligada a entregar en arriendo una cosa determinada (1). Es curioso, en este respecto, ver cómo el lenguaje vulgar llama censo indistintamente al gravamen o carga que pesa sobre nosotros, al canon o pensión que tenemos que pagar a alguien y al derecho a percibirla, e incluso también al contrato en que se origina. Y lo mismo puede decirse de la prenda (2); por tanto, de aquel contrato obligatorio o de compromiso debería surgir para una o para ambas partes la obligación de obligarse, y si esto puede admitirse a primera vista, un estudio detenido revela que el precontrato obliga a una acción de la cual, según los casos, ha de resultar la conclusión de un contrato. Por lo que más que reflejar el verdadero contenido de nuestra institución, la denominación de referencia indica consecuencias secundarias de su contenido y no puede identificarse con el «pactum de contrahendo», que se refiere a un contrato dirigido a un «contrahere».

Deberán rechazarse, asimismo, los términos de «contrato imperfecto» en contraposición a contrato principal, por ser perfectamente inútil; en el Derecho civil no reconocemos la posibilidad de esa categoría, pues los requisitos necesarios para la perfección de un contrato han de existir para que éste sea perfecto y obligatorio, o, si faltan, el contrato no existe. Igualmente parece poco afortunada la calificación de contrato provisional (*Vorläufiger Vertrag*), merecedora de iguales críticas que las dedicadas a los contratos imperfectos.

Stintzing (3) publicó un trabajo sobre el precontrato, en el que, lo que era materia preferente para Adler, es decir, la obligación de celebrar un contrato con otra persona cuando ésta lo quiera, aparece también estudiado por aquél, pretendiendo sustituir el

(1) Véase más ampliamente Nelte. Ob. cit., pág. 4.

(2) Véase De Diego en *Instituciones de Derecho civil*. Vol. 1, pág. 435.

(3) Die *Vorverpflichtung* in Gebiet der Schuldverhältnisse. 1903.

término adoptado por el de compromiso preliminar o «Vorverpflichtung».

Y Töhl, a quien se atribuye haber formulado la teoría del precontrato, en una de las ediciones de su Derecho mercantil advierte la conveniencia de utilizar, en vez de la expresión pesada y poco germana «pactum de contrahendo», la de «precontrato» (Vorvertrag). Con ello se evidencia, con claridad, que la aspiración básica de Töhl no fué otra que la de hallar, en alemán correcto, una expresión para el pactum de contrahendo, sin pensar si con ella se expresaba el contenido de la relación jurídica, porque tan sólo servía para denotar que un negocio precedía a otro.

Roth (1) emplea en su trabajo la denominación de «contrato para celebrar un negocio jurídico» (Geschäftserrichtungsvertrag), muy semejante, también, a la propuesta por Nelte (2), contrato para cerrar un contrato (Vertragschliessungvertrag), como adecuadas para reflejar el contenido de la relación estudiada.

¿Al cerrar un precontrato se somete uno a concluir un contrato? Literalmente, la obligación de celebrar un contrato es, en definitiva, imposible; podrá uno obligarse a entregar cierta cosa que nos pertenezca, en virtud de un contrato de compraventa, pero no a cerrar un contrato, que precisa, para su nacimiento, de dos personas por lo menos en quienes han de recaer los elementos básicos del mismo: oferta y aceptación. Podremos obligarnos a cooperar en la conclusión de un contrato del que, según su naturaleza, resultará quien tenga el papel de aceptante u oferente. Degenkolb llama la atención sobre cómo el precontrato dirigido en cada caso a un contrahere no decide aún sobre el papel que compete al obligado en el contrato principal (3). Ha de tenerse siempre en cuenta que el contenido y la clase de la declaración de voluntad que el precontrato obliga a emitir dependen de la naturaleza del contrato principal correspondiente.

Considerado el precontrato—agrega—en abstracto, sólo podemos determinar la obligación que surge de él como dirigida a

(1) Der Vorvertrag. Abhandlungen zum schweizerischen Recht. 37 Heft Bern. Stämpfli & 1928.

(2) Ob. cit., pág. 5.

(3) Loc. cit., pág. 17.

cooperar a la conclusión del contrato correspondiente. Sagazmente advierte que hay contratos, como el matrimonio (1), en que no es posible distinguir aceptación y oferta; si se piensa en la forma canónica de su celebración, se ve la imposibilidad de atribuir claramente uno u otro papel a los esposos. No cabe tampoco ver dos ofertas combinadas y cruzadas con dos aceptaciones. Más bien habría que atribuir la oferta, según el ritual observado, al párroco, y más que como representante de una de las partes o como persona encargada de dar fe del acto, en calidad de servidor de la Iglesia, en interés de la comunidad religiosa interesada por el matrimonio.

Aparte de los términos que ya hemos indicado, y no encontrando otros adecuados, puede limitarse la elección entre promesa de contratar y precontrato. Mas el deseo de lograr la máxima sencillez, claridad y elegancia posible, así como por la conveniencia de destacar, respecto de la relación jurídica a estudiar, el carácter de contrato independiente frente a los actos preparatorios del contrato, nos inducen a preferir la última. Empleamos, además, el término «precontrato» para designar la relación cuyos límites hemos precisado, pues las palabras tienen también derecho a una naturalización (2), y sin olvidar que esta cuestión no debe traspasar los límites apropiados para las de carácter puramente terminológico.

LUGAR QUE LE CORRESPONDE EN EL SISTEMA DEL DERECHO CIVIL

Quienes han estudiado el precontrato han sentido ya la dificultad de determinar qué lugar le corresponde en la sistemática del Derecho civil. El problema, para Degenkolb (3), requiere

(1) Nuestra doctrina civil no reconoce el carácter contractual del matrimonio; entre otros lo niega De Diego, para quien sólo tiene la forma de contrato, faltando en él objeto y causa, requisitos esenciales del contrato. Véase *Curso de Derecho civil*. Tomo VI, pág. 32. Y Valverde: *Tratado de Derecho civil español*. Apéndice tomo IV, pág. 22.

(2) Entre nosotros aceptan recientemente el mismo calificativo los señores Blas Pérez y Alguber, en la traducción de la obra de Ennecerus, Kipp y Wolff. Tomo II, vol. I del *Derecho de obligaciones*, pág. 145. Nota 12.

(3) Véase ob. cit., pág. 51.

determinar, de una parte, la naturaleza jurídica del precontrato, y de otra, fijar la posición que debe atribuirse a la institución en la doctrina general del contrato. Ambas cuestiones, para él, sólo pueden encontrar una solución negativa. Sea el precontrato un contrato innominado, un contrato consensual innominado, o un contrato bilateral que ha de determinarse «según su fin y naturaleza», en opinión del mismo autor, la teoría de los precontratos corresponde, en su parte general, a la doctrina del objeto del contrato, y acentuando el «contrahere» a la teoría general de las clases de prestaciones obligatorias, pues en su objeto, el *contrahere* está lo único que diferencia el precontrato de otros contratos.

Por su naturaleza esencialmente preparatoria, se ha estimado que no tiene razón para existir con independencia y encuentra su lugar apropiado en el capítulo dedicado a la celebración de los contratos. Así Carrara (1) enfoca el estudio del precontrato relacionándolo íntimamente con la formación de los contratos, afirmando que, cuando menos, ha de servir para iluminar el proceso de formación de los mismos.

Si lógicamente puede admitirse un precontrato de todo contrato, debe asignársele un lugar en la Parte general, mas recordemos que, al precisar el objeto de este trabajo, le referíamos a los contratos obligacionales, correspondiendo, por tanto, asignarle un puesto en la parte general del Derecho de obligaciones. Nelte, por el contrario, sitúa el precontrato en el objeto de los contratos (2).

Endemann rechaza su colocación en la parte general del Derecho civil, que, como observa Puchta, con acierto, constituye el ambiente espiritual en que viven y se mueven las instituciones jurídicas, y fundamenta su negativa por tratarse de preceptos de naturaleza obligatoria, que deben exponerse en el tratado del Derecho de obligaciones. Kaubes censura esta posición. Otros, como Göppert, colocan la materia en lo que llaman los modernos Códigos obligación de prestar. Para él corresponde a la sección en que se trata de las obligaciones nacidas de los contratos. Como Degenkolb indicó, no tiene cabida en la conclusión del contrato,

(1) *La formazione dei contratti*. Ed. Vallardi. Milano. Pág. 27.

(2) Ob. cit., pág. 7.

porque constituye uno tan independiente y completo como cualquier otro (ein Vertrag so selbständige und vollendet als euer anderer).

El Código suizo trata de la promesa de contratar en la primera parte, dedicada a las disposiciones generales, Título I, capítulo 1.º de la formación de las obligaciones. En cambio, el proyecto francoitaliano trata del contrato preliminar en las disposiciones sobre el objeto, pareciendo seguir el criterio de Degenkolb.

Nosotros disentimos de la solución dada por Covielo, que sitúa el tema en la teoría general de los contratos por creer que, concurriendo en el precontrato características bastante precisas para formar una categoría especial de contratos, procede encajarle dentro del sistema del Derecho civil, a la cabeza de los contratos en especie, en razón de su función preparatoria, y agrupando bajo la rúbrica general de precontratos las normas que las leyes civiles dediquen a su estudio.

POSSIBILIDAD LÓGICA Y JURÍDICA DEL PRECONTRATO

La crítica ha dirigido con preferencia sus ataques contra el precontrato de los contratos consensuales, cuya posibilidad lógica se ha puesto en duda.

Sé ha alegado que, concluir un contrato sobre la conclusión de otro futuro, es tanto como obligarse a quererse obligar, o vincular la voluntad de tal modo que ésta deba ser más tarde vinculada.

En el año 1878 publicó Storch (1) una monografía sobre el contrato de préstamo en el Derecho territorial, y en ella expuso «querer algo en lo futuro, es necesariamente un mero trato; el llamado precontrato como contrato efectivo, implica la expresión de una voluntad presente; es, por tanto, el contrato principal mismo». Se ha suspendido sólo la ejecución, pero no la conclusión del contrato principal.

Más atentamente examinado el pasaje indicado, puede verse:

(1) Der heutige insbesondere landrechliche Darlehensvertrag und die Bedeutung d. 20 D. 12, 5. Ob. cit., pág. 14.

que se declara objeto del precontrato un proceso espiritual, abstracto. Es necesario indicar que no puede pensarse seriamente imponer a un hombre aceptar una conducta interna. Pero si nadie puede obligarse a «querer» algo en lo futuro, es posible que uno pueda obligarse a la acción sensible en que ha de traducirse un futuro proceso espiritual, es decir, a emitir una declaración con contenido determinado. La contraposición entre precontrato y contrato principal no está en un querer presente o futuro, podemos decir con Nelte, sino en que el obligado por un precontrato declara que hará más tarde una declaración de voluntad de contenido predeterminado. Existirá una oposición, ciertamente, entre la declaración de voluntad semejante y la declaración presente.

Más que la voluntad, interesa al Derecho la declaración de la voluntad. Tuhr (1) ha hecho constar que si el hombre no puede aceptar el compromiso de querer más tarde, ni tampoco puede por la ley imponérsele, es debido a lo que nosotros llamamos la facultad de decisión libre. Puede el hombre obligarse a obrar y esta acción puede ser una declaración de voluntad.

Se ha expuesto desde hace varios siglos que la voluntad declarada de deber y de querer concluir un contrato en lo futuro niega la voluntad contractual presente, y más aún, su declaración. El contrato se estima como la fuente más destacada de las obligaciones; obsérvese, sin embargo, que el contrato puede celebrarse en cumplimiento de determinadas normas que se imponen a la voluntad de las partes. Modernamente se ha desenvuelto el llamado contrato obligatorio o coactivo (2) (*Erzwungene Vertrag*). Y este concepto, que parece contradecir, en parte, la exposición tradicional del consentimiento, que consideraba defectuosa la voluntad, falta de espontaneidad y de libertad, se regula ahora como causa determinante de la celebración de los contratos. Aquí nos basta con afirmar que el precontrato no puede incluirse entre los contratos coactivos, como ya hemos indicado, porque la obligación de celebrar un negocio futuro, idea común a ambos, tiene por fuente la voluntad de las partes en el precontrato, en tanto que, en los contratos coactivos, es ajena a esa voluntad.

En suma, puede sostenerse que la doctrina civil reconoce uná-

(1) *Allgemeinerteil d. deutschen burgerlichen Rechts*. Vol. II, pág. 5.

(2) Véase el estimable trabajo de Stolff en *Riv. Dir. Civ.*, ya citada.

nimamente que no existe una imposibilidad lógica para el precontrato. Ahora nos interesa demostrar la posibilidad jurídica de aquél. Escasos preceptos se podrán allegar en las leyes civiles sobre la regulación del precontrato, y, sin embargo, no creemos que ello sea bastante para negar la existencia jurídica del mismo, pues conteniendo una finalidad, es muy sensible que no se haya estimado necesario reglamentarlo una vez admitida su existencia (parágrafo 610 del Código civil alemán, 22 del Código de las obligaciones suizo).

Por ello los contradictores del precontrato argumentan que pertenece a su contenido el del contrato principal, y si se consiente tal cosa por la necesidad de determinar ese contenido, se reduce extraordinariamente el área de aplicación de los precontratos. Siguiendo a Kaubes (1), y especialmente a Nelte (2), podemos destacar el precontrato como un negocio de seguridad frente al contrato principal, por lo que no se requiere que se establezcan en él todos los puntos del contrato principal, sino sólo aquellos que le permitan cumplir su fin, que es garantizar la celebración del contrato futuro. Quizás no sea favorable señalar «a priori» un mínimo. Lo que sí puede reconocerse es que, en todo caso, el máximo de los requisitos de determinación podrá siempre ser inferior al mínimo requerido para el contrato principal.

A las objeciones formuladas por Storch y Geller, contestó De-genkob (en sus *Neue Beiträge zur Lehre von Vorvertrag*) (3), sin haber obtenido réplica posterior adecuada. Para él existe el precontrato cuando ha sido celebrado con intención de obligarse. Su relación con el llamado contrato principal se agota por la conclusión de este último, que puede representarse como acto de ejecución de la obligación creada por el primero. En realidad, depende la necesidad del precontrato en la vida práctica de como reconozca el Derecho la acción emanada del mismo dirigida a un «contrahere» exigiendo la conclusión del contrato, o limitándose a una indemnización.

Conviene analizar si el precontrato es una institución impues-

(1) Véase ob. cit., pág. 50.

(2) Véase ob. cit., pág. 17.

(3) Véase *Archiv für die Civilistische Praxis*. Vol. 71, pág. 51 y sig.

ta por las necesidades de la vida, o integra una de tantas construcciones de valor teórico indudable, destinada sólo a la exposición doctrinal. Evidentemente, no se trata de una figura propia de aquellas épocas de la humanidad que nos revelan como formas usuales del tráfico la permute o la compraventa en sus aplicaciones más elementales, es más propio de la vida económica moderna, de tiempos en que la economía del crédito ha superado a la economía del dinero; se trata, en fin, de un negocio jurídico que pone de relieve la perspicacia del hombre de negocios de hoy y que revela la pretensión de influir en la incertidumbre del futuro.

La finalidad de las partes que concluyen un contrato de compraventa es adquirir el goce de la cosa y del precio, respectivamente; en tal sentido, la celebración del precontrato se presenta como un rodeo, como un camino más largo para llegar al mismo resultado. ¿Por qué no celebrarán las partes el contrato definitivo desde el primer instante? En la práctica, y quizás a causa del principio que aflora en el Derecho contractual moderno, «libertad de contratación» (1), se advierten, por el contrario, gran número de precontratos. Leduc (2) intenta determinar los casos en que parece útil la celebración de un precontrato. Así, cuando las partes no puedan, o no quieran, celebrar el contrato principal. Cuando uno de los contratantes, disconforme con asumir de modo definitivo los compromisos inherentes al negocio principal, cree conveniente al mismo tiempo utilizar las condiciones y facilidades que se le brindan para la celebración del contrato para que si sus negocios mejorasen le sea posible realizar una ampliación o una modificación en los mismos. Entonces el precontrato se ofrece como medio excelente para cumplir el deseo de los particulares.

Incluso los menos simpatizantes con la institución estudiada, Tuhr, entre ellos (3), admiten su existencia en casos como los siguientes: A promete a B celebrar con X un contrato de pres-

(1) Con su acostumbrada claridad y precisión, el profesor Castán afirma: «las restricciones que las leyes y teorías modernas introducen o pretenden introducir en la libertad contractual o en la rigidez de la fuerza obligatoria de las convenciones no logran destruir el principio básico de la contratación ni aminoran la importancia económica y social de ésta». Véase *Hacia un nuevo Derecho civil*. Madrid, 1933. Pág. 19.

(2) Véase ob. cit., pág. 6.

(3) Véase ob. cit., pág. 235.

tamo o de venta de cosa determinada. Sólo cree posible justificar la promesa de celebrar un contrato en casos concretos, así en los contratos sobre transferencias inmobiliarias, en que han de precisarse las fincas objeto de aquéllos, de manera clara y precisa para que su identidad se pueda establecer de conformidad con las exigencias del Registro, lo cual no se logra cuando se venden por una persona «todos los inmuebles que posee en término de Z» o aquellos que hayan de corresponderle en una herencia que se expresa. Estos contratos no pueden valer más que como promesa de contratar (1), por la que las partes se obligan a cooperar a la conclusión de un contrato susceptible de ser inscrito.

Opuestos a la utilidad de los precontratos se mostraron los redactores del Código civil alemán (2), porque entendieron que los resultados prácticos que permitía obtener podían alcanzarse por caminos más sencillos y breves. El precontrato hemos visto que asegura a una persona el ejercicio de un derecho sin obligarle a usar de él, y ese mismo resultado puede lograrse con una oferta mantenida durante cierto plazo, bastando que el interesado a quien se dirija preste su aceptación en tiempo hábil, para que tengamos realizado el contrato principal.

Las críticas se enderezaban primeramente contra los contratos unilaterales, pero se extendieron a los bilaterales. Y en este punto crecemos certeras las razones de Carrara (3), según el cual las partes que se encuentran en la situación ya descrita, que aspiran a celebrar un contrato que no pueden ejecutar en seguida, raramente lo celebran y aplazan su ejecución. Buscan un medio que, obligándoles en cierto sentido, les permita, por otra parte, quedar en libertad hasta que puedan cerrar el contrato. Pretenden madurar las condiciones y circunstancias en que ha de celebrarse el contrato futuro; el precontrato no pone fin al período de formación del contrato, señala tan sólo una etapa del mismo, pero nos interesa destacar que constituye un estadio con valor especialísimo, generador de obligaciones. A las fases normales para la

(1) Otro de los casos que para Tuhr deben ser objeto de una promesa de contratar es la entrega de un reconocimiento de deuda abstracto.

(2) Véase Schlossman: *Über den vorvertrag und die rechtliche natur der sogenannte Realkontrakte en Ihering Ihabbücher*. Tomo XLV, pág. 1.

(3) Véase ob. cit., pág. 43.

celebración de un negocio jurídico se agrega otra extraordinaria, con el precontrato, cuyo interés especial estriba en que señala el límite en el que desaparece la potestad libérrima de los contratantes para volverse atrás en las negociaciones entabladas, porque con el precontrato las partes han quedado ya obligadas; es un medio para la producción del negocio principal a que se aspira.

Responde a un interés común para ambos contratantes conservar la libertad de decidir hasta el momento preciso en que necesitan obligarse de manera definitiva, pudiendo meditar y examinar mejor el contrato futuro. Aquí centra Carrara la función económica del precontrato, una misión de *seguridad* que no cumple ni el negocio a plazo ni otro sustitutivo propuesto, la oferta obligatoria durante cierto tiempo. Sin considerar que el Derecho positivo deba sancionar los caprichos de la voluntad privada, creamos que ha de imponer su imperio frente a la voluntad de las partes, que ha de completar o corregir, según los casos. En este sentido, la ley, por ciertos mecanismos técnicos, como la ficción, podría prescindir de ciertos rodeos de los particulares y convertir el precontrato en contrato principal.

Como síntesis de lo expuesto, cabe afirmar la posibilidad lógica y jurídica del precontrato. Las tendencias que suponemos han de preponderar en Derecho, nos indican que la misión de las leyes y de la técnica se encamina a auxiliar a los hombres, y el valor e interés precioso de la Ciencia jurídica lo vemos precisamente en esa misión, por todo lo que cabe reconocer el precontrato útil y necesario.

— SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.