

Una perspectiva comparada en torno a la exigibilidad del precontrato y la responsabilidad frente a su incumplimiento

*A comparative perspective regarding
the enforceability contract preliminary
responsibility and your breach*

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

Catedrático de Derecho Civil

Investigador Asociado. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

RESUMEN: Probablemente, una de las cuestiones más interesantes y que más polémica ha generado a propósito de la figura del precontrato, además de la relativa a su naturaleza jurídica, tiene que ver con las consecuencias jurídicas que suscita, tanto por lo que se refiere a su cumplimiento, toda vez que obliga a las partes que lo suscribieron, cuanto en lo que respecta a su incumplimiento, esto es, cuál es la responsabilidad emanada en el caso de inobservancia de su contenido.

ABSTRACT: Probably one of the most interesting questions and that more polemic it has generated concerning the figure of the contract preliminary, besides the relative one to their artificial nature, she has to do so much with the

juridical consequences that it raises, regarding their execution, all time that he forces to the parts that subscribed him, as much as in what concerns to their breach of contract, this is, which the responsibility is emanated in the case of neglect of its content.

PALABRAS CLAVE: Contrato. Precontrato. Cumplimiento. Incumplimiento. Responsabilidad.

KEY WORDS: Contract. Contract preliminary. Execution of contract. Breach of contract. Responsibility.

SUMARIO: I. EL PRECONTRATO Y LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.—II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRECONTRATO.—III. DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL PRECONTRATO: 1. EXIGENCIA DE CONCLUSIÓN O CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEFINITIVO. 2. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO Y SU POSIBLE EJECUCIÓN FORZOSA: UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PRECONTRATO Y LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

El proceso de formación del contrato —*iter ad contractum*— deslinda claramente la fase de los contactos iniciales (tratos preliminares, tratativas), cuyo tratamiento excede de nuestro interés en este momento, y la de formación del consentimiento, en cuyo contexto se puede celebrar un contrato —precontrato— antes de concluir un contrato definitivo, entendido aquel por algunos¹ más que como una fase o periodo de la contratación, como una fracción de tiempo que antecede a la conclusión del contrato que las partes proyectan antes de su concreción.

A través de un precontrato las partes se comprometen a cooperar para la celebración del futuro contrato —*Haupvertrag*—, razón por la cual por su través ya se forma un vínculo jurídico que genera efectos jurídicos por sí mismo, no obstante quedar inmerso en el proceso integral de formación del contrato definitivo².

Aunque por lo general, la consecución del acuerdo de voluntades se puede alcanzar sencilla y rápidamente³, ello no es óbice para afirmar que, en muchas transacciones comerciales de nuestros días, el consentimiento rara vez se forma mediante la mera concurrencia de la oferta y la aceptación, sino que precisará de un proceso previo, algunas veces complejo, conformado por conversaciones

y tratos preliminares que pueden consistir en cartas de intención, pactos de opción, acuerdos parciales o, incluso, precontratos que tienen como finalidad, respectivamente y, según el caso, ya delimitar el posible contenido del contrato que se pretende celebrar, ya asegurar su concreción definitiva.

La perfección del contrato descansa en el consentimiento de las partes sobre elementos tales como su causa y el objeto cierto que sea materia del contrato⁴; así como también sobre el momento en el que se produzca el encuentro entre la oferta y la aceptación de las partes que consienten en obligarse. Por ello, el consentimiento se erige en el elemento clave en torno al cual gravita la perfección del contrato, de tal manera que el núcleo propio del contrato se manifiesta no solo en las cláusulas explícitas del mismo, sino también en las implícitas que aparecen a lo largo de su desarrollo, sin omitir tampoco las vinculaciones que son consecuencia natural de ambas cláusulas —explícitas e implícitas— y que resultan necesarias para la consumación total del contrato, con base en los principios generales que rigen y han de presidir la contratación, tales como la buena fe y la equivalencia de las prestaciones, entre algunos que se pueden destacar.

En la medida que, primero, las partes consienten en obligarse y, luego, se obligan, hablaremos, respectivamente, de perfección de primer y segundo grado, como pasos previos a la ejecución del contrato, momento este que podría incluso diferirse en el tiempo.

La eficacia del contrato coincidirá con el momento de su perfección cuando este sea un contrato de perfección instantánea, esto es, cuando su preparación sea obra de un solo acto de los otorgantes, al no haber sido precedido por ningún otro⁵, lo cual tiende a suceder en los contratos de escaso valor económico o consistentes en operaciones estandarizadas, que no precisan de elaboración o discusión algunas. Aún así, en estos casos de perfecciones instantáneas se pueden distinguir nítidamente los diversos pasos de su formación, no obstante se hallen concentrados en un solo acto⁶.

Mientras tanto, cuando hablamos de contratos en los que la perfección⁷ es diferida, el *iter* formativo suele arrancar con los tratos preliminares, que, de inicio, podemos afirmar carecen de fuerza negocial; se continuará con los contratos preparatorios en sus diversas modalidades (acuerdo de intenciones, contratos normativos, pacto preferencial, contrato de opción o precontrato), que, en contraposición a los primeros, cuentan ya con fuerza obligatoria, si bien no contengan aún el contrato definitivo; y llegaríamos, por fin, al estadio de los contratos definitivos que se pretenden celebrar y resultan de la aceptación de la oferta contractual.

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRECONTRATO

Uno de los temas más controvertidos en torno a la figura del precontrato es el relativo a su naturaleza jurídica⁸, cuestión en modo alguno baladí, puesto que dependiendo de cuál sea la postura que se asuma al respecto, se podrá explicar tanto el fenómeno de la formación del contrato como la relación que media entre esta y el contrato definitivo al que se tiende.

En virtud del precontrato, las partes se vinculan antes de la consecución del contrato que definitivamente pretenden realizar, de tal manera que con ello se preparan y aseguran situaciones jurídicas venideras, si bien no se genere inmediatamente aún eficacia en el contrato proyectado.

Aun cuando el contrato definitivo iniciado por el precontrato exigiera de una nueva declaración para su consumación, partiendo de la consideración tradicional⁹ que lo reputa como pacto *de contrahendo*, ello no representaría una traba al principio de libertad contractual, pues, incluso si admitiéramos en este caso que estamos ante un acto debido personalísimo, no por tal motivo perdería el carácter de acto jurídico voluntario y, aunque tampoco fuera susceptible de coerción ni objeto de ejecución forzosa, llegado el caso, el juez podría así estimarlo, en el supuesto de que el obligado a prestar el consentimiento no lo hiciera en el plazo estipulado.

De tal manera que el precontrato no es un mero contrato preparatorio que fija las bases de un segundo¹⁰ pues, de estimarlo así, la insuficiencia de estas nos conduciría a tener que exigir una nueva declaración de voluntad sobre los extremos no desarrollados previamente con plenitud; y, por el contrario, si las líneas básicas fueran ya completas, el contrato definitivo no constituiría un desarrollo de aquellas, sino más bien la puesta en marcha del precontrato.

Precontrato y contrato definitivo constituyen, pues, dos secuencias de un mismo hilo argumental imbricadas, entre sí, por la unidad funcional que media entre uno y otro. Por tal motivo, sus requisitos de forma y capacidad han de coincidir para evitar alguna que otra incoherencia, como sería la posible ineficacia del contrato definitivo por no cumplir este sus propios requisitos, no obstante haberlos cumplido en el precontrato. Sin embargo, de admitir una pretendida extensión de los requisitos de validez del contrato definitivo a los del precontrato, habría de entenderse dicha extensión siempre con un diferente alcance y contenido¹¹.

De ahí que consideremos que el precontrato constituye, por sí solo, un contrato a través del cual las partes resultan ya obligadas¹², sin perjuicio de que su contenido estribe en el compromiso adoptado por los contratantes para realizar tal o cual comportamiento dirigido a la consecución del contrato definitivo¹³ que se pretende alcanzar.

III. EFECTOS JURÍDICOS DEL PRECONTRATO

1. EXIGENCIA DE CONCLUSIÓN O CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEFINITIVO

Difícilmente podemos entender una situación jurídica unitaria cuando hablamos de precontrato, toda vez que pueden darse distintos grados de vinculación con disparidad de finalidades. De ahí las críticas vertidas en torno a una construcción dogmática uniforme del precontrato y su eficacia¹⁴, razón por la cual sea más atinado estudiar los efectos que deban atribuirse a un supuesto concreto en función del fin perseguido por los contratantes¹⁵ para, a partir de ahí, proceder a su calificación.

Queda superada ya la concepción que tachaba de inútil la figura del precontrato por carecer de eficacia para asegurar situaciones jurídicas futuras¹⁶, al entender que el mismo fin pretendido —suspensión o aplazamiento de la ejecución de un contrato perfecto— podía lograrse mediante un contrato sujeto a plazo o condición; en efecto, en la actualidad, se reputa como una figura frecuente en la práctica en cuya virtud los interesados pueden quedar vinculados antes de completar el contrato definitivo¹⁷ y, con ello, alcanzan fines prácticos dignos de protección sin provocar todavía una inmediata eficacia del negocio¹⁸, tal como sucede cuando las partes cuentan con algún impedimento para concluir en un momento determinado el contrato definitivo, fuere cual fuere el motivo para ello¹⁹, de tal manera que las partes desean que el contrato prometido exista o tenga vigor en el futuro, pero no ahora²⁰, ya instando a que el juez supla la voluntad del otorgante renuente, o entendiendo la vigencia del contrato definitivo desde cierto momento, o bien, de ser infungible la voluntad individual, traduciéndola la negativa en la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Por ello, podemos afirmar que el convenio consensual que proyecta la celebración de un contrato futuro definitivo —precontrato—, aun cuando no reúna todos los requisitos exigidos para la realización de este, obliga a las dos partes a su cumplimiento²¹, y con mucha más razón, claro está, cuando los reúna²². El precontrato cumpliría su función en el tráfico jurídico al obligar a las partes a concluir el contrato futuro que, de momento, no pueden o no quieren celebrar. Así pues, en la medida que el precontrato genera una acción tendente a exigir el cumplimiento del contrato definitivo, deberá contener los elementos esenciales de este último (término cierto, capacidad y forma)²³.

En efecto, si partimos de la hipótesis por la cual el precontrato constituye un acuerdo previo que ha de ir seguido de un consentimiento posterior, según predica la teoría tradicional, estaríamos en presencia de un contrato cuyo contenido obligaría a celebrar otro posterior²⁴, esto es, por su través nacería un vínculo jurídico que consistiría en *obligarse a obligarse*. En su virtud el objeto del precontrato consistiría en una obligación de hacer (*facere*)²⁵, la emisión de una declaración, y tendría fuerza vinculante, si bien atemperada por su propia

esencia al tratarse de un acto estrictamente personal. Así pues, el precontrato resultaría un acuerdo previo que ineludiblemente debería ir seguido de un consentimiento posterior de obligado cumplimiento, de conformidad a las reglas generales de formación del contrato, ya sea instantánea o diferida.

Por otro lado, si el precontrato se considera un contrato preparatorio en el que se asientan las bases del contrato que se desarrollará con posterioridad²⁶, en él se habrían de incluir todos los requisitos que debiera contener el contrato definitivo: la capacidad sería la requerida para la válida conclusión del contrato definitivo; un plazo para la conclusión del contrato proyectado que, de no haber sido fijado, pudiera determinarlo el juez; y un consentimiento ya implícito en el precontrato. De ahí que, según este argumento, el precontrato no generaría la obligación de contratar, sino más bien una obligación de cooperar²⁷, de desarrollar lo ya pergeñado, cuyo incumplimiento, al tratarse de una prestación fungible, permitiría al juez suplir dicha actuación, no actuando en nombre del obligado, sino declarando verificado el resultado pretendido en el precontrato. En este sentido, el precontrato se extinguiría por consumación, esto es, cuando el contrato proyectado fuera cumplido conforme a las bases establecidas previamente.

De no ser suficientes las bases del precontrato por carecer de alguno de los requisitos requeridos en el contrato proyectado, se precisaría una nueva declaración de voluntad²⁸, un nuevo acuerdo sobre los aspectos que no hubieran sido perfilados; y, de ser suficientes aquellas, la cooperación requerida tendría el efecto no de desarrollar las bases, sino de ponerlas en vigor.

Sin embargo, si entendemos que el precontrato es una fase de un *iter contractual* complejo de formación sucesiva²⁹, la auténtica perfección del contrato tendrá lugar cuando una parte exija a la otra la puesta en vigor del contrato definitivo, supuesto en el cual este último será exigible. Partiendo de una pretendida unidad funcional en la relación jurídica configurada³⁰, aun así distinguiríamos dos fases claramente diferenciadas: una primera, en la que se acuerda el contrato proyectado, con la facultad de exigir su cumplimiento³¹, con causa propia y cierto carácter independiente, lo que llevaría a afirmar que todavía no afloran en ella ni los derechos ni los deberes propios correspondientes a la relación jurídica de la fase definitiva; y la segunda, que constituye la exigencia de la primera, mediante el ejercicio de la facultad mencionada.

El plazo de duración del precontrato se erige en un elemento esencial del mismo, toda vez que, orientado a la celebración de un contrato definitivo, se considera como una obligación a término³². Así es, parece lógico pensar que ninguna de las partes que ha celebrado el precontrato hubiera querido vincularse por tiempo indefinido a favor de la contraparte, razón por la cual si en el precontrato no se ha fijado el tiempo en el que se haya de realizar el contrato definitivo, habrá que deducirlo de la intención de los contratantes tras la correspondiente indagación.

En efecto, la exigencia de cumplimiento del contrato definitivo se podrá llevar a cabo en el plazo señalado para ello, en el caso de haber sido estipulado. En torno a la naturaleza del mencionado plazo, habrá que estar a la voluntad de las partes para su determinación³³, en el marco de la interpretación del negocio jurídico: si las partes recíprocamente han querido efectiva e indubitablemente fijar el plazo como límite al ejercicio del derecho, estaríamos en presencia de un plazo de caducidad, situación que en modo alguno podría presumirse; pero si, por el contrario, el plazo solo opera como el tiempo en que se ha de verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, no podríamos hablar en tal supuesto de un plazo sujeto a caducidad, sino a prescripción³⁴.

Consecuencia natural del precontrato en el que se fija un plazo para la celebración del contrato prometido es que, transcurrido el lapso sin haber celebrado el contrato definitivo, el compromiso adquirido resulta incumplido y, de tratarse de un plazo de caducidad, según lo afirmado con anterioridad *ut supra*, el contrato *queda caducado*³⁵.

De no mediar plazo expreso para hacer exigible el contrato definitivo, este podría ser implícito, al poder deducirse de la propia voluntad de las partes contratantes; o bien, subsidiariamente, judicial, al prudente arbitrio de los tribunales «cuando de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor», en cuyo caso los jueces «fijarán la duración de aquél», según establece el artículo 1128 de nuestro Código Civil, norma general de las obligaciones, que resultaría extensible también al precontrato.

No obstante, si del texto o de las circunstancias concurrentes no se pudiera proceder a determinar el plazo, el precontrato sería ineficaz³⁶, puesto que todo indicaría que las partes carecerían de un propósito serio de contratar. En efecto, el precontrato debe incluir un plazo para consumar el contrato definitivo, por la propia naturaleza del mismo, erigiéndose en un elemento esencial, dado que, por su través, se ha creado una obligación a término, esto es, no podemos hablar aquí de que, por no existir plazo, estamos en presencia de una obligación pura y simple, cuyo cumplimiento pudiera ser exigible desde luego, inmediatamente, toda vez que, al celebrar un precontrato, las partes no quieren, o no pueden, o incluso no les interesa celebrar en dicho momento el contrato definitivo proyectado, razón por la cual posponen su consumación para más adelante.

2. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO Y SU POSIBLE EJECUCIÓN FORZOSA: UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO

El efecto principal del precontrato es generar la obligación de las partes de celebrar en su día el contrato definitivo; de ahí que, en el caso de incumplimiento de esta obligación, nazca una acción emanada del precontrato tendente a exigir la conclusión del contrato definitivo.

Quienes han negado la figura del precontrato³⁷ consideran que el incumplimiento del compromiso adquirido desencadenaría exclusivamente una indemnización por daños y perjuicios, lo que restaría buena parte de su utilidad, puesto que una sentencia condenatoria difícilmente podría suplir un consentimiento que ni siquiera ha sido prestado. En su virtud, el crédito que emana del precontrato solo perseguiría obtener la consiguiente reparación o resarcimiento —*id quod interest*—, esto es, el acreedor vería transformado en tal supuesto el cumplimiento en especie en un cumplimiento por equivalente.

Cuando las partes contratantes emplazan para el futuro, no solo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la determinación de sus elementos y circunstancias, el incumplimiento por una de las partes llevará a la contraparte a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubieran sido ocasionados.

En la medida que el precontrato genera obligaciones de hacer, surge la cuestión de la posible ejecución forzosa de las obligaciones de hacer tendentes a la conclusión del contrato definitivo. De entender que el consentimiento es fungible en este caso, por hallarse expresado en la promesa, se otorgaría la posibilidad de un cumplimiento forzoso mediante una sentencia que tendría un carácter constitutivo³⁸; sin embargo, si entendemos que se trata de un hacer infungible³⁹, la condena ante la negativa a celebrar el contrato se traduciría en el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios. Al efecto de fijar opinión se ha de deslindar claramente la negativa a escriturar o documentar un negocio jurídico ya perfeccionado, por un lado, cuya sentencia supletoria del título sería declarativa, y la negativa a expresar el consentimiento para celebrar el contrato definitivo⁴⁰, por otro.

Frente a la posición tradicional que niega la posibilidad de la ejecución forzosa respecto de la obligación de concluir un contrato, sobre la base del contenido de este consistente en un hacer personalísimo e infungible (la prestación del consentimiento), sin embargo, el hecho de que puedan emanar del juez procedimientos constitutivos podría avalar la tesis del carácter constitutivo de una sentencia dictada por él en el supuesto de incumplimiento de la obligación de concluir el contrato definitivo por alguna de las partes que lo hubieran suscrito, criterio ya incorporado de forma expresa en el Código Civil italiano de 1942 en su artículo 2932⁴¹, y completado por el artículo 2908, que se refiere precisamente a las sentencias constitutivas. Para ello, partimos de la distinción entre sentencias declarativas, condenatorias⁴² y constitutivas, según declaren o reconozcan derechos, impongan una determinada conducta o comportamiento, o bien configuren, creen o constituyan derechos, en clara correspondencia con las acciones que las hayan generado (acciones declarativas, de condena, o constitutivas, respectivamente), y los derechos que se hayan defendido (derechos subjetivos en general, derechos de crédito y derechos potestativos, por este orden).

Tanto la doctrina⁴³ como la jurisprudencia italianas, mayoritariamente, reputan sentencia constitutiva con efectos *ex nunc* la decisión del juez contemplada en el artículo 2932 del Código Civil italiano, a pesar de la desatinada inclusión del mencionado precepto en sede de ejecución forzosa y de que por su propia esencia la sentencia constitutiva no es susceptible de ejecución forzosa⁴⁴; no obstante alguna voz discrepante aboga por afirmar estar en presencia de un caso de ejecución en especie de carácter particular⁴⁵, o por entender que se trata de un procedimiento de ejecución específica, si bien no existe propiamente un procedimiento de ejecución forzosa, ya que la satisfacción de la pretensión opera directamente merced a la sentencia que, a su vez, decide la controversia⁴⁶.

No obstante, no faltan las críticas a la solución prevista para concretar la voluntad de contratar expresada en el precontrato, toda vez que, aun admitiendo que se trate en verdad de una sentencia constitutiva, solo podríamos hablar en puridad de ejecución forzosa en forma específica si se tratara de una sentencia condenatoria de la celebración del contrato para suplir la voluntad del incumplidor por la sentencia del juez, y únicamente en el caso de no darse un acatamiento voluntario de la condena. Y ello en virtud de la dicotomía planteada en su momento sobre el particular⁴⁷: ya atribuir a la sentencia el carácter de ejecución forzosa de la obligación en forma específica, ya atribuir carácter constitutivo a la sentencia judicial con relación al contrato definitivo al que el precontrato tiende.

Distinto es el criterio prescrito en el Derecho alemán, concretamente en el parágrafo 894 del ZPO, donde *ex lege* se atribuye a la sentencia dictada el carácter de condenatoria⁴⁸, lo que lleva aparejada la ejecución forzosa en forma específica de la obligación⁴⁹, de tal manera que, en su virtud, se puede sustituir u obviar la manifestación de voluntad del obligado en el precontrato.

En el ámbito latinoamericano, el Código Civil de México destaca por su amplia regulación sobre el particular⁵⁰, apenas comparable con ninguna otra del área geográfica. Es cierto que versiones anteriores (Código Civil de 1870 y de 1884)⁵¹ a la actual de 1928 ya admitieron, en los artículos 2947-2949 y 2819-2821, respectivamente, la promesa de compraventa, un contrato innominado no sujeto a requisitos formales ni de fondo, en cuya virtud la parte incumplidora de la promesa por una causa que le fuera imputable perdería las arras entregadas, de ser el comprador quien incumpliera, o bien serían devueltas por duplicado, en el caso de que el incumplimiento de la promesa proviniera del vendedor⁵².

Sin embargo, el vigente Código Civil mexicano de 1928 opta por regular detalladamente en sus artículos 2243-2247 la figura de la promesa de contrato en general, lo cual torna innecesaria una regulación específica respecto a la promesa de compraventa en particular. La nueva situación propiciará que la doctrina repute la promesa de contrato como un contrato típico y sea estudiado con el resto de los contratos especiales⁵³, a diferencia de lo que sucede en otros

ordenamientos en los que su estudio queda ubicado en el marco de la teoría general del contrato.

En efecto, comienza la regulación señalada con la admisión de la figura en ciernes⁵⁴, que puede presentarse tanto en su modalidad unilateral como bilateral⁵⁵; y que se sujeta a unos requisitos de validez⁵⁶, ya formales (ha de constar por escrito), ya de fondo (contener los elementos característicos del contrato definitivo, y limitarse a tiempo cierto).

Por lo que se refiere a su eficacia, la promesa de contrato solo origina una obligación de hacer —*facere*—, consistente en la celebración del contrato proyectado según lo ofrecido en aquella⁵⁷. Y en lo atinente al incumplimiento de la promesa de contrato, nos encontramos con un procedimiento, un tanto curioso por su originalidad, de ejecución en especie de la obligación de hacer que surge de aquella y consiste en la conclusión del contrato proyectado. Así es, será el juez quien concretará el efecto final del precontrato, pero no a través de una sentencia que supla la omisión de la declaración a cargo del renuente; ni siquiera por medio de una sentencia que produzca el efecto del contrato definitivo perseguido, lo que le atribuiría un carácter marcadamente constitutivo, sino que dicha concreción judicial se llevaría a cabo mediante la suscripción por el juez del contrato⁵⁸: así es, pues si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía, los firmará el juez, con la excepción del caso en que la cosa ofrecida hubiera sido transmitida a título oneroso a un tercero de buena fe, supuesto en el cual la promesa quedaría sin efecto, y su autor respondería frente a la contraparte de todos los daños y perjuicios que le hubiera irrogado.

El Código Civil de Chile⁵⁹ regula la promesa de contrato en su artículo 1554 al declarar que no produce obligación alguna, a menos que concurran una serie de circunstancias: constancia por escrito; contrato prometido que no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; promesa contentiva de un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y especificación del contrato prometido de tal manera, que solo falte para su perfección, o la tradición de la cosa, o las solemnidades prescritas por las leyes.

Cumplidos estos requisitos, la promesa realizada origina una obligación de hacer (*facere*), que se someterá al régimen jurídico general de esta clase de obligaciones⁶⁰: en efecto, si el deudor incurriera en mora, el acreedor podrá pedir, además de la indemnización por ella, cualquiera de estas tres opciones, a su elección: 1) apremio al deudor para ejecutar el hecho convenido; 2) autorización para su ejecución por él mismo a través de un tercero a expensas del deudor; o, por fin, 3) indemnización a cargo del deudor de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

En cuanto al Derecho colombiano, como sabemos, su Código Civil⁶¹ de 1873, es un claro exponente de los Códigos que siguen la estela del Código Civil chileno de Andrés Bello de 1855. Precisamente, en virtud del artículo 89

de la Ley 153 de 1887, por la que se adiciona y reforma los códigos nacionales, entre ellos el Código Civil, se deroga el anterior artículo 1611, el originario, que es sustituido por el actualmente vigente, que regula la promesa para celebrar contratos, figura que queda claramente diferenciada de los tratos preliminares y adquiere la consideración de verdadero contrato⁶² cuya finalidad es obligar a las partes que lo suscribieron a celebrar un contrato definitivo ulteriormente.

En virtud de la redacción original del Código Civil, la promesa de contrato carecía de efectos⁶³, situación que cambia a partir de la mencionada reforma de 1887, que se mantiene en la actualidad, siguiendo el criterio ya apuntado por el Código Civil chileno casi en su literalidad, toda vez que se confiere a la promesa de contrato la obligación de celebrarlo en el caso de que concurran ciertos requisitos⁶⁴: 1) que la promesa conste por escrito; 2) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de los que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (hoy 1502) del Código Civil; 3) que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y 4) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. En todo caso, continúa el precepto invocado señalando que los términos del contrato prometido solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado, en una clara manifestación de la necesidad de interpretar restrictiva y no extensivamente el contenido del precontrato.

La materia debe ser complementada con la previsión contenida en el artículo 861 del Código de Comercio colombiano, que reconoce también la eficacia de la promesa de contrato, de la que surgirá una obligación de hacer, para cuyo cumplimiento el acreedor podrá, por la vía ejecutiva, elegir⁶⁵ entre solicitar el cumplimiento de la obligación más la indemnización de los perjuicios derivados de la mora; la reparación de los perjuicios compensatorios emanados del incumplimiento de la obligación; o bien, proceder al cumplimiento de la obligación por medio de un tercero a costa del incumplidor.

En el supuesto de que la obligación de hacer emanada de la promesa de contrato consista en el otorgamiento de una escritura y existiera ya un título ejecutivo, el cumplimiento de aquella podría solicitarse a través del correspondiente procedimiento ejecutivo. A tal efecto, el deudor de la referida obligación de hacer deberá suscribir el documento en plazo pues, de lo contrario, lo suscribirá en su nombre la autoridad judicial⁶⁶.

Por lo que se refiere al Derecho venezolano, se sigue un criterio similar al apuntado con anterioridad cuando nos hemos referido al Derecho alemán en el parágrafo 894 del ZPO. Así es, en el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del precontrato, nada obsta para intentar la acción resolutoria⁶⁷ del mencionado contrato preliminar. Sin embargo, no sería posible, a diferencia de lo que sucede en el caso italiano⁶⁸, demandar a la contraparte a los fines de que sea condenada a celebrar el contrato, sino que más bien lo procedente sería

el ejercicio de una acción tendente a exigirle el cumplimiento del contrato y, solo en el supuesto de que el condenado no observara la sentencia condenatoria respecto a dicho cumplimiento, esta supliría su manifestación de voluntad, porque así lo establece el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil⁶⁹ de 1986, hoy vigente.

En efecto, el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil contempla una sentencia y un mecanismo que, por su operatividad, entraría en el marco de la ejecución forzosa en especie⁷⁰, toda vez que confiere al juez la facultad de condenar a prestar el consentimiento a la parte que haya rehusado prestarlo, de tal forma que si la parte demandada perdidosa no cumpliera voluntariamente la sentencia, su declaración se tuviera por emitida o sustituida en virtud del fallo judicial dictado. Es decir, el legislador acude a la ficción de entender sustituido el consentimiento omitido como consecuencia de la sentencia condenatoria⁷¹, solamente en el caso de que el contratante demandado incumpliera la obligación que recae sobre él de concluir el contrato pergeñado en el precontrato.

Para ello se requiere que la obligación cuya ejecución específica se reclama sea de posible ejecución y que la ejecución no esté excluida por el contrato. Analicemos ambos requisitos por separado.

En torno a la *posibilidad* de su ejecución, ha de ser posible tanto jurídica, como física o materialmente⁷². Así es, por ejemplo, ante un precontrato de compraventa en el que el vendedor hubiera vendido la cosa objeto de la venta a un tercero, la contraparte compradora no podrá intentar la acción de ejecución específica del precontrato, sino más bien la pertinente acción de daños y perjuicios. La misma solución aplicaría en el caso de que de manera sobrevenida surgiera una prohibición legal de enajenar la cosa que constituyera el objeto del precontrato celebrado⁷³ (supuesto de causa extraña no imputable en su versión de hecho del principio⁷⁴). En ambos casos reseñados (venta de la cosa enajenada y prohibición legal de enajenar sobrevenida) nos hallaríamos ante supuestos de imposibilidad jurídica de la obligación, cuya ejecución en forma específica se pretende.

En tanto que desde el punto de vista físico o material, hablaríamos de imposibilidad de ejecución específica de la obligación cuando la cosa objeto del precontrato fuera determinada y pereciera posteriormente a la celebración del precontrato⁷⁵; o también cuando su objeto constituyera una cosa genérica que requiere del concurso del deudor para su individualización —especificación—, si esta especificación no se produce, por entenderse que la intervención de aquel tiene un carácter insustituible⁷⁶, ni siquiera a través de una sentencia judicial.

La doctrina italiana⁷⁷ sumaría como ejemplo de imposibilidad física o material de la obligación cuya ejecución específica se reclama el caso de insuficiente determinación en el precontrato de los elementos esenciales del contrato definitivo, ocasión que abriría la iniciativa, ante el fracaso de una pretendida ejecución

específica, a una acción por resarcimiento de daños. Tal apreciación permite presentar la clara distinción entre precontratos abiertos y cerrados⁷⁸, según que los elementos esenciales del contrato definitivo resultaren indeterminados, en el primer caso, o bien hubieran sido total y suficientemente determinados, en el segundo.

La segunda premisa a que hace mención el referido artículo 531 del CPC con relación a la ejecución específica de la obligación que se reclama es que dicha ejecución *no esté excluida por el título*, lo cual podría ser así como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, porque así lo han estipulado las partes⁷⁹. En todo caso, la mera inclusión de una cláusula penal en el precontrato no habría de interpretarse como una exclusión de la ejecución en forma específica del precontrato⁸⁰, toda vez que la regulación convencional de los daños por medio de una cláusula penal no presume la voluntad de las partes de querer excluir el ejercicio de dicha acción⁸¹, sino que se requeriría para ello una manifestación unilateral de voluntad en este sentido.

Así pues, de haber sido excluida mediante una cláusula la ejecución en forma específica del precontrato, en el caso de su incumplimiento por una de las partes, la otra solamente contará con el recurso al resarcimiento de daños y perjuicios, todo ello al margen de una eventual fijación convencional de estos mediante una cláusula penal. En su virtud y, siguiendo la doctrina italiana⁸² en este aspecto, podríamos así distinguir entre los precontratos que admiten su ejecución específica, frente a los que no la permiten.

Por lo que se refiere a nuestro país, España, ante la situación de incumplimiento de la obligación de ultimar el contrato definitivo apuntado por el precontrato, nacería de este una acción tendente a exigir su cumplimiento⁸³, como ya hemos señalado anteriormente, y surge la polémica ante la duda de si tal acción solo puede estar dirigida a obtener una reparación de daños y perjuicios para el caso de incumplimiento contractual —cumplimiento por equivalente—, o más bien podría llevar aparejada consigo la consecuencia de que fuera la autoridad judicial quien supliera el consentimiento omitido a los efectos de alcanzar el resultado práctico pretendido en el precontrato —ejecución o cumplimiento en forma específica⁸⁴.

En efecto, si partimos de la consideración de que la prestación del consentimiento en torno al futuro contrato constituye un acto jurídico personalísimo, *intuitu personae*, la sentencia judicial no podría sustituir dicho consentimiento⁸⁵. No obstante, lo afirmado podría ser puesto en entredicho si consideramos que el precontrato otorga más bien una acción para exigir judicialmente que el juez permita alcanzar el resultado que se hubiera logrado de haberse llevado a cabo el contrato definitivo, a menos que la prestación prometida fuera de carácter infungible, o que las líneas básicas previstas en el precontrato resultaran insuficientes⁸⁶, supuestos ambos en los que el precontrato no podría lograr su pleno cumplimiento y ejecución.

Un ejemplo del reconocimiento de la posible ejecución específica de un precontrato lo encontramos en la hoy derogada Ley de Arbitraje de 1953, que se pronunció en su oportunidad a favor de la ejecución específica del contrato preliminar de arbitraje a través del mecanismo denominado formalización judicial del compromiso que, como su nombre indicaba, consistía en la intervención judicial para obligar a la parte que se negara expresa o tácitamente a cumplir su convenio primigenio a estar y pasar por el mismo o, en su defecto, por las declaraciones emitidas por el juez en su lugar⁸⁷.

Como sabemos, la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje difiere del contrato de compromiso⁸⁸, puesto que en aquella se contiene una convención en cuya virtud las partes, en previsión de las futuras divergencias que entre ellas puedan surgir, preparan el arbitraje⁸⁹, de tal manera que se comprometen previamente, ya como pacto principal, ya como pacto accesorio, a instituirlo llegado el momento. Se trata de un contrato preliminar o precontrato, pues, a diferencia del contrato de compromiso propiamente dicho, dirigido a extinguir una controversia ya nacida e investir a los árbitros a tal fin, la cláusula compromisoria⁹⁰ constituye un contrato preliminar o precontrato anexo por lo general a otro en función de la potencial controversia que se pueda plantear en el futuro entre las partes. La mencionada Ley de 1953 le atribuyó la tipicidad de la que carecía⁹¹, si bien su validez ya estuviera amparada con antelación como consecuencia del principio de la libertad contractual.

Por todo lo dicho, se llegó a discutir cuál sería la consecuencia jurídica fundamental de este contrato preliminar⁹²: ya el general de todo contrato, que vincula a las partes a observar lo pactado —*pacta sunt servanda*—, de tal manera que en el caso de incumplimiento, el juez, lejos de subrogarse de oficio en lugar de los contratantes, se limitaría a fijar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios irrogados; bien el de un contrato que posibilitaría su cumplimiento en forma específica, de tal modo que el juez podría nombrar de oficio árbitros en sustitución del contratante incumplidor; o, por fin, una postura mixta⁹³, que conciliaría las dos anteriores, dependiendo de si la cláusula compromisoria verificaba o no la designación de los árbitros que habrían de dirimir la controversia, pues en caso afirmativo el contrato permitiría su cumplimiento específico y, en el caso contrario, esto es, de no haberse verificado tal designación, estaríamos en presencia de un mero precontrato.

La mencionada Ley de 1953 adopta el criterio de la posible ejecución específica para el supuesto de incumplimiento del contrato preliminar de arbitraje por alguno de los que lo hubieran suscrito. Así es, ante el caso señalado, la otra parte, previa justificación notarial de la negativa del contrario e indicando el nombre del árbitro o árbitros propuestos y los elementos constitutivos de la escritura de compromiso, podría acudir ante el juez pidiendo la formalización judicial del compromiso⁹⁴; si el juez estima con lugar la formalización del compromiso, realizará las declaraciones necesarias, entre ellas, el nombramiento de

los árbitros y la fijación de las cuestiones que se han de resolver⁹⁵, en cuyo caso podría atacarse la validez del contrato preliminar mediante los recursos establecidos para impugnar el laudo; y, si el juez deniega la formalización judicial solicitada, la petición podría reconducirse en el correspondiente juicio ordinario.

Ideas y criterios apuntados y subrayados abiertamente en la Exposición de Motivos del mencionado texto legal, en la que se señalaba que: «*(...) los artículos sexto a undécimo regulan, con carácter de rigurosa novedad en el derecho positivo, la figura de la llamada cláusula compromisoria, la cual, si bien tiene vida e importancia en la práctica, carecía hasta ahora, de un cuerpo de disposiciones legales en que se pudiera refugiar el intérprete necesitado de encontrar soluciones concretas a su respecto. El contrato preliminar de arbitraje, sea o no una auténtica cláusula contractual, queda legalmente reconocido en el artículo sexto, como figura distinta y más sencilla que el compromiso y, por lo tanto, con requisitos menos rigurosos para su estipulación (arts. séptimo y octavo). Pero, sobre todo, la trascendencia de la Ley en este sentido es el establecimiento, en los artículos noveno, diez y once, especialmente en el artículo diez, del otorgamiento a este contrato preliminar de una eficacia positiva y específica, que consiste en poder obtener del juez las consecuencias del contrato, aunque alguna de las partes se niegue a formalizarlo. Se ha ordenado, pues, una intervención judicial, con vistas a lo que se llama formalización judicial del compromiso, la cual, caso de prosperar, obviará definitivamente el obstáculo que hoy supone, para la eficacia de estas cláusulas, la consideración de que, por tratarse de declaraciones de voluntad, esto es, de un hacer infungible, el juez no puede ejecutarlas específicamente en caso de incumplimiento del obligado. La intervención judicial se ha reducido, no obstante, a sus mínimas dimensiones, pues solo consiste en una petición de parte, con posible oposición de la contraria, y una resolución judicial por medio de auto, que no es directamente recurrible, aunque quepa discutirlo más tarde, en las hipótesis que la propia Ley establece. El criterio de la Ley aparece, pues, aquí radicalmente inspirado en el seguimiento y armonización de aquellos dos principios de sencillez y eficacia de que antes se habló (...).*».

No obstante lo señalado, la Ley de Arbitraje de 1988, que derogó la anterior de 1953, en su Título I delimita el objeto sobre el que puede recaer el arbitraje, razón por la cual separa esta institución de otras figuras afines⁹⁶ y elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que efectuaba la Ley de 1953⁹⁷. Criterio ratificado también por la vigente Ley de Arbitraje de 2003, recientemente reformada en 2011⁹⁸.

El convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición, puede tener por objeto cuestiones tanto presentes como futuras⁹⁹. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje¹⁰⁰, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia

entre las partes, obligando con ello, por la misma naturaleza de las cosas, a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya existía.

Por su través, el convenio arbitral obliga a las partes a someter a arbitraje las diferencias, o algunas de ellas, presentes y futuras¹⁰¹, que puedan surgir entre ellas respecto a una relación jurídica cuyo asunto sea susceptible de constituir objeto de arbitraje¹⁰². Con ello, se suprime la necesidad de acudir a los órganos judiciales para formalizar la controversia sometida a arbitraje, lo cual implica una paradoja con la propia esencia del arbitraje¹⁰³, cual es evitar la intervención de la jurisdicción. Así pues, solamente se requiere acudir a la jurisdicción, y a título excepcional, en ciertas actuaciones complementarias que tienden al control de la actuación de los árbitros¹⁰⁴ cuando se pretende anular el laudo dictado.

De la misma manera, la Compilación navarra admite la ejecución forzosa en forma específica para el caso del incumplimiento del precontrato. Así es, en su articulado se aplica a la obligación que surge del contrato preliminar las reglas relativas al contrato prometido, y en cuanto a los elementos accidentales del contrato no previstos en el precontrato, establece que se determinarán conforme *al uso, la costumbre y la ley, o en su defecto, por el juez*¹⁰⁵.

Aún así, la intervención del juez para suplir la voluntad del precontratante incumplidor puede presentar más o menos dificultades en función de la mayor o menor determinación del contenido de la obligación que emana del precontrato¹⁰⁶: en efecto, puesto que en, caso afirmativo, la sustitución por el juez de la prestación de hacer incumplida por alguno de los precontratantes no presentaría problemas, en principio, lo que se traduciría en un ejemplo de cumplimiento forzoso en forma específica de la obligación, y no en un mero derecho a la indemnización frente a su incumplimiento¹⁰⁷; sin embargo, si el precontrato no delimitara alguno de sus elementos esenciales, por haber remitido las partes su fijación a un tiempo posterior, la intervención del juez no supliría el cumplimiento de la obligación emanada del precontrato, sino que más bien se extendería a fijar la prestación misma, lo cual arrastraría la nulidad del precontrato por carecer de objeto, a no ser, claro está, que la intención de las partes fuera precisamente que el juez se encargara de fijar la prestación misma, en cuyo caso, el precontrato no carecería de prestación ni de criterio para determinarla, sino que más bien, por el contrario, contendría una prestación determinable, cuya determinación quedaría en manos de la autoridad judicial.

Así las cosas, dada la falta de homogeneidad mostrada por la jurisprudencia, tal como hemos comprobado con anterioridad, así como el escaso apoyo normativo del precontrato en el Código Civil —art. 1451— el problema práctico suscitado en torno a la figura del precontrato ha sido recurrente¹⁰⁸: en efecto, hemos de preguntarnos si el precontrato es susceptible de cumplimiento forzoso específico cuando alguna de las partes que lo suscribieron, no lo cumpliera, esto es, cuál será la solución en el caso de que nos hallemos ante una situación de

negativa a prestar el consentimiento para consumar el precontrato y, por ende, no se cumpla el contrato definitivo.

No obstante, el problema habrá de abordarse de distinta forma y con otra perspectiva a partir de la nueva redacción del artículo 708 de la LEC relativo a la condena consistente en la emisión de una declaración de voluntad, puesto que este precepto no establece un único régimen jurídico para todos los supuestos que podrían quedar considerados dentro del ámbito del contrato preliminar¹⁰⁹. En efecto, habrá que estar al grado de indeterminación del negocio jurídico del que se trate y de los elementos sobre los que recae esa indeterminación para precisar cuáles son los efectos jurídicos del incumplimiento del precontrato tras la resolución judicial o arbitral firme que condena a emitir una declaración de voluntad transcurrido el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 de la LEC, todo ello atendido el régimen jurídico de la legislación procesal en sede de ejecución por obligaciones de hacer y no hacer, de conformidad a lo dispuesto en los Capítulos III y IV del Título V del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, concretamente, en el artículo 708:

Primer supuesto. El Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. En este caso, el ejecutante podrá pedir que el secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el registro o registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Segundo supuesto. Si, en los casos del apartado anterior, es decir, si están predeterminados los elementos esenciales, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

Tercer supuesto. Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si esta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

Así pues, en el caso de incumplimiento de la obligación de hacer que surge del precontrato, el juez podría suplir el consentimiento omitido, a menos que se tratara de prestaciones infungibles¹¹⁰, supuesto en el cual habría que acudir ya a la indemnización de los daños y perjuicios acarreados, o bien a la imposición de una multa mensual, según establece el artículo 709 de la LEC¹¹¹.

Por lo tanto, en un supuesto de cumplimiento forzoso del precontrato, podría sustituirse la voluntad del obligado incumplidor por la del juez, dado que la

obligación nacida en virtud del precontrato es una obligación de hacer —si es fungible—, de manera que el juez podría tener por prestado el consentimiento, limitándose la potencial indemnización¹¹² solamente al caso en que el contrato definitivo no pudiera consumarse por incorporar una obligación de hacer infungible.

Distinto sería el supuesto de la negativa a poner en vigor el contrato definitivo por alguno de los contratantes que se hubieran obligado en virtud del precontrato, ya que en este caso no se precisaría de un nuevo consentimiento para instar a cumplir el contrato proyectado¹¹³, toda vez que ya se habría prestado inicialmente por el contratante ahora reluciente y, por ende, no se requeriría del nuevo consentimiento para exigir directamente la puesta en vigor del contrato proyectado.

Evidentemente, otro caso diferente sería cuando alguno de los que celebraron el precontrato se negara a cumplirlo¹¹⁴, que no a ponerlo en vigor, supuesto que encajaría más bien en el de una situación típica de incumplimiento de obligaciones.

IV. CONCLUSIONES

I. El convenio consensual que proyecta la celebración de un contrato futuro definitivo —precontrato—, aun cuando no reúna todos los requisitos exigidos para la realización de este, obliga a las dos partes a su cumplimiento. El precontrato obliga a las partes a concluir el contrato futuro y en la medida que genera una acción tendente a exigir el cumplimiento del contrato definitivo, deberá contener los elementos esenciales de este último (término cierto, capacidad y forma).

II. Si entendemos al precontrato como fase de un *iter contractual* complejo de formación sucesiva, la auténtica perfección del contrato tendrá lugar cuando una parte exija a la otra la puesta en vigor del contrato definitivo, supuesto en el cual este último será exigible. Partiendo de una pretendida unidad funcional en la relación jurídica configurada, aun así distinguiríamos dos fases claramente diferenciadas: una primera, en la que se acuerda el contrato proyectado, con la facultad de exigir su cumplimiento, con causa propia y cierto carácter independiente; y la segunda, que constituye la exigencia de la primera, mediante el ejercicio de la facultad mencionada. El plazo de duración del precontrato se erige en un elemento esencial del mismo, toda vez que, orientado a la celebración de un contrato definitivo, se considera como una obligación a término.

III. El efecto principal del precontrato es generar la obligación de las partes de celebrar en su día el contrato definitivo; de ahí que, en el caso de incumplimiento de esta obligación, nazca una acción emanada del mismo tendente a exigir la conclusión del contrato definitivo. Frente a la posición tradicional

que niega la posibilidad de la ejecución forzosa respecto de la obligación de concluir un contrato, sobre la base del contenido de este consistente en un hacer personalísimo e infungible, la posición del Derecho Comparado sobre el particular es más variada e ilustrativa:

- a) La doctrina y la jurisprudencia italianas, mayoritariamente, reputan sentencia constitutiva con efectos *ex nunc* la decisión del juez contemplada en el artículo 2932 del Código Civil italiano, a pesar de la desatinada inclusión del mencionado precepto en sede de ejecución forzosa y de que por su propia esencia la sentencia constitutiva no es susceptible de ejecución forzosa. Sin embargo, tal posición no escapa a críticas bien fundadas.
- b) Distinto es el criterio prescrito en el Derecho alemán, concretamente en el parágrafo 894 del ZPO, donde *ex lege* se atribuye a la sentencia dictada el carácter de condenatoria, lo que lleva aparejada la ejecución forzosa en forma específica de la obligación, lo que conduce a sostener que se puede sustituir la manifestación de voluntad del obligado en el precontrato.
- c) Por lo que se refiere al Derecho mexicano, se regula un procedimiento de ejecución en especie de la obligación de hacer que surge de aquella y consiste en la conclusión del contrato proyectado: el juez concretará el efecto final del precontrato, no a través de una sentencia que supla la omisión de la declaración a cargo del renuente, ni siquiera por medio de una sentencia que produzca el efecto del contrato definitivo perseguido, sino que dicha concreción judicial se llevaría a cabo mediante la suscripción por el juez del contrato.
- d) En el caso del Derecho chileno, al igual que el colombiano, la promesa realizada origina una obligación de hacer (*facere*), que se someterá al régimen jurídico general de esta clase de obligaciones, de tal modo que si el deudor incurriera en mora, el acreedor podrá pedir, además de la indemnización por ella, cualquiera de estas tres opciones, a su elección: apremio al deudor para ejecutar el hecho convenido; autorización para su ejecución por él mismo a través de un tercero a expensas del deudor; o, por fin, indemnización a cargo del deudor de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.
- e) En cuanto al Derecho venezolano, se sigue un criterio similar al apuntado en el Derecho alemán. Así es, en el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del precontrato, nada obsta para intentar la acción resolutoria del mencionado contrato preliminar. Lo procedente sería el ejercicio de una acción tendente a exigir el cumplimiento del contrato y, solo en el supuesto de que el condenado no observara la sentencia condenatoria, esta supliría su manifestación de voluntad, porque así lo

establece el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil de 1986, hoy vigente. Para ello se requiere que la obligación cuya ejecución específica se reclama sea de posible ejecución y que la ejecución no esté excluida por el contrato.

- f) En el Derecho español, el problema habrá de abordarse de distinta forma y con otra perspectiva a partir de la nueva redacción del artículo 708 de la LEC relativo a la condena consistente en la emisión de una declaración de voluntad, puesto que este precepto no establece un único régimen jurídico para todos los supuestos que podrían quedar considerados dentro del ámbito del contrato preliminar. En el caso de incumplimiento de la obligación de hacer que surge del precontrato, el juez podría suplir el consentimiento omitido, a menos que se tratara de prestaciones infungibles, supuesto en el cual habría que acudir ya a la indemnización de los daños y perjuicios acarreados, o bien a la imposición de una multa mensual, según establece el artículo 709 de la LEC.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

STS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL)

- 9 de julio de 1940.
- 16 de abril de 1941.
- 7 de febrero de 1945.
- 1 de julio de 1950.
- 23 de mayo de 1952.
- 13 de febrero de 1953.
- 27 de febrero de 1954.
- 31 de octubre de 1955.
- 5 de mayo de 1958.
- 2 de febrero de 1959.
- 2 de mayo de 1959.
- 5 de octubre de 1961.
- 6 de febrero de 1962.
- 19 de diciembre de 1963.
- 26 de marzo de 1965.
- 16 de octubre de 1965.
- 7 de febrero de 1966.
- 2 de marzo de 1966.
- 28 de junio de 1974.
- 24 de mayo de 1980.
- 26 de enero de 1982.

- 6 de abril de 1984.
- 26 de octubre de 1984.
- 22 de marzo de 1985.
- 17 de enero de 1986.
- 13 de diciembre de 1989.
- 4 de julio de 1991.
- 24 de diciembre de 1992.
- 27 de mayo de 1993.
- 25 de junio de 1993.
- 28 de noviembre de 1994.
- 23 de diciembre de 1995.
- 28 de diciembre de 1995.
- 26 de noviembre de 1997.
- 24 de julio de 1998.

SENTENCIA DEL JUZGADO SUPERIOR SEGUNDO DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA (VENEZUELA)

- 15 de septiembre de 1988.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉ, M.; DUMONT, M.; GRIGNON, P. (2005): *L'après-contrat*, París, Editions Lefebvre.
- BLANCO CARRASCO, M. (2009): *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, Reus.
- BOZZI, G. (2007): *Il contratto preliminare*, Torino, UTET.
- BRANCOS NÚÑEZ, E. (1994): «La opción de compra. La evolución jurisprudencial y su actual utilidad como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXIII, págs. 249-294.
- CALAMANDREI, P. (1945): «La sentenza come atto di esecuzione forzata. Scritti in onore di Alfredo Ascoli», 1930, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- COVIELLO, L. (1902): *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896.
- Voz: *Contratto preliminare*, en Enciclopedia Giuridica Italiana, III, III, II.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1950): «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, págs. 1133-1168.
- DE LOS MOZOS, J. L. (2001): «Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid/Buenos Aires, Dykinson/Ciudad Argentina.
- DE MATTEIS, R. (1991): *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*, Padova, Cedam.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A. (2002): *Derecho Civil. Contratos*, 2.^a ed., México, Porrúa.
- FARRO, G. (2006): *Il contratto preliminare*, Torino, Giappichelli.
- GABRIELLI, E. (1986): «Il preliminare ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente», en *Rivista di Diritto Commerciale*, Tomo II, págs. 313 y sigs.
- GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. (2002): «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.^º, Madrid, Civitas, págs. 323-524.
- GAZZONI, F. (2000): «Contratto preliminare», en *Il contratto in generale* (AA.VV.), vol. XIII, Tomo II del Trattato di Diritto Privato (Bessone, M.), Torino, Giappichelli, págs. 584 y sigs.
- LAUDE, A. (1992): *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- LORCA NAVARRETE, A. M.; SILGUERO ESTAGNAN, J. (1994): *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson.
- LUPINI BIANCHI, L. (1991): «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas, julio-diciembre, págs. 9-141.
- (2010): *El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa* (2010). Serie Estudios, núm. 85. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001): *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (1991): *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, Civitas.
- MELICH ORSINI, J. (1970): «La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho venezolano», en *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*. Tomo I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, págs. 393-486.
- (2007): «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, págs. 69-134.
- MONTESANO, L. (1970): «Obbligazione e azione nascente dal contratto preliminare», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Tomo IV, Milano, Giuffrè, págs. 1173 y sigs.
- MORO, S. (1934): «El precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 110, págs. 81-96.
- MOUSSERON, J. M.; GUIBAL, M.; MAINGUY, D. (2001): *L'avant-contrat*, París, Editions Francis Lefebvre.
- OGAYAR AYLLÓN, T. (1955): *Originación contractual y testamentaria del arbitraje*. Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, núm. 41, Valencia.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G.; OSPINA ACOSTA, E. (2005): *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis.
- PALERMO, G. (1991): *Contratto preliminare*, Padova, Cedam.
- PEREGO, E. (1974): *I vincoli preliminare ed il contratto*, Milano, Giuffrè.
- PRIETO CASTRO, L. (1954): «Una nueva regulación del arbitraje», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 38, págs. 723-733.
- ROCA SASTRE, L. (1979): «Contratos de promesa», en *Estudios de Derecho Hipotecario*, III, Barcelona, Bosch, págs. 324 y sigs.

- RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996): *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, Colegio Notarial de Granada.
- ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M; SAPENA DAVO, J. (1989): «La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa», en *XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino*. Amsterdam, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- ROJINA VILLEGAS, R. (2001): *Compendio de Derecho Civil. 4. Contratos*, México, Porrúa.
- ROMÁN GARCÍA, A. (1983): *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Montecorvo.
- SÁNCHEZ MEDAL, R. (2004): *De los contratos civiles*, XXI edición revisada. México, Porrúa.
- SANCIÉNENA ASURMENDI, C. (2007): *La opción de compra*, Madrid, Dykinson.
- SASSO, C. (1971): *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J. (1991): *Precontractual Liability: Reports to the XIII Congress International Academy of Comparative Law*. Montreal, Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, págs. 153-155.
- SERRAO, E. (2006): *Il contratto preliminare*, Padua, Cedam.
- SPECIALE, R. (1990): *Contratti preliminare e intese precontrattuali*, Milano, Giuffrè.
- TAMAYO LOMBANA, A. (2004): *Manual de obligaciones*, Bogotá, Temis.
- VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001): *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R.; VERDERA Server, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 256-258.
- VITALONE, V. (2005): *Il contratto preliminare*, Torino, Giappichelli.

NOTAS

¹ MOUSSERON, J. M.; GUIBAL, M.; MAINGUY, D. (2001), *L'avant-contrat*, París, Editions Lefebvre, pág. 14.

² SERRAO, E. (2006), *Il contratto preliminare*, Padova, Cedam, pág. 3.

³ La presencia cada vez más frecuente de contratos normativos y de adhesión, en los que una de las partes establece el contenido del contrato, sin apenas ser discutido por la contraparte, ya nos indica de la presencia de los contratos de formación instantánea en nuestros días, con una más que notable incidencia económica. Ello nos lleva a sostener, sobre la base de este ejemplo, que la formación instantánea del contrato no ha llegado a ser desplazada por la formación diferida. En este sentido, REZZONICO, J. C. (1987), *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Astrea, págs. 215-216.

Sobre el fenómeno de la contratación en masa y sus múltiples manifestaciones, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo III, Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 44 y sigs.

⁴ Precisamente, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 17 de enero de 1986, pone de manifiesto este aspecto, clara e ilustrativamente.

⁵ LUPINI BIANCHI, L. (1991), «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre, pág. 49.

⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000), *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Madrid, Dykinson, pág. 237.

⁷ Sobre las diversas y heterogéneas modalidades que pueden integrar la categoría de los precontratos, SCHMIDT-SZALEWSKI, J. (1991), *Precontractual Liability: Reportstothe XIII Congress International Academy of Comparative Law*. Montreal, Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, págs. 153-155.

⁸ En torno a la naturaleza jurídica del precontrato, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. (2002), en AA.VV. (coord. DELGADO DE MIGUEL, J. F.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones y Contratos*, vol. 1.^o, Madrid, Civitas, págs. 358 y sigs.

⁹ LORENZO MERINO, F. J. (1992), *La opción de compra en el Derecho español*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, págs. 20 y sigs.

¹⁰ RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996), *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del número 25. Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 31.

¹¹ DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 209.

¹² En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1995.

¹³ Así lo señalan las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 1989 y 25 de junio de 1993, entre otras.

¹⁴ PUIG BRUTAU, J. citado por LORENZO MERINO, F. J. (1992), *La opción de compra en el Derecho español*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, págs. 36-37.

¹⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1984, establece que para determinar cuál ha de ser la configuración y eficacia jurídica del precontrato habrá que estar a la intención de las partes; al acuerdo de voluntades y su plasmación objetiva, y a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

¹⁶ ALGUER, J. (1935), «Para la crítica del concepto de precontrato», en *RDP*, Madrid, págs. 323 y sigs. Tesis seguida por MEZQUITA DEL CACHO (1951), «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, Madrid, págs. 79 y sigs.; y SÁNCHEZ VELASCO (1952), «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *AAMN*, Madrid, págs. 509 y sigs.

¹⁷ PUIG BRUTAU, J. citado por MARTÍNEZ DE AGIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 376.

¹⁸ DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, págs. 205 y 208.

¹⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000), *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Madrid, Dykinson, págs. 242 y 243. Entre otras razones podríamos citar la falta de autorizaciones pertinentes, liberación de gravámenes, momento inoportuno, imposibilidad económica, situaciones en las que se aconsejaría acudir al precontrato en espera de la realización previamente de algunas operaciones de aproximación o, simplemente, de un momento más conveniente y oportuno.

²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, citado por MARTÍNEZ DE AGIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 378.

²¹ MORO, S. (1934), «El precontrato», en *RCDI*, Madrid, págs. 96 y sigs. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 1991. Este es el criterio sostenido por la Ley 516,2 de la Compilación navarra cuando establece que: «*El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes*».

²² Este es el sentir literal de la Ley 516,1 de la Compilación navarra de 1973 al declarar que: «*La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete*».

²³ Conforme a la posición tradicional, bastaría la capacidad general para obligarse en el precontrato y no la que específicamente requeriría el contrato proyectado, pues será en el momento de celebración de este último cuando ella debiera observarse; y en cuanto a la forma, el precontrato habría de cumplir formalidades solamente cuando el precontrato fuera

solemne, al margen de la forma requerida por el contrato proyectado. Al respecto, ROMÁN GARCÍA, A. (1983), *El precontrato*, Madrid, Montecorvo, pág. 101.

²⁴ Jurisprudencia tradicional de nuestro Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1950, 2 de febrero de 1959, 26 de marzo de 1965, 24 de mayo de 1980, 22 de marzo de 1985, 13 de diciembre de 1989, 28 de noviembre de 1994 y 24 de julio de 1998, entre otras.

²⁵ RUGGIERO, citado por DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 206.

²⁶ ROCA SASTRE, R. M. (1948), «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado, I (Obligaciones y Contratos)*, Madrid, págs. 323 y sigs.

²⁷ ROCA SASTRE, R. M., citado por SANCINENA ASURMENDI, C. (2007), *La opción de compra*, Madrid, Dykinson, pág. 73.

PUIG BRUTAU también habla de la obligación de cooperar en la determinación de los elementos del negocio jurídico que en definitiva se quiere concluir. En este sentido, su obra *Fundamentos de Derecho Civil, II*, Bosch, Barcelona, 1982, citado por LORENZO MÉRINO, F. J. (1992), *La opción de compra en el Derecho español*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, págs. 36-37.

De la misma manera, alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo (27 de mayo de 1993 y 26 de noviembre de 1997) habla «*del deber recíproco de contratar en el futuro en virtud del precontrato (...) que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas*».

²⁸ DE CASTRO y BRAVO, F. (1950), «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, págs. 1135 y sigs.

²⁹ Tesis formulada por DE CASTRO y BRAVO, F., en su obra ya reseñada (1950), «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid.

³⁰ DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 209.

³¹ Facultad reconocida ya en la vieja sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de julio de 1950.

³² COVIELLO, L. (1902), *Contratto preliminare*, Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. III, Parte III, Sección II, pág. 99.

³³ DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, pág. 216.

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 380.

³⁵ Criterio señalado en la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1952.

³⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid, Reus, pág. 37.

³⁷ ALGUER, J. (1935), «Para la crítica del concepto de precontrato», en *RDP*, Madrid, págs. 323 y sigs. Tesis seguida por MEZQUITA DEL CACHO (1951), «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, Madrid, págs. 79 y sigs.; y SÁNCHEZ VELASCO (1952), «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *AAMN*, Madrid, págs. 509 y sigs.

³⁸ BOYER, L. (1949), «Les promesses synallagmatiques de vente», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, págs. 32-34.

³⁹ SCHMIDT-SZALEWSKI, J. (1989), *Droit des contrats*, París, Litec, págs. 103; 495-496.

⁴⁰ MÉLICH ORSINI, J. (1970), «La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho venezolano», en *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Tomo I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, pág. 478.

⁴¹ En su virtud, el artículo 2932 del *Codice civil* de 1942 señala que: «*Si el que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido...*».

⁴² MICHELI, G. A. (1970), *Derecho Procesal Civil*, Tomo III (trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, EJEA, págs. 368-369.

⁴³ SERRAO, E. (2006), *Il contratto preliminare*, Padua, Cedam, pág. 386.

⁴⁴ GAZZONI (2000), «Contratto preliminare», en *Il contratto in generale* (AA.VV.), vol. XIII, Tomo II del Trattato di diritto privato (Bessone, M.), Torino: Giappichelli, pág. 710.

⁴⁵ BIANCA, C. M. (1987), *Diritto Civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, pág. 196.

⁴⁶ ALABISO, A. (1966), *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, pág. 214.

⁴⁷ LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, págs. 235 y sigs.

⁴⁸ Cuyo tenor literal del párrafo 894 del ZPO es de la siguiente guisa: «*Si el deudor ha sido condenado a la emisión de una declaración de voluntad, entonces se considera que la declaración ha sido emitida tan pronto como la sentencia haya ganado firmeza*». Criterio este asumido también por el artículo 25 del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones de 1927, en el que el juez podría sustituir la estipulación del contrato para el caso de incumplimiento de un precontrato, si existen todas las condiciones requeridas para la validez del mismo, tras haber fijado un plazo para la ejecución de la obligación y haber transcurrido este sin haberse dado la ejecución.

⁴⁹ CALAMANDREI, P. (1945), «La sentenza come atto di esecuzione forzata. Scritti in onore di Alfredo Ascoli», 1930, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, pág. 522.

Este criterio es el recogido también en el párrafo 367 de la Ordenanza Ejecutiva (EO) de Austria.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A. (2002), *Derecho Civil. Contratos*, 2.^a ed., México, Porrúa, pág. 171.

⁵¹ En relación a la historia de la codificación civil mexicana, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Manual de historia del Derecho*, 2.^a ed., Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 240-241.

⁵² SÁNCHEZ MEDAL, R. (2004), *De los contratos civiles*, XXI edición revisada, México, Porrúa, pág. 138.

⁵³ ROJINA VILLEGAS, R. (2001), *Compendio de Derecho Civil, 4. Contratos*, México, Porrúa, pág. 110.

⁵⁴ Tal como establece el artículo 2243 del Código Civil federal mexicano vigente.

⁵⁵ Este es el tenor literal del artículo 2244 del mencionado Código Civil.

⁵⁶ A tenor de lo señalado en el artículo 2246 del texto legal comentado.

⁵⁷ Según resulta del artículo 2245 del Código Civil que nos sirve de base en este apartado.

⁵⁸ Solución más que original incluida en el artículo 2247 del Código Civil mexicano vigente de 1928.

⁵⁹ Con relación a la codificación chilena y el Código Civil de 1855, conocido como Código Andrés Bello, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Manual de historia del Derecho*, 2.^a ed., Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 229-231.

⁶⁰ En virtud de la remisión expresa que el mencionado artículo 1554 del Código Civil Andrés Bello efectúa al artículo 1553 que le precede.

⁶¹ BERNAD MAINAR, R. (2012), *Manual de historia del Derecho*, 2.^a ed., Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 235-237.

⁶² Más aún cuando el Derecho colombiano mantiene la teoría del título y el modo en torno a la adquisición y transmisión de la propiedad. Al respecto, TAMAYO LOMBANA, A. (2004), *Manual de Obligaciones*, Bogotá, Temis, pág. 58.

⁶³ TAMAYO LOMBANA, A. (2004), *Manual de Obligaciones*, Bogotá, Temis, pág. 59.

⁶⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, G.; OSPINA ACOSTA, E. (2005), *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, pág. 171.

⁶⁵ Todo ello en virtud de los artículos 493, 495, 500 y 501 del Código de Procedimiento Civil colombiano, que contemplan los remedios con los que cuenta el acreedor de una obligación de hacer ante el incumplimiento del deudor.

⁶⁶ Así lo establece la Ley 794 de 2003 (8 de enero), publicada en Diario Oficial número 45.058 de 9 de enero de 2003, por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil,

se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones. En su artículo 47 se dispone lo que sigue: «*El artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, quedará así:*

Artículo 501. Obligación de suscribir documentos. *Cuando el hecho debido consiste en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres días, contados a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el artículo 503. A la demanda se deberá acompañar, además del título ejecutivo, la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o en su defecto, por el juez* (resaltado nuestro).

Cuando la escritura pública que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutado. El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura.

No será necesario el certificado de propiedad cuando se trate de actos referentes a terrenos baldíos ocupados con mejoras, semovientes u otros medios de explotación económica, o de la posesión material que el demandado ejerza sobre inmuebles de propiedad privada sin título registrado a su favor; pero en estos casos se acompañará certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de la inexistencia del registro del título a favor del demandado.

Para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que estos hayan sido secuestrados como medida previa».

⁶⁷ En torno a la resolución del contrato por incumplimiento, ver la obra homónima de MELICH ORSINI, J. (2003), Serie Estudios, núm. 59. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales; también BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo III, Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 236-273.

⁶⁸ SASSO, C. (1971), *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, pág. 92.

⁶⁹ Así, reza el artículo 531 del CPC venezolano: «Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto, la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia solo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos». Un comentario sobre el mencionado precepto en HENRÍQUEZ LA ROCHE, R. (1997), *Código de Procedimiento Civil*, IV, Caracas, págs. 117-118.

⁷⁰ LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, págs. 285 y sigs.

⁷¹ Ver al respecto la ilustrativa sentencia del Juzgado Superior Segundo del Distrito Federal y Estado Miranda, de 15 de septiembre de 1988.

⁷² Por analogía, sobre el requisito de la prestación posible, tanto física como jurídicamente hablando, a propósito del objeto de la obligación, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo I, Caracas, Publicaciones UCAB, pág. 53.

⁷³ BIANCA, C. M. (1987), *Diritto Civile III, Il contratto*, Milano, Giuffré, pág. 193.

⁷⁴ BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo I, Caracas, Publicaciones UCAB, pág. 202.

⁷⁵ SASSO, C. (1971), *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, pág. 83.

⁷⁶ SERRAO, E. (2006), *Il contratto preliminare*, Padua, Cedam, pág. 393.

⁷⁷ VITALONE, V. (2005), *Il contratto preliminare*, Torino, Giappichelli, pág. 39.

⁷⁸ DE MATTEIS, R. (1991), *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*, Padova, Cedam, págs. 149-156.

⁷⁹ Una interpretación de la expresión que niega su conexión con el principio de la autonomía de la voluntad y la apuntala más bien como una restricción de la naturaleza del contrato que socava el poder jurisdiccional en HENRÍQUEZ LA ROCHE, R. (1997), *Código de Procedimiento Civil*, IV, Caracas, págs. 117-118. En contra de dicha interpretación, por tacharla de inadmisible y contradictoria, LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, págs. 293 y 294.

⁸⁰ BIANCA, C. M. (1972), «La vendita e la permuta», en *Tratato di diritto civile italiano* (dir. Vasalli, F.), vol. VII, Torino, UTET, pág. 139.

⁸¹ LUPINI BIANCHI, L. (2010), «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Serie Estudios, número 85, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pág. 292.

⁸² DE MATTEIS, R. (1991), *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*, Padova, Cedam, págs. 149-169.

⁸³ Con relación a las diversas formas de cumplimiento de las obligaciones y, concretamente, sobre el cumplimiento específico y cumplimiento por equivalente de las obligaciones, BERNAD MAINAR, R. (2012), *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo I, Caracas, Publicaciones UCAB, págs. 164-167.

⁸⁴ Ya las sentencias del Tribunal Supremo español, de 7 de febrero y 2 de marzo de 1966, recogen la polémica señalada, alimentada por una posterior tendencia zigzagueante que podemos comprobar en la jurisprudencia reseñada en las notas a pie de páginas siguientes. En este sentido, VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV. (2001), *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coords.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R.; VERDERA Server, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 257.

⁸⁵ Opinión sostenida por la ya rancia sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1940, confirmada por otras posteriores de 16 de abril de 1941, 13 de febrero de 1953, 31 de octubre de 1955, 2 de mayo de 1959, 19 de diciembre de 1963 y 16 de octubre de 1965. Al respecto, ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.^º, Barcelona, Bosch, pág. 443.

⁸⁶ ROCA SASTRE, R. M. (1948), *Contrato de promesa*, Estudios de Derecho Privado, I (Obligaciones y Contratos), Madrid, pág. 334. Esta opinión favorable a la admisión de la ejecución forzosa de forma específica fue sostenida por las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1945 y 1 de julio de 1950, luego confirmadas por otras posteriores de 27 de febrero de 1954, 5 de mayo de 1958, 2 de febrero de 1959, 5 de octubre de 1961, 26 de marzo de 1965, 28 de junio de 1974, 26 de enero de 1982, 6 de abril de 1984, 24 de diciembre de 1992, 28 de diciembre de 1995, entre otras ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.^º, Bosch, Barcelona, pág. 443.

⁸⁷ Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Supremo español del año 1958 citada en la nota anterior.

⁸⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid, Reus, pág. 858.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1974), *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, pág. 601.

⁹⁰ Ya DÍEZ-PICAZO cuestionaba la consideración de la figura como cláusula contractual, toda vez que, incluso en los supuestos que apareciera como tal, no dejaría de ser un contrato sustantivo e independiente, diferente al que se incorporara, no obstante su conexión con él. Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L. (1954), «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, págs. 1156-1157.

⁹¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid, Reus, pág. 859.

⁹² En torno a los efectos en general del contrato de arbitraje, TORRALBA SORIANO, V. (1966), «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», en *RCDI*, Madrid, págs. 309 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1974), *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, pág. 602; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, duodécima edición, Madrid: Reus, págs. 860-864.

⁹³ GUASP, J. (1953), en *Código Civil*. Tomo XXVIII, *De los contratos aleatorios o de suerte; De las transacciones y compromisos; De la fianza: artículos 1790 al 1856*. MUCIUS SCAEVOLA, Q.; VÁZQUEZ GUNDÍN, E., Madrid, Reus, págs. 454 y sigs.

⁹⁴ En virtud de la sentencia del Tribunal Supremo español, de 6 de febrero de 1962, si por resistencia de alguna de las partes no pudiera llevarse a cabo la formalización del compromiso y se acudiera al procedimiento previsto en el artículo 10 de la Ley, no sería necesaria la escritura pública, puesto que su contenido sería una mera reproducción de la resolución judicial en su parte dispositiva; en tal caso, la garantía de autenticidad arrancaría de la propia resolución judicial dictada.

⁹⁵ El juez en este supuesto debía observar el requisito de la escritura pública exigida por la Ley de 1953 en su artículo 16, razón por la cual requeriría la presencia notarial para hacer las correspondientes declaraciones de voluntad, o bien a través del procedimiento por el cual el fedatario público recogía el contenido del auto emitido. En este sentido, PRIETO CASTRO, L. (1954), «Una nueva regulación del arbitraje», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 38, Madrid, págs. 723-733; también OGAYAR AYLLÓN, T. (1955), «Originación contractual y testamentaria del arbitraje», en *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 41, Valencia, pág. 29.

⁹⁶ BLANCO CARRASCO, M. (2009), *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, Reus, pág. 89.

⁹⁷ Así lo señala la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1988. En torno a las consecuencias de la eliminación de la distinción referida con relación a la nueva redacción propuesta en las Leyes de 1988 y 2003, BLANCO CARRASCO, M. (2009), *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, Reus, págs. 89-90, nota al pie, núm. 167.

⁹⁸ Algunos países latinoamericanos todavía mantienen la distinción entre cláusula compromisoria y contrato de compromiso, como sucede en Colombia (arts. 115-117 de la Ley 446 de Descongestión, Acceso y Eficiencia de la Justicia de 1998); Uruguay (arts. 473, 475 y 477 del Código General del Proceso, modificado por Ley, núm. 15982, de 18 de octubre de 1988); o Argentina (arts. 739 y 751 del Código Procesal Civil y Comercial, modificados por la Ley de Arbitraje de 1997).

⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998), *Instituciones de Derecho Civil*, I/2. Tecnos, Madrid, pág. 378.

¹⁰⁰ Así lo señalaba el tenor literal de la Exposición de Motivos de la Ley de 1988.

¹⁰¹ Al respecto, artículos 5 y 9, respectivamente, de las Leyes de Arbitraje de 1988 y 2003.

¹⁰² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (1991), *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, Civitas, pág. 175.

¹⁰³ LORCA NAVARRETE, A. M.; SILGUERO ESTAGNAN, J. (1994), *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, pág. 75.

¹⁰⁴ LORCA NAVARRETE, A. M.; SILGUERO ESTAGNAN, J. (1994), *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, pág. 78.

¹⁰⁵ Este es el tenor literal de la Ley 516, 3 del texto legal mencionado.

¹⁰⁶ ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.^º, Barcelona, Bosch, pág. 444.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, cuando se incumple por el vendedor una preventa de cierta cosa con un precio señalado, en cuyo caso el otorgamiento de la escritura por el juez en lugar del incumplidor permitirá dar cumplimiento al precontrato, que se hará efectivo mediante la

entrega al comprador de la posesión judicial de la cosa vendida, en ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, pág. 444.

¹⁰⁸ VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV. (2001), *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coords.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R.; VERDERA SERVER, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 257.

¹⁰⁹ Por referencia expresa, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 708. Condena a la emisión de una declaración de voluntad:

1. *Cuando una resolución judicial o arbitral firme, condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.*

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos (párrafo redactado conforme a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

2. *Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.*

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si esta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

¹¹⁰ Ver al respecto, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo español, de 2 de febrero de 1959, 5 de octubre de 1961, 26 de marzo de 1965 y 7 de febrero de 1966.

¹¹¹ Tendencia admitida en sentencias del Tribunal Supremo español, de 13 de diciembre de 1989 y 25 de junio de 1993.

Al respecto, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 709. Condena de hacer personalísimo:

1. *Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquel un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.*

2. *Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.*

3. *Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas*

que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de este y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal (párrafo redactado conforme a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquel.

Artículo 711. Cuantía de las multas coercitivas:

1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por 100 del precio o valor y la multa única al 50 por 100 de dicho precio o valor (párrafo redactado conforme a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

2. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

¹¹² Capítulo IV, Título III del Libro III de la LEC, artículos 712 y sigs.

¹¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, pág. 380.

¹¹⁴ GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. (2002), en AA.VV. (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo III. *Obligaciones y Contratos*, vol. 1.^º, Madrid, Civitas, pág. 370.

(Trabajo recibido el 24-1-2013 y aceptado para su publicación el 21-3-2013)