

# En torno a la naturaleza jurídica del precontrato

## *On the legal status of the preliminary contract*

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

*Catedrático de Derecho Civil.*

*Investigador Asociado*

*Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)*

*Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas*

**RESUMEN:** Una de las instituciones que han venido alcanzando protagonismo en nuestros días es la figura del precontrato, dada su presencia en la práctica y su incuestionable utilidad. No obstante, ha de ser deslindada de otros institutos que nos puedan llevar al equívoco y, sobre todo, clarificar cuál es su naturaleza jurídica, lo que nos conducirá a entender sus posibles consecuencias jurídicas.

**ABSTRACT:** *One of the institutions that have come reaching protagonism in our days is the figure of the contract preliminary, given their presence in the practice and their unquestionable utility. Nevertheless, it must be delimited of other institutes that can take us to the misunderstanding and, mainly, to clarify which their artificial nature is, what will lead us to understand its possible juridical consequences.*

**PALABRAS CLAVE:** Contrato, fases del contrato, precontrato, teorías, naturaleza jurídica.

**KEY WORDS:** *Contract, phases of the contract, contract preliminary, theories, category.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: FASES DEL CONTRATO.—II. UNA BREVE REFERENCIA A LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.—III. A PROPOSITO DEL PRECONTRATO: 1. CONCEPTO. 2. INDIVIDUALIZACIÓN DEL PRECONTRATO RESPECTO DE OTRAS FIGURAS. 3. EN ESPECIAL, SU NATURALEZA JURÍDICA: 3.1. *Teorías sobre el particular.* 3.2. *Nuestra posición.*—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN: FASES DEL CONTRATO

Como sabemos, el camino recorrido por un contrato atraviesa diversas fases. En tanto que la doctrina clásica<sup>1</sup> prefiere hablar de tres fundamentalmente —generación, perfección y consumación—, nosotros preferimos, más bien, añadir una cuarta, e intercalar entre la de perfección y consumación, la correspondiente a su eficacia.

En efecto, la trayectoria del contrato, a nuestro juicio, presenta varias etapas que van desde su gestación o formación, proceso interno de generación del contrato; pasando por la de perfección<sup>2</sup>, determinada, como veremos, cuando se cruzan las voluntades de los contratantes; se suma la de producción de efectos (eficacia) y, por último, la de su consumación, de ejecución o cumplimiento, esto es, la que consiste en la realización del fin perseguido, que desemboca en el momento final del mismo, si el contrato es de tracto único, como sucede en una venta de contado, o bien supone el inicio del momento final, de ser un contrato de tracto sucesivo, como ocurre en el caso del arrendamiento, la renta vitalicia o una venta a plazo.

En un intento de simplificación, también se ha propuesto<sup>3</sup> que, en verdad, lo que existe en el camino de confección del contrato es, por un lado, la fase de preparación y, por otro, la de ejecución, con un punto de inflexión en el de su perfección.

Siguiendo el planteamiento señalado, distinguiremos las siguientes etapas o grados de desarrollo del contrato:

A) El contrato se inicia con la fase de *gestación o preparatoria*, que constituye el proceso interno relativo a su formación y preparación, de naturaleza precontractual<sup>4</sup>, y que, tradicionalmente, ha sido relegada por el interés que ha acaparado el tema de la perfección del contrato, que no es sino el momento postrero en el proceso de formación, que arranca con los tratos preliminares y sigue con la formulación de una oferta que es aceptada.

A los fines de salvar el relegamiento apuntado, se pretende desgajar esta fase de gestación de la de perfección del contrato, limitada a la concurrencia de oferta

y aceptación. Prueba de ello es la importancia que ha venido adquiriendo lo concerniente a los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual, sobre todo cuando entramos en el ámbito de la denominada contratación en masa, en la que el potencial destinatario del contrato —consumidor— se presenta como débil jurídico necesitado de protección, finalidad a la que contribuirá, sin lugar a dudas, una mejor formación de la voluntad en el contrato<sup>5</sup>.

Y es que los contratos comportan habitualmente operaciones de cierta envergadura, razón por la cual las partes precisan de un periodo de tiempo para deliberar y fijar las condiciones del futuro acuerdo, de tal manera que el contrato se va formando en un intervalo de tiempo<sup>6</sup>.

En efecto, para la formación del contrato se precisa la concurrencia de todos los elementos del mismo y son estos, a su vez, los que fundamentan los efectos del contrato. Sin embargo, la gestación no tiene que coincidir ineludiblemente con la validez del contrato, puesto que el contrato ya formado puede adolecer de invalidez, tal como sucede, por ejemplo, cuando padece algún vicio del consentimiento (error, dolo o violencia).

Por lo general, el consentimiento no se forma de modo instantáneo<sup>7</sup>, más aún si presenta un interés económico relevante, sino que suele ser precedido de una serie de conversaciones o tratos dirigidos a realizar posiblemente el contrato.

Detectar si las partes se han quedado en la fase de las negociaciones o se ha perfeccionado el contrato constituye una cuestión de hecho que no descansa en criterios objetivos, sino más bien en indagar la voluntad de las partes.

B) Cuando nos referimos a la *perfección del contrato*, según veremos en el apartado siguiente, aludimos al momento de su nacimiento, para lo cual se requiere la concurrencia de todos sus elementos, que serán unos u otros en función de la modalidad de la que se trate: de ser consensual, basta el consentimiento de las partes; si es real, además, requerirá la entrega de la cosa (*datio rei*); y, si es solemne, amén del consentimiento, precisará la observancia de la forma establecida.

Del mismo modo, distinto de la perfección del contrato es lo relativo a su validez<sup>8</sup>, puesto que el contrato puede haber nacido para el Derecho, haberse perfeccionado y, no obstante, ser inválido, como ocurre cuando medió algún vicio en el consentimiento —error, dolo o violencia—.

C) *Eficacia*. Se refiere al momento en el que el contrato produce efectos, que no tiene que coincidir necesariamente con el de su gestación, toda vez que ha podido ya formarse y no ser todavía eficaz<sup>9</sup>.

La eficacia del contrato coincidirá con el momento de su perfección si es de perfección instantánea, esto es, cuando su preparación es obra de un solo acto de los otorgantes que no ha sido precedido por ningún otro<sup>10</sup>, lo cual suele suceder en los contratos de escaso valor económico o contentivos de operaciones estandarizadas, que no precisan de elaboración o discusión. Aún así, en estas denominadas perfecciones instantáneas se pueden distinguir los pasos de su

formación, si bien concentrados en un solo acto, esto es, las dos voluntades de las partes que contratan se manifiestan y exteriorizan al mismo tiempo<sup>11</sup>.

Cuando se trata de contratos de perfección diferida, el iter formativo<sup>12</sup> suele partir de los tratos preliminares, que, de inicio, carecen de fuerza negocial; continuando con los contratos preparatorios (acuerdo de intenciones, contratos normativos, pacto preferencial, contrato de opción y precontrato), que cuentan con fuerza obligatoria, si bien no contienen aún el contrato definitivo; hasta llegar, por fin, al contrato definitivo que se pretende alcanzar, que resultará tras la aceptación de la oferta contractual.

Para que un contrato sea eficaz debe reunir los requisitos de eficacia, los cuales solo condicionarán la producción de efectos, aun cuando no sean base de dichos efectos. Los requisitos de eficacia tanto pueden ser voluntarios, si dependen de la voluntad de las partes (condición), o legales, si los exige la ley (celebración del matrimonio respecto de las capitulaciones matrimoniales).

D) *Consumación*<sup>13</sup>. Constituye el momento final y supone la realización del fin perseguido en el contrato, de manera que se produce su ejecución o cumplimiento. El contrato se consume cuando logra el objetivo pretendido, de ahí que también se conozca esta fase como de ejecución o cumplimiento.

Surge una nueva situación como consecuencia del contrato celebrado, puesto que se ha alcanzado el objetivo pretendido; así, por ejemplo, en sede de compraventa, el vendedor se ha convertido en dueño de la cosa comprada y el comprador ha adquirido la propiedad del precio recibido a cambio, con lo que se ha verificado el logro de lo que ambos perseguían.

En todo caso, debemos diferenciar al respecto los contratos de perfección única o diferida<sup>14</sup>, según que el intercambio de la oferta y la aceptación se produzca de modo inmediato sin solución de continuidad<sup>15</sup>, o bien que la aceptación tenga lugar en un momento posterior a la oferta<sup>16</sup>. Incluso en los supuestos de perfección única podrían distinguirse diversas fases, no obstante estén comprimidas en un solo acto<sup>17</sup>.

Vamos a detenernos en el camino recorrido por los contratos de perfección diferida, trayectoria surcada por diferentes etapas<sup>18</sup>: desde los tratos preliminares, sin fuerza negocial; pasando por el precontrato y la opción, con fuerza vinculante, pero sin incluir todavía el contrato definitivo; y, por fin, oferta y aceptación, que constituyen el contrato definitivo. Ya nuestra jurisprudencia ha reconocido abiertamente la existencia de las diversas fases que pueden darse en la creación del contrato<sup>19</sup>.

Aún así, hay que destacar que la formación diferida del contrato no precisa cubrir necesariamente todas la etapas anteriormente mencionadas, puesto que pueden darse unas sin otras (así, por ejemplo, el precontrato sin tratos preliminares, o bien la oferta precedida de tratos preliminares).

## II. UNA BREVE REFERENCIA A LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

La regla general en sede contractual es que los contratos son consensuales y se atienen al principio de libertad de forma, en cuya virtud se perfeccionan por el mero consentimiento y, a partir de ese momento, obligan a los contratantes<sup>20</sup>, lo que constituye, sin duda, la consagración de la consensualidad contractual, toda vez que *«a la hora de determinar si existe un contrato, no puede partirse de la idea de que (...) solamente puede surgir al mundo de las relaciones humanas por virtud de un documento escrito, sea público o privado, olvidando (...) la libertad de forma que en materia contractual sigue nuestro Código...»*<sup>21</sup>.

Como sabemos y según la visión clásica, frente a los contratos consensuales, que se perfeccionan por el consentimiento, los contratos reales requieren, además, la entrega de la cosa (*datio rei*) que constituye el objeto del contrato, no obstante que esta categoría contractual haya sido cuestionada y esté siendo sometida a una profunda revisión<sup>22</sup>, pues las nuevas situaciones surgidas de la nueva coyuntura económica han propiciado la aparición de contratos consensuales de algunos contratos tradicionalmente reales por excelencia, como sucede en los de comodato o mutuo, en cuya virtud el prestamista —comodante o mutuante— quedaría obligado a la entrega de la cosa y, por tanto, el prestatario —comodatario o mutuuario— estaría legitimado para exigir el cumplimiento de dicha prestación.

En efecto, en virtud del principio de la libertad contractual, nada obsta para que se pueda pactar que una de las partes prometa a la otra, que lo acepta, dar una cosa en comodato o mutuo, en cuyo caso, más que encontrarnos ante un contrato de comodato o mutuo, estaríamos más bien frente a una promesa de prestar, de manera que solo se convertiría en contrato de prestar cuando se hubiera entregado la cosa en ejecución de la promesa realizada<sup>23</sup>. Admitida tal suposición, sería necesario precisar cuándo media un consentimiento con la intención de vincularse jurídicamente, o bien como expresión de un deber de amistad o cortesía.

En tal sentido, algunos Códigos Civiles apuntan como solución alegar un cambio sustancial en la posición jurídica del prestatario, con la consiguiente puesta en peligro del cumplimiento de la obligación de restituir la cosa recibida para justificar el incumplimiento del deber de entregar la cosa que pesaba sobre el prestamista. Y es que en la medida que nos hallamos en presencia de contratos de gracia o beneficio para una de las partes fundamentalmente, regiría el principio general según el cual a nadie debe perjudicar un favor propio, razón por la cual los tribunales, a nuestro juicio, podrían llegar a relevar al prestamista del cumplimiento de su promesa, en caso de sobrevenir alguna causa que, a su prudente arbitrio, así lo ameritara<sup>24</sup>, más aún cuando, en algún Código Civil<sup>25</sup>, los tribunales pueden llegar a hacerlo incluso después de consumado el contrato. En la actualidad tales contratos serían más bien consensuales<sup>26</sup> y la entrega de la cosa correspondería a la fase de consumación o ejecución del contrato.

No obstante, el carácter consensual de los contratos no puede admitirse de manera absoluta y, como todo principio general, presenta excepciones, tal como sucede con los contratos formales o solemnes, categoría que exige para su perfeccionamiento la observancia de unas formalidades o solemnidades, ya requeridas por la voluntad de las partes, ya por disposición de la ley; de tal manera que en estos casos, el contrato resultará perfeccionado en el momento que la forma se cumplimente<sup>27</sup>, razón por la cual, hasta ese momento, solo estaríamos ante una fase precontractual de negociaciones entre las partes.

Así pues, la perfección del contrato se asienta en la figura del consentimiento, expresado en el momento del concurso de la oferta y la aceptación<sup>28</sup> sobre la causa y el objeto cierto que sea materia del contrato<sup>29</sup>, momento en el que las partes consienten en obligarse<sup>30</sup> y, en cuya virtud se expresa un concierto de voluntades serio y deliberado en torno a la definición de los derechos y obligaciones de los contratantes, de tal manera que en todo contrato y, más propiamente en los bilaterales, existe un núcleo contenido en sus cláusulas explícitas o implícitas —fruto del desarrollo del mismo—, al que habría que añadir el de las consecuencias naturales complementarias de aquellas para que se produzca la consumación del contrato, teniendo como base los principios generales de la buena fe y de la equivalencia de las prestaciones, que rigen en materia contractual<sup>31</sup>.

En efecto, 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 las vinculaciones que son consecuencia natural de ambas y que son necesarias para la consumación total del contrato, sobre la base de los principios generales que rigen y han de presidir la contratación (buena fe y equivalencia de las prestaciones, entre otros).

Es decir, primero las partes consienten en obligarse (perfección de primer grado), luego se obligan (perfección de segundo grado) y, por fin, ejecutan el contrato, ejecución que podría, incluso, diferirse.

Por otro lado, el consentimiento nos presenta dos perspectivas claramente diferenciadas<sup>32</sup>: la subjetiva, de formación interna, que incide en la toma íntima de una decisión libre, consciente y seria de cada uno de los contratantes en torno a las consecuencias y requisitos del contrato que se va a celebrar; y la objetiva, cuando ambas declaraciones de voluntad debidamente formadas concurren y se entrecruzan, lo que en el ámbito tradicional de la teoría general del contrato se corresponde con el momento de la perfección del contrato, si bien en la actualidad tal aserto precise de una revisión ante la necesidad de reflejar su constancia mediante otras formas distintas a las tradicionales. Y es que la perfección del contrato ha estado estrechamente vinculada con la noción de forma, hasta tal punto que perfección y forma llegaban a identificarse<sup>33</sup>, no obstante el deslinde ya producido entre ambas, de tal guisa que en los contratos no formales el contrato se perfecciona aun cuando no se haya cumplido formalismo alguno.

Los Códigos Civiles se refieren sobre todo al aspecto objetivo del consentimiento, dejando de lado el proceso interno y previo de formación del consentimiento —vertiente subjetiva—, salvo en lo atinente a su formación por persona capaz y exenta de vicios, lo cual evidencia una visión sesgada, imprecisa e incompleta del mismo<sup>34</sup>, puesto que solo contempla el momento de la fase final del contrato —perfección— cuando el consentimiento ya está formado. No olvidemos al respecto, por ejemplo, la gran importancia que adquiere la fase interna de formación del consentimiento a los efectos de la posible interpretación del contrato celebrado<sup>35</sup>.

### III. A PROPÓSITO DEL PRECONTRATO

#### 1. CONCEPTO

En muchas ocasiones, la perfección del contrato se produce tras un periodo de prolongadas negociaciones, si bien la negociación preliminar no siempre desemboca en un contrato definitivo, sino más bien en un contrato —precontrato—, que fija las bases de aquel que se pretende alcanzar. Hablamos, en este caso, de la figura del precontrato.

En el ámbito del Derecho francés se ha hablado sobre el particular de promesas de contrato (*promesses de contrat*) como una categoría general donde tenían acogida tanto la promesa unilateral de venta<sup>36</sup> (en puridad coincidiría con un pacto de opción) y la promesa bilateral de compraventa. Incluso también se ha utilizado la expresión *avant-contrat* para acoger en su seno tanto la promesa unilateral de venta como la bilateral<sup>37</sup>. Aún así, alguna legislación francesa ha utilizado la denominación *contrat préliminaire*, también conocido como *contrat de réservation*, si bien no coincidiría plenamente con la figura del precontrato<sup>38</sup>, más aún si no se admite en su modalidad unilateral.

Sin embargo, en los países de habla española<sup>39</sup> se prefiere la expresión *precontrato*, no obstante que la doctrina italiana se haya decantado desde finales del siglo XIX<sup>40</sup> por utilizar la denominación de *contratto preliminare*.

El término precontrato (*Vorvertrag*)<sup>41</sup> es introducido por la doctrina alemana en un claro intento de acuñar en versión propia el pacto innominado que el Derecho romano<sup>42</sup> conocía tradicionalmente como *pactum de contrahendo*<sup>43</sup>, en cuya virtud las partes que lo habían celebrado se obligaban a realizar un futuro contrato.

En efecto, nos hallamos ante un contrato creador de una obligación tendente a la cooperación para la conclusión de un contrato definitivo, esto es, un convenio preparatorio de un contrato futuro que, aunque no reúna los requisitos necesarios para la celebración del contrato previsto o preparado, obliga a las partes que lo suscribieron. El precontrato es un auténtico contrato<sup>44</sup>, cuyo objeto es la cele-

bración de otro en el futuro, de tal manera que se erige en el proyecto o la ley de bases del que se ha de celebrar. Esta noción es la que más abundantemente ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>45</sup>, no obstante algunos titubeos<sup>46</sup>, y la que se ha plasmado ya en algunas legislaciones<sup>47</sup>.

Frente a esta posición mayoritaria, existen otras que ya consideran al precontrato como un contrato definitivo que recoge las líneas básicas que se han de desarrollar en el futuro<sup>48</sup>, de tal manera que no se celebrará un nuevo contrato, sino que se desarrollará completamente el único contrato que existe. No obstante, es más que cuestionable tal apreciación ante el hecho de que en muchos casos el precontrato no solo acoge unas meras líneas básicas del contrato preparado, sino que aquel está completamente desarrollado. Además, de seguir esta línea de argumentación, reincidimos en lo que ya sabemos: si se requiere un nuevo acuerdo de las partes para el desarrollo de las bases, el precontrato prepara otro contrato; y de no ser necesario, nada se ha de desarrollar, por existir ya un contrato completo.

No se ha de olvidar la acepción de precontrato por la cual nos hallamos ante un proyecto de contrato único y definitivo que atribuye a ambas partes —precontrato bilateral— o a una sola de ellas —precontrato unilateral— la facultad de exigir la eficacia de dicho proyecto como contrato<sup>49</sup>. Estamos, pues, en presencia de un auténtico contrato con el que arranca un proceso negocial complejo en el que ya están perfilados tanto sus elementos como su contenido. Así es, prestado el consentimiento inicial sobre los elementos necesarios del contrato preparado, no es preciso un nuevo acuerdo para que resulte efectivo, sino que bastará que los precontratantes puedan exigir la puesta en vigor del precontrato que ya celebraron.

Incluso, habría razones para sostener que contrato y precontrato apenas se diferencian, puesto que ambos constituyen un contrato en vigor desde ya<sup>50</sup>: en efecto, desde un punto de vista práctico poca diferencia media en que las partes puedan exigir la puesta en vigor del contrato proyectado —precontrato— o que puedan exigir su cumplimiento estando ya en vigor. Ello nos llevaría a generalizar que una promesa de venta vale como una venta, esto es, que la promesa de contrato no vale como un mero proyecto de contrato, sino más bien como un verdadero contrato ya en vigor.

En consecuencia, el precontrato deberá reunir los requisitos del contrato al que se orienta —contrato preparado—<sup>51</sup>, no obstante que se apunten como suficientes los requisitos generales para contratar<sup>52</sup> que, en sede de compraventa, incluiría, claro está, entre estos, los elementos esenciales del contrato futuro, tal cual sucede, por ejemplo, con el precio de la futura venta, de hallarnos ante una promesa de venta.

Sin embargo, la noción de precontrato está ineludiblemente ligada con su naturaleza jurídica, aspecto del que trataremos más adelante. Por ello, hemos de comenzar advirtiendo que la admisión de la figura no ha sido páfica,



toda vez que se le ha achacado un carácter excesivamente abstracto fruto de la logomaquia o de un extremado conceptualismo jurídico, lo que nos conduciría tanto como a negar su propia existencia, de dar por buena esta opinión<sup>53</sup>. Por el contrario, los hay que se pronuncian a su favor sobre la base del principio de la libertad contractual que ampararía también el de la libertad precontractual; a lo que habría que añadir además su utilidad incuestionable<sup>54</sup>, por la protección que proporcionaría en algunos supuestos en los que las partes no hubieran podido en un momento determinado concluir el contrato definitivo<sup>55</sup>, cualquiera que hubiera sido la razón para ello, supuesto más que habitual por otra parte en la vida moderna, dado que el consentimiento rara vez se forma por el cruce de una oferta y una aceptación, sino más bien precedido de un proceso, en ocasiones ciertamente complejo<sup>56</sup>, cuyo objetivo es prefigurar el posible contenido de un potencial contrato definitivo. Aún así, para complicar más si cabe la situación, entre los defensores del precontrato tampoco encontramos consenso sobre su ámbito de vigencia, esto es, si cabría o no aplicarse a toda suerte de contrato<sup>57</sup>.

## 2. INDIVIDUALIZACIÓN DEL PRECONTRATO RESPECTO DE OTRAS FIGURAS

1. *Precontrato y contrato preparatorio*. Son contratos preparatorios los que tienden a crear una situación jurídica apropiada, el escenario preliminar y la plataforma necesaria para la celebración de otros contratos posteriores en el ejercicio y cumplimiento de aquel<sup>58</sup>, tal como ocurre en los casos de mandato o sociedad, supuestos en los que tanto el mandatario como los socios, respectivamente, efectuarán algunos contratos y, por ende, comprarán, arrendarán o permutarán, por ejemplo, como consecuencia y ejecución de tales contratos preparatorios, siempre que se respeten los límites en él impuestos.

Distinto del contrato preparatorio es el precontrato, un compromiso pactado por las partes para llevar a cabo un futuro contrato según lo convenido inicialmente, lo que les vinculará y obligará a culminarlo, no obstante que su contenido obligacional todavía no resulte del todo precisado, aunque sí su título contractual. De ahí que el contrato definitivo que se concluye a través del precontrato perfeñado no constituye en puridad una consecuencia o derivación del mismo, sino más bien una concreción y reproducción de lo ya esbozado en el consentimiento contractual expresado en el precontrato.

No obstante, poco ayuda a esta distinción propuesta la concepción según la cual el precontrato representaría el contrato preparatorio del contrato definitivo al que tiende<sup>59</sup>, sobre la base de la función preparatoria del precontrato. Y es que bajo la expresión francesa *avants-contrats*<sup>60</sup> se incluyen figuras tan disímiles como la promesa de contrato, el contrato normativo, acuerdos parciales, pactos de preferencia, o acuerdos de principios, entre otros<sup>61</sup>.

2. *Precontrato y tratos preliminares.* El precontrato ya cuenta con una naturaleza contractual, sea considerado como pacto previo o como una etapa dentro del contrato definitivo y, en consecuencia, las partes resultan obligadas; sin embargo, los tratos preliminares carecen de tal naturaleza, puesto que constituyen conversaciones previas que tratan de discutir los pormenores de un contrato futuro, por lo cual las partes no contratan ni se vinculan jurídicamente<sup>62</sup>. Así es, los tratos preliminares nunca obligan a llevar a cabo un contrato definitivo, ni su ruptura, por lo general, implica la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En la medida que el precontrato es un contrato puede ir precedido por tratos preliminares<sup>63</sup>.

No obstante, esta delimitación no resulta tan nítida en la práctica en el caso de los contratos de formación sucesiva<sup>64</sup>, dada la variedad de actos precontractuales que se realizan.

A propósito de los tratos preliminares, también debemos deslindar claramente el precontrato de otras figuras relacionadas con la formación progresiva del contrato<sup>65</sup>, tales como los acuerdos parciales, minutas, cartas de intención, memoranda de entendimiento, toda vez que en todos estos casos se adolece del carácter contractual con el que cuenta el precontrato, razón por la cual no se plantea su posible ejecución forzosa<sup>66</sup>. Así pues, distinto de lo que sucede en el precontrato, un acuerdo de las partes sobre algunos aspectos del futuro contrato, aun cuando conste en una minuta o proyecto escrito de contrato, no es suficiente para vincular a quienes lo suscriben<sup>67</sup>.

3. *Precontrato y oferta.* Tanto precontrato como oferta presentan distinta finalidad y operan de manera diferente. En efecto, mientras que la oferta firme constituye una declaración de voluntad unilateral, irrevocable y recepticia<sup>68</sup> que pretende lograr la simple aceptación para que se produzca la perfección y el nacimiento del contrato definitivo, el precontrato es un acuerdo contractual bilateral perfecto<sup>69</sup> en cuya virtud ambas partes se comprometen a celebrar en el futuro un contrato definitivo, puesto que todavía aquel no es un contrato definitivo perfecto.

Precisamente, por ello, es posible la existencia de una oferta de precontrato, que tiende a lograr el surgimiento de este, en el que tanto la oferta lo es del precontrato, como la aceptación lo sería de dicho precontrato<sup>70</sup>, de tal manera que dicha aceptación perfeccionaría el precontrato.

4. *Precontrato y contrato definitivo celebrado en documento privado que ha de ser elevado a público.* Mientras el precontrato constituye el embrión de un futuro contrato definitivo que se podrá instrumentar en documento público o privado, el contrato celebrado mediante documento privado ya es un contrato definitivo y, por ende, produce los efectos que le son propios<sup>71</sup>, de tal manera que su futura elevación a documento público no hace sino reconocer un acto ya existente (siempre y cuando se mantengan los mismos términos y no medie una renovación del contrato<sup>72</sup>), sin que ello suponga una reproducción del

consentimiento contractual ya prestado<sup>73</sup>. En suma, la estructura del negocio jurídico resultante permanece única<sup>74</sup>, no obstante se presenten dos expresiones diferentes por lo que al perfil volitivo de las partes se refiere.

Ya sabemos que la elevación a público de un documento privado no resulta obligatoria a menos que dicha formalidad constituya un requisito *ad substantiam* del contrato, ya por ley, o porque así lo hayan pactado las partes, de tal manera que, como regla general, la elevación del documento privado a público, más que una obligación, constituye una facultad que pueden ejercitar los contratantes<sup>75</sup>.

No obstante, el abuso desmedido de la utilización de la promesa de venta cuando en verdad las partes están otorgando un contrato privado definitivo propicia que pueda resultar dificultoso deslindar si el documento privado en ciernes constituye ya un contrato definitivo, aunque esté pendiente de su consumación, o si, por el contrario, estamos ante un precontrato que todavía no recoge el acuerdo definitivo de voluntades. A tal efecto, la voluntad de las partes será determinante para colegir si desean quedar ya vinculadas por un contrato definitivo, o bien por el vínculo que representa un precontrato<sup>76</sup>. Así, por ejemplo, en sede de compraventa, estaremos ante una compraventa cuando se otorgue dicho contrato por las partes y estas difieran en el tiempo la formalización del documento público, o bien cuando sujeten a plazo o a condición la obligación de entregar la cosa o pagar el precio; y sin embargo, estaremos ante un precontrato o promesa de venta si las partes declaran su voluntad de ligarse contractualmente, aun cuando se difiera su entrada en vigor a un momento posterior, y todo ello al margen de la forma en que se manifieste el consentimiento sobre el particular.

Por tal motivo, el simple hecho de que en un contrato definitivo queden todavía sin definir algunas de las obligaciones accesorias no nos debe llevar a entender que tal contrato se ha transformado en un precontrato<sup>77</sup>. Del mismo modo, podemos encontrarnos ante el supuesto en el que las partes solo quieran celebrar un precontrato, no obstante se hubiera redactado ya como contrato de venta, al entender que el documento privado equivale al precontrato, sin obligaciones firmes, dado el arraigo con el que cuenta la conciencia social de que el compromiso firme y definitivo solo deriva tras el otorgamiento de la escritura pública, puesto que quien se obliga mediante documento privado parece que se obliga menos<sup>78</sup>. Y es que, por lo general, se recurre al contrato privado cuando todavía queda por pagar la totalidad del precio o una parte muy considerable del mismo<sup>79</sup>, cuando lo recomendable sería en este caso realizar un precontrato o un contrato sujeto a la condición suspensiva del pago total del precio, aun cuando el vendedor no suela querer vincularse hasta que el precio haya sido totalmente pagado.

5. *Precontrato y contrato definitivo sujeto a condición suspensiva.* Cuando nos hallamos ante un contrato definitivo sujeto a condición suspensiva estamos en presencia de un contrato completo y perfeccionado en el que las partes están vinculadas firmemente, cuya eficacia dependerá del cumplimiento

de un acontecimiento futuro e incierto que, de verificarse, desencadenará la vigencia del contrato *ipso iure*, automáticamente<sup>80</sup>. Así pues, el contrato sujeto a condición suspensiva ya vincula a las partes en firme desde que se ha perfeccionado, aun cuando no se produzca la vinculación correspondiente a las relaciones de las cláusulas contenidas en el contrato mientras la condición esté pendiente<sup>81</sup>; lo cual no impide que durante el periodo de pendencia se puedan llegar a generar algunos efectos preliminares en orden a asegurar los intereses que estén en juego cuando la condición se verifique.

Por ello, supeditar la eficacia de un contrato ya definitivo a la verificación de un acontecimiento futuro e incierto —condición suspensiva— no supone que dicho contrato se transforme en un precontrato<sup>82</sup>, puesto que en su virtud no nos hallamos ante un convenio dirigido al otorgamiento de un contrato futuro.

Distinto es el caso del precontrato, en el cual su eficacia se pospone hasta que las partes vuelvan nuevamente a emitir una nueva declaración de voluntad que perfeccione el contrato definitivo, de modo que solo se habría perfeccionado su primer estadio de desarrollo<sup>83</sup> y, a diferencia de lo que sucede en el contrato definitivo sujeto a condición suspensiva, las partes se obligan a prestar un nuevo consentimiento. Y es que el precontrato presenta imprecisas o incompletas las prestaciones de las partes, pero no el título contractual, que no resulta condicionado, a diferencia de lo que ocurre en el contrato definitivo sujeto a condición suspensiva, supuesto en el cual es este título, precisamente, el que se condiciona.

Una prueba más que evidente de que nos encontramos ante dos figuras totalmente diferenciadas radica en la posibilidad de que la eficacia de un precontrato también pudiera estar sometida a una condición suspensiva.

6. *Precontrato y contrato sujeto a término*. Así como en el precontrato se ha de contener un plazo para que se celebre el contrato definitivo, de modo que durante el mismo cualquiera de las partes puede exigir a la otra su celebración, en el contrato sujeto a plazo ya estamos en presencia de un contrato definitivo en el que las partes están vinculadas firmemente<sup>84</sup>, con la particularidad de que el tiempo de eficacia del contrato resulta aplazado.

7. *Precontrato con entrega de señal y compraventa con arras*. Como sabemos, la figura de las arras en la compraventa puede presentar alguna de estas variedades<sup>85</sup>: ya como un pago a cuenta del precio de la venta<sup>86</sup>, ya como una garantía de cumplimiento, o bien como una señal a los solos efectos de la reserva.

Según en cuál de las anteriores situaciones nos encontremos hablaremos de arras puramente confirmatorias en las que la entrega anticipada de una parte del precio constituye un pago a cuenta y confirma la celebración del contrato<sup>87</sup>; arras penales<sup>88</sup>, cuando la suma entregada se convertiría en una prestación por equivalente al resarcimiento por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, de modo que, por su través, se liquidarían por adelantado los daños y perjuicios emanados del incumplimiento del contrato, con una función muy similar a la de la cláusula penal como garantía del cumplimiento de una

obligación, sin perjuicio de las diferencias que ambas figuras presentan; y, por fin, arras penitenciales, de arrepentimiento o desistimiento<sup>89</sup>, en cuya virtud las partes pueden desligarse del contrato con un sacrificio equivalente, ya sea la pérdida de la cantidad entregada por el comprador, ya sea la devolución de la cantidad recibida amén de otra suma igual (el duplo de lo recibido) a cargo del vendedor.

El pacto de arras como medio de garantía —arras penales— se ha de interpretar restrictivamente, dado su carácter excepcional<sup>90</sup>, de modo que si no es clara la voluntad de las partes en tal sentido, habrá de entenderse como un simple anticipo a cuenta del precio —arras confirmatorias—. A su vez, las arras penitenciales no se presumen, ni siquiera en el caso de que se pacten en un precontrato; por ello, las cantidades entregadas sin indicar que son arras, se reputarán como verdaderos pagos a cuenta<sup>91</sup> y, si queda claro que constituyen arras, pero se duda su carácter penal o penitencial, se entenderán penales.

Dependerá de cuál sea el destino de la cantidad anticipada para deslindar su verdadera naturaleza jurídica<sup>92</sup>: en efecto, si se destina a identificar la cosa vendida del futuro contrato, en el supuesto de que las partes decidieran contratar, estaremos en presencia de unas arras en su modalidad de reserva (arras penales); sin embargo, si además de concretar la cosa, se fija el precio y el plazo para contratar en el futuro, hablaríamos bien de un precontrato, o bien de una opción, según sea el caso.

Así pues, en tanto que el pacto de arras por lo general representa una vinculación efectiva entre las partes como pacto añadido a la compraventa<sup>93</sup>, que ya está perfeccionado, en el precontrato todavía el contrato definitivo no estará perfeccionado, razón por la cual en la entrega de una cantidad como señal antes de celebrar el contrato perfecto no nos hallamos en puridad ante unas arras, sino más bien ante una reserva<sup>94</sup>.

Prueba de la diferenciación entre ambas figuras en ciernes —precontrato y arras— es que, por supuesto, la función de las arras también se cumple en el precontrato<sup>95</sup> y, por ende, la eficacia de las mismas con ocasión de la celebración de un precontrato dependerá en todo caso de lo pactado entre las partes.

8. *Precontrato y opción.* A pesar de que en ambos casos nos hallamos ante un escenario previo al contrato definitivo en el que se cuenta con la facultad de pedir el otorgamiento del contrato<sup>96</sup> y de que, según la concepción más moderna del precontrato, tampoco se requiere en él, al igual que en la opción, una nueva declaración de voluntad añadida a la promesa unilateral efectuada<sup>97</sup>, sino que bastaría con que el acreedor exigiera su eficacia al ejercer la opción para que el contrato resultara formado<sup>98</sup>, lo cierto es que entre ambas figuras encontramos diferencias significativas<sup>99</sup>.

En efecto, uno de los criterios distintivos tiene que ver con el número de personas que por su través resultan obligadas<sup>100</sup>: el precontrato, por lo general, presenta un carácter bilateral, por lo que de él emanan obligaciones recíprocas

entre las partes para su puesta en vigor; la opción suele ser habitualmente más bien unilateral, puesto que el concedente ya se obligó y, por ende, el ejercicio de dicha facultad queda al arbitrio de quien ostenta este beneficio —optante—, tal como ha venido reconociendo nuestra jurisprudencia<sup>101</sup>.

Sin embargo, más difícil resulta la delimitación entre precontrato y opción cuando tomamos como referencia la promesa y la opción bilaterales, pues ambas figuras tienden a asimilarse<sup>102</sup>, cuando, en puridad, debería reservarse la denominación de opción a la promesa unilateral, en tanto que la de precontrato a la promesa bilateral, toda vez que la opción, por muy bilateral que sea, siempre cuenta con la facultad de atribuirle efectos reales y acceder al Registro, razón por la cual ya no podríamos hablar de precontrato, por mucho que así lo hubiéramos denominado y, de ser este el caso, dicho pacto no tendría acceso registral ni produciría la generación de derecho real de adquisición alguno.

Aún así, el optante cuenta con un derecho potestativo que se manifiesta en la facultad de perfeccionar el contrato a través de la aceptación de la oferta realizada por el promitente dentro del plazo señalado para ejercerlo, lo cual no implica contar a su favor con un derecho de crédito exigible al promitente para celebrar un contrato futuro<sup>103</sup> —obligación de hacer—, sino que más bien, y a lo sumo, el optante sería acreedor de una obligación de no hacer, esto es, la que recaería sobre el promitente de no impedir el perfeccionamiento del contrato al que está orientada la opción. Por el contrario, el precontrato genera obligaciones de hacer<sup>104</sup>, y será de la ejecución de estas obligaciones de donde derivará el contrato definitivo.

9. *Precontrato y otras figuras (venta obligatoria, contrato normativo, pacto de prelación).* Cuando hablamos de venta obligatoria o de efectos obligatorios nos hallamos ante un contrato definitivo, de estructura unitaria y cuyos efectos dimanen de un solo contrato<sup>105</sup>, que ya contiene la voluntad de dar, toda vez que el efecto traslativo de la propiedad no queda subordinado a una declaración de voluntad posterior, sino más bien a un evento ulterior —*traditio*— para que ocurra el efecto traslativo de la propiedad<sup>106</sup>, en virtud de la doctrina del título y el modo que rige en nuestro Derecho.

Aun cuando hay una tendencia que afirma que el precontrato y los contratos normativos conjuntamente conformarían la categoría de los contratos preparatorios<sup>107</sup>, las diferencias entre ambos son más que evidentes, puesto que el contrato normativo<sup>108</sup> se limita a obligar a las partes, en el caso de que lleguen a celebrar esos contratos futuros individuales, a atenerse al esquema y modelo previamente convenido en el normativo en las materias que él contenga; pero, a diferencia del precontrato, el contrato normativo no obliga a las partes a celebrar un contrato futuro<sup>109</sup>, sino que solo desplegará sus efectos cuando las partes decidan contratar en el futuro.

Superada ya la tesis según la cual el pacto de prelación o de preferencia era asimilable a un precontrato unilateral condicionado<sup>110</sup>, son claras las dife-

rencias entre ambas figuras<sup>111</sup>, toda vez que el pacto de preferencia constituye un contrato autónomo, atípico, en cuya virtud quien se comprometió por medio del citado pacto —propietario de la cosa— no queda obligado a vendérsela al beneficiario del mismo, salvo que decida vender el bien a un tercero, en cuyo supuesto, el promitente deberá conceder la prelación debida a quien resultó beneficiado por su través<sup>112</sup>. Así es, el promitente habrá de cumplir dos obligaciones como consecuencia del pacto suscrito<sup>113</sup>: no solo deberá comunicar al beneficiario su voluntad de enajenar la cosa a un tercero, sino que, además, deberá abstenerse de venderla sin antes llevar a cabo la información mencionada y esperar la respuesta del beneficiario.

### 3. EN ESPECIAL, SU NATURALEZA JURÍDICA

Uno de los temas más controvertidos en torno a la figura del precontrato es el relativo a su naturaleza jurídica, cuestión en modo alguno baladí, puesto que dependiendo de cuál sea la postura que se asuma al respecto, se podrá explicar el fenómeno de la formación del contrato, así como la relación que media entre él y el contrato definitivo al que está orientado por su propia esencia.

#### 3.1. *Teorías sobre el particular*

Vamos a hacernos eco de las principales teorías que se han expuesto, que van desde la clásica del pacto de contrahendo; pasando por la que, incluso, llega a cuestionar realmente la existencia de la figura que nos ocupa; incluso, la que considera hallarnos ante un contrato base; o, por fin, la que reputa tratarse de una fase dentro del desarrollo complejo y progresivo del contrato; sin omitir, claro está, otras que adoptan un criterio ecléctico, al reunir aspectos y alegatos variados.

a) Teoría clásica que considera el precontrato como un *pactum de contrahendo*. En su virtud, cuando se realiza un precontrato, las partes se obligan a llevar a cabo un contrato definitivo cuyo contenido ya se ha pactado<sup>114</sup> y, precisamente, a través de aquel se presenta el proyecto del que será el futuro contrato. Así pues, en el caso de una promesa bilateral de compraventa, las partes resultarían obligadas a concluir más adelante la compraventa<sup>115</sup>, puesto que en el momento en que se lleva a cabo dicha promesa las partes no querían comprar y vender.

A su vez, esta propuesta presenta dos versiones diferentes, según se atribuya a la figura en ciernes un mero carácter preparatorio<sup>116</sup>, o bien se conciba ya como un verdadero contrato<sup>117</sup> en el que se determinen los elementos esenciales del futuro contrato (plazo cierto para la conclusión del contrato proyectado<sup>118</sup>;



capacidad general para obligarse y no la específica requerida en el futuro contrato; objeto<sup>119</sup> y forma<sup>120</sup>) y, por ende, cumpla su función en el tráfico jurídico.

Como consecuencia de ello, el precontrato compele a las partes que lo celebraron a contratar o, en expresión de la jurisprudencia<sup>121</sup>, «*las partes se obligan a obligarse*», lo que se traduce en que el objeto de aquel no sea el del contrato definitivo, sino más bien la realización de este, esto es, una prestación consistente en un hacer<sup>122</sup>, pues las partes se comprometen a prestar su asentimiento o llevar a cabo lo conducente para gestar el contrato prometido. De tal manera, que el primer contrato se orienta a celebrar un segundo, para lo cual se habrá de emitir una nueva declaración de voluntad.

b) Tesis que cuestionan la figura del precontrato. Cada una de ellas pone énfasis en algunos aspectos apuntados por la teoría clásica para tratar de desvirtuarla de alguna manera. En efecto, podemos destacar entre ellos:

Por un lado, el surgimiento de la obligación de prestar una nueva declaración de voluntad que emana del precontrato nos sitúa ante una obligación de hacer de carácter personalísimo<sup>123</sup>, que no es directamente coercible ni puede ser objeto de ejecución forzosa<sup>124</sup>.

A su vez, dicha obligación de prestar una nueva declaración representaría una limitación al principio de la libertad contractual, puesto que ya no se trata de una manifestación libre y espontánea de voluntad, sino más bien una expresión de un acto debido derivado del precontrato, sin el cual el contrato definitivo no será tal. Aún así, es más que discutible que, por ser un acto debido, el acto deje de ser voluntario<sup>125</sup> y que, por tanto, la manifestación de voluntad no sea ya por ello ni libre ni espontánea.

A mayor abundamiento, y siguiendo con la misma línea argumental, se llega a cuestionar incluso la utilidad de la figura<sup>126</sup>, dado que, en su virtud, se obliga a las partes a prestar un nuevo consentimiento, esto es, a contratar, mas no a cumplir el contrato definitivo, con lo cual, para que las partes resultaran obligadas a cumplirlo, amén de obligarse a contratar, como consecuencia del nuevo contrato realizado —precontrato—, se tendrían que comprometer también en él a cumplir el contrato proyectado, lo cual constituiría un rodeo innecesario.

c) El precontrato constituye el contrato base del que se desarrollará posteriormente, de tal manera que no se trata de un contrato que promete llevar a cabo otro posterior, como entendía la doctrina clásica, sino que más bien es el mismo contrato futuro, pero antes de ser desarrollado<sup>127</sup>; así pues, el precontrato constituye el embrión, al contener todos sus elementos básicos, del futuro contrato definitivo. En la medida que no se exige una nueva declaración de voluntad, por haber sido prestada inicialmente, sino una mera labor de desarrollo<sup>128</sup>, una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo<sup>129</sup>, el juez podría suplir la falta de cooperación de alguna de las partes a realizar esta prestación fungible de desenvolvimiento, mas no tanto en el sentido de



actuar en nombre del obligado a ello, cuanto en declarar logrado el resultado pretendido en el contrato.

Precisamente, una consecuencia de esta concepción es que el precontrato se extinguiría una vez alcanzado su cumplimiento, al haberse agotado o consumido en sí mismo.

d) El precontrato como una de las fases del recorrido contractual complejo y de formación sucesiva<sup>130</sup>. En su virtud, en la relación contractual pueden distinguirse dos momentos bien diferenciados: la promesa de contrato, con funcionamiento propio y todos sus elementos perfilados, en la que se acuerda el contrato proyectado y se crea la facultad de reclamar su cumplimiento; y la de exigencia de la mencionada promesa por quien o quienes resulten facultados para ello. A pesar de la distinción señalada, no se puede dejar de tener presente la conexión necesaria —unidad funcional— de toda la relación negocial<sup>131</sup>, puesto que de la promesa de contrato nace la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado.

No obstante la unidad funcional que media entre ambas fases, que determinará que los requisitos de validez exigidos en el futuro contrato apliquen también en el preliminar, sin embargo, en cada una de ellas, la vinculación entre las partes se produce con un alcance y contenido diferentes<sup>132</sup>, puesto que en la etapa previa los derechos y deberes contractuales todavía no están totalmente delimitados y configurados<sup>133</sup>, al no mediar sino un vínculo obligatorio del que nace exclusivamente la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato.

e) Otras posiciones eclécticas. Algunas posturas doctrinales llegan a cuestionar la existencia de dos momentos en la perfección de un contrato, como si en un primer momento el contrato resultara ya proyectado, si bien su eficacia quedara pendiente de un momento posterior cuando los contratantes lo decidieran<sup>134</sup>. Por ello, según este hilo argumental, no siempre que hablamos de precontrato estamos ante una misma situación jurídica: pueden existir distintos grados de vinculación con fines diferentes<sup>135</sup>, razón por la cual difícilmente se puede asumir una única posición en torno al precontrato, sino que más bien habrá que estar a su eficacia en cada supuesto, de conformidad al fin perseguido por las partes<sup>136</sup> y, así, en función de la solución adoptada, calificar tal como proceda.

De ahí que vaya tomando cada vez más fuerza la superación de la concepción unitaria de la figura del precontrato<sup>137</sup>, cuyo sustrato común se asentaría en la idea de que las partes desean que el contrato proyectado exista en el futuro, pero no ahora<sup>138</sup>, si bien, por su través, puede haber diversos grados de vinculación en función de lo pretendido y sea conveniente en cada momento, para lo cual se pueden articular distintas combinaciones contractuales, lo que nos llevaría a sostener que, en lugar de precontrato, sería más oportuno hablar de precontratos<sup>139</sup>.

### 3.2. *Nuestra posición*

Antes de exponer nuestra postura sobre el particular, comenzaremos por realizar una visión crítica de las teorías apuntadas con anterioridad.

Parece que, con base en el argumento de una realidad que se impone, atacar la figura del precontrato, incluso hasta llegar a la negación de su existencia, estaría más que desaconsejado, pues así se desconocería el alcance y dimensión actuales de la misma: permitir una vinculación contractual con antelación al contrato definitivo que se quiere consumir, de tal manera que, por su través, se pueden garantizar situaciones jurídicas inicialmente, sin que ello conlleve la producción de efectos inmediatos del negocio. Y es que negar utilidad al precontrato es ignorar su verdadera función en nuestros días, cual es proporcionar una vinculación contractual con antelación a que se complete el contrato definitivo que se pretende alcanzar<sup>140</sup>. En efecto, el precontrato prepara y asegura situaciones jurídicas futuras<sup>141</sup> al vincular a las partes sin generar todavía una eficacia inmediata del contrato.

Por otro lado, entender que la obligación de prestar una nueva declaración constituye una limitación al principio de la libertad contractual, puesto que ya no se trata de una manifestación libre y espontánea de voluntad, es más que discutible a nuestro juicio, dado que, aun admitiendo que estamos en presencia de un acto debido, no por ello el acto deja de ser voluntario.

Además, aunque partamos de que el surgimiento de la obligación de prestar una nueva declaración de voluntad emanada del precontrato nos sitúe ante una obligación de hacer de carácter personalísimo, no directamente coercible ni objeto de ejecución forzosa, lo cierto es que el obligado a cumplir dicha prestación de hacer podría ser requerido en tal sentido y, de no cumplirla en el plazo señalado, hasta podría el juez decretar la ejecución forzosa, dando por prestado el consentimiento y supliendo al obligado en el otorgamiento de los documentos necesarios para ello, puesto que, como reseña nuestra jurisprudencia<sup>142</sup>, la consumación de la promesa de vender o comprar no precisa de una nueva y especial manifestación de voluntad, al contar ya con el suficiente consentimiento inicialmente prestado.

No resulta tampoco satisfactoria la concepción clásica que considera al precontrato como un contrato que promete otro futuro, como si ambos fueran distintos<sup>143</sup>, de tal manera que tanto los requisitos de forma como de capacidad del primero pudieran no coincidir con los del segundo<sup>144</sup>, porque, de ser así, llegaríamos al absurdo en cuya virtud, cumplidos tales requisitos en el primero, el contrato definitivo no sería eficaz por no cumplir los suyos propios.

Y de la misma manera tampoco resulta del todo convincente la consideración del precontrato como un contrato preparatorio en el que se asientan las bases del que se desarrollará posteriormente, toda vez que la insuficiencia de dichas bases ya representaría un obstáculo para la propia eficacia del precontrato, pues

su desarrollo posterior precisaría de una nueva declaración de voluntad como expresión de un nuevo consentimiento sobre los aspectos que no se diseñaron totalmente con carácter previo; de tal manera que, en el caso de que estos aspectos ya se hubieran diseñado, más que un desarrollo de las bases, lo que estaríamos llevando a cabo, en verdad, sería su puesta en vigor<sup>145</sup>.

Incluso, la pretendida unidad funcional esgrimida en la concepción del precontrato como una fase del camino contractual complejo de formación sucesiva sería cuestionable e incompleta<sup>146</sup>, por reducir la visión del precontrato a la facultad de las partes vinculadas a poner en vigor el ya pergeñado en todos sus detalles, así como también por ignorar que el precontrato se asienta fundamentalmente sobre la obligación de las partes en cooperar para determinar todos y cada uno de los elementos del contrato definitivo al que se tiende. Precisamente por ello, el reconocimiento de dos fases (promesa de contrato y exigencia de la promesa) nos lleva a afirmar que los requisitos de validez del contrato definitivo deben extenderse también a los de validez del precontrato, aun cuando cuenten con diferente alcance y contenido<sup>147</sup>, con lo cual y de seguir esta posición, la distinción y delimitación del precontrato con la figura de la opción se tornaría más que complicada, y ello no obstante ser opinión más que consolidada la del carácter *sui generis*, autónomo y propio<sup>148</sup> predicable de esta última.

Así pues, a partir de las premisas señaladas con antelación, nuestra posición sobre el tema que nos ocupa es la siguiente:

- a) Entendemos que negar la utilidad del precontrato es pasar por alto la función que incontestablemente la figura presta en nuestros días, en cuya virtud las partes quedan vinculadas con antelación a la consecución del contrato que definitivamente se pretende realizar, de tal manera que por su través se preparan y aseguran situaciones jurídicas venideras, aun cuando dicha vinculación no genera inmediatamente eficacia en el contrato pretendido.
- b) El hecho de que para consumir el contrato definitivo iniciado por medio del precontrato exija la prestación de una nueva declaración, en modo alguno, a nuestro juicio, representa una traba al principio de la libertad contractual, toda vez que, incluso llegados al extremo de admitir que estamos en presencia de un acto debido, de carácter personalísimo, en ningún caso dicho acto pierde su carácter de acto jurídico voluntario.
- c) A mayor abundamiento y relacionado con lo señalado en el punto anterior, aun en el supuesto de admitir que el acto debido es personalísimo, no susceptible de coerción ni objeto de ejecución forzosa, podría la autoridad judicial decretarla para el caso de que el obligado a prestar dicho consentimiento no lo hiciera en el plazo estipulado al efecto, sobreentendiendo el juez que el consentimiento ya fue prestado, como sucede en el caso de promesa de compra o venta, cuya consumación no

requiere de una nueva y específica voluntad de vender o comprar, por ser suficiente el consentimiento inicialmente manifestado.

- d) No estimamos tampoco que el precontrato sea un mero contrato preparatorio en el que se fijan las bases del que ha de desarrollarse con posterioridad, pues de considerarlo así, la insuficiencia de estas privaría al precontrato de eficacia, y nos conduciría inexorablemente a exigir una nueva declaración de voluntad sobre los extremos no diseñados previamente con plenitud; y, en el caso de que las líneas básicas fueran completas, el contrato definitivo no constituiría un desarrollo de aquellas, sino más bien, la puesta en marcha del mismo precontrato.
- e) No podemos admitir que el precontrato y el contrato definitivo son distintos, de manera que funcionen y operen de manera independiente, sino que constituyen dos secuencias de un mismo hilo argumental en una clara expresión de unidad funcional entre los dos. En consecuencia, los requisitos de forma y capacidad de ambos han de coincidir a fin de evitar incoherencias tales como la posible ineficacia del contrato definitivo por no cumplir sus requisitos, a pesar de que sí son observados, por su parte, en el precontrato.  
Ello no obsta para reconocer que la extensión de los requisitos de validez del contrato definitivo a los del precontrato debe entenderse con un diferente alcance y contenido, aunque ello nos aproxime al campo de aplicación de la opción.
- f) No obstante dicha aproximación entre precontrato y opción, es cierto que ambas figuras presentan diferencias más que considerables, ya por el número de personas que se obligan (bilateral el precontrato, por lo general; y unilateral la opción), ya por la naturaleza de las obligaciones generadas (derecho potestativo del optante, manifiesto en la facultad de perfeccionar el contrato a través de la aceptación de la oferta del promitente dentro del plazo señalado, lo que convierte al optante en acreedor de una obligación de no hacer, puesto que el promitente no podría impedir el perfeccionamiento del contrato al que está dirigido la opción; en tanto que la obligación surgida en el precontrato, consistente en su ejecución para la obtención del contrato definitivo, constituye más bien una obligación de hacer).

De ahí que entendamos que el precontrato constituye por sí solo un contrato por el cual las partes quedan ya obligadas, sin perjuicio de que su contenido estribé en el compromiso adoptado por los contratantes para realizar tal o cual comportamiento dirigido a la consecución del contrato definitivo que se pretende alcanzar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALABISO, A.: *Il contratto preliminare*. Giuffrè. Milano, 1966.
- ANDRE, M.; DUMONT, M., GRIGNON, P.: *L'après-contrat*. Editions Lefebvre. París, 2005.
- ASCOLI, A.: «Contratto preliminare», *Rivista di diritto civile*, 1910.
- ASTUTI, G.: «Promesse de vente vaut vente», *Rivista di storia del diritto italiano*, 1952-1954, págs. 247 y sigs.
- BOZZI, G.: *Il contratto preliminare*. UTET. Torino, 2007.
- BRANCOS NUÑEZ, E.: *La opción de compra. La evolución jurisprudencial y su actual utilidad como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario*. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XXXIII. Edersa. Madrid, 1994.
- CARNELUTTI, F.: «Formazione progressiva del contratto», *Rivista di diritto commerciale*, 1916-II.
- CARRARA, G.: *La formazione dei contratti*. Vallardi. Milano. 1915, págs. 28 y sigs.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1950, págs. 1168 y sigs.
- DE MATTEIS, R.: *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*. Cedam. Padova, 1991.
- GABRIELLI, E.: «Il preliminare ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente», en *Rivista di diritto commerciale*, 1986 II, págs. 313 y sigs.
- GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V.: «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.) Tomo III, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002.
- GAZZONI, F.: «Contratto preliminare», en *Il contratto in generale* (AA.VV.), vol. XIII, tomo II del Trattato di diritto privato (BESSONE, M.). Giappichelli, Torino, 2000.
- LORENZO MERINO, F. J.: *La opción de compra en el Derecho español*. Tórculo ediciones. Santiago de Compostela, 1992.
- LUPINI BIANCHI, L.: «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C.: *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ GALLEGÓ, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Pons, Madrid, 2000.
- MELICH ORSINI, J.: «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, págs. 69 y sigs.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MORENO QUESADA: *La oferta de contrato*. Nero. Barcelona, 1963.
- MORO, S.: «El precontrato», en *RCDI*. Madrid, 1934, págs. 82 y sigs.
- MOUSSERON, J. M.; GUIBAL, M., MAINGUY, D.: *L'avant-contrat*. Editions Francis Lefebvre. París, 2001.

- PALERMO, G.: *Contratto preliminare*. Cedam, Padova, 1991.
- PEREGO, E.: *I vincoli preliminare ed il contratto*. Giuffrè. Milano, 1974.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson. Madrid, 2000.
- ROCA SASTRE, E.: «Contratos de promesa», en *Estudios de Derecho Hipotecario*, III. Barcelona, 1979, págs. 324 y sigs.
- RODRÍGUEZ TORRES, J.: *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada.
- ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M., SAPENA DAVO, J.: *La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa*. XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino. Amsterdam, 1989. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid.
- ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Montecorvo, Madrid, 1983.
- SASSO, C.: *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*. Giuffrè, Milano, 1971.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J.: *Precontractual Liability: Reports to the XIII Congress International Academy of Comparative Law*. Montreal. Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, págs. 153-155.
- SERRAO, E.: *Il contratto preliminare*. Cedam. Padua, 2006.
- SPECIALE, R.: *Contratti preliminare e intese precontrattuali*. Giuffrè. Milano, 1990.
- VITALONE, V.: *Il contratto preliminare*. Giappichelli. Torino, 2005.

## NOTAS

<sup>1</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187. La sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de diciembre de 1991, reconoce estos momentos en la creación del contrato.

<sup>2</sup> Algunos autores asimilan la fase de formación del contrato con la de su perfección o conclusión. Al respecto, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*. Tomo I, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 148.

<sup>3</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187.

<sup>4</sup> COCA PAYERAS, M., «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 446.

<sup>5</sup> Hablamos de lo que la doctrina ha dado en llamar como sistemas de temporización del contrato, dirigidos a permitir una mejor formación de la voluntad del consumidor. Al respecto, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 328.

<sup>6</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 188.

<sup>7</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I. EJEa. Buenos Aires, 1952, pág. 308.

<sup>8</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, págs. 69 y 70.

<sup>9</sup> Hay contratos que, incluso, están orientados a alcanzar su eficacia en el futuro, razón por la cual hablamos de una eficacia conservativa que tiende a proteger su eficacia principal futura, tal como ocurre en los contratos bajo condición suspensiva. En este sentido, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, I/2.º, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 148.

<sup>10</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187.

<sup>11</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 237.

<sup>12</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

<sup>13</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I. Parte general*, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 149.

<sup>14</sup> MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*. Nero, Barcelona, 1963.

<sup>15</sup> Aplicable en el caso de contratos de escaso valor económico o que, por reproducir modelos ya preestablecidos, no necesitan de elaboración o discusión previas. Ver Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187.

<sup>16</sup> Los contratos generalmente son de formación sucesiva, de tal manera que suele mediar un intervalo entre la oferta y la aceptación a los fines de que las partes puedan deliberar o discutir las condiciones y llegar a un acuerdo. En este sentido, Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 188.

<sup>17</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 237.

<sup>18</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 1991.

<sup>20</sup> En este sentido lo expresa el artículo 1135 del Código Civil francés, o el propio artículo 1258 del Código Civil español, entre otros. Criterio ratificado por el Tribunal Supremo español en sentencia de 13 de octubre de 1999.

<sup>21</sup> Ver, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 21 de diciembre de 1984. La misma línea argumentativa sostiene la sentencia de 18 de noviembre de 1991 con relación a un contrato de arrendamiento y de opción de compra celebrado mediante un convenio verbal y probado mediante testigos, que constituye fuente de perfección del referido contrato sin requerir para ello forma escrita alguna sobre la base de que, como regla general, para la existencia de un contrato basta la producción del consentimiento, cualquiera sea la forma en que se exprese, el objeto y la causa.

También presenta el mismo argumento la sentencia de 24 de diciembre de 1994 al reseñar que el contrato de arrendamiento de servicios se perfecciona por el mero consentimiento, surgiendo así entre los contratantes y de manera recíproca la obligación de cumplir y ejecutar lo que cada una de las partes asumió, al margen del grado de perfección en el que se encuentre, puesto que ya se había perfeccionado al momento de celebrarse.

<sup>22</sup> JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*. Barcelona, 1958.

<sup>23</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 342 y sigs.

<sup>24</sup> En este sentido el artículo 1822 del Código Civil italiano de 1942, así como el parágrafo 610 del BGB alemán.

<sup>25</sup> Tal como sucede, por ejemplo, en los artículos 1749 y 1776 del Código Civil español. Al respecto, Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1/2, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 340.

<sup>26</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 324.

<sup>27</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1984, aclara que para determinar la existencia o no de un contrato no se puede partir de la idea según la cual el contrato solo puede nacer en virtud de un documento escrito, ya público o privado, toda vez que en sede contractual rige el principio de la libertad de forma.

En la misma línea argumentativa la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1991, a propósito de un contrato de arrendamiento con opción de compra, al que declara perfec-



cionado por el mero acuerdo verbal entre las partes sobre los elementos esenciales del mismo (objeto y causa), al margen de cuál fuera la forma en la que el consentimiento se produzca.

<sup>28</sup> Más que evidente resulta al respecto la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 17 de enero de 1986, cuando reafirma que «para la existencia real de los contratos que originen relaciones jurídicas exigibles (...) es preciso que haya habido un concierto de voluntades serio y deliberado por el cual hayan quedado definidos los derechos y obligaciones de los contratantes...».

<sup>29</sup> Precisamente, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 17 de enero de 1986, pone claramente de manifiesto este aspecto.

<sup>30</sup> En este sentido, la sentencia de la Corte Federal y Casación venezolana, de 23 de febrero de 1950 (Gaceta Forense, núm. 4, 1950, 1.ª Etapa, págs. 92-93) a propósito del juego de azar denominado «5 y 6».

<sup>31</sup> Ver, sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 20 de abril de 1993.

<sup>32</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002, págs. 325-327.

Doble perspectiva señalada que se reconoce abiertamente en la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1985.

<sup>33</sup> Así sucedía, por ejemplo, en el Derecho Romano con la *mancipatio* y la *in iure cessio*, puesto que si no se observaban dichas formalidades, el contrato no existía y, por ende, no surgían obligaciones para las partes. Al respecto, BERNAD MAINAR, R., *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB, Caracas, 2009, págs. 268-270.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2001, pág. 360.

<sup>35</sup> BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II, Publicaciones FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 130-131.

<sup>36</sup> MAZEAUD, H., L., y J., CHABAS, F., *Leçons de droit civil*. T. II, vol. 1. Obligations. París, 1991, pág. 122.

<sup>37</sup> MALAURIE, P., AYNES, L., *Droit civil. Les contrats spéciaux*. Cujas, París, 1993-1994, pág. 94.

<sup>38</sup> LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, págs. 191-192.

<sup>39</sup> TAMAYO LOMBANA, A., *Manual de Obligaciones*, Temis, Bogotá, 2004, pág. 57; OSPINA Y OSPINA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Temis, Bogotá, 2005, pág. 171.

<sup>40</sup> COVIELLO, L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896 (Contratto preliminare, Enciclopedia Giuridica Italiana, 1902, págs. 62 y sigs.).

<sup>41</sup> Expresión introducida por los juristas alemanes Heinrich Thöl (1854) y Göppert, aunque su verdadera construcción jurídica se deba al también alemán Degenkolb (1871). Al respecto, RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 23.

<sup>42</sup> ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 23.

<sup>43</sup> Un fragmento de Paulo (D. 45, 1, 68), relativo a las promesas de mutuo, serviría a los glosadores para la elaboración de los primeros conatos de la categoría general de los *pacta de contrahendo*, categoría que se iría perfilando más precisamente en la doctrina de los postglosadores. Una interpretación de este texto romano y la evolución ocurrida durante el Derecho intermedio en CARRARA, G., *La formazione dei contratti*. Vallardi, Milano, 1915, págs. 28 y sigs.

Una Constitución del emperador Justiniano del año 528 se ocupa de la promesa de compraventa sujeta en su cumplimiento al otorgamiento de un documento escrito que las partes se obligan a suscribir (*Lex contractus cod. de fide instrumentorum*, Codex 4, 21, 17). Sobre el alcance de esta Constitución, ASTUTI, G., «Promesse de vente vaut vente», en *Rivista di storia del diritto italiano*, 1952-1954, págs. 247 y sigs.

<sup>44</sup> Así se expresa la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de junio de 1993.



<sup>45</sup> Sentencias de 2 de febrero de 1960; 5 de octubre de 1961; 18 de diciembre de 1962; 2 y 26 de marzo y 16 de octubre de 1965; 2 de octubre de 1968; 26 de mayo de 1976; 16 de abril y 19 de junio de 1979; 24 de mayo de 1980; 20 de noviembre de 1982; 6 de abril de 1984; 22 de marzo de 1985; 10 de marzo de 1986; 13 de diciembre de 1989; 4 de julio de 1991; 8 de octubre de 1993; 7 y 19 de julio de 1994; 28 de septiembre de 1995 y 8 de febrero de 1996.

<sup>46</sup> Sentencias de 21 de diciembre de 1955; 26 de octubre de 1956; 2 de mayo de 1958; 2 de marzo de 1965; 30 de diciembre de 1980; 24 de diciembre de 1992 y 28 de diciembre de 1995.

<sup>47</sup> Así lo establece la Ley 516, 3.º de la Compilación navarra cuando reconoce la obligación de contratar que resulta del precontrato.

<sup>48</sup> ROCA SASTRE, E., *Contratos de promesa, Estudios de Derecho Hipotecario, III*, Barcelona, 1979, págs. 324 y sigs.

<sup>49</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1950, págs. 1168 y sigs.

<sup>50</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, décima edición, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 441.

<sup>51</sup> Ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1995, en lo que atañe a la forma del contrato preparado. También MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I. EJEa, Buenos Aires, 1952, pág. 354.

<sup>52</sup> La Ley 516, 2 de la Compilación navarra de 1973 adoptaría este último criterio.

<sup>53</sup> Así SHLOSSMAN o ALGUER, quienes negaban sustantividad a la figura, toda vez que para lograr sus mismos efectos podíamos acudir a la estipulación de una condición suspensiva o un plazo en el contrato perfecto en ciernes. En este sentido, RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 25.

<sup>54</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 205. Sobre la utilidad práctica de la figura en el aspecto tributario, MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEa, Buenos Aires, 1952, págs. 358-360. Ver también LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, págs. 195-199.

<sup>55</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 242-243.

<sup>56</sup> LUPINI BIANCHI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 49.

<sup>57</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 435. La sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1995, niega su admisión para el caso de promesa de donación.

<sup>58</sup> BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II, Publicaciones FCJP, UCV, Caracas, 2006, pág. 22.

<sup>59</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEa, Buenos Aires, 1952, pág. 354.

<sup>60</sup> Más que una categoría jurídica, con la expresión contrato preparatorio nos referimos a un periodo que precede a la conclusión del contrato, el tiempo del antecontrato. Al respecto, MOUSSERON, J. M.; GUIBAL, M. y MAINGUY, D., *L'avant-contrat*. Editions Francis Lefebvre, París, 2001, pág. 14.

<sup>61</sup> SCHMIDT-SZALEWSKI, J., *Precontractual Liability: Reports to the XIII Congress International Academy of Comparative Law*. Montreal, Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, págs. 153-155.

<sup>62</sup> AA.VV. (SANTOS BRIZ, J., coord.), *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 4, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 28 y 29.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ MEDAL, R., *De los contratos civiles*. XXI edición revisada. Porrúa, México, 2004, pág. 130.

<sup>64</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*. Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 98 y 99.

<sup>65</sup> LUPINI BIANCHI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 60-63; MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuarta edición, Caracas, 2006, pág. 71.

<sup>66</sup> SERRAO, E., *Il contratto preliminare*. Cedam, Padua, 2006, pág. 11.

<sup>67</sup> En torno a la cantidad y cualidad de las cláusulas de un contrato que deben ser aprobadas para reputarlo formado, MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuarta edición, Caracas, 2006, págs. 112-122.

<sup>68</sup> MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuarta edición, Caracas, 2006, págs. 120-121.

<sup>69</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEa, Buenos Aires, 1952, pág. 357; LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, pág. 270.

<sup>70</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 496.

<sup>71</sup> TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, decimocuarta edición, 1964, pág. 653.

<sup>72</sup> Ver, en este sentido, la Resolución de la DGRN, de 23 de julio de 1998.

<sup>73</sup> RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 26.

<sup>74</sup> SPECIALE, R., *Contratti preliminare e intese precontrattuali*, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 39.

<sup>75</sup> Tal es el tenor de la sentencia del Tribunal Supremo español, de 12 de mayo de 1994.

<sup>76</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 211. En esta línea argumentativa, ver también las sentencias del Tribunal Supremo español de 11 de octubre de 2000 y 20 de abril de 2001.

<sup>77</sup> SACCO, R., *Il contratto*. UTET, Torino, 1975, págs. 682-683; DISTASO, N., *I contratti in generale*. Tomo I, UTET, Torino, 1980, pág. 705.

<sup>78</sup> ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M., SAPENA DAVO, J., *La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa*. XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino. Amsterdam, 1989. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, pág. 42.

<sup>79</sup> En torno a las posturas encontradas de las partes —vendedor y comprador—, así como la recomendable actuación del fedatario público en las fases preliminares de la compraventa, ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M., SAPENA DAVO, J., *op. cit.*, págs. 43-45.

<sup>80</sup> Respecto a los efectos jurídicos de las obligaciones sujetas a condición suspensiva en sus distintas fases (pendencia, verificación y déficit), BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo I, FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 91 y sigs.

<sup>81</sup> Sobre el particular, ver la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 1991.

<sup>82</sup> Doctrina recogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de junio de 1998.

<sup>83</sup> ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato*, Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 401.

<sup>84</sup> Respecto de las obligaciones a plazo y sus efectos jurídicos, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, Tomo I, FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 84-87 y sigs.

<sup>85</sup> Sentencias del Tribunal Supremo español, de 10 de marzo y 12 de julio de 1986; 24 de diciembre de 1992; 7 de julio de 1994. Un estudio sobre las modalidades de arras en URDANETA FONTIVEROS, E., *Las arras en la contratación*. Discurso y Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, págs. 45 y sigs.

<sup>86</sup> Sentencias del Tribunal Supremo español, de 4 de noviembre de 1991; 3 de octubre de 1992; 25 de marzo de 1995; 22 de abril de 1995 y 31 de diciembre de 1998.

<sup>87</sup> GALGANO, F., *Il contratto*, Cedam, Padova, 2007, pág. 515; ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Las arras en la contratación*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 133.

<sup>88</sup> DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*. Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 35-42; ZOPPINI, A., *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1991, págs. 299-313.

<sup>89</sup> ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Las arras en la contratación*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 162-163; TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 2005, pág. 738.

<sup>90</sup> Ver sentencias del Tribunal Supremo español, de 4 de noviembre de 1991; 3 de octubre de 1992; 25 de marzo de 1995 y 22 de abril de 1995.

<sup>91</sup> La calificación de la entrega de una cantidad de dinero, ya como anticipo del precio, ya como arras, dependerá de la interpretación que se dé a la voluntad de las partes. Al respecto, URDANETA FONTIVEROS, E., *Las arras en la contratación*. Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pág. 140.

<sup>92</sup> En este sentido, ver la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 1995.

<sup>93</sup> ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 388 y sigs.

<sup>94</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 239.

<sup>95</sup> URDANETA FONTIVEROS, E., *Las arras en la contratación*. Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pág. 36.

<sup>96</sup> Sobre esta posición errónea de algunos autores que llegaba a confundir ambas figuras, MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*. UTET, Torino, 1980, pág. 210.

<sup>97</sup> La concepción clásica del precontrato exigía una nueva declaración por parte del concedente a la promesa inicial efectuada, no obstante que dicho consentimiento pueda ser suplido por el juez. Al respecto, TORRES LANA, citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II*, pág. 381.

<sup>98</sup> DISTASO, N., *Dei contratti in generale*. Tomo I, UTET, Torino, 1980, pág. 546.

<sup>99</sup> CESARO, E., *Il contratto e l'opzione*. Jovene, Napoli, 1969, págs. 80 y sigs.; SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale* (Commentario del Codice Civile, Scialoja y Branca), Zanichelli/Foro Italiano, Bologna/Roma, 1970, pág. 436.

<sup>100</sup> En torno a la relación existente entre el pacto de opción y la promesa unilateral y bilateral de venta, LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, págs. 223-226.

<sup>101</sup> En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1979 y de 4 de marzo de 1991.

<sup>102</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II*, pág. 382.

<sup>103</sup> MALAURIE, P., AYNES, L., *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Cujas, París, 1993-1994, pág. 85.

<sup>104</sup> MELICH ORSINI, J., *La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y no hacer en el derecho venezolano*. Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Tomo I, UCV, Caracas, 1970, págs. 469 y sigs.

<sup>105</sup> SERRAO, E., *Il contratto preliminare*. Cedam, Padua, 2006, pág. 55.

<sup>106</sup> SPECIALE, R., *Contratti preliminare e intese precontrattuali*, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 38; LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, pág. 271.

<sup>107</sup> SALANDRA, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, págs. 21 y sigs.

<sup>108</sup> En torno a esta categoría contractual, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II, Publicaciones FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 30-33.

<sup>109</sup> ALBANESE, A., D'ETORRE, M. L., «Il contratto normativo», en *I rapporti giuridici preparatori* (Francesco Realmonte), Giuffrè, Milano, 1996, págs. 202-203; SERRAO, E., *Il contratto preliminare*, Cedam, Padua, 2006, pág. 29.

<sup>110</sup> COVIELLO, L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*. Milano, 1896 (Contratto preliminare, Enciclopedia Giuridica Italiana, 1902, pág. 100); RUBINO, D., *La compravendita*. Giuffrè, Milano, 1971, pág. 35.

<sup>111</sup> MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*. UTET, Torino, 1980, pág. 211; DISTASO, N., *Dei contratti in generale*, Tomo I, UTET, Torino, 1980, pág. 586; BIANCA, C. M., *La vendita e la permuta*. Trattato di diritto civile italiano (Vassalli). UTET, Torino, 1972, pág. 272.

<sup>112</sup> MAZEAUD, H., L., y J.; CHABAS, F., *Leçons de droit civil*. T. II, vol. 1. *Obligations*. París, 1991, pág. 122.

<sup>113</sup> GABRIELLI, E., «Il preliminare ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente», en *Rivista di diritto commerciale*, 1986 II, págs. 313 y sigs.

<sup>114</sup> AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 256.

<sup>115</sup> Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil I/2*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 57.

<sup>116</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEÁ, Buenos Aires, 1952, pág. 354.

<sup>117</sup> MORO, S., «El precontrato», en *RCDI*, Madrid, 1934, págs. 82 y sigs.

<sup>118</sup> Si la promesa contempla un plazo para que una de las partes pueda compeler a la otra la puesta en vigor del contrato definitivo, habrá que estar a la interpretación del precontrato para saber si estamos ante un plazo que opere como límite del ejercicio del derecho por las partes (plazo de caducidad), o bien como tiempo de cumplimiento (no de caducidad). Al respecto, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 216.

<sup>119</sup> Aun cuando la doctrina tradicional considera que el precontrato carece de objeto propio, puesto que lo que pretende es la celebración del segundo contrato, lo cierto es que, aun en el caso de admitir tal premisa, el objeto del precontrato será lícito siempre que sea posible determinarlo sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo de los contratantes. Ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 1999, y ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato*. Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 151.

<sup>120</sup> Aunque la doctrina clásica desliga la forma del precontrato y la del contrato definitivo, hoy se tiende a superar tal criterio. En efecto, si el contrato no exige forma especial, el precontrato no estará sujeto a formalidad alguna; pero, sin embargo, si la requiere para su existencia o validez, el precontrato solo existiría o sería válido, si cumpliera con la forma exigida. Ver al respecto, RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del núm. 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 58.

<sup>121</sup> Ver, al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1980; 22 de marzo de 1985; 28 de noviembre de 1994 y 24 de julio de 1998, entre otras.

<sup>122</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 206.

<sup>123</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, pág. 376.

<sup>124</sup> En torno a la ejecución forzosa de la obligación asumida en el precontrato, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 442-443.

<sup>125</sup> RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del núm. 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 28.

<sup>126</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 205.

<sup>127</sup> ROCA SASTRE, R. M., «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado, I*, Madrid, 1948, págs. 323 y sigs. Esta opinión equipara el precontrato con el contrato preparatorio, en el que se asientan las bases de un contrato específico que se desarrollará en el futuro. Sobre el origen de este criterio, tanto en Demogue como en Degenkolb, TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del núm. 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 31.

<sup>128</sup> Aun cuando nuestra jurisprudencia no ha suscrito esta posición de manera indubitada, sí que se ha hecho eco de ella en algún pronunciamiento (sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1977, 28 de febrero de 1978, 16 de abril de 1979, 10 de marzo de 1986, 13 de diciembre de 1989, 25 de junio de 1993, 19 de julio de 1994 y 23 de diciembre de 1995, entre otras).

<sup>129</sup> AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 256.

<sup>130</sup> DE CASTRO, F., «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1950, págs. 1168 y sigs. Esta monografía nace como consecuencia de la sentencia del Tribunal

Supremo de 1 de julio de 1950, la primera que reconoció la eficacia directa de la promesa de venta.

<sup>131</sup> Siguen con matices esta propuesta en la actualidad, Díez-PICAZO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, entre otros.

<sup>132</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 209.

<sup>133</sup> Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1/2, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 58.

<sup>134</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, II*, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 1982, citado por LORENZO MERINO, F. J., en *La opción de compra en el Derecho español*. Tórculo ediciones, Santiago de Compostela, 1992, págs. 36 y 37.

<sup>135</sup> A tenor de las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de diciembre de 1992 y 8 de julio de 1993: «...no siempre se presenta de la misma forma y manera (...), pues unas veces las propias partes han dejado para el futuro no solo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato (...), mientras que, en otros supuestos, las mismas partes declaran su decidida voluntad —con todos los pormenores y detalles— de celebrar un auténtico contrato de compraventa...».

<sup>136</sup> En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1984; 27 de mayo de 1993 y 26 de noviembre de 1997, en las que se establece que para determinar la configuración y eficacia del precontrato habrá que estar a la intención de los contratantes, al acuerdo de las voluntades, su plasmación objetiva y las circunstancias del caso concreto. Precisamente por ello, el precontrato no solo crea la obligación de contratar en el futuro, sino también genera un vínculo que configura el contenido específico del precontrato.

<sup>137</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, pág. 377.

<sup>138</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, pág. 378.

<sup>139</sup> ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato*. Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 415.

<sup>140</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, II*, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 1982, citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en *op. cit.*, pág. 376.

<sup>141</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 208.

<sup>142</sup> Este es el tenor de la famosa y ya rancia sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1950, que encontraría acogida en otras sentencias más recientes de 13 de diciembre de 1989, 25 de junio de 1993 y 11 de junio de 1998, así como en el tenor del actual artículo 798 de la LEC, que regula expresamente la condena a una declaración de voluntad y las consecuencias de una negativa a cumplir dicha condena.

<sup>143</sup> MORO, «El precontrato», en *RCDI*, Madrid, 1934, págs. 82 y sigs.

<sup>144</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, pág. 379.

<sup>145</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 208.

<sup>146</sup> Criterio sostenido por PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, II*, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 1982, citado por LORENZO MERINO, F. J., *La opción de compra en el Derecho español*. Tórculo, Santiago de Compostela, 1992, págs. 36-37.

<sup>147</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 209.

<sup>148</sup> En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1992; 22 de diciembre de 1992; 4 de febrero de 1994; o la de 23 de enero de 1996.

(Trabajo recibido el 11-10-2012 y aceptado  
para su publicación el 14-1-2014)