

Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato

por
HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Abogado

SUMARIO

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS.

1. INTRODUCCIÓN.
2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.
3. CONCEPTO NORMATIVO DE PRECONTRATO.
4. CONCEPTO DOCTRINAL DE PRECONTRATO.
5. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE PRECONTRATO.
6. EFECTOS DEL PRECONTRATO.
7. CONCLUSIONES.

LISTA DE JURISPRUDENCIA CITADA.

BIBLIOGRAFÍA.

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS

CC	Código Civil.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil.
Compilación Navarra	Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.
SAP	Sentencias de las Audiencias Provinciales.
STS	Sentencias del Tribunal Supremo.
Art.	Artículo.
Pág.	Página.
Ss.	Siguientes.

1. INTRODUCCIÓN

El precontrato es posiblemente una de las figuras jurídicas más controvertidas y seguramente también de las más antiguas. De esta institución se discute su origen, sus antecedentes, sus efectos e incluso su propio concepto.

Una de las principales causas de esta disparidad de opiniones en torno al precontrato, se debe a la ausencia de una regulación general del mismo. Así, aunque la doctrina y la jurisprudencia identifican su regulación específica en el art. 1.451 del CC, es manifiesto que este precepto resulta inaplicable a la mayoría de los precontratos. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que el ámbito de los precontratos es casi ilimitado, pudiendo comprobarse como en el tráfico jurídico es habitual la celebración de precontratos para constituir sociedades, arrendar inmuebles, crear relaciones laborales y un largo etcétera.

Esta polémica ha originado que la jurisprudencia no mantenga una postura uniforme sobre el precontrato, y más concretamente sobre su concepto y sus efectos. Aunque en los últimos tiempos parece mantener un criterio más homogéneo respecto a los efectos.

A su vez, la doctrina dista mucho de llegar a un consenso. Y esta diversificación de posturas provoca una gran incertidumbre sobre la calificación que recibirán los documentos precontractuales, y los efectos que se le asignarán. Por esta razón, hay una gran inseguridad jurídica sobre una de las figuras que más se ha utilizado en la contratación.

Por tanto, el objeto del presente artículo es determinar los supuestos que pueden encuadrarse dentro de la figura del precontrato, así como establecer una regla clara sobre sus efectos, siendo para ello necesario realizar un minucioso estudio doctrinal y jurisprudencial del precontrato.

2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Uno de los problemas habituales en el mundo del Derecho es el empleo de multitud de términos para designar a una sola figura. Esto origina una cierta confusión sobre la institución de la que se está hablando.

En primer lugar, habría que recordar que el precontrato es una figura de creación doctrinal alemana. Así, algunos autores e incluso sentencias hacen alusión a la voz en este idioma, *Vorvertrag* (1). Asimismo, es muy frecuente

(1) Vid. ROMÁN GARCÍA, *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 21; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil, II*, V. 1º, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 380; CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, T. 4º, Reus, 15ª edición, Madrid, pág. 28, y STS de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/353).

entre nuestros autores el uso de la traducción de la terminología italiana, «contrato preliminar» (2). Además, se nombra a esta figura como promesa de contrato (3). A su vez se utiliza el término latino *pactum de contrahendo* por su posible antecedente de Derecho romano (4). Finalmente, es preciso destacar que también se conoce a esta institución como contrato preparatorio (5). En consecuencia, siguiendo a nuestra jurisprudencia (6), se pueden emplear indistintamente todos estos términos.

No obstante, y en aras de evitar la referida confusión, en este artículo siempre se aludirá a la mencionada figura como precontrato.

3. CONCEPTO NORMATIVO DE PRECONTRATO

La doctrina es unánime al señalar que el ordenamiento no regula un concepto general y abstracto de precontrato (7), pero sí sus manifestaciones concretas respecto a los contratos de compraventa, de prenda e hipoteca en los arts. 1.451, 1.862 y 1.875 CC, respectivamente (8).

(2) Vid. LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, T. 3º, 8ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 82; o Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. 1º, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 329, entre otros.

(3) Vid. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, V. II, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 314; SIMÓ SEVILLA, *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, V. 2º, Civitas, Madrid, 2005, pág. 336; STS de 24 de mayo de 1980 (RJ 1980/1963), STS de 25 de junio de 1993 (RJ 1993/5384), STS de 29 de julio de 1996 (RJ 1996/6408), entre otras. No obstante, hay que precisar que hay tres tipos de promesas: la propuesta con los elementos esenciales determinados pero sin aceptación o *pollicitatio*, una promesa aceptada pero sin el grado de determinación de la anterior, y las recíprocas. En principio, la equiparación sería sólo respecto de las últimas. Vid. SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIII, V. 1º, Reus, 2ª edición, Madrid, 1970, pág. 536; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 314; y STS de 2 de marzo de 1965 (RJ 1965/1238).

(4) Vid. ESPÍN, *Manual de Derecho Civil español*, V. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 409; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 28; y sentencias como la STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7235), o la STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144), entre otras.

(5) Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 329, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313.

(6) Vid. STS de 16 de octubre de 1961 (RJ 1961/4468), STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8824), STS de 24 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10657), STS de 25 de junio de 1993 (RJ 1993/5384), STS de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/353), STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7235) o STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144), entre otras.

(7) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313; LASARTE, *op. cit.*, pág. 82, y MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. X, V. I, 6ª edición, Reus, Madrid, 1969, pág. 112.

(8) Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 411; LASARTE, *op. cit.*, pág. 82; y Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 335, entre otros. En este sentido, la STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia núm. 1325/2006, habla de contrato típico llamado en el Código Civil promesa de comprar o vender.

Los preceptos mencionados suponen una regulación de los supuestos de promesa bilateral de compraventa, de prenda e hipoteca. Aunque hay que reseñar que no todos los autores coinciden en señalar el carácter bilateral de la promesa estipulada en el art. 1.451 del CC (9). En concreto, el art. 1.451 dice:

«La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de obligaciones y contratos en el presente libro».

La doctrina ha criticado reiteradamente este precepto. Fundamentalmente por las siguientes causas (10):

- No está claro si la alusión es a promesas unilaterales o bilaterales, puesto que en el primer apartado utiliza el término «promesa de vender o comprar», y en el segundo «promesa de compra y venta».
- Es confusa la remisión a las reglas generales de las obligaciones y los contratos. Aunque parte de la doctrina entiende esta remisión como una prueba de la diferenciación del legislador entre la promesa y la propia compraventa (11).
- Es imprecisa la descripción de sus efectos, ya que dar derecho a «reclamar recíprocamente el contrato» puede entenderse que se refiere al contrato definitivo de compraventa o al contrato de promesa de compraventa.

Por tanto, puede decirse que el art. 1.451 del CC sólo regula un supuesto específico, del cual no está claro ni su ámbito de aplicación, ni su regulación aplicable, ni sus efectos. Esto ha generado diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, como se expondrá en los correspondientes apartados de este artículo.

Por su parte, el art. 1.862 del CC dispone:

«La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen».

(9) Vid. LASARTE, *op. cit.*, pág. 82, y MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. X, *op. cit.*, págs. 112 a 119.

(10) Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 338.

(11) Vid. SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, 2005, págs. 336 y 337.

Del tenor literal del precepto se puede percibir una indeterminación respecto a los efectos de la promesa por el empleo del término «acción personal». No obstante, debido a que tanto la prenda como la hipoteca deben, o conviene, que se otorguen en escritura pública para que se entiendan legalmente constituidas o produzcan efectos frente a terceros (12), la doctrina es unánime en entender que la «acción personal» se refiere a la posibilidad de instar la constitución de la correspondiente garantía para que produzca todos sus efectos (13).

Otra manifestación normativa del precontrato se encuentra en la Ley 516 de la Compilación Navarra, que dice (14):

«La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace, siempre que hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete.

El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes.

La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al precontrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la Ley, y en su defecto, por el Juez».

Esta regulación es mucho más clara y precisa que la del Código Civil. En primer lugar, porque es una regulación general aplicable a todo tipo de precontratos. Por lo que normativamente se determina su ámbito de aplicación.

En segundo lugar, porque regula las promesas unilaterales en el primer apartado y las bilaterales en segundo (15), despejando las dudas que surgen en torno al art. 1.451 del CC.

(12) *Cfr.* arts. 1.865 del CC respecto a la prenda y 1.875 del CC respecto a la hipoteca.

(13) *Vid.* MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. XII, 6ª edición, Reus, Madrid, 1973, pág. 539. Según este autor, parece que la acción se equipara a la prevista en el art. 1.279 del CC. Aunque GUILARTE ZAPATERO precise que «la promesa permite sólo exigir la celebración del contrato de constitución de garantía y la prestación del consiguiente consentimiento y, derivado del contrato concluido, surgirá la facultad de exigir las restantes solemnidades necesarias para la constitución y eficacia real de la garantía». *Cfr.* GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª edición, EDESA, Madrid, 1990, pág. 476. Esta interpretación podría utilizarse analógicamente en precontratos que no sean de prenda o hipoteca.

(14) *Cfr.* *Leyes Civiles Forales*, BOE, Madrid, 2002, pág. 1030.

(15) Aunque no se hace mención expresa al carácter unilateral en el apartado primero, éste se puede deducir de la alusión «convenio consensual» del segundo apartado. Asimismo, las deducciones de que los supuestos de vinculación sean distintos en el apartado primero y segundo, y de que en el apartado primero se establezca que se obliga «quien» hizo la promesa han sido propugnados por la doctrina. *Vid.* ESPÍN, *op. cit.*, pág. 412.

En tercer lugar, porque el precepto establece claramente la normativa aplicable a la promesa, y además recoge un sistema de integración del contrato muy completo, que parece evitar que las partes queden desvinculadas del mismo amparándose en la imprecisión de determinados aspectos del contrato definitivo.

Finalmente, esta regulación es más clara y precisa que la del Código Civil porque señala claramente los efectos de la promesa: la obligación de celebrar el contrato previsto. Por ello, este artículo parece responder satisfactoriamente a todas las críticas doctrinales vertidas sobre el art. 1.451 del CC.

4. CONCEPTO DOCTRINAL DE PRECONTRATO

La opinión doctrinal de esta figura jurídica es muy importante, puesto que como resalta ROMÁN GARCÍA (16), esta figura ha sido creada por la doctrina. Por tanto, han sido los diversos autores los que han ido perfilando el concepto de precontrato y sus efectos. Y ello puede constatar en el hecho que algunas sentencias se remiten a las distintas posturas doctrinales (17).

Sin embargo, incluso en los posibles antecedentes de esta figura, los diversos autores ya tenían posturas encontradas respecto al precontrato y sus efectos. Así, LACRUZ resalta que los canonistas Bartolo y Baldo iniciaron la discusión sobre la coercibilidad de la promesa de contrato (18), esbozándose el problema del posible circuito inútil (*circuitus inutilis*) (19). Es decir, la redundancia que supone tener que celebrar dos contratos para contraer una misma obligación.

No obstante esta disparidad de opiniones doctrinales, éstas podrían agruparse en seis corrientes doctrinales principales:

- a) Una tradicional, que considera al precontrato como un contrato preparatorio que obliga a celebrar el contrato proyectado. Consecuentemente, el contrato definitivo hay que concluirlo con independencia de la celebración del precontrato (20).

(16) En concreto, el mencionado autor y otros, le atribuyen su aparición en 1854 a H. Thöl. Cfr. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, págs. 21 y 33; y LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 380.

(17) Vid. STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396).

(18) Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381.

(19) Al respecto, Juan Andrés postuló la falta de necesidad de tener que celebrar un contrato o formalidad posterior para generar la obligación prevista en la promesa. Vid. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, págs. 48 y 49, y DE CASTRO, «La promesa de contrato», *Anuario de Derecho Civil*, T. III, fascículo IV, octubre-diciembre de 1950, pág. 1139.

(20) Esta postura está encabezada por Castán, Manresa y Scaevola. Vid. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 27 y ss. Vid. MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. X, *op. cit.*, pág. 113 y ss., y MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. XII, *op. cit.*, pág. 539

- b) Otra que opta por entender que el precontrato es una condición de querer. Los autores que propugnan esta teoría sostienen que la existencia del contrato definitivo, y por ende de sus efectos, dependen de que una de las partes así lo quiera y lo declare posteriormente (21).
- c) Otra que considera al precontrato como un contrato preparatorio básico, que contiene las líneas generales del contrato proyectado. Por esta razón, no se requiere la conclusión del contrato definitivo, sino el desarrollo de las directrices establecidas en el precontrato (22).
- d) Otra que rechaza la existencia jurídica del precontrato, por lo que su empleo no tendría utilidad ni eficacia jurídica alguna (23).
- e) Otra que estima que el precontrato es la primera etapa del iter contractual, facultando el precontrato a las partes a exigirse recíprocamente el cumplimiento del contrato proyectado en el precontrato (24).
- f) Nuevas tendencias doctrinales lideradas por ROMÁN GARCÍA, LACRUZ y CAVANILLAS MÚGICA, que suponen una aproximación casuística de la teoría del iter contractual de DE CASTRO. Así para ROMÁN GARCÍA el precontrato englobaría «todas las combinaciones de naturaleza contractual que las partes pueden realizar válidamente amparándose en el ordenamiento jurídico» para vincularse en diversos grados para llegar luego «al proyectado contrato posterior», «sin necesidad de formular un nuevo consentimiento sobre el objeto y la causa del contrato» (25).

y ss. Vid. SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIX, Reus, Madrid, 1955, pág. 331 y ss., y en *Código Civil*, T. XXIII, *op. cit.*, pág. 536 y ss. Puede concluirse que para la doctrina tradicional el precontrato es «una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en un tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede hacer efectivo». Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 28.

(21) Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 1150 a 1158.

(22) Esta postura ha sido defendida fundamentalmente por Roca Sastre siguiendo a Degenkolb. Vid. ROCA SASTRE, «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 1948, pág. 321 y ss.

(23) Esta postura ha sido mantenida fundamentalmente por Alguer, siguiendo a Schlossmann. Vid. ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 12, 1935, pág. 322 y ss.

(24) De Castro introdujo esta corriente doctrinal en España. Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 1133 a 1186. En la actualidad numerosos autores siguen esta teoría, aunque con ciertas precisiones, como O'Callaghan y Pedreira, Díez-Picazo, Puig Brutau y Espín. Vid. O'CALLAGHAN y PEDREIRA, *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, V. II, 3ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs. 1052 y 1053. Vid. Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 334 y ss. Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313 y ss. Vid. ESPÍN, *op. cit.*, pág. 409 y ss.

(25) Cfr. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, pág. 415.

LACRUZ (26) defiende la superación del «precontrato-tipo» propuesto por DE CASTRO. Para él, los precontratos pueden responder hasta a tres finalidades distintas:

- a) Que el juez pueda sustituir el consentimiento de la parte que incumple su obligación de otorgarlo.
- b) Que el precontrato se equipare al contrato definitivo a partir de cierto momento.
- c) Que se considere el consentimiento como personalísimo, y el incumplimiento de su falta de otorgamiento sólo origine una indemnización por daños y perjuicios.

Según CAVANILLAS MÚGICA (27) hay dos tipos de precontratos. Uno calificado de perfecto y otro de imperfecto.

El precontrato perfecto contendría una manifestación contractual completa. Es decir, en el caso de que se celebrara el contrato definitivo, éste sería un «calco» del precontrato. Por tanto, el precontrato perfecto contendría no sólo los elementos esenciales del contrato definitivo, sino todos y cada uno de sus elementos. Como consecuencia de esto, el precontrato perfecto se identificaría por su total similitud con el contrato definitivo.

Este tipo de precontrato se utilizaría fundamentalmente en aquellos supuestos en los que las partes han sometido la conclusión del contrato definitivo a una ulterior formalización, o en los que se precisen unas simples operaciones matemáticas fijadas en el precontrato para obtener un concreto resultado en el momento de la celebración del contrato definitivo.

El precontrato imperfecto sería «aquel que, teniendo suficientemente determinado su “objeto principal”, remite a un momento posterior (la firma del contrato definitivo) la fijación de ciertos extremos, el perfilado de la redacción» (28).

La peculiaridad de este tipo de precontrato reside en que las partes han añadido una obligación complementaria: el otorgar un mayor grado de concreción al contrato. Según el citado autor, las partes desean el mismo grado de vinculación que en el precontrato perfecto, pero éstas han sometido la ejecución del contrato a una especie de condición previa consistente en la obligación anteriormente explicada.

(26) Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, págs. 383 y 384.

(27) Vid. CAVANILLAS MÚGICA, «Sentencia de 10 de abril de 2000: Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicatoria sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre/diciembre de 2004, págs. 1156 a 1162.

(28) Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, pág. 1157.

5. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE PRECONTRATO

Nuestra jurisprudencia es clara al determinar que el precontrato es un contrato que contiene todos los elementos esenciales, y por ende, es distinto de los tratos preliminares (29). Así, lo característico del precontrato es que en él se ha prefijado una relación jurídica con todos los elementos esenciales (30).

Asimismo, nuestros tribunales diferencian el precontrato del contrato definitivo fundamentalmente por la voluntad de obligarse (31) y sus efectos (32). Por ejemplo, en el caso de las compraventas, la distinción entre ambos radica en la voluntad de obligarse y en que uno transmite la propiedad y el otro no (33).

La jurisprudencia mayoritariamente señala que los rasgos que permiten identificar al precontrato son: la voluntad de las partes, la configuración de su contenido y la concurrencia de los elementos esenciales del contrato. Para ello utiliza los criterios interpretativos de los arts. 1.281 a 1.289 del CC, como el de la literalidad o el de los actos posteriores de las partes (34). Todo ello, con independencia de la calificación efectuada por las partes, ya que para el Tribunal Supremo los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son (35). Así en numerosas ocasiones el Alto Tribunal ha calificado o tratado los acuerdos de intenciones como precontratos (36). Ilustrativamente pueden citarse las sentencias STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia número 1325/2006 y STS de 27 de febrero de 2009, sentencia número 140/2009, en las que el Tribunal Supremo exige que el objeto esté perfectamente determinado (en el caso de la compraventa requiere la cosa y el precio), e identifica a los precontratos por su título («Compromiso de compraventa», «Contrato preparatorio de compraventa»), el uso de tiempos verbales futuros, sometimiento a una aprobación posterior de las partes y el contenido del

(29) *Vid.* STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393) y STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235).

(30) *Vid.* STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396), STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 20 de abril de 2001 (*RJ* 2001/5282), STS de 16 de julio de 2003 (*RJ* 2003/5144) y STS de 25 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/8144).

(31) *Vid.* STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384), STS de 7 de julio de 1994 (*RJ* 1994/4968) y SAP de Sevilla, de 11 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/15398).

(32) *Vid.* STS de 28 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9402) y STS de 5 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/6915).

(33) *Vid.* STS de 11 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/7725), STS de 20 de abril de 2001 (*RJ* 2001/6886) y STS de 31 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001/3098).

(34) *Vid.* STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963), STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384), SAP de Granada, de 27 de abril de 1999 (AC 1999/4573), SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/250944) y STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235), entre otras muchas.

(35) *Vid.* STS de 8 de marzo de 2002. Sentencia núm. 214/2002.

(36) *Vid.* STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325) y STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), entre otras muchas.

mismo (como la declaración de la intención de vender y comprar, la previsión de un calendario de ejecución o de las formas de pago).

No obstante, del análisis de la jurisprudencia puede concluirse así junto con ROMÁN GARCÍA (37), que el Tribunal Supremo no ha seguido un concepto único de precontrato. Así, nuestros tribunales han aplicado la teoría tradicional de precontrato, la del contrato preparatorio, e incluso las nuevas tendencias, como la de CAVANILLAS MÚGICA, que diferencia entre precontratos perfectos e imperfectos.

Ejemplos del seguimiento del primer postulado doctrinal lo encontramos en sentencias como la STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/691), STS de 11 de noviembre de 1943 (*RJ* 1943/1170), STS de 5 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3284). También hay pronunciamientos más recientes como la STS de 26 de marzo de 1965 (*RJ* 1965/1481), STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325) y STS de 27 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3985). Ilustrativamente comenta la última sentencia citada:

«Si bien la figura del negocio precontractual ha sido muy discutida doctrinalmente, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades obligacionales, crea no sólo los deberes recíprocos de contratar en el futuro, sino que también produce una situación de vinculación obligacional en aquello que constituye contenido especial y propio del precontrato, sin perjuicio de su función para asegurar y preparar un negocio previsto, cuya vigencia ocurre una vez realizado el contrato final que proyectaron las partes y del que no pueden arbitrariamente separarse ni rehuirlo, ya que se causaría una infracción de los arts. 1.256, 1.258 y 1.278 del CC».

Como puede constatarse en la sentencia reproducida, el Tribunal Supremo ha considerado en múltiples ocasiones que el objeto del precontrato es la celebración del contrato definitivo, siendo su función la de asegurar y preparar dicha suscripción. Consecuentemente, el Alto Tribunal ha acogido plenamente la doctrina clásica en estas sentencias (38).

Además, nuestros tribunales también han seguido la teoría del contrato preparatorio básico propugnada por ROCA SASTRE. Ejemplos de ello lo podemos encontrar en la STS de 16 de octubre de 1965 (*RJ* 1965/4468), STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963), STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824), STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384), STS de 19 de

(37) Cfr. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, pág. 420.

(38) Pero en otras ocasiones, el Alto Tribunal utiliza de forma confusa varias doctrinas a la vez. Así, en la STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia núm. 1149/2008, el Tribunal Supremo alude a la teoría clásica y a la del iter contractual, no descarta ninguna expresamente, pero sí matiza que el precontrato no puede tener la misma eficacia del contrato definitivo, ni puede generar responsabilidad precontractual o *in contrahendo*.

julio de 1994 (*RJ* 1994/6698), SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/279377) y STS de 16 de julio de 2003 (*RJ* 2003/5144). En concreto la última sentencia comenta:

«En resumen, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha recogido que el precontrato ya es, en sí mismo, un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente».

Consecuentemente, las sentencias citadas aceptan los postulados de ROCA SASTRE, entendiendo que el precontrato es una figura contractual autónoma, cuya peculiaridad radica en tener por objeto la celebración de un contrato futuro y la consiguiente indeterminación de los requisitos esenciales del convenio (39), siendo necesaria una actividad de cooperación entre los contratantes para concretar los aspectos imprecisos en el contrato definitivo. No obstante, hay pronunciamientos judiciales que dentro de la consideración del precontrato como una «ley de bases», optan por estimar que los elementos esenciales deben ser suficientemente precisos para que no sea necesaria la celebración de un contrato posterior, siendo integrado el contenido del mismo por el juez (40).

Además, hay infinidad de sentencias que comparten el concepto de precontrato defendido por DE CASTRO y sus seguidores. Entre ellas pueden citarse la STS de 29 de julio de 1996 (*RJ* 1996/6408), STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 30 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6640), STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235), STS de 25 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/8144) y la STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia número 1325/2006. En este sentido, la penúltima sentencia dice:

«Se estima porque no existe realmente una relación jurídica entre las partes que pueda calificarse de precontrato, contrato preliminar o preparatorio, *pactum de contrahendo* que, como dice la sentencia de 13 de octubre de 2005, reiterando la doctrina de este Tribunal, tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (STSS de 23 de diciembre de 1995; [*RJ* 1995, 9396] 16 de julio de 2003 [*RJ* 2003, 5144], entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a la voluntad de ambas partes contratantes (...)».

(39) *Vid.* STS de 5 de julio de 1940 (*RJ* 1940/684), STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/691), STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325), STS de 26 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8402) y SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/250944), entre otras muchas.

(40) *Vid.* STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963) y STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824), entre otras.

Por lo tanto, esta postura jurisprudencial supone una aplicación de la teoría del iter contractual, puesto que entiende que el precontrato contiene la relación contractual perfectamente definida, supeditándose el cumplimiento a la voluntad de los contratantes, pero sin ser necesaria la celebración de un contrato posterior.

Asimismo, hay pronunciamientos judiciales en los que parece entreverse una postura intermedia entre la teoría del iter contractual y la del contrato preparatorio básico. Es decir, la aceptación de los postulados de CAVANILLAS MÚGICA.

Esta tesis se acepta implícitamente en numerosas sentencias que analizan el precontrato, enuncian las teorías del iter contractual y del contrato preparatorio básico, y finalmente, otorgan al precontrato la eficacia de instar el cumplimiento del contrato definitivo, o una indemnización de daños y perjuicios, en función básicamente del grado de determinación de la definitiva relación contractual y de la voluntad de las partes.

Ejemplos de esta postura de nuestros tribunales son la STS de 5 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3284), STS de 24 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10657), STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396), STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864); SAP de Granada, de 27 de abril de 1999 (*AC* 1999/4573), SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999 (*AC* 1999/1906); SAP de Sevilla, de 11 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/15398), SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/250944), y SAP de Málaga, de 22 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/243389). Así, la primera sentencia citada, que es reproducida en otras, indica:

«Es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el precontrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia —por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso— de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes demuestran su decidida voluntad en todos los pormenores y detalles de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar un cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el plazo establecido, momento a partir del cual es incuestionable que

si uno incumple lo prometido, el otro estará facultado para exigir el cumplimiento de la promesa en sí».

En resumen, podría sintetizarse la postura jurisprudencial en torno al concepto de precontrato, en los siguientes aspectos:

- Es un contrato autónomo y diferenciado de los tratos preliminares y del contrato definitivo.
- Tiene como rasgos distintivos:
 - a) Contiene los elementos esenciales del contrato definitivo.
 - b) Preconfigura la relación contractual definitiva. Por ejemplo, a través de calendarios de ejecución.
 - c) Tiene una cierta indeterminación respecto a los elementos del contrato definitivo.
 - d) Recoge una voluntad de vincularse contractualmente.
 - e) Contiene tiempos verbales futuros.
 - f) Suele titularse precontrato, compromiso, contrato preparatorio, etc.

6. EFECTOS DEL PRECONTRATO

Al igual que sucede con el concepto de precontrato, la eficacia del mismo tiene que afrontar el problema de su falta de regulación (41). Y ello, como en el caso del concepto del precontrato, ha llevado a distintos posicionamientos. Muchos de ellos han estado marcados por el intento de superar el *circuitus inutilis*, aunque para la producción de efectos parece más acertado atender a lo estipulado por las partes conforme al art. 1.281 del CC, como posteriormente se explicará.

La eficacia de esta figura está íntimamente vinculada a su concepto y al intento doctrinal y jurisprudencial de superar el obstáculo del *circuitus inutilis*. Así, puede decirse que hay una cierta correlación entre las diversas teorías en torno al concepto de precontrato y la eficacia que se postula del mismo. Aunque todas ellas optan por los siguientes tipos de eficacia:

- Conceder una indemnización por considerar que el efecto principal del precontrato es la celebración del contrato definitivo, y como el consentimiento necesario para su perfección es personalísimo, y por tanto, insustituible, únicamente se puede otorgar la indemnización porque el consentimiento es incoercible. Así se pronuncia la primera línea jurisprudencial, como la STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/

(41) Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381, o PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313.

691) (42), STS de 16 de abril de 1941 (*RJ* 1941/502), STS de 2 de febrero de 1960 (*RJ* 1960/460) y STS de 16 de octubre de 1965 (*RJ* 1965/4468). E incluso alguna sentencia más reciente, como la STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325) y la STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864).

- Conceder la ejecución del contrato definitivo. Aunque para ello se postulan dos vías:

- a) La sustitución judicial del consentimiento. El efecto sustancial del precontrato es la suscripción del contrato definitivo, y por ello, en caso de incumplimiento, el juez puede sustituir el consentimiento de la parte incumplidora para que se perfeccione el referido contrato. En este sentido se pronuncian algunos autores como ROCA SASTRE (43), ALGUER (44) u O'CALLAGHAN y PEDREIRA (45), y algunas sentencias como la STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824), STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396) y STS de 5 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/6915). No obstante, hay que destacar que éste es un cauce indirecto para alcanzar la ejecución del contrato.

Inicialmente habría que instar un juicio declarativo de incumplimiento y de condena a su celebración a través de la sustitución judicial del consentimiento en virtud del art. 1.124 del CC. Posteriormente, en el caso de un incumplimiento contumaz, habría que iniciar el correspondiente proceso ejecutivo al amparo de la sentencia dictada en el proceso declarativo conforme el art. 708 de la LEC. A estos efectos es preciso remarcar que el citado precepto permite al juez integrar los elementos no esenciales del contrato definitivo mediante los usos del mercado. En caso de que la indeterminación afecte a elementos esenciales únicamente puede ejecutarse la correspondiente indemnización, que se determinará según los arts. 712 y ss. de la LEC.

El problema radica en que con ello únicamente se obtendría la conclusión de un contrato definitivo. Por esta razón, parece que en caso de persistir el incumplimiento, habría que acudir a un

(42) En concreto esta sentencia ilustrativamente comenta: «ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer».

(43) *Cfr.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 334.

(44) *Cfr.* ALGUER, *op. cit.*, pág. 322 y ss.

(45) *Cfr.* O'CALLAGHAN y PEDREIRA, *op. cit.*, pág. 1058.

nuevo proceso declarativo en el que se solicite el cumplimiento, esta vez del contrato definitivo. Y una vez finalizado éste, ya se podría acudir al proceso ejecutivo para hacer efectiva la condena de un hacer personalísimo (art. 706 de la LEC), o no personalísimo (art. 709 de la LEC), en función del contrato.

En consecuencia, se incurriría de pleno en el *circuitus inutilis*. Aunque podría intentar sortearse en gran parte si se solicita simultáneamente la celebración del contrato definitivo y su ejecución. Frente a lo cual, no parece haber ningún obstáculo normativo, siempre y cuando el precontrato cumpla dos condiciones: Una, que el precontrato contenga una obligación líquida, vencida y exigible. Dos, que el precontrato se haya otorgado en un documento que sea un título ejecutivo conforme al art. 517 de la LEC (normalmente una escritura pública o una póliza mercantil). De esta forma podría instarse directamente un juicio ejecutivo solicitando conjuntamente la sustitución del consentimiento contractual y la ejecución del contrato.

- b) Instar el proceso declarativo de incumplimiento del contrato definitivo, puesto que el precontrato obliga directamente al cumplimiento del mismo, y después iniciar el correspondiente proceso ejecutivo. Así lo entienden infinidad de sentencias, como la famosa STS de 1 de julio de 1950 (*RJ* 1950/1187), STS de 2 de febrero de 1959 (*RJ* 1959/2894), STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963), STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864) y STS de 30 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6640) (46). Y también muchos autores, como DE CASTRO (47). Aunque los tribunales, como se ha explicado anteriormente, a veces admiten la ejecución del contrato cuando éstos son otorgados en póliza mercantil o escritura pública y contienen deudas vencidas, líquidas y exigibles al amparo del art. 517.2.4.º y 5.º de la LEC. Consecuentemente, de esta forma se evita el problema del *circuitus inutilis*.

Dentro de la mencionada correlación entre el concepto teórico y la eficacia del precontrato destacan las tres posturas que han gozado de mayor pre-

(46) Específicamente esta última sentencia señala: «en segundo lugar, por no darse precontrato alguno, entendiendo por éste como el primer momento del “*iter contractus*” que debe ponerse en vigor en el momento previsto, sin necesidad de nuevas declaraciones de voluntad». En ese sentido, la STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia núm. 1325/2006, aclara: «Y responde al concepto típico y clásico de precontrato, como primera fase del *iter contractus*, la relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado; por tanto, se distinguen dos fases, la primera es el precontrato, en el que se concreta el contrato comprometido y las partes tienen la obligación y el derecho de ejecutarlo, y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior».

(47) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 1182 a 1186.

dicamento en nuestro Derecho: la clásica, la del contrato preparatorio básico y la del iter contractual. Y ello porque el resto de teorías siguen sus postulados en cuanto a la eficacia del precontrato.

En concreto, la corriente doctrinal (48) y jurisprudencial clásica predica que el principal efecto del precontrato es el cumplimiento de su objeto, es decir, la celebración del contrato definitivo. Por tanto, para estos autores y sentencias, el efecto del contrato sería o una indemnización o la sustitución judicial del consentimiento en función de si entiende que el consentimiento es personalísimo o no (49).

El sector doctrinal encabezado por ROCA SASTRE, y la jurisprudencia que lo sigue, comparte con la teórica clásica los efectos postulados por ésta, con la diferencia de que estos autores y las correspondientes sentencias exigen además una actividad de colaboración para integrar el contrato. Así, la STS de 26 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8402) señala que:

«si bien la figura del negocio contractual es muy discutida en la doctrina, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades, crea deberes recíprocos de contratar en el futuro, conforme a lo que se hubiera convenido, generando una situación de vinculación obligacional en aquello que constituye el contenido especial y propio de la relación acordada (sentencia de 27 de mayo de 1993 [RJ 1993/3985]) y es antecedente del contrato definitivo, que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas».

Finalmente, hay un grupo mayoritario de autores, liderado por DE CASTRO y sus seguidores como Díez-PICAZO, y también de sentencias, como la STS de 1 de junio de 1996 (RJ 1996/2848), STS de 29 de julio de 1996 (RJ 1996/6408), STS de 3 de junio de 1998 (RJ 1998/3715) y STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144), que propugnan una equiparación de efectos con el contrato definitivo. Así, el precontrato permite instar a cualquiera de las partes directamente la ejecución del contrato definitivo. Consecuentemente, no es necesaria la celebración del contrato definitivo, ni una nueva emisión del consentimiento. Ni siquiera por sustitución judicial. En este sentido, la STS de 29 de julio de 1996 (RJ 1996/6408) dice:

(48) Vid. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 37; SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIII, *op. cit.*, pág. 542.

(49) A estos efectos, conviene destacar que tras la STS de 2 de julio de 1950 (RJ 1950/1187), la mayoría de las sentencias, como la STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8824), STS de 24 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10657) o STS de 25 de junio de 1993 (RJ 1993/5384), y de los autores, sostienen que el consentimiento no es personalísimo, siendo posible la sustitución judicial del mismo. Vid. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 37.

«Frente a ello, conviene señalar que dicha jurisprudencia es minoritaria y que la claramente dominante atribuye al precontrato efectos sustancialmente idénticos a los del contrato definitivo, obligando directamente a las partes al igual que éste, superándose así la antigua concepción del precontrato según la cual éste obligaba a obligarse, lo que carece de sentido, pues el consentimiento, si es libre, es incoercible. Tal doctrina es válida para cualquier precontrato, no impidiéndolo la redacción del artículo 1.451 del CC, cuyas diferenciaciones de régimen entre contrato preliminar y contrato definitivo de compraventa no obstan a lo dicho, y la jurisprudencia española dominante se ha inspirado en la concepción de que el precontrato es la fase inicial de un contrato de formación sucesiva con unidad funcional y voluntad única, dejando esta etapa preparatoria ya vinculadas a las partes de forma que basta actuar la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado para que éste sea exigible y produzca sus efectos típicos de manera que, en caso de negativa de una de las partes, el Juez pueda suplir el consentimiento del obligado, puesto que la consumación del contrato no requiere una nueva y específica declaración de voluntad por haber sido prestado el suficiente consentimiento al perfeccionarse el contrato inicial: esto es, el precontrato o contrato preliminar obliga como el llamado contrato definitivo».

De todos estos respetables posicionamientos, parece que el más acertado es el que entiende que el precontrato obliga a celebrar el contrato definitivo, y con ello, la prestación posterior del consentimiento contractual. Y es que, con independencia de la utilidad o redundancia que ello conlleve, es indudable que la configuración habitual del precontrato en el tráfico jurídico establece la obligación de celebrar un contrato definitivo posterior, normalmente en documento público, mientras que el precontrato es otorgado en documento privado (50). Además, el rasgo distintivo del precontrato, según la mayoría de autores y sentencias citadas, es que su objeto es la celebración del contrato definitivo (51). En consecuencia, el aplicador del Derecho no puede ser ajeno a la voluntad de las partes expresada de forma clara y expresa en ese sentido, conforme al art. 1.281 del CC (52).

(50) Esto se puede comprobar en cualquier formulario al uso, como en el de DEL ARCO TORRES, *Formularios de Contratos*, *Formularios de Contratos*, Comares, 7ª edición, Granada, 2005, págs. 83 a 87.

(51) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313, o SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIII, *op. cit.*, pág. 542, y STS de 24 de mayo de 1980 (RJ 1980/1963), STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8824), STS de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996/864) y STS de 28 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9837), entre otras.

(52) Así lo entienden muchos autores, como CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, pág. 1158 a 1161, y sentencias, como la STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396), y STS

En efecto, es manifiesto que si las partes hubiesen querido la eficacia del contrato definitivo, éstas habrían celebrado el contrato definitivo en vez de un precontrato (53). Igualmente, si las partes hubieran querido supeditar la eficacia del contrato a la superación de unos impedimentos o a la concurrencia de unas determinadas circunstancias, como señala de forma reiterada la doctrina (54) y la jurisprudencia (55), éstas habrían establecido una cláusula suspensiva o resolutoria.

Por tanto, parece excesivo y no amparado por el art. 1.258 del CC, el conceder a una relación contractual unos efectos que las partes no han querido, cuando ellas ya han estipulado expresamente lo que quieren: la suscripción por las partes del contrato definitivo. En este aspecto, es preciso remarcar que la configuración usual de un precontrato no hace depender el nacimiento de los efectos a la emisión de una declaración de voluntad de cumplimiento de una de las partes o al ejercicio de una opción. Ese rasgo es precisamente la peculiaridad del contrato de opción (56). Por ello, no parece adecuado equiparar la eficacia del precontrato a la del contrato definitivo, ni dejar al arbitrio de una de las partes el surgimiento de la eficacia (57).

En consecuencia con lo anterior, parece que en el caso de incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato definitivo sólo debería proceder una indemnización por daños y perjuicios al amparo del art. 1.101 del CC (58).

de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235), que específicamente comenta: «en efecto, para determinar si nos hallamos a presencia de un precontrato, se hace preciso atender a la voluntad de las partes, conforme expresa el art. 1.258 CC (LEG 1889,27), la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible, según el art. 1.281 CC». No obstante pueden seguirse otros criterios, como el grado de determinación para saber si ya se ha superado la fase de los tratos preliminares o indicios que reflejen la falta de compromiso, como el no cumplir lo acordado, devolviendo las cantidades previamente entregadas. *Vid.* STS de 27 de febrero de 2009, sentencia núm. 140/2009.

(53) Expresivamente, y desde la experiencia práctica del ejercicio del notariado, SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, pág. 337, dice: «también es necesario diferenciar la promesa de venta del contrato mismo de compraventa. Es claro que en la primera uno u ambos contratantes pretenden no quedar vinculados de modo definitivo, lo cual se pospone para el momento de la celebración del verdadero contrato de compraventa». En igual sentido, la STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia núm. 1149/2008, declara que: «realmente, lo que caracteriza al precontrato es que las partes, por las razones que sea, no quieren que se produzcan de momento los efectos del contrato proyectado», haciendo hincapié en que las partes quieren que el contrato definitivo tenga existencia en el futuro.

(54) *Vid.* ESPÍN, *op. cit.*, págs. 409 y 410; y LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381, entre otros.

(55) *Vid.* STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393) y STS de 28 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/9837), entre otras.

(56) *Vid.* DEL ARCO TORRES, *op. cit.*, págs. 90 a 93.

(57) Puesto que en estos casos no se configura un derecho de opción, y por tanto, se incurriría en el supuesto de hecho del art. 1.256 del CC.

(58) Así lo entienden también muchos autores. *Vid.* MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. X, *op. cit.*, pág. 122; ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, págs. 421 y 422, y

Y ello porque el precontrato es un contrato en sí mismo, puesto que contiene los elementos esenciales establecidos en el art. 1.261 del CC (59).

Normativamente parece que es plenamente posible la sustitución judicial del consentimiento de la parte incumplidora según el art. 708 de la LEC, e incluso conforme a los artículos 1.279 y 1.280 del CC. No obstante, ésta no parece la solución más acorde a la verdadera voluntad de las partes. Y es que, lo que subyace en la celebración de todo precontrato es el ánimo de no vincularse de forma definitiva al cumplimiento del contrato definitivo. Por ello, si se permite la sustitución judicial del consentimiento, se estaría sorteando la mencionada voluntad de las partes.

Por otro lado, es necesario resaltar que la celebración de los precontratos se incardina en la fase de negociación del contrato definitivo. En realidad, parece ser el colofón a la etapa referenciada. Pero es notorio, como todas sus denominaciones indican (60), que el precontrato debe anteceder al contrato definitivo. Y por ello, parece albergar una función de preparación (61), e incluso podría decirse de reflexión final, sobre la conclusión del contrato definitivo. Dicha función no podría cumplirse si se equiparan los efectos del precontrato a los del contrato definitivo.

En conclusión, del estudio de la ordinaria configuración del precontrato en el tráfico jurídico y de su función en el mismo parece que la eficacia más ajustada a la voluntad de las partes es la que consiste en obligar a la celebración del contrato definitivo, y en caso de incumplimiento, a tener derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en virtud del art. 1.101 del CC. Todo ello sin olvidar que esta conclusión es predicable exclusivamente de los precontratos que responden a dicha configuración habitual, por lo que en el caso de los precontratos que se separen de la misma (y en los que no se separen también en virtud de lo dispuesto en el Código Civil), habría que atender a los criterios interpretativos de la voluntad de las partes y del precontrato recogidos en los arts. 1.281 a 1.289 del CC.

sentencias, como la STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325), STS de 27 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3985) y STS de 19 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6698).

(59) *Vid.* STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393) y STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235). Correlativamente, la jurisprudencia excluye la responsabilidad precontractual o *in contrahendo*, ya que ésta se genera en los tratos previos. *Vid.* STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia núm. 1149/2008.

(60) A estos efectos, son ilustrativos los términos de promesa de contrato, contrato preparatorio, contrato preliminar, *pactum de contrahendo*. Con ellos es claro que se alude tanto al carácter previo respecto al contrato definitivo, como a su función de formación del mismo.

(61) *Vid.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 324 y ss., y STS de 26 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8402).

7. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto a lo largo del presente artículo, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones:

1. HAY MÚLTIPLES DENOMINACIONES PARA REFERIRSE A LA FIGURA DEL PRECONTRATO

El nacimiento del precontrato suele vincularse a la tercera edición de un estudio doctrinal de H. Thöl en 1865. Por ello, es frecuente que la doctrina y la jurisprudencia empleen la voz alemana con la que se cree que por primera vez se aludió al precontrato: *vorvertrag*.

No obstante, esta institución seguramente tiene su origen en la figura latina del *pactum de contrahendo*. De hecho, el término alemán es la traducción de la referida denominación latina. Y por esta razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan también esta denominación.

Sin embargo, la figura del precontrato, como tal, no ha tenido nunca un reconocimiento en nuestro ordenamiento. Por esta razón, los autores y los tribunales han identificado el precontrato con la figura de la promesa de contrato, en general, y con la promesa de compraventa en particular. De esa forma se entroncaba el precontrato con una figura que no es ajena a nuestro Derecho. Y ello motiva que la jurisprudencia y la doctrina también usen ambos términos para referirse al precontrato.

A su vez, muchos autores y de vez en cuando los tribunales, gustan de utilizar el término contrato preliminar debido a la fuerte influencia de la doctrina italiana. Y es que la mencionada denominación no es más que la traducción del término italiano *contratto preliminare*.

Aunque es indudable que la denominación más extendida es la de precontrato. Y ésta es precisamente la que más se emplea en el tráfico jurídico. Lo cual no empece a que los otros términos sean sinónimos de precontrato en el ámbito jurídico.

2. EL PRECONTRATO NO ESTÁ REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL, LO QUE HA MOTIVADO QUE SU CONFIGURACIÓN SE REALICE ATENDIENDO A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DERECHO COMPARADO E INCLUSO ORDENAMIENTOS FORALES. ÉSTO HA CONTRIBUIDO A GENERAR UNA MAYOR INCERTIDUMBRE EN TORNO AL CONCEPTO DE PRECONTRATO Y SUS EFECTOS

Como se ha apuntado a lo largo de este artículo, el precontrato es un contrato atípico, ya que no está contemplado expresamente en el Código Civil. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia entienden que los artículos

referentes a la promesa de compraventa son una regulación específica de una modalidad concreta de precontrato.

Esta postura doctrinal y jurisprudencial ha originado una mayor confusión sobre el concepto de precontrato y sus efectos. Y ello porque el art. 1.451 del CC es uno de los preceptos menos claros del referido cuerpo normativo. En efecto, la doctrina se ha cuestionado diversos aspectos regulados en el mismo. Por ejemplo, se ha discutido sobre cómo debe entenderse el derecho a reclamarse recíprocamente el cumplimiento, si dentro de su supuesto de hecho se incluyen las promesas bilaterales y las unilaterales o el sentido de la remisión a las estipulaciones generales de obligaciones y contratos del Código Civil.

Para evitar esta confusión, la doctrina ha tratado de esclarecer la figura del precontrato con sus posibles antecedentes. Pero esto ha provocado una nueva polémica, que ha llegado incluso a cuestionarse la existencia de algunos antecedentes, como en el caso del *pactum de contrahendo*. Además, es preciso reseñar que los posibles antecedentes analizados por la doctrina son muy dispares entre sí. Así, mientras el art. 1.373 del Proyecto de 1851 no obligaba a la celebración de un posterior contrato en el caso de la promesa de venta, el art. 1.477 del Proyecto 1882-1888 sí obligaba a ello.

Lo mismo sucede con el estudio del Derecho Comparado. En él se pueden observar regulaciones pormenorizadas como el Derecho austríaco (62), otras que lo equiparan al contrato definitivo como el Derecho francés (63) y, finalmente, otros ordenamientos que regulan únicamente algunos aspectos del precontrato como el Derecho italiano (64). Y cada una de estas configuracio-

(62) El Código Civil austríaco (ABGB) de 1811 también recoge un concepto general de precontrato en su art. 936, que dispone: «El acuerdo de concluir un contrato en el futuro obliga cuando en él se determina, tanto el tiempo en que había de concertarse el contrato, como sus elementos esenciales, y en tanto las circunstancias no hayan cambiado de modo tal que por eso el fin expresamente establecido o el que se desprende de las circunstancias se haya hecho imposible, o que se haya perdido la confianza de una parte en la otra. El cumplimiento de tales promesas debe realizarse en el año siguiente al momento de la estipulación, extinguiéndose en otro caso el derecho». Vid. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, pág. 69. El ABGB también contiene regulaciones específicas para determinados supuestos de precontratos, como el de depósito (art. 957), comodato (art. 971), mutuo (art. 983) y prenda (art. 1.368).

(63) En concreto el artículo 1.589 del *Code* establece: «*La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement reciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*». Cfr. *Code Civil, 1995-1996*, Litec, Paris, 1995, págs. 878 y 879. Su traducción podría ser: «La promesa de venta vale venta, cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio».

(64) Vid. BUONCRISTIANO y otros, *Codice Civile*, Giuffrè Editore, 3ª edición, Milán, 1997, págs. 1518, 3233 y 3234. El artículo 1.351 del *Codice* dice en italiano: «Il contratto preliminare è nullo se non fatto nella stessa forma che legge prescrive per il contratto definitivo». Podría traducirse como: «El contrato preliminar es nulo si no está hecho en la forma que la ley prescribe para el contrato definitivo». El artículo 2.932 del *Codice* dice en italiano: «Se colui che é obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligo».

nes es distinta, lo que ha permitido a la doctrina española postular diferentes conceptos y efectos de los precontratos.

En consecuencia, la ausencia de regulación expresa, los dispares antecedentes normativos y la falta de homogeneidad en esta materia en el Derecho Comparado, han provocado que tanto la doctrina como la jurisprudencia española manejen diferentes teorías sobre el concepto y los efectos del precontrato. Aunque una conclusión puede extraerse de los diferentes antecedentes y regulaciones de otros países: el objeto del precontrato es celebrar un contrato en un momento posterior.

3. LA DOCTRINA ESPAÑOLA HA SEGUIDO HASTA SEIS TEORÍAS DISTINTAS DEL PRECONTRATO, SIENDO LA IMPERANTE EN LA ACTUALIDAD LA DEL ITER CONTRACTUAL. SIN EMBARGO, NINGUNA DE ELLAS PARECE QUE PROPORCIONA UNA RESPUESTA SATISFACTORIA A LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL PRECONTRATO

En efecto, la doctrina española ha postulado diferentes conceptos de precontrato. En algunos casos, incorporando a nuestro Derecho teorías doctrinales de Derecho Comparado.

La teoría que inicialmente propugnó la doctrina, conocida como tradicional, mantenía que el precontrato se caracterizaba por la obligación de celebrar un contrato con posterioridad. Ello implica que su principal efecto es la perfección de ese contrato definitivo, consistiendo la función del precontrato en asegurar el cumplimiento de la referida obligación.

Frente a esta corriente doctrinal se sucedieron una serie de críticas, basadas esencialmente en la inutilidad de tener que perfeccionar un contrato cuando las partes ya se han querido vincular previamente. De hecho, algunos autores han defendido hasta la inexistencia de esta figura por la falta de sentido práctico del precontrato.

Otros autores han preferido considerar que el precontrato es el germen del contrato definitivo. A esta teoría se la conoce como la del contrato preparatorio básico, y sostiene que el precontrato contiene las líneas básicas del futuro contrato, aunque su contenido precisa de una cierta concreción. Tal determinación del contenido conlleva que las partes tengan una nueva obligación: la de colaborar entre sí para desarrollar ese contenido esencial del contrato definitivo.

Asimismo, hay una teoría doctrinal conocida como la del iter contractual, que se ha convertido en la mayoritaria, y que propugna la unión entre el contra-

ne, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». Podría traducirse como: «Si aquel que está obligado a llevar a término un contrato no cumple la obligación, la otra parte, siempre que sea posible y no esté excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido».

to definitivo y el precontrato. Ambas instituciones serían fases del proceso de contratación. Y por ello el precontrato no gozaría de autonomía frente al contrato definitivo. El precontrato sería la etapa en que las partes se vinculan contractualmente y el contrato definitivo nacería con la exigencia del cumplimiento. Por consiguiente, una vez celebrado el precontrato, no es necesaria la perfección del contrato definitivo, sino solamente exigir su cumplimiento.

Finalmente, hay un sector doctrinal que propone la modulación de los efectos del precontrato en función de su configuración, llegando incluso a crear una figura intermedia: el precontrato imperfecto.

Sin embargo, este amplio espectro de pensamiento doctrinal no ha conseguido resolver algunos problemas del precontrato. Así, la mayoría de las opiniones doctrinales no han dado unos criterios suficientemente precisos para identificar los precontratos en el tráfico jurídico. Además, otras teorías doctrinales no concretan algunas obligaciones que le asignan al precontrato, como la del desarrollo de las líneas básicas; y otras parecen desconocer la existencia del precontrato. A su vez, con la unión entre el precontrato y el contrato definitivo en un proceso contractual no existe diferencia entre ambas figuras, ya que solamente hay un precontrato y una posterior exigencia de cumplimiento del mismo. En consecuencia, no hay diferencia alguna entre el contrato definitivo o el precontrato, porque las partes siempre son libres de renunciar al cumplimiento de la obligación recíproca.

Algunas de estas doctrinas desnaturalizan el precontrato, obviando que su característica principal es la obligación de celebrar un contrato posterior. E incluso dando eficacia a ese contrato definitivo que no ha sido celebrado por las partes. Lo cual parece contravenir la voluntad de las partes que han celebrado ese precontrato. En efecto, si las partes hubieran querido los efectos del contrato definitivo, éstas habrían suscrito dicho contrato y no un precontrato.

Por último, la creación del precontrato imperfecto o una aproximación excesivamente casuística genera una gran indeterminación, y por ende, inseguridad jurídica.

Por tanto, parece necesario elaborar un concepto claro, aunque flexible, que por un lado permita concretar los supuestos en los que efectivamente hay un precontrato, y por otro que asigne unos efectos predecibles acordes a la mencionada calificación.

4. LA JURISPRUDENCIA ES CAMBIANTE Y CASUÍSTICA, LO QUE IMPIDE EXTRAER UNA POSTURA JURISPRUDENCIAL CLARA EN TORNO AL PRECONTRATO

Gran parte de la doctrina denuncia la ausencia de una posición uniforme de nuestros tribunales sobre la figura del precontrato. De un análisis de la

jurisprudencia puede constatarse que ésta ha oscilado entre tres teorías básicas: la tradicional, la del contrato preparatorio básico y la del iter contractual.

El principal rasgo de nuestra jurisprudencia relativa al precontrato es que es muy voluble, saltando de una teoría a otra, sin llegar a abandonar definitivamente ninguna de las teorías mencionadas. Así, se producen pronunciamientos contradictorios prácticamente seguidos, y ello motiva una gran inseguridad jurídica.

Otro rasgo de nuestra jurisprudencia relativa al precontrato es su alto grado de casuismo. Y ello, junto con un loable intento de conseguir una justicia material, es seguramente la causa de los cambios de criterio.

Sin embargo, hay que precisar que esta oscilación se produce respecto al concepto precontrato, porque a la hora de asignar los efectos, nuestros tribunales parecen seguir una regla básica: si el precontrato está suficientemente determinado se condena a la ejecución del contrato. Por el contrario, si el precontrato adolece de una determinada concreción, se condena a una indemnización por daños y perjuicios. El problema entonces radica en que el grado de determinación exigido por la jurisprudencia no es siempre el mismo.

5. EL PRECONTRATO ES UNA FIGURA DISTINTA DEL CONTRATO DE OPCIÓN, DEL ACUERDO DE INTENCIONES Y DEL CONTRATO DE ARRAS, AUNQUE EN LA REALIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO EL PRECONTRATO PUEDE SER EQUIVALENTE AL CONTRATO DE ARRAS

A pesar de que un amplio sector doctrinal y jurisprudencial tiende a estimar que el contrato de opción es un tipo de precontrato, parece que lo más correcto es diferenciar ambas figuras.

En efecto, el contrato de opción tiene por objeto la facultad de instar la ejecución de un contrato en un plazo determinado a voluntad de una de las partes (65). Sin embargo, el objeto del precontrato es la celebración de un contrato posterior. En primer lugar, ello implica que a diferencia del contrato de opción, la celebración del mismo no depende de la voluntad de una de las partes. En segundo lugar, que sus objetos son distintos, puesto que no es lo mismo un derecho a instar la ejecución, que una obligación recíproca de perfeccionar un contrato.

En cuanto al acuerdo de intenciones, podría decirse que mayoritariamente (66) se entiende por tal un acuerdo que recoge las líneas generales del futuro contrato sin carácter vinculante. Consecuentemente, su incumplimiento

(65) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 323 y ss., STS de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995/837) y STS de 11 de abril de 2000 (RJ 2000/2434).

(66) Vid. SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, pág. 336, STS de 3 de junio de 1998 (RJ 1998/3715), STS de 11 de abril de 2000 (RJ 2000/2434) y STS de 26 de abril de 2002 (RJ 2002/5244).

sólo genera responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. De esta configuración del acuerdo de intenciones ya puede constatarse la principal diferencia con el precontrato: el carácter vinculante. Y es que el precontrato obliga a la celebración de un contrato futuro y el acuerdo de intenciones no. Por otro lado, la responsabilidad que surge del precontrato es contractual, mientras que la que se origina de un acuerdo de intenciones es extracontractual conforme a la postura mayoritaria expuesta.

Finalmente, hay que decir que existe un gran ámbito de coincidencia entre el contrato de arras y el precontrato. Y ello porque el contrato de arras establece la obligación de celebrar un contrato futuro y las consecuencias de su incumplimiento. En el caso de unas arras penales o penitenciales parece que nos encontramos con un precontrato que contempla de forma expresa las consecuencias de su incumplimiento, pero si se trata de un contrato de arras confirmatorias, nos encontraríamos con un contrato definitivo ya perfeccionado (67). En consecuencia, el precontrato y el contrato de arras son figuras coincidentes en la práctica del tráfico jurídico, en tanto en cuanto no se estipule que las arras son confirmatorias. No obstante, podrían hacerse una serie de matizaciones a esta afirmación:

- Las arras implican la transmisión de un bien y el precontrato no.
- Es discutida doctrinalmente la existencia de los contratos de arras como contratos autónomos. Se tiende a considerar que son cláusulas incorporadas a otros contratos, normalmente precontratos.
- Sus efectos son distintos. Si bien el precontrato obliga a celebrar un contrato, las arras penitenciales contemplan una especie de derecho de desistimiento de dicha obligación, las penales establecen la indemnización por el incumplimiento, y las arras confirmatorias señalan la perfección del contrato.

Por lo tanto, el precontrato es una figura distinta del contrato de opción y del acuerdo de intenciones, y coincidente en la práctica habitual del tráfico jurídico con el contrato de arras, siempre que éstas no sean confirmatorias.

6. REFLEXIÓN SOBRE EL PRECONTRATO. ÉSTE ES UN CONTRATO AUTÓNOMO CUYA PRINCIPAL CARACTERÍSTICA ES SUSCRIBIR OTRO CONTRATO, Y SU EFECTO, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO, ES LA CONDENA AL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL AMPARO DEL ART. 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL

Como se ha expuesto a lo largo de este artículo, tanto la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia, entienden que el precontrato es un contrato

(67) *Vid.* LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, págs. 250 a 257, y STS de 21 de junio de 1994 (RJ 1994/4968).

en sí mismo. Conclusión que parece acertada por cuanto el precontrato tiene su propio consentimiento, objeto y causa.

En efecto, su objeto es la celebración de otro contrato. Su causa es el consentimiento de la otra parte para conseguir la perfección del contrato definitivo. Y su consentimiento es el otorgado en el precontrato, ya que si es necesario suscribir el contrato definitivo, como establece el precontrato, entonces dicho contrato tendrá otro consentimiento.

Por otro lado, esta conclusión se ve confirmada por otro aspecto. El contenido del precontrato y el del contrato definitivo no tienen porqué ser idénticos. En este sentido se pronuncia un amplio número de sentencias y autores. Pero es que además, esta diferencia de contenido es una realidad habitual en el tráfico jurídico.

En consecuencia, el precontrato es un contrato autónomo y distinto del contrato definitivo, puesto que tiene un consentimiento, una causa y un objeto diferentes. Y es que, frente a los elementos esenciales del precontrato antes enunciados, el contrato definitivo tendría por objeto la prestación característica, por causa la ejecución de contraprestación y por consentimiento el otorgado sobre estos elementos.

Como resultado de la configuración descrita, el precontrato tiene que tener perfectamente definidos sus elementos esenciales. Pero no parece necesario que tenga un mayor grado de determinación, porque el objeto del precontrato no es la ejecución del contrato definitivo, si no su perfección. Por ello, el precontrato no tiene que tener un grado de concreción que permita la ejecución del contrato definitivo. Su grado de determinación debe ser el exigido para la existencia de todo contrato.

En correspondencia con el objeto citado, el precontrato obliga a la celebración del contrato futuro. Pero en caso de incumplimiento de la referida obligación, parece que la postura acertada es otorgar simplemente un derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Y ello porque, con independencia de que el consentimiento sea sustituible judicialmente (que conforme al art. 708 de la LEC parece que no habría inconveniente alguno), es claro que la intención de las partes no era obligarse al cumplimiento del contrato definitivo, sino a otorgar el consentimiento.

Por tanto, si se permite la sustitución del consentimiento contractual, se está permitiendo, por vía indirecta, que las partes se obligen a más de lo que libremente quisieron.

Esta concepción del precontrato incurre en el *circuitus inutilis*, puesto que obliga a las partes a otorgar un segundo consentimiento. Pero al respecto se puede precisar que la voluntad de las partes ha sido precisamente ésa, y que los aplicadores del Derecho deben respetar tal voluntad por mandato del art. 1.281 del CC. Y es que, aunque pueda parecer que la figura del precontrato es un poco inútil, lo que es evidente es que el precontrato siempre ha

respondido a un deseo de no vincularse totalmente hasta la perfección del contrato definitivo. Y como consecuencia de ello, tiene difícil explicación jurídica el obligar a una parte a algo que no ha consentido, ya que el consentimiento del precontrato recae sobre la obligación de celebrar un contrato posterior, y no sobre el derecho a ejecutar el contrato definitivo. Además, es interesante recordar que el resto de las teorías tampoco llegaban a superar de forma definitiva el temido *circuitus inutilis*, puesto que la necesidad de instar un cumplimiento posterior no dista mucho en cuanto a inconvenientes respecto a la prestación de un consentimiento contractual posterior.

En conclusión, el precontrato es un contrato independiente y distinto del contrato definitivo cuyos principales rasgos son:

- Contiene los elementos esenciales de todo contrato, es decir, consentimiento, objeto y causa, con la suficiente determinación como para poder existir como contrato.
- Su objeto es la celebración de otro contrato. Y precisamente sobre ese objeto recae el consentimiento del precontrato.
- Su causa es el consentimiento de la otra parte sobre la perfección del contrato definitivo, y no la ejecución de la contraprestación prevista en el contrato definitivo.
- Su contenido no tiene porqué ser idéntico al del contrato definitivo, y no tienen porqué estar concretados minuciosamente los elementos del contrato definitivo, menos el tipo de contrato que se va a celebrar. Y ello porque en caso contrario no estaría suficientemente precisado el objeto del precontrato. A su vez es interesante comentar que normalmente el precontrato contiene tiempos verbales futuros, supeditación a aprobaciones posteriores y títulos alusivos a su objeto, como precontrato, contrato de preparación, compromiso, etc.
- Su principal efecto es la obligación de suscribir el contrato definitivo. Sin embargo, en el supuesto de que tal obligación se incumpliese, el precontrato únicamente puede conceder un derecho por una indemnización a daños y perjuicios. Y ello por el mandato del art 1.281 del CC.

LISTA DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 5 de julio de 1940 (*RJ* 1940/684).
- STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/691).
- STS de 16 de abril de 1941 (*RJ* 1941/502).
- STS de 11 de noviembre de 1943 (*RJ* 1943/1170).
- STS de 5 de junio de 1945 (*RJ* 1945/695).
- STS de 15 de junio de 1945 (*RJ* 1945/704).

- STS de 1 de julio de 1950 (*RJ* 1950/1187).
- STS de 21 de diciembre de 1955 (*RJ* 1955/232).
- STS de 5 de julio de 1956 (*RJ* 1956/3005).
- STS de 2 de febrero de 1959 (*RJ* 1959/2894).
- STS de 2 de febrero de 1960 (*RJ* 1960/460).
- STS de 5 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3284).
- STS de 16 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/4468).
- STS de 2 de marzo de 1965 (*RJ* 1965/1238).
- STS de 26 de marzo de 1965 (*RJ* 1965/1481).
- STS de 16 de octubre de 1965 (*RJ* 1965/4468).
- STS de 28 de mayo de 1976 (*RJ* 1976/2366).
- STS de 18 de abril de 1978 (*RJ* 1978/1361).
- STS de 16 de abril de 1979 (*RJ* 1979/1401).
- STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963).
- STS de 30 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980/5101).
- STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824).
- STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325).
- STS de 13 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992/9398).
- STS de 24 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10657).
- STS de 27 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3985).
- STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384).
- STS de 3 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4576).
- STS de 21 de junio de 1994 (*RJ* 1994/6296).
- STS de 21 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4968).
- STS de 7 de julio de 1994 (*RJ* 1994/4968).
- STS de 19 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6698).
- STS de 14 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/837).
- STS de 2 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9156).
- STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396).
- STS de 28 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9402).
- STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864).
- STS de 1 de junio de 1996 (*RJ* 1996/2848).
- STS de 29 de julio de 1996 (*RJ* 1996/6408).
- STS de 26 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8402).
- STS de 30 de enero de 1998 (*RJ* 1998/353).
- STS de 8 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/2372).
- STS de 27 de abril de 1998 (*RJ* 1998/2991).
- STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715).
- STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393).
- SAP de Granada, de 27 de abril de 1999 (*AC* 1999/4573).
- SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999 (*AC* 1999/1906).
- STS de 11 de abril de 2000 (*RJ* 2000/2434).

- SAP de Orense, de 26 de junio de 2000 (AC 2000/2320).
- STS de 11 de octubre de 2000 (RJ 2000/7725).
- SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2000 (JUR 2000/279377).
- SAP de Vizcaya, de 13 de octubre de 2000 (AC 2000/2441).
- STS de 30 de marzo de 2001 (RJ 2001/6640).
- STS de 20 de abril de 2001 (RJ 2001/5282).
- STS de 20 de abril de 2001 (RJ 2001/6886).
- STS de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2001/3098).
- STS de 8 de marzo de 2002, sentencia número 214/2002.
- STS de 26 de abril de 2002 (RJ 2002/5244).
- SAP de Sevilla, de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003/15398).
- STS de 16 de julio de 2003 (RJ 2003/5144).
- SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (JUR 2003/250944).
- SAP de Málaga, de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2003/243389).
- STS de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/6915).
- STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7235).
- STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144).
- STS de 28 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9837).
- STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia número 1325/2006.
- STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia número 1149/2008.
- STS de 27 de febrero de 2009, sentencia número 140/2009.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGUER: «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 12, 1935.
- BUONCRISTIANO y otros: *Codice Civile*, Giuffrè Editore, 3ª edición, Milán, 1997, págs. 1518, 3233 y 3234.
- Bürgerliches Gesetzbuch und zugehörige gesetze*, Verlag C.H. Beck, Munich, pág. 145 (BGB).
- CASTÁN: *Derecho Civil español, común y foral*, T. 4º, Reus, 15ª edición, Madrid, págs. 26 a 57.
- CAVANILLAS MÚGICA: «Sentencia de 10 de abril de 2000: Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicatoria sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre/diciembre de 2004, págs. 1141 a 1162.
- Code Civil, 1995-1996*, Litec, París, 1995, págs. 878 y 879.
- Código Civil, La Ley*, septiembre de 2003, Madrid.
- DE CASTRO: «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, T. III, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1950, págs. 1132 a 1186.
- DEL ARCO TORRES: *Formularios de contratos*, Comares, 7ª edición, Granada, 2005, págs. 83 a 93.

- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. 1º, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, págs. 331 a 341.
- ESPÍN: *Manual de Derecho Civil español*, V. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, págs. 309 a 315 y 409 a 412.
- GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª edición, EDESA, Madrid, 1990, págs. 474 a 478.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil*, II, V. 1º, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 250 a 257 y 380 a 389.
- Leyes Civiles Forales*, BOE, 2002.
- LASARTE: *Principios de Derecho Civil*, T. 3, 8ª edición, Marcial Pons, 2004.
- MANRESA:
- *Comentarios al Código Civil español*, T. X, V. I, 6ª edición, Reus, Madrid, 1969, págs. 111 a 144.
 - *Comentarios al Código Civil español*, T. XII, 6ª edición, Reus, Madrid, 1973, págs. 539 a 546.
- O'CALLAGHAN y PEDREIRA: *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, V. II, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs. 1051 a 1060.
- PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho Civil*, V. II, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 313 a 328.
- ROCA SASTRE: «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 1948, págs. 321 y ss.
- ROMÁN GARCÍA: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- SCAEVOLA:
- *Código Civil*, T. XXIX, Reus, Madrid, 1955, págs. 331 a 337.
 - *Código Civil*, T. XXIII, V. 1º, Reus, 2ª edición, Madrid, 1970, 536 a 567.
- SIMÓ SEVILLA: *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, V. 2º, Civitas, Madrid, 2005, págs. 335 a 352.

RESUMEN

PRECONTRATO

El precontrato o contrato preliminar es una de las figuras precontractuales que más se ha utilizado en el tráfico jurídico para cualquier tipo de transacción. A pesar de su frecuente uso, el precontrato está rodeado de múltiples aspectos controvertidos. Una de las causas de dicha controversia es la ausencia de una regulación general del precontrato en el Código Civil. Este cuerpo normativo únicamente regula de manera ambigua la promesa de compraventa en su artículo 1.451. Y ello ha motivado que la

ABSTRACT

PRECONTRACTUAL AGREEMENT

The precontractual agreement or preliminary contract is one of the most heavily used types of precontractual instruments, and it is utilised for all kinds of transactions. Despite its frequent use, the precontractual agreement is surrounded by a swarm of controversial aspects. One of the causes of this controversy is the Civil Code's failure to provide any general rules on precontractual agreements. All the Civil Code does is to give an ambiguous rule about «promises to sell» in article 1,451. Accordingly, doctrine

doctrina y la jurisprudencia se hayan cuestionado diversos aspectos regulados en tal precepto, como el contenido y los efectos del derecho a reclamarse recíprocamente el cumplimiento. En efecto, del tenor del citado artículo no queda claro si se refiere a otorgar el consentimiento, perfeccionando el contrato prometido, o si alude directamente a la ejecución del futuro contrato.

Esta falta de regulación, junto con la ausencia de unos antecedentes normativos que ofrezcan unos criterios claros y la disparidad de soluciones existentes en Derecho Comparado, ha provocado posturas encontradas en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia sobre el concepto y los efectos del precontrato. En cualquier caso, siempre ha habido un aspecto sobre el que ha existido consenso: el precontrato es un contrato en sí mismo cuyo objeto es celebrar otro contrato.

La doctrina española ha seguido hasta seis teorías distintas del precontrato, siendo la imperante en la actualidad la del iter contractual. Sin embargo, ninguna de ellas parece que proporcione una respuesta satisfactoria a los problemas que plantea el precontrato. A su vez, la jurisprudencia es cambiante y casuística, lo que impide extraer una postura jurisprudencial clara en torno al precontrato.

De un análisis de los elementos del precontrato y de su finalidad, puede concluirse que el precontrato es un contrato autónomo cuya principal característica es suscribir otro contrato. En efecto, su objeto es la celebración de otro contrato. Su causa es el consentimiento de la otra parte para conseguir la perfección del contrato definitivo. Y su consentimiento es el otorgado en el precontrato, ya que si es necesario suscribir el contrato definitivo como establece el precontrato, entonces dicho contrato tendrá otro consentimiento. A su vez, su contenido no tiene porqué ser idéntico al del contrato

and case law have questioned several aspects regulated in article 1,451, such as the contents and effects of the right to reciprocally demand fulfilment. Indeed, it is unclear from the article's wording whether the article refers to the granting of consent, thus sealing the promised contract, or whether it alludes directly to the performance of the future contract.

This lack of regulation, plus the absence of legislative antecedents to offer clear criteria, plus the disparity of solutions to be found in comparative law have provided the grounds for conflicting postures in Spanish doctrine and Spanish case law concerning the concept and effects of the precontractual agreement. Even so, there has always been one aspect on which there has been consensus: The precontractual agreement is a contract in itself whose purpose is to conclude another contract.

Spanish doctrine has held up to six different theories on precontractual agreements. The ruling theory at present is that of the contractual process. However, none of the theories seems to provide a satisfactory response to the problems raised by the precontractual agreement. Case law is changing and casuistic and so makes it difficult to discern any clear jurisprudential posture on the precontractual agreement.

From an analysis of the elements of the precontractual agreement and its purpose, the precontractual agreement may be concluded to be an autonomous contract whose main feature is the signing of another contract. Indeed, its very object is the conclusion of another contract. Its cause is the consent of the other party in order to achieve the sealing of the definitive contract. And that consent is the consent given in the precontractual agreement, because if it is necessary to sign the definitive contract as the precontractual agreement stipulates, then said contract will have another consent. At the same time, the precontractual

definitivo, y no tienen porqué estar concretados minuciosamente los elementos del contrato definitivo, menos el tipo de contrato que se va a celebrar.

En correspondencia con el objeto citado, el precontrato obliga a la celebración del contrato futuro. Pero en caso de incumplimiento de la referida obligación parece que la postura acertada es otorgar simplemente un derecho a una indemnización por daños y perjuicios al amparo del art. 1.101 del CC. Y ello porque, con independencia de que el consentimiento sea sustituible judicialmente (que conforme al art. 708 de la LEC parece que no habría inconveniente alguno), es claro que la intención de las partes no era obligarse al cumplimiento del contrato definitivo, sino a otorgar el consentimiento.

agreement's content does not have to be identical to that of the definitive contract, and the elements of the definitive contract need not be painstakingly specified. Only the type of contract that is going to be made has to be stated.

As befits the purpose of the precontractual agreement, cited above, the precontractual agreement renders the making of the future contract obligatory. But if this obligation is not met, the correct posture would seem to be simply to grant a right to payment for damages under article 1,101 of the Civil Code. The reason is that, regardless of whether a substitute for consent can be given judicially (and pursuant to section 708 of the Act on Civil Procedure there appear to be no obstacles to such a solution), clearly the intention of the parties is not to force one another to perform the definitive contract, but to grant their consent.

(Trabajo recibido el 2-2-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)