

4. Derecho Procesal

EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO Y SUS CONSECUENCIAS PROCESALES.

Por el Dr. D. Alberto MONTÓN REDONDO.

Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Extremadura.

S U M A R I O

EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO Y SUS
CONSECUENCIAS PROCESALES.
TRATAMIENTO DEL TEMA EN NUESTRO ORDENAMIENTO
POSITIVO Y JURISPRUDENCIA.

EL INCUMPLIMIENTO DEL PRECONTRATO Y SUS CONSECUENCIAS PROCESALES

El acudir a la vía jurisdiccional solicitando la apertura de un proceso no es, como regla general, un fin en sí mismo, sino un medio a través del que se pretende conseguir algo en concreto. Ese «conseguir algo» puede encontrar su razón de ser en motivaciones muy diversas, según se derive de una situación surgida en el terreno de las relaciones jurídicas estrictamente privadas o que se trate de una situación derivada de la conculcación de las normas que intentan regular y mantener la convivencia pacífica de los miembros que integran la comunidad social.

En el primer caso, nos encontramos ante una controversia surgida en el ámbito de las relaciones civiles como consecuencia de un conflicto de intereses, lo que dá lugar a que ante los órganos jurisdiccionales se emita una declaración de voluntad (que calificamos como pretensión procesal) y conforme a la que intenta conseguirse la subordinación de los intereses ajenos a los propios, mediante la aplicación favorable de la norma de Derecho, materializada en una resolución fundada.

Esta resolución crea en aquellos a quienes va dirigida un sometimiento que les impone la obligación de respetar y cumplir sus pronunciamientos. Este sometimiento puede ser suficiente, por su propia imperatividad y por la carga psicológica que lleva consigo, para que el juicio jurisdiccional sea eficaz por sí mismo. Puede suceder, sin embargo, que esto no sea así en cuyo caso el Juez (en un sentido amplio) desarrolla, a instancia de parte legítima, una nueva actividad complemento de la desarrollada hasta ese momento a la que denominamos ejecutiva y que se manifiesta en la actuación coactiva de los pronunciamientos contenidos en su resolución, a falta de la voluntariedad de aquel a quien correspondería su cumplimiento.

Esta actividad, calificada como ejecutiva, es susceptible de desarrollarse de forma distinta, en función de la pretensión concreta de su solicitante. Así,

puede exigirse la ejecución de una sentencia condenatoria a la entrega de cosa determinada (dinero, bienes concretos, etc.) lo que va a suponer que el Juez, en ejercicio de la potestad coercitiva que legitima su actividad, obligue coactivamente al cumplimiento de esa condena. En tal caso, sustituye la actividad remisa del deudor-ejecutado por la suya propia: si aquel no quiere pagar su deuda o entregar aquello a que la sentencia le obliga, el Juez lo hace por él dando, de esta forma, cumplimiento a su resolución y con ello a la voluntad de la Ley (Art. 920 y ss. LECiv). Y lo mismo sucede cuando la pretensión ejecutiva tiene carácter indeterminado (caso, por ejemplo, de los daños y perjuicios, de la entrega de frutos o rentas, rendimientos de cuentas de una administración, etc.) aún cuando aquí debe realizarse una actividad previa a la estrictamente ejecutiva, cual es la integradora del título que la permite, para su desarrollo dentro de los límites que marcan la Justicia y la Ley (Art. 927 y ss. LECiv).

Existen, no obstante, determinados supuestos en los que la actividad ejecutiva adquiere peculiares características, lo que sucede cuando la función del Juez no es ya algo tan simple como dar cumplimiento a una obligación cuya existencia ha sido declarada por él. Son aquellos casos en los que el ejecutado debe cumplir no con un dar; hacer o no hacer concretos o indeterminados, sino en los que para lograr la efectividad de la sentencia debe realizar una determinada declaración de voluntad, es decir, debe llevar a efecto un acto jurídico cuyas consecuencias van a ser negativas sobre sus derechos personales o patrimoniales. Y aquí es donde, entendemos, se plantean los más serios problemas que pueden llegar a poner en entredicho la propia efectividad de la ejecución y, con ello, de la función jurisdiccional.

Esto es así por cuanto una característica de la actividad ejecutiva es la de dar efectividad a una declaración o una condena anterior a ella, que deriva de una resolución jurisdiccional (o de aquellas personas o instituciones a las que legalmente se permite la resolución de controversias jurídicas: arbitraje, por ejemplo) y, en cualquier caso, ofrece datos ciertos al Juez. Pero cuando el desarrollo de aquella actividad se condiciona a la voluntad de quién aparece como su sujeto pasivo, la pregunta que inmediatamente surge es ¿qué sucede cuando aquel no quiere o no puede prestar esa voluntad?

Existen diversos supuestos en nuestro ordenamiento positivo en que ello es posible y la solución no es unívoca en todos. Así, por ejemplo,

encontramos la pretensión ejecutiva tendente a conseguir dar forma a una relación jurídica que ha sido previa y válidamente constituida: es el caso en que, en vía judicial, se solicita el otorgamiento de escritura pública para dar forma a una determinada relación contractual. Como sabemos, y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1.278 del Código Civil, los contratos son válidos cualquiera que sea la forma en que se celebren, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para su validez; pero los propios contratantes pueden concertar, como cláusula perfectamente admisible en base al artículo 1.255 del mismo Código, su elevación a escritura pública e incluso hay determinados actos para los que la Ley exige esta forma¹. Así pues, si cualquiera de los contratantes solicita el cumplimiento de tal cláusula o exigencia legal y el otro se niega a ello, es procesalmente posible el ejercicio de una pretensión cuyo objeto lo constituya precisamente el otorgamiento de aquella escritura. Si el Juez la estima va a compeler al cumplimiento de esa obligación y si no se realiza podrá ejecutivamente otorgar la escritura en nombre del obligado. Pero esto no supone que haya sustituido su voluntad, en el sentido de prestar un consentimiento que le obligue, sino que se ha limitado a dar forma (la de escritura pública) a una relación contractual anterior, perfectamente válida, que no precisa por tanto de nuevo consentimiento para su validez².

1 La escritura pública se exige, con carácter general, en los actos que se relacionan en el artículo 1.280 del Código Civil y, más específicamente: en las capitulaciones matrimoniales y su posible modificación (art. 1.332, en relación con el núm. 3 del art. 1.280); en el establecimiento del censo enfiteútico (art. 1.628); en la donación de bienes inmuebles (art. 633); en la repudiación de la herencia (art. 1.008 aún cuando puede hacerse de otras formas que en este precepto se relacionan); en la constitución de una sociedad civil a la que se aporten bienes inmuebles o derechos reales (art. 1.667, todos ellos del Código Civil).

2 No existe en nuestro ordenamiento procesal un precepto específico que permita tal posibilidad, aún cuando es fácilmente deducible del artículo 1.279 del Código Civil, permisivo de que los contratantes puedan «compelirse mutuamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Y así se ha venido entendiendo por la jurisprudencia y la doctrina.

Se trata de un supuesto en que, tal y como manifiesta CARRERAS (*El embargo*, Barcelona, 1957, Pág. 48) el Juez executor no debe sustituir la voluntad del obligado, ni desarrollar actividad alguna volitiva o intelectual por cuanto los efectos que con ella pudieran perseguirse se obtuvieron anteriormente con la misma sentencia. Esto nos lleva, en

Situación diferente es la que se plantea en el supuesto conocido como «venta judicial», derivada del incumplimiento de una obligación dineraria que ha llevado al embargo y posterior apremio sobre bienes del deudor-ejecutado, como una forma de lograr el cumplimiento coactivo de aquella obligación. En tal caso y cuando tiene lugar la subasta judicial de esos bienes, a los efectos de su transformación en dinero líquido para su entrega

conformidad con la opinión de FERNANDEZ LOPEZ (**El proceso de ejecución**, Barcelona, 1982, específicamente en su pág. 241 epígrafe «El supuesto especial de las declaraciones de voluntad», también recogido en su **Derecho Procesal Civil (CONDE LA OLIVA)**, Madrid, 1990, Vol. III, pág. 245) a considerar el momento que la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada, determinante de que el órgano jurisdiccional pueda realizar los actos complementarios o consecuencia de aquella declaración, como si hubiera sido prestada específicamente por el deudor. De ahí podría deducirse que la obligación de otorgar escritura pública se traduce procesalmente en una obligación de hacer, consistente en comparecer ante un Notario y otorgar un documento que no supone un nuevo contrato. (En este sentido NUÑEZ LAGOS: **Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial**, Madrid, 1945, pág. 29 y ss.) y siendo así entraría en juego el artículo 924 de la LECiv. permisivo de que el Juez realizara aquel «facere» a costa del deudor, ejecutando una volición ya existente y contrastada en el proceso. (De forma más específica sobre el tema puede verse: PIÑAR DIAZ M.: **Algunas conclusiones prácticas sobre la petición y condena a otorgar escritura pública**, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1986, núm. 1.410, pág. 204 y en Rev. Jurídica española La Ley, 1986, núm. 1.471). Ahora bien, nos manifestamos conformes con lo que a este respecto nos dice ALSINA, H. (**Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**, Vol. V (Ejecución forzada y medidas precautorias), Buenos Aires, 1962, pág. 150 y ss.) en el sentido de que la sentencia debería, en tales casos, contener apercibimiento expreso de que la escritura se otorgará por el Juez de no hacerlo el obligado directamente a ello, por cuanto si se condenara exclusivamente a la escrituración y de no efectuarse esta, el Juez actuando dentro de los propios términos de su resolución no podría otorgar la escritura pues incurriría en incongruencia.

Existen ordenamientos, de los que citamos algunos a mero título de ejemplo, en que sí se hace expresa referencia a esta modalidad de ejecución, como pueden ser el Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México, cuyo artículo 517 nos dice: «Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el Juez lo ejecutará por el obligado expresándose en el documento que se otorgó en su rebeldía». En sentido similar se redacta el artículo 501 del Código de Procedimiento Civil de Colombia, continente de la prevención de que si el obligado a otorgar una escritura o documento no lo realiza en un determinado plazo, el Juez procederá a hacerlo en su nombre en el momento en que la resolución adquiera la condición de firme (Sobre este precepto DEVIS ECHANDIA, H.: **Compendio de Derecho Procesal**, Bogotá, 1982, Vol. III, El proceso civil, pág. 361), y lo mismo cabe decir con relación al Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, que en su artículo 991 establece idénticas previsiones.

al acreedor, el adquirente lo hace con carácter de comprador lo que precisa, para que la adquisición tenga consecuencias jurídicas transmisivas de la propiedad, que efectivamente pasen a su poder. Y aquí prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil dos posibilidades distintas, en función de la naturaleza del bien u objeto que va a ser forzosamente vendido. Si es un mueble o semoviente, nos dice el artículo 1.509 que la actividad judicial se limitará a ser la de entrega física al comprador de los mismos una vez haya sido consignado el precio, momento en que la propiedad pasa al comprador al haberse perfeccionado la venta con la aprobación del remate por el Juez, en los términos que nos dice el artículo mencionado y sobre la base de lo establecido por el artículo 1.450 del Código Civil. Si por el contrario, se trata de un bien inmueble se exige, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.280,1 el Código Civil, la escritura pública lo que determina que no baste la mera tradición de los bienes como en el caso anterior, sino que deba cumplimentarse aquel requisito formal³, así, se prevé por el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, una vez perfeccionado el contrato (lo que tiene asimismo lugar en el momento de la aprobación del remate por el Juez, art. 1.450 Código Civil) la voluntad del deudor que,

3 En relación con el tema concreto pueden verse, con carácter general: BLAZQUEZ: **El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles**, en Rev. Crítica de Dcho. Inmobiliario, 1944; GUASP DELGADO, J.: **En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles**, en Rev. Crítica de Dcho. Inmobiliario, 1945, pág. 153; MIGUEL Y ALONSO, C. de: **Apremio**, Voz en Nueva Enciclopedia Jurídica Española, Ed. Seix, Barcelona, Vol. II; GUTIERREZ DE CABIEDES, E.: **La enajenación forzosa**, Pub. Universidad de Navarra, Pamplona, 1966; TOME PAULE, J.: **El otorgamiento de la escritura de venta de inmuebles en las enajenaciones mediante subasta judicial**, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1975, núm. 1.014, pág. 3; ESPINOSA JOVER, M.: **Breves consideraciones en torno a la perfección y consumación en las ventas judiciales forzosas**, en Derecho y Proceso, Estudios Jurídicos en Honor del Prof. Martínez Bernal, Murcia, 1980, pág. 91; DOMINGO BARBERA, F.: **Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil**, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1985, I, pág. 61; MIGUEL Y ALONSO, C. de: **Sistema de la realización forzosa**, en Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra, 1964, Vol. XL; SOLCHAGA LOITEGUI: **El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles**, Pamplona, 1986; MANTILLA RODRIGUEZ, D.: **Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil**, en la Rev. Procuradores, 1986, núm. 19.

como podemos observar no se ha precisado para la venta judicial de sus bienes, debe prestarse a los efectos del otorgamiento de la mentada escritura y así, nos dice en su párrafo primero: «Consignado el precio, se hará saber al deudor que... otorgue la escritura de venta a favor del comprador». Es decir, se le conmina con la fuerza que la ejecución lleva consigo a que preste, no ya su consentimiento, que no es preciso al haberse perfeccionado la venta judicial sin él, sino una simple declaración de voluntad plasmada en la escrituración de aquella venta y que en nada va a afectar a su obligatoriedad y consecuencias. Por ello y si el deudor ejecutado no se presta a tal otorgamiento o no puede hacerlo en virtud de cualquier circunstancia, nos dice el párrafo segundo del precepto que examinamos: «El Juez otorgará de oficio dicha escritura», lo que debe entenderse en el sentido de que la voluntad remisa del ejecutado sea sustituida por la voluntad coercitiva del Juez a estos únicos efectos⁴.

Ahora bien, la situación más conflictiva se plantea cuando en vía judicial pretenden hacerse valer los posibles derechos derivados de un acuerdo precontractual. Y es que la solución no es aquí tan relativamente sencilla como en los supuestos anteriores, máxime dada la circunstancia de que en nuestro ordenamiento positivo no aparece claramente regulada esta figura de manera institucional, sino solo de forma indirecta esencialmente sobre la base del artículo 1.451 del Código Civil que regula la promesa de venta.

Nos enfrentamos a un tema que desborda las previsiones de un estudio de índole estrictamente procesal. Sin embargo es evidente que tiene también repercusiones en este campo de la Ciencia Jurídica. Por ello y sin querer, en modo alguno, interferir en materias propias de Disciplinas que nos resultan ajenas (con el evidente riesgo que conlleva de cometer graves errores) nos parece interesante realizar un muy breve estudio sobre la esencia misma de la institución que en este momento nos ocupa, dadas las repercusiones que puede tener en su específico tratamiento procesal⁵.

4 En este sentido, por ejemplo: FERNANDEZ LOPEZ, M.A.: **El proceso de ejecución...** Ob. cit. (cita 2).

5 Como bibliografía general sobre la institución del precontrato y para aquel a quien interese su estudio en profundidad pueden verse esencialmente la monografía de ROMAN GARCIA: **El precontrato (Estudio dogmático y jurisprudencial)** Madrid, 1982, un trabajo

La existencia de un contrato preparatorio de otro ulterior, ha intentado hacerse derivar del Derecho Romano y en particular del denominado por los

que supone una síntesis actualizada de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema; posiblemente y en su conjunto el más completo hasta el momento. Sin embargo, nos permitimos recomendar, además de la citada y la bibliografía que en ella se recoge, un conjunto de estudios que hemos manejado directamente, de los que hemos extraído gran parte de los datos que aquí ofrecemos y que nos han parecido interesantes, tanto por su temática, como por la personalidad de su autor. Seguimos para ello un orden cronológico:

SCAEVOLA, G.M.: **Promesa de venta**, en Código Civil (concordado y comentado extensamente), Madrid, 1906, Tomo XXIII, pág. 327 (Recoge interesantes referencias históricas); CHIOVENDA, G.: **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**, en Riv. di Diritto Commerciale, 1911, Primera Parte, pág. 105; CLEMENTE DE DIEGO: **Instituciones de Derecho Civil español**, Madrid, 1930, Vol. II, pág. 128; MACEDO: **Los contratos preparatorios**, en Rev. General de Derecho y Jurisprudencia, México, 1930, Vol. I; STOLFI: **L'obbligo legale a contrattare**, en Riv. di Diritto Civile, 1932, pág. 132; MORO LEDESMA: **El precontrato**, en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, 1934, pág. 1; ALGUER: **Para la crítica del concepto del precontrato**, en Rev. de Derecho Privado, 1935, pág. 321, 369 y 427 y 1.936, pág. 1; BORJA SORIANO, M.: **Caractes de la promesa de venta que la distinguen de la venta**, en La justicia, México, 1937, núm. 1, pág. 1.778; SALANDRA: **Contratti preparatorii e contratti di cordinamento**, en Riv. di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Milano, 1940, Vol. 1, pág. 21; MOSCHELLA: **Contratti preliminare**, en Nuovo Digesto Italiano; BONET RAMON: **La promesa bilateral de compraventa en el Derecho español**, en Rev. de Dcho. Privado, 1944, pág. 49; HERNANDEZ GIL: **Promesa bilateral de compra y venta**, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1944, núm. 2, pág. 331; ROCASANTRE: PUIG BRUTAU: **Contrato de promesa**, en «Estudios de Derecho Privado», Madrid, 1948, Vol. I, pág. 323; AGUILAR GUTIERREZ, A.: **El contrato preparatorio o la promesa de con** en Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, 1948, mayo/agosto, núm. 2, pág. 39; CASTRO Y BRAVO, F.: de: **La promesa de contrato: algunas notas para su estudio**, en Anuario de Derecho Civil, 1950, núm. II, pág. 1.168 y específicamente su epígrafe: «Significado jurídico de la promesa de contrato»; GONZALEZ ENRIQUEZ, M.: **Naturaleza y efectos de la promesa de venta**, en Anuario de Derecho Civil, 1950, pág. 1.383; MANRESA Y NAVARRO, J.M.: **Comentarios al Código Civil español**, Comentario al artículo 1.451. Vol. X, pág. 61, Madrid, 1950; CALVILLO: **Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento**, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1951, 1, pág. 580; SANCHEZ VELASCO, H.: **Contrato de promesa y promesa de contrato**, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1952, Vol. II, pág. 503 y ss. esencialmente; CASTRO, T.: **Da tutela processual dos contratos preliminares**, en Rev. Forense, Rio de Janeiro, en/feb, 1953, Fasc. 595 y 596; FORCHIELI, P.: **Contrato preliminare e sentenza constitutiva**, en Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 1954, pág. 1.067; HILSENRAD: **Las obligaciones precontractuales**, Trad. de Menéndez Pidal, Madrid, s.f.; ESPIN CANOVAS, D.: **Manual de Derecho Civil español**, Madrid, Vol III,

comentaristas (con opiniones poco pacíficas)⁶ «pactum de contrahendo», que venía a suponer un simple acuerdo de voluntades conforme al que se llegaba a un compromiso para, posteriormente, concertar un determinado contrato. Sin embargo, la eficacia de este pacto quedaba condicionada por el propio formalismo de las instituciones romanas con lo que no era eficaz

pág. ...; ZAFRA VALVERDE, J.: **Precontrato**, epígrafe de su monografía «Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva» (Estudio General de Navarra), Madrid, 1962, pág. 249 y ss; MESSINEO, F.: **Contratto Preliminare**, en Digesto Italiano, Milano, 1962; DURAN CASTRO: **El precontrato**, Puebla (Nuevo México), 1963; ALABISO, A.: **Il contratto preliminare** Ed. Giuffrè, Milano, 1966; MANCINI: **La responsabilità precontrattuale**, en Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1966, pág. 1.071; BORJA MARTINEZ, M.: **El contrato preparatorio**, en Jurídica, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Río de Janeiro (Brasil), Julio, 1969; GALINDO GARFIAS, I.: **El contrato de promesa**, en Rev. de la Facultad de Derecho de México (Universidad Nacional Autónoma), 1970, Tomo XX, jul/dic, núm. 79(80), pág. 1.181 y ss; COVIELLO: **Contratto preliminare**, en Enciclopedia Giuridica Italiana, pág. 83 y ss; ALONSO PEREZ, M.: **La responsabilidad precontractual**, en Rev. Critica de Derecho inmobiliario, 1971, jul/ag. pág. 859; LACRUZ BERDEJO, J.L.: **De la promesa de venta y la opción, en particular y el precontrato en general**, epígrafe de «Elementos de Derecho Civil», Vol. III, Derecho de Obligaciones, Ed. Bosch, Barcelona, 1974, pág. 28; CASTAN TOMEÑAS, J.: **El contrato preliminar o preparatorio en general**, epígrafe de su «Derecho Civil español, común y foral», Vol. IV «Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias», Ed. Reus, Madrid 1981, pág. 6 ss, y la bibliografía que se cita; VIERA, L.A.; ORDOQUI, G.: **La promesa de compraventa como título ejecutivo**, Montevideo, 1982; ROMAN GARCIA, A.: **La eficacia jurídica de los precontratos**, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 1983, núm. 2, pág. 326 (supone una síntesis, muy breve, de la monografía de este autor citada al principio); DIEZ PICAZO, L. GULLON, A.: **El precontrato**, epígrafe de su obra «Sistema de Derecho Civil», Ed. Tecnos, Madrid, 1984, Vol. III, pág. 80; MANZANARES SECADES, A.: **La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares**, en Anuario de Derecho Civil, 1984, núm. 273, pág. 687; MANZANARES SECADES, A.: **La naturaleza de la responsabilidad precontractual, o culpa in contrahendo**, en Anuario de Derecho Civil, 1985, oct. pág. 979.

.6 Incluso se buscan sus orígenes en institutos anteriores al citado. Así se considera que la Constitución Diecisiete de la Compilación de Justiniano («De fide instrumentorum») ya disponía que, si en caso de acuerdo de celebración de un contrato de venta por escrito hubieran mediado arras, el contratante que incumpliera con lo prometido las perdería en favor de la otra parte, o tendría derecho a reclamar esta el doble del importe de las arras. Se trata no obstante y en opinión de GALINDO GARFIAS (**El contrato de promesa...** cit. Cita 90) de un texto confuso acerca de la naturaleza obligatoria de la promesa que hasta este

en sí mismo sino que, o bien debía haber adoptado la forma de la estipulación a que venía referido o configurarse como uno de los posibles «pacta adjecta» añadidos al contrato principal y relacionados con él, de forma tal que su incumplimiento quedaba protegido y sancionado por la misma «actio» que pudiera nacer del incumplimiento de aquel. Ello suponía, por otra parte, que la problemática de la promesa o compromiso para la celebración de un contrato no solo se planteaba con respecto a la compraventa, sino de cualquier otro tipo de contrato que las partes se propusiera celebrar en un futuro.

En cualquier caso, resulta interesante hacer notar cual era el verdadero alcance de este pacto. Es decir, si con él podía obligarse al promitente a formalizar el contrato para el que el «pactum de contrahere» se había celebrado o si, sencillamente, en caso de no accederse a ello, solo surgiría para aquel el «id quod interest» o sea, la obligación de indemnizar los posibles daños y perjuicios que su negativa hubiera podido causar. Existe una cierta tendencia a considerar que esta segunda era la solución más posible, sobre la base de conceptuar la obligación derivada del contrato preliminar como de hacer y, por ello, al ser voluntariamente incumplida y por aplicación del principio «nemo praecise ad factum cogi potest» quedaba reducida simplemente a la indemnización de los daños y perjuicios causados⁷.

Sin ser, al igual que en el caso anterior, precedente necesario del precontrato, puede mencionarse la institución que en el antiguo Derecho germánico vino a conocerse como «wadiatio» o promesa de fidelidad, cuyos orígenes pretenden hacerse derivar de la «convenientia» o «stantia» términos

momento, era un «nudo pacto» pero ofrece las bases para pensar que, a partir de la República era viable que las partes se comprometieran verbalmente a celebrar en el futuro un contrato por escrito.

Por algún autor (SANCHEZ VELASCO: **Contrato de promesa y promesa de contrato...** ob. cit (cita 5) se considera que la misma expresión «pactum de contrahendo» no es auténticamente romana, al tratarse de un pacto que no podía tener trascendencia, dado que en Roma los contratos constituían un «númerus clausus» y no se admitía como contrato atípico más que la «stipulatio» y siendo así sería ahí y en los «pacta adjecta» donde habrían de buscarse los orígenes del precontrato, en lo que supone de libertad de forma y en cuanto a sus garantías.

⁷ En este sentido LARENZ, K.: **Derecho de Obligaciones**, Trd. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 28 y ss.

con los que se designaba aquel acuerdo de voluntades conforme al que el vendedor se comprometía con el comprador a reservarle una cosa, a los efectos de la ulterior celebración de un contrato sobre la misma que pasaría a ser su objeto⁸. En función de estas concepciones, la «wadiatio» se construía como una forma de compromiso para quien vende que en caso de incumplimiento, se traducía en su responsabilidad patrimonial, única posible⁹.

La conjunción de estas figuras históricas puede ofrecernos las bases de esa que hoy día conocemos con la denominación de precontrato¹⁰ al coincidir en lo esencial: precisamente la no coincidencia en el tiempo de la entrega material de la cosa o, en general, el cumplimiento de lo pactado y la efectiva conclusión del contrato que hay que considerar como definitivo.

Se trata, por otra parte, de una figura que no es ajena a nuestro Derecho histórico. Y así, encontramos como en las Decretales de Alejandro III (Lib. I, Tit. XXXV, De pactis) se establece la vinculación del promitente a su promesa de forma tal que el Juez debe procurar que se cumpla de acuerdo a sus propios términos y ello por cuanto, en palabras de algunos de sus glosadores «mediante la promesa el hombre se obliga con respecto a otro hombre»¹¹. Argumentaciones semejantes se encuentran en la «Summa Azionis» y el «Speculum Iuris» de GUILLERMO DURANDO (1578) aún cuando se condicione la validez de los pactos a la exigencia de su licitud y honestidad, en cuyo caso no era necesario que de la promesa derivase una

8 Sobre el tema, LEICHT: *Il diritto privato preirneriano*, Bolonia, 1933.

9 BRUNNER; SCHEWRING: *Historia del Derecho germánico*, Trd. de Alvarez López, Barcelona, 1936; PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, Trad. Melón Infante, Barcelona, 1957; también ROMAN GARCIA: *El precontrato (Estudio dogmático y jurisprudencial...*, Ob. cit. (cita 5), pág. 327.

10 Se denomina de otras muchas formas: pacto de contrahendo, pacto de inheundo, antecontrato, contrato preliminar, contrato preparatorio, contrato de promesa, como nos hace notar GALINDO GARFICAS, I.: *El contrato de promesa...* Ob. cit. (cita 5), también se le califica anteacto (DEMOGE: *Traité des obligations*, París, 1923, Vol. II, pág. 5).

11 ENRIQUE DE SEGUSIO (Cardenal Hostiensis): *Summa aurea*, en «Glosa al Canon Antigonus».

nueva obligación que daría lugar, en palabras de JUAN ANDRES a un «circuitus inutilis» (Glosa al «Speculum Iuris» de Durando); también DIEGO DE COVARRUBIAS («Invariarum resolutionem libros») afirma la eficacia plena de los pactos por los que se promete la entrega de una suma de dinero; estableciendo ANTONIO GOMEZ la validez jurídica de las promesas recíprocas («Comentariorum variarumque resolutionum Iuris civilis comunis et reggi») y llegando a manifestar ALFONSO DE AZEVEDO («Comentariorum Iuris Civilis» al Libro V de la Nueva Recopilación) que la sola promesa de obligarse a algo produce efecto inmediato sin necesidad de nuevo convenio. En época posterior SALGADO DE SOMOZA, en línea con AZEVEDO propondrá la distinción entre promesa y venta («Tractatus de regia protectione», 1647), pero con la precisión, basada en sus predecesores, de que quién se obliga a algo queda efectivamente obligado a su cumplimiento.

También en Las Partidas se regula la promesa y sus correspondientes consecuencias. Así, se le dedica el Título 11 de la Partida 5.^a y es la Ley 1.^a de este Título la que nos la define como: «Otorgamiento que hacen los hombres unos con otros, por palabras y con intención de obligarse, acordando sobre alguna cosa cierta que deben dar o hacer unos a otros» y es la 34 la que establece las consecuencias que el incumplimiento de las promesas suponen para el promitente («Que penas merecen aquellos que non guardan las promisiones que facen» «Que pena meresce el que promete de dar o de fazer alguna cosa a dia cierto e non la dio nin la fizo») y de la que se deduce, de acuerdo con las opiniones de sus Comentaristas (esencialmente GREGORIO LOPEZ y GUTIERREZ) la posible exigencia coactiva de lo prometido, caso de su incumplimiento. Con la peculiaridad de que, si a la promesa se hubiera añadido cláusula penal, su pago exigiría al obligado del cumplimiento de lo prometido, excepto en el caso de que se pactaran ambas cosas, pues entonces el incumplimiento supondría la posibilidad de exigir lo prometido y al tiempo reclamar lo que como pena se hubiera pactado. En cualquier caso, la conclusión a que Las Partidas permiten llegar es que el Juez podría compeler al promitente al cumplimiento de lo que prometió (independientemente de la posible cláusula penal) y solo cuando aquel cumplimiento no fuera posible, podría sustituirse su prestación por la

de los daños y perjuicios causados como consecuencia de aquella conducta. Estas disposiciones fueron derogadas por el Título 16 (Ley única) del Ordenamiento de Alcalá¹².

Por lo que se refiere a la Nueva Recopilación, son interesantes los Comentarios a su Libro V en relación asimismo con la promesa y las consecuencias de su posible incumplimiento. De tal manera MATIENZO, en sus Glosas a la Ley 22 de Toro nos habla, de forma similar a JUAN ANDRES del «circuitus est vitandus», concediendo a la promesa fuerza suficiente para hacer eficaz la obligación que de ella deriva sin necesidad de nuevo convenio y nos dice «la promesa de donación equivaldrá a la propia donación» pues de no ser así, y en su criterio, llevaría consigo un circuito que debe ser evitado por su propia inutilidad. Ello supone, en opinión de ALFONSO DE AZEVEDO que la sola promesa de obligarse a algo vincula a ello de por sí.

Como puede observarse, característica esencial de este período histórico, precedente a la Codificación, es la del predominio del espiritualismo sobre el formalismo, traducido en la eficacia que se concede a la voluntad de obligarse, siempre que esta se hubiera manifestado libremente. Siendo así, tal voluntad condiciona a quien la presta en el sentido de que puede exigirsele coactivamente su cumplimiento.

Sin embargo todavía no puede hablarse aquí del precontrato en los términos y con el sentido con que actualmente se le conoce pues, con carácter general, estos pactos promisorios en cualquiera de sus modalidades, tienen un sentido marcadamente unilateral; no obstante, tampoco aparece descartada la posibilidad de que se dé la promesa recíproca, suponiendo un auténtico contrato precursor de otro posterior cuyo cumplimiento sería, en su caso, reclamable¹³. Todo ello permite llegar a una conclusión que nos aparece fundamental: la eficacia de los pactos promisorios queda condicionada por el verdadero alcance de la voluntad de las partes prevalente, en todo caso, para determinar hasta qué punto son aquellos exigibles dentro

12 En opinión de MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español...* Ob. cit. (cita 5) Vol. X, pág. 82.

13 Así nos lo dice GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Madrid, 1877, Vol. II, pág. 365.

precisamente de los términos que su propia voluntad haya marcado y en cuyos límites podrán compelerse a su cumplimiento.

La formación conceptual de esta categoría jurídica hay que atribuírsela a DEGENKOLB¹⁴ sobre el concepto del «Vorvertrag», término con el que THOL¹⁵ traducía la significación del «pactum de contrahendo» romano, otorgándole naturaleza preparatoria de un contrato posterior o, en un sentido más literal, como precedente en el tiempo de un contrato definitivo. De tal forma, se intenta armonizar la posibilidad conceptual del precontrato con su eficacia procesal, a través de la que por algún autor se califica como «teoría de la cooperación»¹⁶. De acuerdo con ella, el incumplimiento de la promesa no supone que el Juez deba cumplir la voluntad no prestada, pues ya se puso de manifiesto al hacer aquella, sino que lo importante es conocer la cooperación que los contratantes se comprometen a prestar para llevar a feliz término la efectividad de lo prometido, y es precisamente esta actividad de cooperación la que puede ser suplida por el órgano jurisdiccional en los términos en que se acordó, cuando una de las partes no quiere realizarla. Y así distingue DEGENKOLB los negocios jurídicos en que ambas partes declaran una voluntad o un querer de ejecución actual, de aquellos en que declaran una voluntad para ser ejecutada en el futuro. En el primer caso, el objeto de lo acordado puede ser tanto una obligación de hacer, como de no hacer o de dar y el Juez puede compeler a su cumplimiento; en el segundo, se crea un vínculo obligatorio entre los contratantes cuyo objeto es crear una obligación de hacer, que es la celebración del contrato definitivo y que, por su propia naturaleza tendría carácter incoercible de forma específica¹⁷.

La obra de DEGENKOLB abre camino al concepto del precontrato que es posteriormente desarrollado por autores tales como ROTH, STORCH,

14 DEGENKOLB: *Zur Lehre vom Vovertrag*, en *Archiv für die Zivilistische, Praxs.* 1887, núm. 71.

15 Thol: *Handelsrecht* (Derecho Mercantil), 1854, Vol I, & 62.

16 SANCHEZ VELASCO, H.: *Contrato de promesa y promesa de contrato...*, Ob. cit. (cita 5) pág. 502.

17 Sobre este punto, GALINDO GARFIAS: *El contrato de promesa...*, Ob. cit. (cita 9).

GELLER, LARENZ, etc.¹⁸ y siendo asimilado en otros países altamente recepticios a la doctrina germana, especialmente en Italia por obra, sobre todo, de COVIELLO¹⁹ bajo la expresión «contratto preliminare» del que posteriormente se haría eco el Código Civile de 1942 configurándolo como el que tiene por objeto la regulación de la reciproca relación de las partes para concluir en un tiempo futuro un determinado contrato definitivo (art. 1.351).

Nos encontramos, no obstante, ante un contrato que respondiendo inicialmente a la tradición germánica del Vorvertrag va superándola y centrándola la importancia de la figura en el momento en que las partes manifiesten su voluntad y no en lo que querían realmente expresar con ella. De tal forma el contrato definitivo no sería sino un simple acto de cumplimiento de esa voluntad, con lo que la conjunción de ambos momentos supondría la plena articulación del negocio concertado, cualquiera que fuera.

Ahora bien, llegado este momento, se propicia una situación en la que aparentemente no existirían diferencias entre el precontrato y el contrato definitivo, y como consecuencia la construcción de dos posturas doctrinales cuyos postulados esenciales podrían sintetizarse así²⁰. Conforme a la primera, la función del que se denomina pacto o contrato preparatorio, no sería sino vincular a la partes para la conclusión de un contrato futuro que, en aquel momento, no se quiere o no se puede concertar; de tal forma, objeto de aquel pacto no es el del contrato que habrá de celebrarse sino la conclusión de este, es decir un «facere» que supone la prestación del consentimiento preciso para ello. Ahora bien, dado que se trata de un acto estrictamente personal, hay que considerarlo como no coercible y en el caso de su

18 ROTH, H.: *Der Vorvertrag*. Bern, 1928; STORCH: *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehenvertrag und die Bedeutung*, Berlín, 1978; GELLER: *Der Vorvertrag*. Erlangen, 1908; LARENZ: *Derecho de Obligaciones...* Ob. cit. (cita 7).

19 COVIELLO: *Dei contratti preliminare nel Diritto moderno italiano*, Milano, 1896, y en la Voz, *Contratto Preliminare*, Ob. cit. (cita 5).

20 Para el estudio del tema en sus distintas facetas y tomas de posición, ver por todos: ROMAN GARCIA: *Aproximación histórica al estudio de la categoría jurídica del precontrato. Actitudes fundamentales*, epigrafe de su monografía «El precontrato...» cit. (cita 5), pág. 91 y ss.

incumplimiento, si este fuera exigido por vía jurisdiccional, la sentencia que en su caso pudiera dictarse no podría en modo alguno sustituir aquella voluntad que no quiso prestarse, sino exclusivamente condenar a la indemnización de los daños y perjuicios que ello hubiera podido causar.

Frente a esta postura, la contraria se fundamenta en la consideración de que²¹ efectivamente puede concertarse un pacto para la celebración de un ulterior contrato y si alguna de las partes lo incumple, ello no supone la imposibilidad de que se celebre ni impide la exigencia de su cumplimiento por vía judicial, pero no ya traducido en la vía sustitutoria que supone la indemnización de perjuicios, sino por medio de una resolución en la que el órgano jurisdiccional puede subrogarse en la voluntad que el obligado por aquel pacto no quiere manifestar. Esto es posible teniendo en cuenta, de acuerdo con esta postura, que la esencia de la ejecución procesal es precisamente la falta de voluntad de cumplimiento del ejecutado, lo que permite prescindir de ella para conseguir un resultado que se asemeje al que derivaría del cumplimiento voluntario²².

El planteamiento del tema, partiendo de las posiciones doctrinales sintéticamente expuestas, nos permite, bajo nuestro punto de vista, un enfoque estrictamente procesal que nos llevaría a distinguir tres posibilidades en cuanto a la eficacia del precontrato, para el caso en que fuera necesario acudir a la vía jurisdiccional en exigencia de lo pactado:

1. Su incumplimiento se traduciría, en cualquier caso, en la condena a la indemnización de daños y perjuicios. Es decir, si el obligado al «contrahere» se negare a ello, podría compelerse por vía judicial a la prestación de la

21 Así BARASSI: *Istituzioni di Diritto civile*, Milano, 1921, pág. 144.

22 Puede observarse que, en última instancia, lo que se está haciendo es privar al objeto del pacto previo o precontrato de su naturaleza personalísima e incoercible, y otorgarle el sentido eminentemente ideológico en que se traduce la declaración de voluntad en que consiste. Y en este orden de cosas habría que entender como válidas las palabras de CHIOVENDA (*Dell'azione nascente dal contratto preliminare...* Ob. cit. (cita 9) cuando nos dice «personalísima será la obligación contraída por un célebre artista de pintar un cuadro, porque el resultado de esta prestación (el cuadro) no es realmente posible sin la prestación del obligado» «pero cuando se trata de una declaración de voluntad puede prescindirse de ella, lo mismo que cuando se trata de cualquier otra obligación, desde el momento en que la ejecución se lleva a cabo prescindiendo de la voluntad del obligado».

voluntad necesaria para dar vida al contrato principal, y si se prestara voluntariamente quedaría concluido y sería exigible conforme a sus términos. Pero si tal voluntad no concurre, el Juez no podría sustituirla dado su carácter personalísimo e infungible (incoercible por tanto) con lo que el contrato no podría darse por celebrado. Por tanto, lo único que cabría al demandante-ejecutante sería solicitar en vía ejecutiva la indemnización de los perjuicios causados siempre que, por supuesto, fueran demostrables.

2. Considerar que la relación precontractual es asimilable al propio contrato cuya formalización constituye su objeto. De esta forma, aquel en cuyo favor nacen los derechos derivados del pacto precontractual puede exigir su cumplimiento ante los Tribunales y, en su caso, solicitar la ejecución tal y como si el contrato hubiera sido efectivamente celebrado.

Esta posibilidad no excluiría la solicitud de condena a daños y perjuicios, pero solo en el caso de que el cumplimiento de la relación contractual fuera imposible. Es decir, se trataría de una pretensión eventual, condicionada a la imposibilidad del efectivo cumplimiento del contrato, que habría de considerarse como pretensión principal.

3. Estimar que el precontrato es, de por sí, título suficiente para obligar a la celebración del contrato al que se refiere. En tal supuesto, si hubiera de acudir a la vía jurisdiccional en exigencia de su cumplimiento, la resolución que en su caso pudiera dictarse vendría, por su propia autoridad, a sustituir la necesaria formalización de aquel, de manera que, en el momento en que adquiriese firmeza, sería exigible el contrato como perfecto, incluso ejecutivamente. Y solo cuando no sea posible el cumplimiento del contrato en sus propios términos, cabría acudir a la exigencia de daños y perjuicios, pero no ya por incumplimiento de la relación precontractual, sino del propio contrato.

Teniendo en consideración las posibilidades antedichas vamos a ver cual es la postura que, al respecto, ha venido a adoptarse, tanto en el terreno del derecho positivo como de la jurisprudencia.

Examinamos, en primer lugar, la forma en que el problema ha venido a tratarse o a ofrecer posibilidades de solución en el ámbito del Derecho Comparado.

Así, en el Derecho Iberoamericano encontramos, por ejemplo lo que al respecto establece el artículo 517 del Código de Procedimiento Civil para

el Distrito Federal de México, en el que se manifiesta: «III. Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el Juez lo ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía»; y por su parte, el 518 permite al ejecutante la posibilidad de optar por el resarcimiento de daños y perjuicios (es decir, como fórmula sustitutoria de la anterior) en cuyo caso habrá de procederse al embargo de bienes por la cantidad que aquel señale (pudiendo moderarse por el Juez e impugnarse por el ejecutado) sustanciándose la reclamación como un incidente de liquidación de sentencia.

La redacción de este precepto viene a indicarnos que concertado un pacto para la celebración de un contrato futuro, si este se incumpliera en el sentido de no llevarse a efecto los actos necesarios para su formalización, estos podrían sustituirse por el órgano jurisdiccional dando consecuentemente eficacia ejecutiva a aquel contrato. Y por supuesto, ello habría de entenderse como válido para el caso en que la celebración de aquel contrato fuera posible, pues de no serlo jugaría consecuentemente la indemnización de perjuicios con carácter sustitutorio.

Y esta misma fuerza ejecutiva del precontrato aparece en otros Cuerpos legales mexicanos, como pueden ser el Código de Procedimientos de Chihuahua o el del Estado de Morelos, siendo su característica común la de que en el caso de su incumplimiento sería el Juez quien daría forma ejecutiva al contrato concertado y de no ser ello posible, su cumplimiento se sustituiría por la pertinente indemnización de los perjuicios causados²³. Asimismo, en cualquiera de los precitados supuestos, el planteamiento procesal responde a previsiones del Derecho sustantivo, al regularse en los correspondientes Códigos Civiles (Art. 2.245 a 2.247 del Distrito Federal de 20 de agosto de 1928; arts. 2.410 a 2.412 del Estado de Morelos, de 27 de septiembre de

23 Referencias más o menos amplias sobre el tema pueden encontrarse en: BECERRA BAUTISTA, J.: **El proceso civil en México**, México, 1965; BRISEÑO SIERRA, H.: **Derecho Procesal**, México, 1969; ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N.: **Derecho Procesal mexicano**, México, 1977; PINA, R. De; CASTILLO: **Derecho Procesal Civil**, México, 1978; AURELIANO GARCIA, C.: **Derecho Procesal Civil**, México, 1981; PALLARES, E.: **Derecho Procesal Civil**, México, 1981; OVALLE FAVELA: **Derecho Procesal Civil**, México, 1980; PINA, R. de; GOMEZ LARA: **Derecho Procesal Civil**, México, 1984.

1945) la promesa de contrato como relación determinante de una obligación de hacer consistente en la celebración del contrato prometido, pudiendo el Juez proceder a su otorgamiento en caso de que el promitente se negara a ello.

El Código Civil de la República de Chile, y en su artículo 1.554 daba en manifestar que la promesa de contrato tiene carácter coercible siempre que reúna los requisitos siguientes: a) Redacción por escrito, b) Licitud del contrato prometido, c) Fijación del plazo o condición para la celebración del contrato al que la promesa se refiera y d) Que se trate de un contrato para cuya perfección solo se requiera la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prevén. Como puede observarse, el objeto de la promesa se configura como obligación de hacer que permite su ejecución directa caso de incumplirse, pero siempre que el incumplimiento afecte exclusivamente a requisitos estrictamente formales, como pueden ser la simple entrega de la cosa o la mesa celebración de escritura pública. Es decir, se está partiendo de la base de que nos encontramos ante una figura asimilable al contrato definitivo, cuya efectividad solo depende del cumplimiento de un plazo o condición y de ciertas solemnidades, en su caso. Por ello, la función jurisdiccional no viene a sustituir una declaración de voluntad que ya fue prestada, sino que se limita a cumplimentar ciertas formalidades que no afectan a la existencia y validez del contrato sino simplemente a su eficacia inmediata.

Y así lo manifiesta el Código de Procedimiento Civil de Chile en su artículo 532, incluido dentro del Título II del Libro Tercero bajo el epígrafe genérico «Del procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer y de no hacer» y refiriéndose concretamente a las primeras prevé el supuesto de la constitución de una obligación por parte del deudor en cuyo caso y conforme a su tenor «podrá proceder a su nombre el Juez que conozca del litigio si requerido aquel no lo hace dentro del plazo que señale el Tribunal²⁴.

24 Referencias al tema pueden encontrarse en: MUÑOZ SALAZAR, M.: STOEHLER, C.A.: **Procedimiento civil**, Santiago de Chile, 1961; RODRIGUEZ PAPIC, I.: **Procedimiento civil**, Santiago de Chile, 1964; ESPINOSA SOLIS DE OVANDO, A.: **Manual de procedimiento civil**, Santiago de Chile, 1967.

El Código Civil de Panamá (de 1 de julio de 1917) establece (o establecía) en su artículo 1.221 «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa, en el precio y en el plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, dará derecho a la persona a quien se ha hecho la promesa, para reclamar al promitente el cumplimiento de la promesa...» «Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para el vendedor o comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos...». Es decir, habría de estarse a lo preceptuado por el artículo 986 «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones... de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas».

La situación es muy similar a la que veíamos en el supuesto anterior. Se parte prácticamente de un contrato perfecto y válido, condicionado en su celebración definitiva a un plazo o condición. Llegados estos e incumplido por quien se comprometió a celebrarlo, puede el órgano jurisdiccional actuar en función de su imperium por cuanto, en su caso, se trataría de dar efectividad a un pacto que, desde su origen, reúne los requisitos necesarios para ello sin que, consecuentemente, sea preciso obligar al demandado a realizar una nueva declaración de voluntad ni que el Juez, de no prestarse, deba sustituirla. Y solo cuando tal cumplimiento no sea posible de acuerdo con lo pactado, entraría en juego la indemnización de daños y perjuicios.

En el Código Civil de Guatemala se regula con carácter general (no ya sólo referida a la compraventa) la posibilidad de asumir por vía contractual (o más correctamente precontractual) la obligación de celebrar un contrato futuro (art. 1.674, que lo califica como contrato de promesa). Para su validez se exige la forma que la Ley prevea para el contrato que se promete celebrar, y en caso de que la promesa tenga carácter bilateral se crea en ambas partes el derecho a exigir el cumplimiento del contrato prometido, dentro de los términos estipulados (art. 1.679). En caso de incumplimiento de lo pactado, el artículo 1.683 nos dice: «Si el promitente se negare a otorgar la escritura para dar forma legal al contrato prometido, en su rebeldía, lo hará el Juez salvo que la cosa haya pasado a tercero de buena fe, en cuyo caso la promesa se resolverá en el pago de daños y perjuicios».

Podemos decir que la situación se repite en relación a anteriores previsiones legales. La actividad del órgano jurisdiccional se limita simplemente a dar forma a un contrato que es perfecto en su origen; no

sustituye pues voluntad alguna y su sentencia es condenatoria a una obligación de hacer, en este caso otorgar la correspondiente escritura, que si no es voluntariamente realizado el Juez puede suscribir en vía ejecutiva por cuanto no se trata, en modo alguno, de un hacer personalísimo e incoercible.

Sentido distinto es el que se desprende del artículo 1.006 del Código de Proceso Civil de la República del Brasil, cuando nos dice: «Condenado el deudor a emitir una declaración de voluntad se considerará emitida en el momento en que la sentencia pase a cosa juzgada. 1. Los efectos de la declaración de voluntad que dependa del incumplimiento de una contraprestación, quedará en suspenso hasta su cumplimiento. 2. En las promesas de contratar el Juez otorgará un plazo al deudor para el cumplimiento de su obligación, desde que el contrato preliminar tenga las condiciones de validez del definitivo». De este precepto se pueden diversificar dos apartados perfectamente diferenciados. El primero de ellos, referido a la promesa «in genere» con un sentido que podría considerarse unilateral, en cuyo caso el incumplimiento de lo prometido por quién hizo la promesa y exigido en vía judicial, la resolución sería formalmente condenatoria (en su caso) para que el deudor emitiera la declaración de voluntad precisa que diera eficacia jurídica a lo prometido. Pero si tal voluntad no fuera así prestada ello no se traduciría (por lo menos en principio) en una indemnización de perjuicios sino en la consideración de que la sentencia, por sí, es título suficiente para considerar emitida aquella declaración de voluntad. O sea, el Juez no quiere en nombre del obligado ni sustituye su actividad volitiva, simplemente condena a un hacer que evidentemente tiene carácter personal (nadie puede querer por otro) y si ello no se cumple, el legislador, no el Juez, estima por vía de ficción, prestado el consentimiento que otorga eficacia jurídica a aquella prestación considerándola como válida y exigible a partir de ese momento. Y aquí es donde podría entrar en escena la verdadera ejecución procesal, de producirse el incumplimiento de ese pacto que ya es perfectamente válido²⁵. Es decir,

25 En este sentido y sobre este precepto: MARQUES, J.F.: *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio/São Paulo, 1966, Vol V., pág. 319, epígrafe «Execução de prestar declaração de vontade»; también se trata el tema en LOPEZ DA COSTA, A.: *Direito Processual Civil brasileiro*, Rio, 1959.

la sentencia hará las veces del acto que debería haberse realizado; en ella se dá por cumplido aquel y, a partir de aquí, es cuando realmente puede acudirse a la actividad ejecutiva de incumplirse la relación obligatoria que de aquella deriva.

El segundo apartado del precepto que comentamos incluye un supuesto de promesa, no ya unilateral sino bilateral, al referirse a la promesa de contrato en cuyo caso se consideran exigibles en el momento en que el contrato preliminar continente de la promesa se reúnan las condiciones de validez del contrato definitivo. En tal caso, exigido en vía judicial el cumplimiento de lo pactado, el Juez condenará a ello otorgando un plazo a tales efectos y, de ser inatendido, la sentencia, tras su transcurso, hará las veces de título del negocio jurídico haciéndolo perfecto y acabado. Ahora bien, no se trata de un contrato nuevo por cuanto el Estado no puede conformarlo a través de sus órganos jurisdiccionales, sino que se está dando efectividad a algo que ya existía con anterioridad y cuyo fundamento se encuentra no en el contrato preliminar, sino precisamente en el definitivo (si se exige su cumplimiento es porque concurren las condiciones necesarias para su validez, el contrato preliminar solo legitima para esa posible exigencia). De esta forma, la sentencia constituye, no el contrato, sino un título del que emanan los mismos efectos prácticos que emanarían de aquel, incluida su posible ejecución ulterior²⁶.

El más moderno conjunto normativo procesal del que hemos tenido referencia, el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, de septiembre de 1985, nos dice en su artículo 531: «Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia solo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los actos».

26 En este sentido, en líneas generales, CASTRO, T.: **Da tutela processual dos contrato preliminares**, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1953, pág. 205.

Nos encontramos ante un precepto clarísimamente influenciado por el *Código Civile italiano* (art. 2.932) por lo que en cuanto a su alcance nos remitimos al estudio que del mentado conjunto normativo hacemos líneas adelante. Entendemos, no obstante, al igual que como veremos hace algún sector de la doctrina italiana con relación al artículo 2.932 del *Código*, que está inadecuadamente incluido en el Título correspondiente a la ejecución de la sentencia, tal y como hace el legislador venezolano. Y así nos lo parece desde el momento en que, como se deduce de la propia naturaleza de las resoluciones referidas en el *Código de Venezuela* estas no exigen petición alguna por parte de quién las obtiene a su favor para conseguir su plena efectividad. Si se ha condenado a la conclusión de un contrato y no se realiza así voluntariamente, el órgano jurisdiccional no ha de realizar actividad alguna tendente a su efectividad, pues la misma sentencia «per se» presupone el contrato como perfeccionado y exigible de acuerdo con sus términos..

Traspuesto el tema al ámbito del Derecho europeo, nos interesa esencialmente centrar nuestra atención en lo que al respecto se establece por el *Código Civile italiano*, la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) y el *Código Civil portugués*.

En el primero de los ordenamientos citados, hay que estar a lo que al respecto establece el artículo 2.932, referido a la «Ejecución específica de concluir un contrato» y en el que se nos dice: «Si aquel que se ha obligado a concluir un contrato, no cumple con lo prometido, la otra parte, siempre que sea posible y no quede excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido». Se trata de un precepto en el que se observa el influjo de la doctrina procesal de la época, esencialmente de CHIOVENDA²⁷ para quien celebrado un contrato preliminar y exigido su cumplimiento judicialmente, lo importante no es que el Juez quiera en vez del incumpliente y constituya en su lugar el contrato definitivo, sino precisamente no constituir ese contrato, prescindir

27 Las opiniones de este autor sobre el tema se recogen en distintas obras, quizás la más importante sea: *Dell'azione nascente dal contratto preliminare...*, Ob. cit. (cita 5). Está traducido por Sentis Melendo e incluido en los «Ensayos de Derecho Procesal» bajo el título «De la acción nacida del contrato preliminar», Buenos Aires, 1949, Vol. I, pág. 213.

de él. Sobre estas bases, la norma de referencia permite, siendo posible el cumplimiento del contrato preliminar que sea exigido ante los órganos jurisdiccionales quienes, en su caso, podrán dictar una sentencia de carácter marcadamente constitutiva a través de la que va a obtenerse no un contrato, sino los efectos que del mismo pudieran derivar de haber sido voluntariamente concertado. El Juez no actúa pues en representación del obligado, sino en virtud de su «imperium»; no suplente la voluntad de aquel para querer en su nombre, sencillamente prescinde de ella considerando producidos unos efectos jurídicos idénticos a los que hubieran tenido lugar mediando aquella.

Cabe observar también en la redacción de este precepto influencia de CALAMANDREI y ello es deducible²⁸ de la rúbrica que lo encabeza: «Ejecución específica de concluir un contrato». Una ejecución que tendría un sentido peculiar e impropio si a la sentencia condenatoria a la conclusión de ese contrato se le concede el carácter constitutivo que parece desprenderse de la norma, desde el momento en que una resolución de tales características no precisa de ejecución ulterior para su efectividad. Ello determina que, por algún sector se haya considerado incorrecta su ordenación sistemática, estimando que su situación lógica debiera ser junto a los preceptos reguladores de los efectos constitutivos de las sentencias, a los que expresamente se refiere el artículo 2.908 («en los casos previstos por la Ley, la autoridad judicial podrá constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas con efectos entre las partes, sus herederos o derechohabientes»)²⁹.

Ahora bien, hay que considerar que las interpretaciones que permite el artículo 2.932 al que nos estamos refiriendo son distintas y la efectividad de la resolución que, sobre su base, pueda dictarse intenta encontrarse en razonamientos diversos. Así, para CARNELUTTI y en contra de la opinión chiovendiana la sentencia no tendría carácter constitutivo, sino que se limitaría a declarar la existencia del derecho exigido, un derecho que nace del contrato preliminar y que, en su caso, permitiría abrir la vía de la

²⁸ Así nos lo hace notar ZAFRA VALVERDE, J.: *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, Madrid, 1962, pág. 264.

²⁹ El carácter asistemático de este precepto lo estiman: SATTA, S.: *L'esecuzione forzata*, Torino, 1937, pág. 259; DENTI, V.: *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953, pág. 40.

ejecución. Y ello por cuanto el contrato preliminar y el definitivo se encuentran, en su opinión, íntimamente ligados para alcanzar un fin común suponiendo la formación progresiva de un acto continuado, por lo que el Juez en su sentencia lo que hace es atribuir certeza jurídica a una relación que era preexistente a ella³⁰. MICHELI, por su parte y manteniéndose en la línea de CHIOVENDA otorga naturaleza constitutiva a la sentencia y estima que su eficacia la adquiere en el momento en que alcanza la condición de cosa juzgada, suponiendo consecuentemente que la ejecución específica de la obligación de celebrar un contrato tiene lugar en el momento en que, por vía judicial se da por completado, es decir, solo cuando alguna de las partes incumpliera con las obligaciones derivadas del mismo³¹. Y este mismo carácter constitutivo de la sentencia a la que se refiere el precitado precepto del Código italiano es el que se deduce de la opinión de MANDRIOLI, al calificarla como peculiar por la circunstancia de que con ella no se pretende la realización de un derecho, que solo puede conseguirse con la intervención judicial, sino de un derecho que surge en correspondencia a una obligación previa incumplida derivada, precisamente, del contrato preliminar³²; también CIAN y TRABUCCHI se mueven en esta línea, al considerar que la función esencial de la sentencia es la de producir el cambio de la situación sustantiva que debió producirse si se hubiera prestado el consentimiento por el obligado, con lo que actúa como subrogada del contrato definitivo. Asimismo consideran que su alcance y con carácter general, no debe entenderse limitado a dar eficacia a un contrato preliminar, sino a cualquier situación en que se incumpla una obligación de contratar³³.

30 CARNELUTTI, F.: *Sistema del Diritto Processuale civile*, Padova, 1936, hay una traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires, 1944: *Teoría general del Derecho*, versión castellana de Osset, F.J., Ed. Rev. Dcho. Privado, Madrid, 1955, pág. 458; *Instituciones del proceso civil italiano*, Trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1973, pág. 35.

31 MICHELI: *Dell'esecuzione forzata*, en Comentario del Código Civile (A cura di Scialoja y Branca). Libro Sexto, Tutela dei Diritti, Bologna/Roma, 1964, pág. 189 y ss; también *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1970 (Trad. de Sentis Melendo) Vol. III. Epigrafe «Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato», pág. 364 y ss.

32 MANDRIOLI: *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, pág. 69 y ss.

33 CIAN; TRABUCCHI: *Comentario Breve al Codice Civile*, Padova, 1984. Se trata de una interesante obra al ofrecer un estudio actualizado y sistematizado de doctrina y jurisprudencia sobre el alcance del artículo 2.932.

Se trata pues, de una postura que puede considerarse como prevalente³⁴ aún cuando puede hacerse también mención de opiniones peculiares, cual puede ser la de CALAMANDREI quien estima que la sentencia dictada en aplicación del precepto que nos ocupa es de carácter esencialmente complejo al aparecer conformada por la unión de un acto de conocimiento con otro de ejecución forzosa³⁵.

En cuanto a la Ordenanza Procesal civil alemana (ZPO su párrafo 894 nos dice, en líneas generales, que si el deudor es condenado a emitir una declaración de voluntad, se considerará como emitida la misma al ser firme la sentencia. Puede observarse en este precepto que, al igual que en el ordenamiento italiano se prevé la posibilidad de que, por vía de sentencia, pueda constituirse no un contrato, pero sí los mismos efectos que pudieran derivar de él. Sin embargo, y a diferencia de aquella legislación, se utiliza el término condena con lo que parece darse a entender que la naturaleza de la resolución que se dicte no sería constitutiva como allí, sino condenatoria a emitir una determinada declaración volitiva, y en caso de su incumplimiento por el condenado se actuaría en vía ejecutiva estableciéndose la ficción de que aquella fue prestada, dando por ello eficacia al acto al que viniera referida. Esto determina que, por algún autor haya venido a decirse que, a pesar de ser realmente una sentencia de condena, su tratamiento procesal es el mismo que el de una sentencia constitutiva³⁶. Parece no obstante que la resolución a que se refiere el citado párrafo de la ZPO se considera como de contenido complejo al acumularse en ella la condena y la subsiguiente ejecución, pues al ordenar la prestación debida (que es la declaración de voluntad) declara la existencia del derecho a que le sea

34 Así le otorgan carácter constitutivo también: SATTA, S.: *L'esecuzione forzata...* Ob. cit. (cita 29); CARUSI: *In tema di contratto preliminare e sentenza costitutiva*, en Riv. di Diritto Civile, 1955, pág. 861 y ss; BUSNELLI: *Comentario del Codice Civile* (Obra Colectiva con BIGLIAZZI y FERRUCCI), Torino, 1964, Libro IV, Tomo IV «Della tutela dei Diritti». REDENTI: *Diritto Processuale civile*, 32ª Ed. (puesta al día por CARNACINI y VALLANI), Milano, 1985.

35 CALAMANDREI, P.: *La sentenza come atto d'esecuzione forzata*, Milano, 1950, pág. 102.

36 Así GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, Trad. de Prieto Castro, Barcelona, 1936. o KISCH: *Derecho Procesal Civil*, Trad. Prieto Castro, Madrid, 1940.

trasmitida la propiedad, cedido el crédito, etc.³⁷. De tal forma, con la declaración de voluntad que la sentencia, en su caso, suple y el cumplimiento de los restantes presupuestos necesarios para la perfección del contrato (por ejemplo aprehensión de la cosa) se cumplirán los efectos propios del negocio jurídico de que se trate³⁸.

Por lo que se refiere al Código Civil portugués, aparece con una clara influencia del Codice Civile italiano, y al igual que él incluye su artículo 830, regulador del tema, dentro de la ejecución y concretamente de la «Ejecución específica» referida al que denomina «contrato-promesa» y que se redacta así: «Si alguien estuviera obligado a celebrar cierto contrato y no cumpliera su promesa, puede la otra parte, a falta de acuerdo en contra, obtener una sentencia que produzca los efectos de la declaración negocial no prestada siempre que a ello no se oponga la naturaleza de la obligación incumplida». Creemos que son válidos todos los comentarios que en su momento se hacían al referirse al Códice italiano³⁹.

Existen otros ordenamientos en los que la solución al problema que el incumplimiento de los contratos preparatorios o precontratos lleva consigo, se realiza de forma extraordinariamente simple. Tal puede ser el caso del Código Civil francés, cuyo artículo 1.598 nos dice explícitamente que la promesa de venta equivale a la venta. Es decir, los efectos de la primera serán los mismos que los de la segunda y consecuentemente igualmente exigibles por vía coactiva, en el momento en que haya mediado consentimiento sobre la cosa y el precio, aún cuando ello ha venido interpretándose no como absoluta equiparación entre venta y promesa de

37 HELLWING: *System des Deutschen Zivilprozessrecht*, Aalen 1968, pág. 67 (Citado por Prieto Castro en «La condena a prestación», en *Rev. de Dcho. Procesal Iberoamericana*, 1954, pág. 3 y ss y en «Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, 1954, aunque él se refiere a la edición de 1912).

38 ROSEMBERG, L.: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, Berlín, 1954, traducido por Romera Vera como *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1955, Vol. III.

39 Comentarios en particular sobre este precepto pueden verse en ANDRADE PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA: *Código Civil anotado*, Coimbra, 1979. Llamamos la atención sobre la circunstancia de que se trata de una obra en tres volúmenes, y los correspondientes comentarios se encontrarían precisamente en el Segundo, sin embargo no nos ha sido posible su localización.

venta sino como autorización a la formación coactiva de aquel contrato por parte del Juez, si ello no era voluntariamente realizado por los contratantes. Es decir, y en palabras de TROP LONG, a la pura ejecución del contrato⁴⁰.

La tendencia parece ser, sin embargo, el seguimiento de la línea marcada por los ordenamientos germánico o italiano, como veíamos al examinar el Código de Procedimiento venezolano, o como se deduce del Proyecto de Código Civil holandés para el que la exigencia jurisdiccional para la realización de actos jurídicos en caso de su incumplimiento, supondrá que la voluntad necesaria para ello se entienda sustituida por la propia sentencia, bien de forma directa (es decir, sustituyendo ésta el acto que no se realizó y produciendo sus efectos) o bien indirectamente, a través de la designación de un representante forzoso del obligado para que emita aquella voluntad en su nombre⁴¹. Incluso en nuestro país en un determinado momento en que los Profesores de Derecho Procesal, a través de reuniones periódicas, intentaron iniciar una labor de actualización y reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se manifestó esta misma tendencia. Concretamente el tema fue tratado en la reunión celebrada en Santiago de Compostela en 1974, siendo de destacar la Comunicación presentada por el Profesor GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADI, en la que se preveía la posibilidad de ejecución en caso de condena a emitir una declaración de voluntad⁴². De la regulación propuesta

40 Citado por LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Vol. Tercero. «Contratos y cuasi contratos». Ed. Bosch, Barcelona, 1974. Ver asimismo GARCIA CANTERO: *Comentarios a los artículos 1.445 a 1.541 del Código Civil*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales» (Dirigidos por Albaladejo), Edersa, Madrid, 1980, Tomo XIX, pág. 60 y ss. Sobre el alcance del artículo 1.598 del Código Civil Francés, ver la cita 5 de la pág. 62.

41 STEIN: *La réforme prochaine du droit dell'execution forcee aux Pays-Bas*, Ponencia al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Wurzburg, 1983, recogida por DE MIGUEL Y ALONSO. C. de, en «Ultimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular», en la obra colectiva «Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order» (Ed. por Habscheid), Bielefeld, 1983, pág. 539.

42 La referida Comunicación del Prof. GUTIERREZ ALVIZ CONRADI puede verse bajo el título de **Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas**, en «El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular» (X Reunión de Profesores de Derecho Procesal), Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pág. 99 y ss. (la fecha es de la publicación no de la Reunión que se celebró en 1974, octubre).

por este Profesor nos interesa destacar, en primer lugar, su inclusión dentro de la ejecución por obligaciones de hacer; en segundo, que supone una adaptación casi literal de la fórmula del artículo 894 de la ZPO al ser la redacción que él propone la siguiente: «Si el deudor hubiera sido condenado a la emisión de una declaración de voluntad, esta se considerará emitida al ser firme la sentencia». «Cuando tal declaración de voluntad dependiere de una contraprestación, el efecto previsto no se producirá hasta que se produzca la contraprestación». Evidentemente se pensó que si la fórmula era válida para el ordenamiento germánico, también podría serlo para el nuestro; nosotros consideramos, sin embargo, que la situación no es tan simple, según posteriormente expondremos.

TRATAMIENTO DEL TEMA EN NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO Y JURISPRUDENCIA

Visto en líneas generales y bajo un prisma que ha pretendido ser estrictamente procesal el problema que el incumplimiento de una relación precontractual puede llevar consigo en un terreno dogmático y de Derecho Comparado, pasamos a examinar de qué manera se enfoca por nuestro ordenamiento positivo y como es tratado por la jurisprudencia.

Como en su momento decíamos, el concepto del precontrato es ya conocido en nuestro Derecho histórico, aún cuando referido esencialmente a la promesa de venta. Sobre esta base el Proyecto de Código Civil de 1851 contempla esta figura y establece en el artículo 1.373 que su eficacia (la de la promesa) deriva de la circunstancia de que de ella resulte la intención efectiva de obligarse y la aceptación de la misma, lo que llevaría como consecuencia su posible exigencia coactiva. Así se recoge en el Anteproyecto de 1882/1888, aún cuando se condiciona la eficacia de la promesa de venta a la circunstancia de que exista conformidad en la cosa y en el precio, momento en que puede producirse la recíproca exigencia del contrato al que va referida. Y con estos antecedentes, se redacta el actual artículo 1.451 del Código Civil (evidentemente influenciado por el artículo 1.589 del Código Civil francés)⁴³ en los siguientes términos: «La

43 Sobre el tema: ROMAN GARCIA: **El precontrato. Estudio dogmático y**

promesa de vender y 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 el vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro».

Sobre este precepto, esencialmente, la doctrina española construye el concepto del precontrato, aún cuando el Código Civil recoge en otros preceptos distintos tipos de promesas y sus consecuencias (así, por ej. el artículo 1.862 con relación a la promesa de constituir prenda o hipoteca). Por supuesto, el tema en su alcance puramente civilista lo soslayamos intencionadamente, como en su momento dijimos, pues ni es nuestra función hacerlo, ni estamos preparados para ello; es además un tema más que suficientemente expuesto por la doctrina a la que nos remitimos a tales efectos (ver cita 5). Siendo así, lo que pretendemos es extraer de las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales el alcance procesal que puede darse a esta norma. Es decir, incumplido lo pactado y planteado ello en vía jurisdiccional, qué posibilidades tiene el demandante de lograr la efectividad de su derecho.

De un estudio sintético y sistematizado de las diferentes posiciones doctrinales pueden obtenerse, esencialmente, dos respuestas que corresponden a otras tantas opiniones genéricas: 1) Entender que con el precontrato se manifiesta la intencionalidad de los contratantes de quedar vinculados para la celebración de un contrato ulterior, lo que les legitima para exigir su cumplimiento y permite que el órgano jurisdiccional pueda hacer efectivo aquel contrato de acuerdo con lo pactado, en vía ejecutiva. 2) Considerar que el objeto del precontrato lo constituye un hacer personalísimo consistente en prestar el consentimiento necesario para celebrar un nuevo contrato. Siendo así, los efectos de su incumplimiento quedarían siempre limitados al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieran podido causarse, dado que no es posible que una sentencia sustituya aquel consentimiento que no se quiso o no se pudo prestar.

jurisprudencial... Ob. cit. (cita 5). Incluso se alude a influencias del Código Civil Portugués. GARCIA CANTERO: **Comentarios a los artículos 1.445 a 1.541...** Ob. cit. (cita 40) pág. 62 a 64 en las que estudia la evolución legislativa de este precepto.

Ahora bien, sobre estas conclusiones genéricas se ofrecen fundamentaciones diferentes. Vamos a prestar nuestra atención a alguna de ellas.

Así, y dentro de la primera de las posturas citadas se ofrecen (entre otros) los siguientes razonamientos que la fundamentan:

A) Quienes intervienen en el precontrato tienen la intencionalidad de dar eficacia a una determinada relación contractual, prestando el consentimiento necesario para ello; pero, sin embargo, quieren o tienen que posponer sus efectos. Siendo así y llegado el momento en que estos debían producirse, si alguna de las partes incumple lo pactado ello no afectaría al perfeccionamiento del contrato como tal que, consecuentemente, podría exigirse en vía ejecutiva⁴⁴.

B) El precontrato o promesa de contrato puede entenderse como simple etapa preparatoria de un «iter negocial» en el que hay que distinguir dos momentos: a) Uno que sería la promesa contractual, con la que se conviene un determinado contrato y se crea la legitimación necesaria para exigirlo. b) Otro, posterior, se traduciría precisamente en esa exigencia.

Si ese contrato que constituyó objeto de la promesa no se concertara en el momento acordado, podría exigirse en vía jurisdiccional pero no vendría a suponer la exigencia de dos contratos (el de promesa y el principal), sino el desarrollo de dos momentos de una relación compleja para la que no se precisa de una declaración de voluntad distinta a la que ya se prestó en sus inicios. Así pues, y si la promesa de contrato contiene los requisitos esenciales del contrato al que va referida, los Tribunales podrán obligar a su cumplimiento⁴⁵.

44 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil...* Ob. cit. (cita 40).

45 DE CASTRO Y BRAVO, F. de: *Significado jurídico de la promesa de contrato*, epígrafe de su artículo «La promesa de contrato» Ob. cit. (cita 9).

En la misma línea se encuentra ALONSO PEREZ quien distingue entre relación precontractual y promesa de contrato. La primera sería una simple etapa preparatoria marcando las líneas que podían dar lugar a su celebración y cuyo incumplimiento solo llevaría consigo obligación de indemnizar. Por el contrario la promesa de contrato, habría de considerarse como vinculante al derivar de ella una relación obligacional, origen de la facultad de exigir la celebración del contrato definitivo. (**Relación precontractual y promesa de contrato**), epígrafe de su artículo «La responsabilidad precontractual...» Ob. cit. (cita 5), pág. 870.

C) La relación precontractual crea un vínculo obligatorio del que nace la facultad de exigir el cumplimiento del contrato proyectado, siempre y cuando estén determinados sus elementos esenciales. Siendo así y si una de las partes intervinientes en aquella relación no cumple lo pactado el Juez podrá sustituir su voluntad, adquiriendo de tal forma plena eficacia el contrato definitivo⁴⁶.

D) La promesa bilateral de contratar tiene el mismo valor que el contrato definitivo. Este habría pues que estimarlo como perfeccionado desde el momento en que haya conformidad en la cosa y en el precio, y exigible como tal si se solicita su cumplimiento⁴⁷.

Variante de esta postura sería, no ya el asimilar la promesa de contrato al contrato definitivo, sino considerar que este no sería auténtico contrato puesto que el consentimiento determinante de su efectividad ha sido prestado ya suponiendo, por tanto, que lo que se exigiría realmente sería el cumplimiento de una obligación anterior. Por ello el Juez no sustituye el consentimiento que lo haría nacer, sino la falta de cumplimiento del obligado⁴⁸. También como modalidad de la misma podría considerarse la de quienes estiman que en el precontrato existe ya el contrato futuro, pero en su germen, conteniendo sus elementos básicos; el contrato principal sería ese mismo contrato, pero ya desarrollado. Esto explicaría la posibilidad de exigencia de la promesa contractual, por cuanto no precisaría de un consentimiento nuevo, sino hacer efectivo el que ya se prestó⁴⁹.

46 DIEZ PICAZO, L.; GULLON, A.: **Sistema de Derecho Civil...** Ob. cit. (cita 9), Vol. III, pág. 80 y ss. En el mismo sentido SANCHEZ VELASCO, H.: **Contrato de promesa y promesa de contrato...** Ob. cit. (cita 5), pág. 502 y ss., aún cuando plantea algunas posibilidades peculiares como podría ser el caso en que uno de los contratantes manifestase que su intencionalidad fue la de concertar el contrato principal, y el otro la celebración de un contrato futuro. En esta situación nos dice. se produce un supuesto de falta de causa en los términos del artículo 1.274 y el de objeto cierto y determinado lo que daría lugar a la inexistencia de relación contractual alguna y consecuentemente a la imposibilidad de su exigencia.

47 Así MANRESA Y NAVARRO, J.M.: **Comentarios al Código Civil Español...** Ob. cit. (cita 5). Vol. X, pág. 61.

48 ALGUER: **Para la crítica del concepto del precontrato...** Ob. cit. (cita 5).

49 ROCA SASTRE: **Contrato de promesa y contrato de opción**, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, Vol. I., pág. 323 y ss.

Ahora bien, en cualquiera de los supuestos citados hay un punto de coincidencia: la necesidad de que en la relación precontractual se contengan los elementos esenciales para dar vida al contrato definitivo. Si no es así, se estima, implícita o explícitamente, que por la vía judicial no podría irse más allá de lo que supusiera la condena a indemnizar los posibles daños y perjuicios causados por el incumplimiento del pacto precontractual, pues el Juez no podría sustituir la voluntad que las partes no prestaron. Podría evidentemente condenar a que aquella voluntad se emitiera, pero de no hacerse voluntariamente, se encontraría ante una obligación personalísima e infungible que no podría sustituir por su «imperium».

Y esta es la idea esencial que late en los postulados de la segunda postura a la que nos referíamos, ante la eficacia procesal del precontrato, aún cuando se exprese de manera distinta. Es decir, se manifiesta por los seguidores de la misma⁵⁰ que cuando se constituye una relación precontractual se hace con la intencionalidad, no de constituir un contrato principal, sino de obligarse a prestar en un futuro el consentimiento necesario para ello. Siendo de esta manera, es evidente que podrá exigirse judicialmente el cumplimiento de aquella obligación, pero si no se efectúa de manera voluntaria, en ningún caso el Juez podrá sustituir el consentimiento preciso para ello lo que deberá traducirse en su novación por la de indemnizar los perjuicios causados.

El tema lo hemos planteado, hasta este momento, en un terreno que conforme expresamos en un principio se fundamenta en criterios de la doctrina civilista. Ahora bien, ¿cuál es la opinión de los procesalistas sobre este punto? En primer lugar, hemos de decir que se trata de una cuestión

50 Entre ellos podría citarse a ESPIN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español...* Ob. cit. (cita 5), pág. 425 y a CLEMENTE DE DIEGO, aún cuando su postura es un tanto fluctuante, desde el momento en que considera que el Juez no podría sustituir la emisión de voluntad del obligado a ello, pero nos dice que, sin embargo y aún cuando esto es así en el terreno teórico, el artículo 1.451 del Código Civil permite obtener la conclusión contraria y considerar que la sentencia no sería meramente declarativa, en el sentido de que se limitara a declarar el derecho del ejecutado a obtener aquella declaración de voluntad, lo que daría eficacia al contrato definitivo, sino que esta eficacia cabe predicarla de la misma sentencia firme que, en el momento en que lo es, permite la exigibilidad en la celebración de aquel contrato (*Instituciones de Derecho Civil español...* Ob. cit. (cita 9), Vol. II, pág. 128).

que no se trata en profundidad, por lo menos en los escasos autores en quienes la hemos visto estudiada o señalada. Hay que hacer notar, no obstante, que existe una opinión particularmente pacifista en cuanto a la posibilidad de que el precontrato sea eficaz en sí mismo, a los efectos de poder exigir jurisdiccionalmente su cumplimiento. Es decir, viene a considerarse ejecutable la resolución judicial estimando celebrado el precontrato, sin necesidad de que el demandado tuviera que prestar un consentimiento que diera efectividad al contrato principal y sin que, lógicamente, el Juez tuviera que realizar actividad alguna que viniera a sustituirlo. Se estima como correcta la fórmula de la ZPO otorgando, con carácter general, naturaleza constitutiva a la sentencia resolutoria de un conflicto de tales características; pero se habla de ejecución de la misma y el tema se incluye en el estudio de esta actividad jurisdiccional⁵¹, lo que desde nuestro punto de vista y, conforme en su momento diremos, no encaja con aquella naturaleza.

51 Así FERNANDEZ LOPEZ, M.A.: **El proceso de ejecución**, Barcelona 1982, y específicamente su epígrafe «El supuesto especial de las declaraciones de voluntad», pág. 241, recogido en sus líneas generales en «Derecho Procesal Civil», Ob. cit. (cita 2), basándose en la opinión de CARRERAS LLANSANA: **El embargo**, Barcelona, 1957, pág. 55; PRIETO CASTRO, L.: **La condena a prestación...** Ob. cit. (cita 37); RAMOS MENDEZ, F.: **Derecho Procesal Civil**, Barcelona, 1991, Vol. II, pág. 1.037 y ss.; GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADI, F.: **Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas...** Ob. cit. (cita 42). Línea similar es la que parece mantener MORENO CATENA, V.: **Las ejecuciones de hacer**, en «Derecho Procesal» (con Cortés Domínguez; Almagro Nosete y Gimeno Sendra), Valencia, 1990, Tomo I, Vol. III, pág. 388, aún cuando se pregunta si, en tales casos, no se trataría de un verdadero contrato, exigible por ello, si en el precontrato se contienen sus elementos esenciales.

MONTERO AROCA también incluye el tema dentro de la ejecución, como «Supuesto especial de condena de emisión de una declaración de voluntad», citándose «por su claridad» al caso del precontrato, distinguiendo distintos supuestos en función de sus elementos integrantes que condicionan el alcance en la exigencia judicial de su cumplimiento. **Derecho Jurisdiccional** (con ORTELLS; GOMEZ COLOMER; MONTÓN), Barcelona, 1991, Tomo II, Proceso Civil, Vol. 2.º, pág. 83.

Postura poco definida es la de TAPIA FERNANDEZ, I., aún cuando parece considerar la indicada como más aceptable sobre criterios esencialmente jurisprudenciales y sobre todo en base a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950 (**Ejecución de sentencias que condenan a la emisión de una declaración de voluntad**, epígrafe de su monografía:

En cualquier caso, y como simple resumen de lo expuesto hasta el momento, hay que llegar a una conclusión muy simple, por lo menos en cuanto a su planteamiento: lo realmente importante para conocer si una relación precontractual puede exigirse conforme a sus propios términos, dando vida con ello al contrato al que se refiere o, por el contrario, tal exigibilidad entra en el terreno de lo infungible por lo que solo puede traducirse en indemnización de daños y perjuicios, se encuentra en la determinación de qué es lo que realmente se quiere cuando se concierta un contrato preliminar. Se trataría, en palabras de LACRUZ BERDEJO⁵² de conocer la verdadera intencionalidad de los contratantes, con independencia de las expresiones o formas utilizadas; es decir, su «ratio voluntatis»⁵³. Si esta es buscar una simple garantía para la celebración de otro contrato, pero sin quererse vincular de forma inmediata a sus efectos, nos encontraremos con la imposibilidad de que estos puedan lograrse en defecto del consentimiento libremente expresado por el obligado a ello; pero si la «ratio» es sencillamente posponer aquellos efectos a un momento ulterior, puede entenderse que el contrato definitivo ha sido concluido y por tanto exigible en sus propios términos, siempre y cuando concurren los elementos legalmente estimados como esenciales para su exigencia y efectividad.

Estos criterios que nosotros exponemos de forma sintética son los que caben deducir de la jurisprudencia, cuyo estudio pormenorizado nos permite determinar la existencia de dos modalidades de esta figura jurídica que se conoce (entre otras denominaciones) como precontrato. Una primera, caracterizada por la circunstancia de que los precontratantes no manifiestan

«Las condenas no pecuniarias. (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)», *Fac. de Derecho*, Palma de Mallorca, 1984, pág. 19. Es interesante también la posición contraria mantenida por RODRIGUEZ VALCARCE, F.: **La sentencia de condena a emitir una declaración de voluntad**, en *Rev. de Derecho Procesal*, 1949, pág. 349, que fue durante mucho tiempo uno de los pocos trabajos en los que se tocaba el tema específicamente y que, muy influido por la jurisprudencia de la época, no negaba que la parte que incumplía el pacto precontractual pudiera ser compelida a ello, pero sí que el Juez pudiera asumir su voluntad caso de no actuar voluntariamente, entrando por ello en escena la pertinente indemnización de perjuicios.

52 LACRUZ BERDEJO: **Elementos de Derecho Civil...** Ob. cit. (cita 40).

53 GONZALEZ ENRIQUEZ: **Naturaleza y efectos de la promesa de venta...** Ob. cit. (cita 5), pág. 1.383.

de manera indubitada su intencionalidad de quedar efectiva y definitivamente vinculadas por un contrato futuro; una segunda, sería aquella en la que, además de contenerse los elementos esenciales de un futuro contrato se manifiesta de forma indudable que lo que se propone no es la prestación del consentimiento necesario para la celebración de aquel, sino únicamente su cumplimiento efectivo.

En el primer supuesto nos encontramos con el que nos permitimos denominar (sin encontrar doctrina que avale este calificativo) «precontrato de futuro», en el que se contienen (o pueden contenerse) los elementos esenciales que van a constituir un futuro contrato, excepto el requisito del consentimiento. Así, a lo que los contratantes realmente se obligan es «a obligarse», según nos dicen las sentencias de 16 de octubre de 1965, 7 de febrero de 1966, 24 de mayo de 1980, 10 de marzo de 1986, sobre la base de los condicionamientos previos que en la relación precontractual hubieran podido pactarse; y siendo de esta manera, el incumplimiento de la obligación de perfeccionar el contrato futuro a lo único que podría dar lugar sería a la indemnización de los posibles daños y perjuicios causados, sin que pudiera ser judicialmente sustituida la prestación de aquel consentimiento.

En el segundo, se trataría de una figura que, si bien se la puede conceptualizar genéricamente como precontrato, su esencia específica sería diferente a la anterior. Aquí sí que ha habido una prestación de consentimiento (por ello nos atrevemos a calificarlo como «precontrato consensual»), pero no va dirigido, como en el caso precedente, a obligarse en un futuro contrato sino a obligarse a cumplir en un futuro una relación previamente concertada. Una relación que, consecuentemente, habría de asimilarse en cuanto a sus efectos a un contrato perfecto, pero cuyo cumplimiento efectivo se pospone a momento ulterior al de su perfeccionamiento. De esta manera, el incumplimiento de la relación precontractual por alguno de los contratantes podría dar lugar a que se produjera su cumplimiento coactivo por parte del órgano jurisdiccional, dado que aquí no hay que prestar un nuevo consentimiento siendo perfectamente válido el prestado con anterioridad.

Ante estas manifestaciones, conforme se ha dicho extraídas de la jurisprudencia, vemos como la eficacia del precontrato a los efectos de su posible coerción se encuentra en lo que realmente se pacta. Si fueron exclusivamente las bases para un contrato futuro, constando ello de forma

expresa, su incumplimiento no podrá dar lugar más que a una posible indemnización de perjuicios. si, por el contrario, lo pactado no son solo las bases para ese contrato futuro, sino que, además, se manifiesta de manera que puede considerarse indiscutible la intencionalidad de vinculación efectiva y definitiva al mismo conforme a lo acordado, esta es suficiente para considerar emitido el consentimiento que da vida a aquel contrato. Un contrato que, por ello, sería exigible de acuerdo con sus términos, quedando la indemnización de perjuicios solo como pretensión eventual para el caso de que su cumplimiento no fuera posible, o aún siéndolo se hubieran realmente producido por la conducta remisa de alguna de las partes.

Así, la existencia del que nos hemos permitido denominar «precontrato de futuro» es deducible de una serie de resoluciones que nos permiten obtener las siguientes características definitorias:

1.^a La función esencial del contrato preliminar o precontrato es la de ligar a las partes para la conclusión de un contrato futuro, sin más objeto que el de obligarse a la celebración del mismo. (Ss. 9 julio 1940, 23 abril 1957, 2 febrero 1960, 16 octubre 1965, 10 marzo 1986)⁵⁴.

54 S. 9 julio 1940: «La función esencial del contrato preliminar es la de ligar a las partes para la conclusión de un contrato futuro, pero precisamente por ese carácter no tienen otro objeto que el de vislumbrar la voluntad a la celebración del contrato definitivo que ha de celebrarse después; ni en él se engendra otra obligación que la de prestar, a su tiempo, el consentimiento...».

S. 23 abril 1957: «Los precontratos están limitados a ser una convención por la que dos o más personas se comprometen a realizar en tiempo futuro un determinado contrato que en el momento de estipular esa convención no se quiere o no se puede celebrar como definitivo...».

S. 2 febrero 1960: «El contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar a este el consentimiento por quienes a ello se ligaron...».

S. 16 octubre 1965: «La especialidad del precontrato consiste en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las bases del primero, que por ello mismo fue calificado de auténtica ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar temperada a la que se deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse...».

S. 10 marzo 1986: «En la simple promesa de venta, su especialidad consiste en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre aquellas líneas de esta que por ello mismo puede calificarse de auténtica ley de bases del siguiente, y cuya fuerza vinculante queda atemperada a la que deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse...» (Transcribe de forma prácticamente literal la doctrina sentada por la sentencia anterior).

2.^a En el precontrato pueden contenerse, sin desvirtuar su naturaleza, los elementos esenciales de un futuro contrato e incluso la determinación de su objeto y precio cierto. Pero siempre habrá de quedar establecido de forma expresa que las partes intervinientes en la relación jurídica precontractual, solo y exclusivamente se obligan a la prestación de un futuro consentimiento único requisito que realmente falta para la perfección de aquel contrato (Ss. 11 noviembre 1943, 15 marzo 1945, 4 julio 1950, 6 marzo 1954, 29 octubre 1955)⁵⁵.

3.^a El incumplimiento de la obligación en que consiste el objeto del precontrato puede dar lugar a la incoación de un proceso en exigencia de lo pactado: prestación del consentimiento necesario para el perfeccionamiento de una relación contractual. En tal caso, podrán ejercitarse pretensiones alternativas: la del efectivo cumplimiento de lo pactado y para el supuesto en que no se actuara de forma voluntaria, o de no ser posible su cumplimiento, la resolución del pacto precontractual y, al tiempo, la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de ello cuya determinación cuantitativa habría de realizarse en período de ejecución de sentencia, de acuerdo con el procedimiento establecido para ello por los artículos 928 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

55 S. 11 noviembre 1943: «El respeto a la voluntad de los contratantes exige distinguir del contrato definitivo la mera promesa de venta. cuando prueba probarse que aquellos al prometer comprar y vender quisieron excluir los efectos de la compraventa actual...» (En idéntico sentido S. 4 julio 1951).

S. 15 mayo 1945: «Si las partes, aún estando de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrar una compraventa posterior, aparece un contrato preparatorio o precontrato...».

S. 4 julio 1950: «Si las partes no expresaron su intención de aplazar la celebración de la venta, comprometiéndose a realizarla en un futuro determinado, el contrato no es de promesa, sino de compraventa actual y perfecta...» (Interpretada lógicamente su doctrina en sentido contrario).

S. 6 marzo 1954: «Si las partes que celebran un contrato aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales de una compraventa, solo se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrarlo posteriormente, el contrato que conciertan es simplemente de promesa de venta...».

S. 29 octubre 1955: «Si las partes no expresaron su intención de aplazar la celebración de la venta, comprometiéndose a realizarla en un futuro determinado, el contrato no es de promesa de venta, sino de compraventa actual y perfecta...» (Recoge idéntica doctrina que la de 4 de julio de 1950).

Todo ello como consecuencia de que la prestación del consentimiento preciso para la perfección del contrato, al que los precontratantes se comprometieron, no puede sustituirse por el Juez al tratarse de un acto que hay que considerar personalísimo. (Ss. 9 julio 1940, 14 noviembre 1927, 11 noviembre 1943, 13 febrero 1953, 18 noviembre 1954, 2 febrero 1960, 16 octubre 1965)⁵⁶.

La segunda modalidad del precontrato, a la que hacíamos referencia, es aquella que le otorga naturaleza tal que quedaría asimilado, a los efectos de exigir su cumplimiento, al contrato definitivo cuyo perfeccionamiento

56 S. 9 julio 1940: «El contrato preliminar no engendra otra obligación que la de prestar, a su tiempo, el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un 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 vida irregularmente a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer...» «Y si es lícito, en el orden procesal vencer, mediante la interposición de la autoridad del Juez, la resistencia a cumplir una obligación de hacer y emplear para lograrlo los medios en cada caso adecuados, no lo es en cambio pretender que merced a esa intervención se cumpla una obligación personalísima».

S. 14 noviembre 1927, cuya doctrina hace suya la de 11 de noviembre de 1943: «Se autoriza conforme al párrafo 2 del artículo 1.451 del Código Civil, la resolución del contrato preparatorio de la promesa de venta, tanto en el caso de incumplimiento forzoso como de incumplimiento voluntario, con sujeción a las reglas generales de las obligaciones entre las que se encuentran las del artículo 1.214 del Código Civil».

S. 13 febrero 1953: «El compromiso de venta requiere la voluntad de vender de los contratos, acto personalísimo y que nadie puede reemplazar, lo que no ocurre para consumir el contrato de venta perfecto, puesto que ya quedó expresada esa voluntad y cuyo cumplimiento puede llevarse a cabo por el Juez para suplir la acción del obligado, pero este no puede suplir la voluntad de obligarse en nuevo contrato, este ya de venta...».

S. 18 noviembre 1954: «El precontrato solo puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios...».

S. 2 febrero 1960: «El contrato preliminar no engendra otra obligación que la de prestar el consentimiento a un contrato posterior por quienes a ello se ligaron... si se diera el incumplimiento, entonces podría producir el efecto de un resarcimiento de perjuicios... siempre y cuando se demostrara su existencia...».

S. 16 octubre 1965: «La fuerza vinculante del precontrato debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse, de suyo difícilmente coercible, por lo que la sanción en caso de incumplimiento queda reducida a la indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia del mismo...».

constituye precisamente su objeto. Sus características, deducidas de lo que al respecto establece la doctrina jurisprudencial serían las siguientes:

1.º El precontrato debe considerarse una convención consensual con vida y entidad propias, en la que el consentimiento prestado para su consumación se proyecta con idéntica fuerza vinculante para la del contrato definitivo que constituye su objeto, no precisándose por ello la prestación de un nuevo y específico consentimiento. (S. 1 julio 1950, esencialmente)⁵⁷.

2.º Para que exista precontrato se precisa que el consentimiento prestado para su perfeccionamiento, además de esta intencionalidad inmediata, manifieste otra mediata de obligarse realmente a que la relación precontractual se convierta en contrato definitivo, cuyas bases deberán, por otra parte, ser

57 S. 1 de julio de 1950. Se trata de una resolución que conforme al sentir de la doctrina, supone un nuevo hito en el tratamiento de los pactos precontractuales. Dada la trascendencia que se le otorgó y sigue otorgando, nos parece oportuno hacer indicación de algunos trabajos en los que se estudia con mayor o menor profundidad, además de su doctrina. CASTAN TOBEÑAS: **Derecho Civil español, común y foral**, Vol. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, Et. Reus, Madrid, 1977, pág. 39; CALVILLO: **Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950)**, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1951, Primer Semestre, pág. 580 y ss; GONZALEZ ENRIQUEZ: **Naturaleza y efectos de la promesa de venta (Sentencia 1 de julio de 1950)**, en Anuario de Derecho Civil, 1950. Vol. III, pág. 1.383 y ss.; ROMAN GARCIA. **El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial...** Ob. cit. (cita 5), pág. 311; TAPIA FERNANDEZ: **Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer...** Ob. cit. (cita 51), pág. 174.

En lo que nos interesa dice esta resolución: «Es incuestionable que el contrato de promesa de venta y con independencia de si debe ser considerado como contrato preparatorio o precontrato al reunir los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil es por su naturaleza un contrato consensual con vida y entidad propias... y precisamente por esa característica de independencia... la voluntad expresada para constituir el dicho contrato de promesa de venta proyecta su eficacia no solo en la constitución del círculo jurídico que sujeta a las partes, sino sobre el objeto de la convención... de todo lo cual se deduce que para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se precisa una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato y que las consecuencias del mismo, obligatorias para los contratantes a tenor del artículo 1.250 del Código Civil... son análogas a las que se producen en la compraventa... ya que en el contrato de promesa de comprar o vender por su singular naturaleza se encierra y contiene el consentimiento suficiente para perfeccionar y consumir la futura compraventa prometida...».

suficientes y aparecer adecuadamente trazadas, aún cuando puedan presentar alguna indeterminación. (Ss. 21 diciembre 1955, 5 octubre 1961, 2 marzo 1965)⁵⁸.

3.^a El pacto precontractual da derecho a los intervinientes en él a exigirse el cumplimiento de lo pactado: otorgamiento de un futuro contrato. Y ello puede lograrse judicialmente mediante el ejercicio de una pretensión principal solicitando la condena del demandado a realizar todos los actos necesarios para el perfeccionamiento del contrato al que se obligó y, alternativamente y para el supuesto en que tal contrato no pudiera llegar a perfeccionarse definitivamente, una pretensión solicitando el resarcimiento de daños y perjuicios, siempre que su existencia pudiera justificarse y en la cuantía que se estableciera en período de ejecución de sentencia.

Esto supone que estimada la pretensión principal, y si el condenado no cumpliera voluntariamente la sentencia, el Juez podría sustituir en vía coactiva la actividad que aquel no quiere o no puede realizar. (Ss. 1 julio

58 S. 21 diciembre 1955: «La nota peculiar del precontrato se encuentra en la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva, siendo preciso para conseguir esta finalidad el otorgamiento de un futuro contrato por el cual se completen los requisitos que en el primero quedaron indeterminados... no precisándose para la consumación de la promesa de contrato una nueva y especial manifestación de voluntad cuando esta ya viene suficientemente expresada en el convenio originario (Recoge en este punto la doctrina de la sentencia de 1 de julio de 1950, anteriormente citada).

S. 5 octubre 1961: «Cuando para cumplir o llenar aquella actividad de desenvolver las bases contractuales contenidas en el precontrato... hay que acudir a la vía judicial con objeto de regular (?) el cumplimiento correspondiente... y si el Juez comprueba que en el precontrato están trazadas las líneas básicas del contrato configuradoras del resultado práctico querido, va directamente a proporcionar ese resultado mediante la consiguiente sentencia de condena, cuidando en el propio fallo o en trámites de ejecución del mismo de complementar o desarrollar las bases contractuales contenidas en el precontrato... En cambio, la insuficiencia de las bases fundamentales en el precontrato, o sea la indeterminación de su objeto se presenta con fuerza bastante para impedir que se haya producido la vinculación de las partes sobre un objeto no determinado ni determinable...».

S. 2 mayo 1965: «El pactum de contrahendo o precontrato tiene por función esencial ligar a las partes para la conclusión de un contrato futuro y si el contrato preliminar no ofrece elementos bastantes para llegar, sin nuevo convenio, a la efectividad de lo estipulado no puede obligarse al otorgamiento de la escritura del contrato principal...».

1950, 5 octubre 1961, 26 marzo 1965, 7 febrero y 1 julio 1966, 28 junio 1974)⁵⁹.

59 S. 1 julio 1950 (ya citada, cita 51): «La voluntad expresada para constituir el contrato de promesa de venta proyecta su eficacia no solo en la constitución del círculo jurídico que sujeta a las partes, sino sobre el objeto de la convención (uno de los elementos esenciales requeridos para que haya contrato) que en el que se examina no puede ser otro que la realización de la venta o compra prometidas cuando se resuelva la condición circunstancial o de tiempo establecida para su consumación, es decir que por lo que respecta al dueño de la cosa se contrae a la obligación futura de consentir la transferencia del dominio que se ostente sobre la dicha cosa prometida, para la cual entra en juego como específica la norma contenida en el artículo 1.451 del Código Civil que habiendo de aplicarse en relación con los preceptos referentes a la contratación da derecho a los contratantes para exigirse recíprocamente el cumplimiento de lo pactado, esto es la venta prometida y previamente consentida... y aún con aplicación en su caso de lo previsto en el artículo 1.098 párrafo primero de dicho Cuerpo legal, si el obligado se resistiere a cumplir la obligación, quedando el derecho a percibir indemnización para el supuesto en que dicho contrato no se pueda cumplir...».

S. 5 octubre 1961 (en sentido contrario): «...ante la falta de determinación de las bases fundamentales del precontrato se comprende que aquel no pueda tener pleno cumplimiento, pues la voluntad del obligado no puede sustituirse por otra de la autoridad del órgano jurisdiccional; es decir, aunque en el precontrato litigioso se ha creado una obligación por las partes contratantes dirigida al desenvolvimiento o complementación de una compraventa futura, o sea a cooperar en el desenvolvimiento de las bases sentadas en aquel contrato, como no se han establecido todas las bases esenciales para ese futuro contrato no puede suplirlas el Juez ya que tendría que hacer una declaración de voluntad que no constaba hubiese sido querida por las partes en el momento de la celebración del contrato».

S. 26 marzo 1965: «Si bien en caso de incumplimiento de la promesa de venta sus efectos deben limitarse jurídicamente a la indemnización de daños y perjuicios, nuestra jurisprudencia, para vigorizar el contrato preliminar inicia una dirección contraria en la sentencia de 1 de julio de 1950 (reiteradamente citada) permitiendo el cumplimiento forzoso con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez y circunscrito el derecho de indemnización para el supuesto en que el contrato no se pueda cumplir».

S. 7 febrero 1966 (recogida por la de 1 de julio del mismo año): «Aunque se estuviera en presencia de un precontrato de compraventa sus efectos son los mismos que los del contrato perfecto, si consta de manera indubitada que esta fue la verdadera intención de los contratantes».

S. 28 junio 1974: «En torno a la interpretación del artículo 1.451 del Código Civil, es doctrina de esta Sala, sobre todo a partir de la sentencia de 1 de julio de 1950, seguida en línea de principio por las de 27 febrero 1954, 2 de febrero 1959 y 5 octubre 1961, resumida y concretada en la de 7 de febrero de 1966 y reiterada en las de 1 de junio del mismo año y 11 de noviembre de 1969, que cuando en el contrato preliminar han quedado

Nos encontramos, por tanto, y como hemos indicado con dos modalidades de precontrato; sus características y consecuencias son distintas sobre la base de que lo que se pacta es asimismo diferente. La primera supone el establecimiento de las bases de un futuro contrato y la intencionalidad de los precontratantes no va más allá; se han comprometido a constituir, sobre ellas y en su momento, un contrato y para ello habrán de prestar un específico consentimiento de manera que solo a partir del momento en que ello tenga lugar sería exigible su cumplimiento. Pensar lo contrario sería atentatorio de las propias normas que rigen la contratación, al decirnos el artículo 1.259 del Código Civil que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, o sin que tenga por la Ley su representación legal». Esto supone tanto como afirmar que los órganos jurisdiccionales no pueden configurar una relación contractual sobre la base de su «imperium»; podrán dictar una sentencia en la que se condene a desarrollar la actividad volitiva necesaria para ello, pero su única fuerza coactiva sería la puramente psicológica que toda resolución jurisdiccional lleva consigo. Así pues, si quien es condenado a prestar aquel específico consentimiento se niega a hacerlo, su voluntad remisa no podrá ser sustituida en modo alguno por la del Juez ni, al ser un acto personalísimo e infungible, podrá obligársele físicamente a manifestarla por cuanto, en este segundo caso, se incurriría en un vicio del consentimiento que invalidaría el prestado y, consecuentemente, la relación contractual así concertada si estamos a las previsiones del artículo 1.265 del Código Civil: «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo».

Siendo así e incumplida aquella sentencia, no cabrá más posibilidad que solicitar la resolución de la relación precontractual, sustituyendo su cumplimiento por la indemnización de los posibles daños y perjuicios que de ello pudieran derivar sobre la base de lo establecido en el artículo 1.124 del Código Civil.

determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir esta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra para exigir el cumplimiento, no solo de la promesa sino también del contrato definitivo».

La segunda modalidad precontractual examina una situación distinta a la anterior, y desde nuestro punto de vista no supone una nueva postura de la jurisprudencia ante las consecuencias que el incumplimiento de los precontrato lleva consigo (tal y como viene manifestándose por amplios sectores doctrinales, tras la sentencia de 1 de julio de 1950) sino que se trata, sencillamente, de un planteamiento distinto partiendo de situaciones distintas. Así lo decimos por cuanto nos encontramos ante un supuesto en el que, efectivamente, hay un acuerdo de voluntades por el que se concierta una relación bilateral continente de los elementos esenciales de un contrato, incluido el consentimiento preciso para que este se estime perfeccionado y exigible. Lo que sucede es que, por cualquier tipo de circunstancias, su cumplimiento y exigencia se pospone para un momento ulterior, aquel en que se complementan los posibles elementos del mismo que hubieran podido quedar indeterminados en la relación precontractual, o simplemente cuando desaparecen las circunstancias determinantes de la posposición.

Siendo así, es factible considerar que el consentimiento que dio vida la relación precontractual basta para dársela también al contrato futuro que constituye su objeto. Por ello, cuando se incumplen los términos del precontrato y se exige su cumplimiento en vía judicial, el Juez no tiene que condenar a prestar el consentimiento que perfeccione aquel contrato, ni plantearse el problema de sustituirlo en caso de no hacerse voluntariamente, sino sencillamente puede limitarse a condenar al cumplimiento de una obligación perfecta de acuerdo con sus términos. De esta manera, en caso de que el condenado no cumpliera la sentencia, podría solicitarse su ejecución en función de las obligaciones propias del contrato y solo cuando el cumplimiento de lo pactado no fuera posible, bien en los términos de la sentencia, bien cuando solicitada su ejecución esta fuera inviable cabría pedir la resolución del contrato y exigir los posibles daños y perjuicios que se hubieran podido causar.

Todo lo que hasta el momento hemos expuesto, nos permite llegar a una serie de conclusiones:

1.^a Que, en términos puramente procesales y ante las dos modalidades precontractuales referidas, nos encontramos ante distintos tipos de pretensiones en exigencia de su cumplimiento que pueden dar lugar a resoluciones jurisdiccionales de diferente eficacia.

Tratándose de esa relación precontractual que calificábamos «de futuro»,

nuestras pretensiones han de ir dirigidas a solicitar una sentencia en la que se declare la existencia y validez de aquella relación y se condene a su cumplimiento conforme a lo pactado. Ahora bien, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un supuesto en que lo pactado fue precisamente la celebración de un contrato definitivo y lo que se exige del demandado es, esencialmente, el desarrollo de la actividad necesaria para ello. Siendo así, pueden darse una serie de situaciones:

A) Que el condenado actúe adecuadamente para dar vida al contrato al que se refiere la relación precontractual. En tal caso, la sentencia se habrá cumplido y se habrán visto satisfechas las pretensiones del actor. Sin embargo, puede suceder que, una vez perfeccionado aquel, se incumpla por alguno de los contratantes lo que llevaría como consecuencia la necesidad, en su caso, de un nuevo proceso ejercitando una nueva pretensión en exigencia de su cumplimiento y en el que, también en su caso, se dictaría una resolución condenatoria que sería ejecutable en función de su contenido.

Esto es evidentemente así, dado que la pretensión ejercitada en el primero de los procesos citados es exclusivamente la concertación de una relación contractual, pero no se prevé que pueda ser ulteriormente incumplida pues es una eventualidad; y celebrado el contrato de esta manera, la pretensión se extingue con ello y la sentencia no puede ir más allá por cuanto incurriría en evidente incongruencia.

B) Que el condenado no desarrolle la actividad volitiva necesaria para la efectividad del contrato principal y que este no pueda, por ello, perfeccionarse. En esta situación puede entenderse que nos encontraríamos ante un supuesto de ejecución específica imposible, desde el momento en que el órgano jurisdiccional no podrá sustituir la voluntad no prestada ni imponer coactivamente su prestación; así pues, se entraría dentro de las previsiones del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985: «Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso, la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno» lo que deberá traducirse en la novación de la obligación principal (celebración del contrato) por la de indemnización de los daños y perjuicios causados, cuya determinación habría de realizarse conforme a lo prevenido por los artículos 928 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando, por el contrario, lo que se exige es el cumplimiento de una relación precontractual «consensual, cuyo objeto es precisamente dar actualidad a un pacto pretérito continente de los elementos precisos para su eficacia, la pretensión que nosotros ejercitemos será continente de una petición en solicitud de una sentencia en la que, por otra, la concurrencia de las circunstancias que permiten su exigibilidad y la condena de su cumplimiento. Nos encontraremos ante una resolución a la que podría, en alguna forma, dársele el calificativo de constitutiva⁶⁰ desde el momento en que establece

60 El hablar de sentencias de carácter constitutivo supone tocar un tema discutido doctrinalmente, con acendradas posturas a favor y en contra de su propia existencia (El tema en su sentido polémico puede estudiarse fundamentalmente en: ZANZUCCHI: **Diritto Processuale Civile**, Milano, 1964, Vol. I; ROCCO, A.: **La sentencia civil**, Trad. de Ovejero, M., Ed. Stylo, México, 1944; CHIOVENDA, G.: **Principios de Derecho Procesal Civil**, Trad. de Casais y Santaló, Madrid, 1977, también en SILVA MELERO, V.: **Las sentencias constitutivas**, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1931, pág. 413; MERCADER, A.: **La sentencia constitutiva (Análisis del criterio clasificador)**, en Rev. Argentina de Derecho Procesal, 1947, Primera Parte, pág. 434 y ss.; RIVAROLA, E.: **Clasificación de las sentencias civiles**, en Rev. Argentina de Derecho Procesal, 1948, Primera Parte, esencialmente pág. 77 y ss.; PRIETO CASTRO, L.: **Acciones y sentencias constitutivas**, en Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal, Ed. Rev. de Dcho. Privado, Madrid, 1964, pág. 125, así como la bibliografía que en este trabajo se cita).

Una polémica que deriva de la naturaleza que se les concede, determinante de su concepción como aquellas que «crean, modifican o extinguen una relación jurídica preexistente», es decir, que no se limitan a declarar la voluntad de la Ley en un supuesto en el que su aplicación se concreta, sino que ella misma es la que «per se» produce las consecuencias queridas por la norma. (En línea con CHIOVENDA: **Principios... Ob. cit.**). Siendo así, se trataría de resoluciones que para su eficacia no precisaría, en su caso, de ejecución pues en ellas el Juez ha tenido en consideración la concurrencia de unos hechos de los que la Ley hace derivar determinado tipo de consecuencias, sin desarrollo de actividad ulterior alguna. Es decir, el Juez, en su sentencia, declara la existencia de unos hechos que, como consecuencia de tal declaración, producen determinados efectos jurídicos previstos por la Ley y solicitados por las partes. Así, por ejemplo, en el artículo 199 del Código Civil se dice: «Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley» y estas causas, con carácter general, son las referidas en el artículo 200 del mismo Cuerpo Legal: «Enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». ¿Qué consecuencias pueden extraerse de los referidos preceptos, en el sentido con que los estamos estudiando? En primer lugar, que para que una persona se considere jurídicamente incapaz es necesario que así se

los condicionamientos necesarios para que las partes implicadas en la relación precontractual puedan afectiva y eficazmente exigirse su cumplimiento. Y, en este sentido, cabe decir que en el momento que

declare en una sentencia, en cuyos fundamentos se haya estimado la concurrencia de alguna de las causas que producen tal efecto. ¿Puede esa sentencia «condenar» a una persona a la condición de incapaz? ¿Puede compelerse a ejecutarla si no acepta la decisión judicial? Desde nuestro punto de vista la respuesta es clara: la Ley prevé una serie de circunstancias causales, cuya concurrencia lleva como efecto la condición de incapaz en quién se dan, pero para ello se precisa de una declaración jurisdiccional en que así se estime, y solo a partir de ese momento, es cuando aquella persona queda incapacitada con las consecuencias reflejadas que ello supone y que recoge el artículo 210 del Código Civil. Y si esto es así, la sentencia que declaró como existentes aquellos hechos de los que la Ley hace derivar tales efectos, es evidente que configura una situación jurídicamente inexistente hasta entonces: (el incapaz no lo es hasta que una sentencia lo declara así), es decir, «constituye» a un sujeto como incapaz. Y esto lo produce la sentencia por su propia autoridad: sería, utilizando palabras de CARNELUTTI el hecho jurídico material del que derivan los efectos queridos por la norma. Por eso esta resolución no precisa ser ejecutada para ser plenamente efectiva, ya que su eficacia no deriva de su posible coerción, al no haber un posible incumplimiento, sino directamente de la voluntad de la Ley que el Juez se limita a manifestar formalmente.

La existencia, más o menos dudosa, de este tipo de sentencias es una consecuencia, según nos hace notar por ejemplo LORETO (**La sentencia constitutiva**, en *Rev. Argentina de Derecho Procesal*, 1944, Primera Parte. pág. 1 y ss.) o PRIETO CASTRO (**Acciones y sentencias constitutivas...**, ob. cit. esencialmente cita 2) de que en la clasificación «clásica» de las sentencias, como declarativas y de condena, no eran encuadradas algunas por sus peculiaridades. La duda surgía en aquellos casos en que de los órganos jurisdiccionales se solicitaba un determinado efecto jurídico que suponía alteraciones, cambios (en sentido amplio) o reconocimiento de una situación o estado preexistente; aquí se producía algo más que la mera declaración de un derecho o la condena al cumplimiento de una obligación. El Juez se encontraba ante el ejercicio de los conocidos (y discutidos) «derechos potestativos» que confieren a su titular el poder de solicitar la creación, modificación o extinción de una relación jurídica o derecho, con independencia de la voluntad del obligado por ellos (en palabras de LORETO: **La sentencia constitutiva...** Cit., pág. 4/5) y que lo está realmente (obligado) con él, sino con los efectos de una norma que no puede evitar (en este sentido CHIOVENDA: **L'azione nel sistema dei diritti**, en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Bologna, 1930. pág. 11). En tales casos, la resolución judicial debía pronunciarse sobre los efectos jurídicos queridos por el actor, con lo que en principio declararía la voluntad preexistente de la ley, pero dado que esta los condicionaba a aquella declaración, la sentencia aparece como constitutiva de los mismos dando lugar a su producción.

Sobre tales bases, la discusión doctrinal de un «tertium genus» en la clasificación de las sentencias no tuvo carácter pacífico y son las concepciones científicas germanas de

adquiere firmeza es eficaz en sí misma sin necesidad de proceder a su ejecución, ya que aquí no es posible hablar de incumplimiento de sus términos. El incumplimiento, de producirse, vendría referido no a las sentencias, sino a la relación obligacional que esta declara exigible; podría decirse con AYARRAGARAY que la ejecución está contenida en la misma

mediados del pasado siglo, surgidas esencialmente de las apasionadas dialécticas entre WACH (*Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1985) y BULOW (*Die Lehre von prozessrindreden und die prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, está traducido por Rosas Lichschein bajo el título «La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales», Buenos Aires, 1964) en relación con el concepto de la protección jurisdiccional estatal, las que dan origen a nuevas concepciones en el tratamiento de las sentencias en las que comienza a separarse como una nueva especie, la categoría de las constitutivas. Un calificativo respecto a cuya utilización originaria existe considerable discrepancia, al atribuirse tanto a WACH (aún cuando más en su descripción que en su denominación, en criterio de PRIETO CASTRO: *Acciones y sentencias constitutivas...* cit. pág. 126, cita 1) como a SCHMIDT, asimismo en opinión del precitado autor, así como a SEUFFER (en opinión de MERCADER: *La sentencia constitutiva...* cit. pág. 441) o a HELLWIG (según consideraciones de ROCCO: *La sentencia civil...* cit. o de RIVAROLA: *Clasificación de las sentencias civiles...* cit. pág. 77, ver también cita 2 en la misma página). En cualquier caso, siendo Alemania su cuna se extiende el concepto a otros países europeos y en el área latina esencialmente por obra de CHIOVENDA (*Principios... cit. e Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Trad. Gómez Orbaneja, Madrid 1936. El estudio histórico puede realizarse en líneas generales en cualquiera de las obras precitadas, y de forma más sintética, en MERCADER: *La sentencia constitutiva...* cit. en su epígrafe «Sinopsis de la doctrina» y esquemáticamente en PRIETO CASTRO: *Acciones y sentencias constitutivas...* cit. esencialmente citas 1 y 2 y bibliografía general que allí se cita; también en ROCCO: *La sentencia civil ob. cit.*).

Ahora bien, se trata esta de una concepción que no es aceptada, en general por la doctrina: frente a ella se alzan las voces de quienes entienden que las sentencias no son, en ningún caso, fuente de producción de derechos, sino aplicación del Derecho lo que supone que a todas hay que calificarlas como declarativas, incluidas las de condena que solo ofrecen como peculiaridad frente a las anteriores su posible ejecución. Siendo así, la sentencia constitutiva, incluso admitiendo su calificativo, no crea o extingue una relación jurídica: esta ya existía (o no) con anterioridad aún cuando fuera en estado latente, por lo que aquella se limita a declarar su existencia, no a constituirla de tal forma que sus consecuencias jurídicas derivan de esta circunstancia y no de la resolución jurisdiccional (en relación con esta postura, y por todos, nos parece esencial la consulta de la obra de ROCCO: *La sentencia civil...* cit. aún cuando también pueden encontrarse referencias en los trabajos de los otros autores citados sobre el tema).

sentencia⁶¹. Es decir, los efectos jurídicos del precontrato, consistentes en la celebración de un contrato principal, surgen de la propia sentencia, pero surgen en el sentido de su inmediata exigibilidad no de su existencia. Como ya hemos dicho los elementos esenciales de ese contrato ya se encontraban en el pacto precontractual, solo se precisaba de la concurrencia de las propias circunstancias que este preveía para que aquel pudiera considerarse perfeccionado. Y en este sentido nos parece que yerran quienes dicen que la sentencia dictada en un proceso de tales características condenaría «a emitir una declaración de voluntad», y en la misma línea de incorrección incluimos la redacción del artículo 894 de la ZPO («Si el deudor es condenado a emitir una declaración de voluntad, se considerará la misma como emitida al ser firme la sentencia»): la voluntad ya ha sido prestada, y esta idea es la que se desprende de la doctrina jurisprudencial a la que en su momento nos referíamos⁶², y si esto es así no parece lógico pensar que haya de acudirse a la vía de la condena para obligar a hacer algo que ya se ha hecho, y utilizar la vía de la ficción para dar por prestada una voluntad que ya se prestó. Y menos lógico parece todavía calificar esta situación como propia de la actividad ejecutiva: la esencia de la misma es realizar por vía coactiva y, sobre la base del «imperium» que deriva de la función jurisdiccional, aquello que el ejecutado no quiere realizar en los términos que le impone una sentencia (en el caso que nos ocupa); pero cuando la sentencia, en sí misma, contiene la inmediata satisfacción de la pretensión ejercitada, que es precisamente el perfeccionamiento de una relación contractual, ello no precisa ejecución alguna. Cosa distinta sería que ese contrato, exigible a partir de la sentencia, se incumpliera por los obligados en él; aquí sí que podría solicitarse la ejecución, pero no para dar efectividad a la sentencia, sino al contrato que ella constituye.

61 AYARRAGARAY: **Introducción a la ejecución de sentencia**, Buenos Aires, 1943, pág. 64.

62 También de la doctrina científica pueden obtenerse conclusiones similares. Así, por ejemplo, ZAFRA VALVERDE: **Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva...** Ob. cit. (citas 5 y 28) o PRIETO CASTRO: **Condena a prestación**, en Rev. de Derecho Procesal, 1954, núm. 1, pág. 3 y ss. y en Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, 1964, pág. 114.

Y en este orden de cosas, nos parece como más cercano a nuestros conceptos el contexto del artículo 2.932 del Codice Civile italiano cuya redacción, recordamos, es así: «Si el que se ha obligado a concluir un contrato no cumple con su obligación, la otra parte, si es posible y no resulta excluido por el convenio existente, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido». Y así lo estimamos por cuanto nos parece más cercano a la realidad, aún cuando pudiera precisar de algunas matizaciones en un intento de adaptación a las particularidades de nuestro ordenamiento positivo y más concretamente al contexto del artículo 1.451 del Código Civil.

Así, nos parece que este precepto podría ver modificado su párrafo primero en términos que podrán ser como estos: «La promesa de vender y comprar (evidentemente sería más correcto hablar de promesa de contrato en general) reuniéndose los requisitos esenciales para la validez del contrato, dará derecho a exigir judicialmente su cumplimiento. La sentencia, en su caso, contendrá el pronunciamiento expreso de tener aquel por celebrado, conforme a los términos establecidos en la promesa».

Con una norma de este tipo no se precisaría de su posterior refrendo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esencialmente por la dificultad de su encuadre sistemático. No cabría, creemos, incluirla en la normativa correspondiente a la ejecución, pues ya hemos dicho que aquí no cabe hablar de ella aún cuando como hemos visto se incluya, legal y doctrinalmente, dentro de la correspondiente a las obligaciones de hacer. En todo caso, podrían incluirse dentro de un precepto muy concreto, el artículo 360, las previsiones siguientes, como su párrafo tercero: «Si fuere condenatoria al cumplimiento de una promesa de contrato, declarará este formalmente celebrado y exigible de acuerdo con sus términos, si no se formaliza voluntariamente por el obligado en el plazo que, a tales efectos, se le otorgue en función de las circunstancias».