

LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS PRECONTRATOS

Por el Dr. D. Antonio ROMÁN GARCÍA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Extremadura

En memoria del doctor Arturo Álvarez Joven

El hecho de que, con harta frecuencia, la evolución social y económica determine en gran medida la evolución jurídica, contribuye a explicar que la actual complejidad de las actividades negociales haya impulsado a una reforma en la configuración dogmática clásica del contrato, así como a la adopción de nuevas fórmulas para la negociación, muchas de las cuales, al carecer de un cauce jurídico típico en el ordenamiento, han de ampararse en la autonomía privada. De esta manera el precontrato en nuestro Derecho se manifestará como una figura jurídica genérica y atípica de gran utilidad y eficacia en algunos casos, para que las partes desenvuelvan la negociación; presentándose como un primer momento, como una primera etapa negociada no autónoma, sino dirigida a la posterior conclusión del contrato definitivo que, con relación al precontrato, ostenta el carácter de contrato principal¹.

¹ Vid., principalmente H. THÖL, *Handelsrechts*, 3.ª ed., 1854; F.C. v. SAVIGNY, *Obligationenrecht*, II, Berlín, 1853, trad. franc. por C. Gerardin y P. Jozon, París, 1873; DEGENKOLB, *Zur Lehre vom Vorvertrag*, en «Archiv für die Civilistische Praxis», 71 (1887); L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel Diritto moderno italiano*, 1896. Publicado posteriormente con un estudio más amplio en la «Enciclopedia Giuridica Italiana», III-III, II, Milano, 1902, en la voz: *Contratto preliminare*; SCHLOSSMANN, *Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte*, en «Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts», 45 (1903); GELLER, *Der Vorvertrag*, Erlangen, 1908; E. LEDUC, *Des avants-contrats*, París, 1909; L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution a la théorie de avants-contrats*, en «Revue Trimestrielle de Droit civil», 47 (1949); H. ROTH, *Der Vorvertrag*, Bern, 1928; S. MORO, *El precontrato*, en «R.C.D.I.» (1934); J. ALGUER, *Para la crítica del concepto de precontrato*, en «R.D.P.», 12 (1935) y 13 (1936); A. OSSORIO Y GALLARDO, *El contrato de opción*, Madrid, 1935; R.M.ª ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, en «Estudios de Derecho Privado», I, (Obligaciones y contratos), Madrid, 1948; F. DE CASTRO, *La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)*, en «A.D.C.», 3 (1950); J.B. JORDANO, *Contratos mixtos y unión de contratos*, en «A.D.C.», 4 (1951); L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I y II, trad. cast. por J. Santos Briltz, Madrid, 1958 y 1959; L. DÍEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia de los negocios jurídicos*, en «A.D.C.», 14 (1961); B. WABNITZ, *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung*, Münster, 1962; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; B. MORENO, *La oferta de contrato*, Barcelona, 1963; J. OSSORIO MORALES, *Notas para una teoría general del contrato*, en «R.D.P.», 49 (1965); J.L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965; D. HÉNRIK, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Berlin y Tübingen, 1965; A. ALABISO, *Il contratto premillinare*, Milano, 1966; V. TORRALBA, *Eficacia del contrato preliminar de arbitraje*, en «R.C.D.I.» (1966); R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; E. CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970; M. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, en «R.C.D.I.» (1971); E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974; H.v. EIMEN, *Die Rechtsnatur der Option*, Berlin, 1974; C.A. NICOLETTI, *Sul contratto preliminare*, Milano, 1974; C. ROGEL, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975; T. OGAYAR, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977; E. LALAGU-

Por ello, el desenvolvimiento del precontrato deberá inscribirse en el ámbito de las nuevas concepciones negociales del Derecho moderno, al no existir tampoco precedentes directos de esta especial figura jurídica ni en el Derecho romano, ni en el Derecho canónico, ni en la tradición jurídica germánica, ni en nuestro Derecho histórico².

Así, el conocido *pactum de contrahendo* —como categoría jurídica genérica— habrá de entenderse como una referencia al acuerdo de voluntades de las partes para contratar posteriormente. Es precisamente a partir de esta construcción, que probablemente se debe a la pandectística, como comenzará a perfilarse definitivamente el concepto jurídico de precontrato y su significación concreta concibiéndose, en la última década del siglo pasado, como un modelo negocial.

Algunos tratadistas al ocuparse del estudio del precontrato fijan su atención en el *pactum de vendendo et de emendo*, en el *pactum de pignorando* o en el *pactum de mutuo dando*. Incluso M. Kaser³ llegará a escribir que este último puede ser considerado como un precedente de lo que, en el Derecho actual, conocemos bajo la denominación de precontrato. De todos modos, después de analizar con detenimiento el Derecho romano en este aspecto, tanto en sus fuentes como a través de su evolución histórica, llegamos a la conclusión de que, si bien es muy conveniente este examen buscando sugerencias que nos ayuden a comprender mejor la categoría jurídica del precontrato, ésta, como tal, no se elaborará propiamente hasta que se desenvuelva conceptualmente en la dogmática moderna, aunque apoyándose en la inevitable continuidad

NA, *El contrato de promesa de venta y el retracto convencional*, en «Estudios de Derecho civil. (Obligaciones y contratos)», Madrid, 1978; E. BUCHER, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, en «Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag», Bern und Stuttgart, 1979; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, Barcelona, 1978 y II-II, Barcelona, 1979; J. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI-3.º, rev. por J.L. de los Mozos, Madrid, 1978; y IV, rev. por J. Ferrándiz, Madrid, 1981; G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XIX, Madrid, 1980; A. ROMÁN, *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1983.

² Cfr. A. ROMÁN, op. cit., pp. 29 y ss.

³ Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, p. 531, que considera que el *pactum de mutuo dando*, pacto de dar en préstamos utilizando la vía de la *stipulatio*, puede ser un precedente de lo que en el Derecho actual conocemos con el nombre de precontrato, apoyándose en un texto de PAULUS (D. 45, de verb. oblig., 1, 68).

de la tradición jurídica.

Por otra parte, como cumplidamente pusieron de relieve tanto S. Moro⁴ como J. Alguer⁵ en sus respectivos trabajos acerca del precontrato, y más recientemente el profesor suizo E. Bucher⁶, la concepción del precontrato presenta ciertas semejanzas fugaces con lo que, en la tradición jurídica germánica y en relación con la doctrina de la *wadiatio*, se denominó *convenientia* o *stantia*; términos que designan el acuerdo de voluntades mediante el cual el vendedor se comprometía con el comprador a reservarle una cosa, objeto del contrato, para la posterior celebración efectiva del mismo. En estos casos al no coincidir la entrega material de la cosa con la conclusión del contrato existe la posibilidad de referirnos, de alguna manera, al precontrato, aunque éste constituye algo que excede con mucho de las primitivas categorías contractuales que nos ha legado la tradición germánica. A semejanza de lo que dijimos antes, estas construcciones jurídicas, precedentemente descritas, adquieren especial relevancia y supondrán un cúmulo de ideas sugerentes que contribuirán a la maduración de posteriores concepciones acerca de este tema. Al mismo tiempo cumplen la función de poner de manifiesto las necesidades prácticas a las que quiere dar respuesta la figura jurídica del precontrato.

En este sentido es sumamente interesante el estudio de la trayectoria o trayectorias trazadas por los diversos autores que, desde los glosadores hasta la época de la codificación, abordan de algún modo esta temática⁷. Desde esta perspectiva interesa especialmente el examen de algunos textos de las Decretales, recogidos fundamentalmente en el canon *Antigonus*, glosado por el que fuera Cardenal de Ostia Tiberiana, Enrique de Segusio (*Cardinalis Hostiensis*, según la denominación corriente entre los canonistas medievales y romanistas), en el que se declara tajantemente que los nudos pactos deben ser guardados. A este propósito, el profesor Federico de Castro⁸, en su magnífico trabajo so-

⁴ Vid. S. MORO, *loc. cit.*, pp. 82 y ss.

⁵ Vid. J. ALGUER, *loc. cit.*, pp. 322 y ss.

⁶ Vid. E. BUCHER, *loc. cit.*, pp. 169 y ss.

⁷ Cfr. A. ROMÁN, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

⁸ Cfr. F. DE CASTRO, *loc. cit.*, pp. 1.139 y ss.

bre *la promesa de contrato*, se refiere al Cardenal Hostiense al recoger la afirmación de éste de que «mediante la promesa el hombre se obliga respecto a otro hombre», texto que con toda seguridad estará tomado de la *Summa Aurea* del Hostiense. También merece destacarse la observación de Juan Andrés —doctor cuyas opiniones como canonista gozaron de autoridad legal, según la Ordenanza Real de Madrid de 1499, dada por los Reyes Católicos— en la interpretación de la mencionada Decretal y de otras dos (una de Alejandro III que establece la nulidad del pacto por el cual se renuncia por dinero a un beneficio eclesiástico y otra que dispone que el juez debe procurar diligentemente que se cumpla lo prometido) al condicionar siempre tal validez a la exigencia de que los indicados pactos sean lícitos y honestos. Idénticas argumentaciones encontramos en la *Summa Azonis*, en el *Speculum iuris* de Guillermo Durando, comentado por Juan Andrés, Baldo y otros, en los comentarios de Gregorio López a las leyes 13, 34 y 35 del título XI de la V Partida acerca del cumplimiento de las *promisiones*, en las opiniones de Diego de Covarrubias en su obra *In variarum Resolutionem libros* donde afirma la validez de los pactos de entregar cierta suma de dinero y que, a su juicio, tendrán plena eficacia jurídica, y también en la exposición de la cuestión hecha por Antonio Gómez que, en esta misma época (mediados del siglo XVI) establece la validez y la eficacia jurídica de las promesas recíprocas en sus *Comentariorum variarumque resolutionum iuris ciuillis comunis et regii*, y en Juan Matienzo que seguirá esta misma dirección en sus comentarios al libro V de la Nueva Recopilación, así como en los de Alfonso de Azevedo (*Comentariorum iuris civilis* al libro V de la Nueva Recopilación), al señalar que la sola promesa de obligarse a algo produce efecto inmediato, sin necesidad de un nuevo convenio. Esta misma dirección es la seguida por Juan Gutiérrez al enfocar esta cuestión en su *Tractatus Tripartitus de Iuramento Confirmatorio*. Ya en el siglo XVII, Francisco Salgado de Somoza propondrá la distinción entre la promesa de venta y la venta en su *Tractatus de regia protectione* y, en otra obra suya, *Labyrinthus creditorum* insistirá en la misma doctrina advirtiendo que es común opinión de los doctores que, según la legislación vigente en Castilla, el que se obliga a algo queda obligado a ello, apoyando esta tesis en la autoridad de Gregorio López, Juan

Matienco y Juan Gutiérrez, entre otros. En términos similares se pronunciará sobre esta cuestión el profesor holandés Vinnius, estableciendo que la voluntad de las partes es lo primero que el jurista debe considerar en orden a una recta interpretación y calificación jurídica del negocio. En la misma línea se sitúa también U. Huber, y más recientemente J. Berni en su *Apuntamiento sobre las Leyes de Partida al tenor de las Leyes Recopiladas, Autos, Acordados, Autores españoles y práctica moderna*, igualmente Asso y De Manuel en sus *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, al considerar la eficacia jurídica de lo que ellos denominan promesas bilaterales que se equiparan a los contratos al tener causa civil determinada y naturaleza jurídica obligatoria, distinguiéndolas así de las unilaterales. También enfoca de esta manera el problema Samuel Pufendorf en su *De Jure Naturae et Gentium*, siguiendo parcialmente las directrices establecidas por Th. Hobbes en su tratado *De Cive*. Por ello, después de asomarse rápidamente al estado de la cuestión antes de la obra codificadora, la conclusión que nos parece puede ser extraída sin dificultad es que el entorno socio-económico en el que se movieron estos autores anteriores al siglo XIX no permitía atisbar aún con claridad la nueva problemática que el desarrollo de las actividades negociales adquirirán posteriormente y que han hecho necesaria la utilización en el Derecho moderno de la figura jurídica del precontrato⁹.

Por eso, como dijimos antes, más que precedentes en la doctrina anterior a esta época deben buscarse únicamente una serie de ideas acerca de la eficacia jurídica propia de las promesas que incidirán, de algún modo, en la temática del precontrato y contribuirán a hacer posible su desenvolvimiento posterior.

En el Derecho moderno fue Heinrich Thöl, en la tercera edición de su Derecho mercantil (1854), el primero que utilizó el término jurídico *Vorvertrag*, vertiendo así a nuestro lenguaje actual la expresión *pactum de contrahendo*. Después Göppert dió a conocer un trabajo suyo sobre el precontrato, en el que ponía de relieve la función auxiliar de éste en el tráfico negocial y su enorme importancia práctica. Sin embargo, a nivel

⁹ Cfr. A. ROMÁN, *op. cit.*, p. 56.

doctrinal, el mérito de la construcción jurídica inicial de este concepto debe imputarse a Degenkolb, que lo desarrolló en un sugerente estudio sobre esta cuestión publicado a finales del siglo pasado, concretamente en el año 1887, que reoge otro anterior de 1871.

Todo lo cual supone que la formación y el desarrollo de la teoría del precontrato se produce en un momento en que aún son dominantes las tendencias de la jurisprudencia conceptualista. Este movimiento caracterizado por la utilización de categorías abstractas y sistematizadoras, formalistas y logicistas, en las cuales es frecuente el uso de los razonamientos lógicos de raíz aristotélica, producía, en muchos casos, un sistema conceptual que se elevaba a la dignidad de criterio absoluto para la comprensión y reconocimiento de la realidad jurídica. Lo cual justifica, aunque sólo sea parcialmente, algunos aspectos de la dura crítica que, en el ámbito de nuestra doctrina jurídica y apoyándose fundamentalmente en la tesis mantenida por Schlossmann, dirige el profesor Alguer al concepto de precontrato, estimando que se trata de una figura jurídica artificiosa e inútil¹⁰.

En el ámbito de la doctrina jurídica española pronto se superó esta crítica del profesor Alguer. El brillante trabajo de R. M.^a Roca Sastre¹¹ y, sobre todo, la tesis desarrollada por el profesor De Castro¹² suponen dejar a un lado el planteamiento dogmático propio de la pandectística en el análisis de la figura jurídica que estudiamos y emprender la búsqueda de una nueva perspectiva que sirva para comprender mejor la estructura y función que desarrolla el precontrato. Todo lo cual rima armónicamente con lo que acontece en la realidad. En efecto, los contratantes, amparándose en el principio de autonomía privada y en la libertad de contratación establecen una regulación de sus legítimos intereses negociales, que la ciencia jurídica sistematizará en categorías para que éstas puedan servir de puntos de conexión en la admisibilidad y armonización de las relaciones privadas por el ordenamiento jurídico.

Como acertadamente advierte J. Puig Brutau¹³, los contratantes al

¹⁰ Cfr. J. ALGUER, *loc. cit.*, pp. 324 y ss.

¹¹ Cfr. R. M.^a ROCA, *loc. cit.*, pp. 323 y ss.

¹² Cfr. F. DE CASTRO, *loc. cit.*, pp. 1.170 y ss.

¹³ Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-II, cit., pp. 9 y ss.

emitir su consentimiento, no pretenden distinguir entre unas figuras jurídicas y otras, o elegir entre ellas, sino que lo único que persigue es efectuar una referencia jurídica válida que les ampara en la consecución de unos resultados prácticos que les interesa obtener. En relación al precontrato esto puede hacerse, según el profesor José Luis Lacruz, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.255 del Código civil¹⁴.

El examen del Derecho comparado viene a confirmar la bondad de esta línea para la adecuada comprensión del precontrato. Así, en Alemania, después de la tesis de Degenkolb, se produce un desarrollo sistemático de la doctrina del precontrato, fundamentalmente a través de los estudios de Adler, Storch, Geller, Roth y más recientemente de K. Larenz y de D. Henrich. Además existe el apoyo legal de lo dispuesto en el párrafo 610 del B.G.B. que regula el precontrato de mutuo¹⁵.

En el Derecho austríaco el párrafo 936 del Código civil aporta una regulación genérica del precontrato exigiendo para su validez que en éste se contengan los elementos esenciales del contrato proyectado, así como la determinación del plazo para la conclusión del contrato principal, al mismo tiempo que se hace una mención específica de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en estos casos¹⁶.

El mismo sentido tiene la norma de carácter general contenida en el art. 22 del Código suizo de las obligaciones, aplicable en todo el ámbito del Derecho civil suizo. Como advierte E. Bucher¹⁷ estamos ante una patente admisión en la legislación de lo que ya estaba firmemente consolidado, tanto en la práctica jurídica como en el conjunto de los precedentes históricos de esta figura.

En Italia, Leonardo Coviello —que seguirá fundamentalmente la tesis de Degenkolb— utiliza la expresión *contratto preliminare* para designar esta categoría jurídica que no estuvo recogida en el Código civil de 1865 y que, sin embargo, en el Código de 1942, sí aparece expresamen-

¹⁴ Cfr. J.L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, cit., pp. 29 y ss.

¹⁵ Cfr. A. ROMÁN, *El precontrato...*, cit., pp. 65 y ss.

¹⁶ Cfr. A. ROMÁN, *El precontrato...*, cit., pp. 69 y ss.

¹⁷ Vid. E. BUCHER, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, cit., pp. 185 y ss.

te en el art. 1.351, cuyo tenor se ajusta perfectamente al concepto tradicional existente en la doctrina científica italiana. En efecto, en dicho cuerpo legal se configura al precontrato como un contrato que tiene por objeto la regulación de la recíproca obligación de las partes de concluir en un tiempo futuro un determinado contrato definitivo¹⁸. Esta concepción aparece actualmente superada en la doctrina jurídica más moderna que incide en la progresiva disminución de la importancia real que debe concederse al contrato definitivo en estas situaciones, considerándolo como un acto de cumplimiento, como una simple confesión de contrato. A este propósito se distinguen dos momentos diferentes: uno en relación a la norma constitutiva de la voluntad de las partes y, otro segundo, entendido como norma constitutiva de una voluntad de acción. De este modo la conjunción de estos dos momentos supone la plena articulación del negocio; si bien, como dijimos, los autores que defienden esta tesis actualmente dominante (tales como M. Giorgianni, S. Satta, L. Montesano, G. Mirabelli, A. Alabiso, R. Rascio, G. Gabrielli, E. Perego, A. Torrente, P. Schlesinger, S. Maiorca, etc...) concederán mayor relevancia a la primera fase del negocio, es decir al *contratto preliminare*¹⁹.

En la actualidad, advierte el profesor A. Torrente²⁰, asistimos a un gran desarrollo de la figura jurídica del precontrato en el Derecho italiano y no solamente a nivel teórico, sino también en la práctica por aplicarse frecuentemente en el ámbito de la negociación inmobiliaria.

El planteamiento en el Derecho francés es muy distinto, puesto que, según lo preceptuado en el art. 1.589 del Código civil, la promesa de venta es una auténtica venta a todos los efectos y así ha de ser considerada. No obstante, la doctrina jurídica francesa, al igual que la jurisprudencia, se esfuerzan constantemente en la articulación de una categoría genérica de precontrato, teniendo en cuenta que esta figura jurídica se encuentra firmemente asentada en la práctica negocial. Lo mis-

¹⁸ Vid. L. COVIELLO, voz *Contratto preliminare*, en *loc. cit.*, pp. 68 y ss.

¹⁹ Cfr. A. ROMÁN, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

²⁰ Cfr. A. TORRENTE y P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1981, pp. 489 y ss. Vid. también en este sentido S. MAIORCA, *Il contratto*, Torino, 1981, pp. 215 y ss.

mo hay que decir respecto al Derecho belga, que recibió plenamente la regulación francesa²¹.

Un caso diferente es el que nos presenta el Derecho portugués en el cual el Código civil de 1966 supera la regulación establecida en el antiguo art. 1.548 del Código de 1867, inspirada a su vez en el modelo francés. Así dispone su art. 410 un régimen jurídico bastante acertado para la configuración del *contrato-promessa*, que se completa con lo preceptuado en el art. 830 del propio Código acerca de la eficacia jurídica de los precontratos.

Después de todo lo anteriormente expuesto, convendrá que nos cuestionemos qué ha de entenderse por precontrato. A nuestro juicio y siguiendo la tesis dominante en este punto, se trata de una primera fase o momento negocial que, aunque sea relativamente autónoma, no goza de independencia a efectos jurídicos, ya que no tendría ningún sentido si no se conectara con la segunda fase del negocio: el contrato definitivo que prepara. De esta manera se despejará algo la imprecisión que acompaña a esta figura jurídica, puesto que tal imprecisión aparece como una consecuencia de la atipicidad que, en nuestro Derecho, caracteriza a la misma. Esta visión del precontrato permite también superar el llamado *circuitus inutilis* que, según un sector de la doctrina servía para mostrar su ineficacia jurídica. Pero no solamente podemos alegar estas argumentaciones que, en sede teórica, resuelven el problema, sino que, en la práctica jurídica, al hecho de que se den las conocidas especies de precontratos de compraventa (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.451 del Código civil), de préstamo, de prenda o de hipoteca (art. 1.862 del Código civil), de censo, de sociedad o de arbitraje (arts. 6 y siguientes de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 22 de diciembre de 1953), hay que unir el uso, cada vez más frecuente, de compromisos de esta naturaleza en los que las partes establecen vinculaciones de distintos grados, como es el caso de los constructores con ocasión del proyecto de edificación de un solar, o el de las conocidas cláusulas por la con-

²¹ Cfr. A. ROMÁN, op. cit., pp. 81 y ss.

tratación en determinadas condiciones de un arquitecto, o el de los contratos de arrendamiento a los que se une un precontrato de compraventa en unas concretas circunstancias, etc... Todo lo cual nos da idea de la utilidad y de la eficacia jurídica del precontrato.

Llegados a este momento, cabe preguntarse si, en nuestro Derecho actual, son admisibles los precontratos así concebidos. Indudablemente hemos de optar por la respuesta afirmativa, dentro, claro es, de los correspondientes límites impuestos, en nuestro sistema, al principio de autonomía privada negocial y a la libertad de contratación. Los particulares —como ha dicho el profesor Lacruz—²² recurrirán a este especial medio de vinculación y optarán por realizar un precontrato y no un contrato en virtud de unas determinadas circunstancias y con unos objetivos precisos, ya sea por la imposibilidad actual o la dificultad material o jurídica de otorgar el contrato definitivo en ese momento (por evitar dos contratos notariales, por eludir una publicidad inconveniente, porque falta alguna documentación que impida la negociación definitiva del contrato principal, etc...). Esto es, los particulares, por una serie de razones que genéricamente podríamos englobar en los conceptos de necesidad y conveniencia, recurren a la utilización del precontrato para quedar vinculados de una forma estable y segura en espera de que se allanen las dificultades que impiden concluir definitivamente el contrato principal, o les convenga perfeccionarlo. Y al emitir se consentimiento en estos términos, su intención no será, en la mayor parte de los casos, alcanzar a distinguir entre unas figuras jurídicas y otras o a elegir entre ellas, sino que lo único que perseguirán será encontrar un cauce adecuado que sirva eficazmente para la regulación de sus intereses.

Esta doctrina del precontrato así desenvuelta ha sido atacada fundamentalmente desde dos ángulos. De una parte algunos tratadistas, como Savigny, Schlossmann, Alguer, han negado la eficacia de esta categoría jurídica por entender que era imposible superar el antagonismo de los resultados que por esta vía se producían en la práctica, no viendo ningún medio de salir del ya citado *circultus inutilis* que, a su juicio, se

²² Cfr. J.L. LACRUZ, op. cit., pp. 30 y ss.

daba siempre indefectiblemente. Por otro lado Von Tuhr, Merz y Kummer, principalmente, no hallan diferencias entre el precontrato y el contrato definitivo. Frente a estas argumentaciones, nosotros —siguiendo fundamentalmente la magistral exposición que hace el profesor Federico de Castro— consideramos que la base del contrato descansa sobre el *con-sensus* de las partes. Éstas, al manifestar sus intenciones negociales, pretenden la protección del ordenamiento jurídico para sus legítimos intereses en la negociación. De ahí que no se trate tanto de analizar si se producen o no unos determinados efectos según que las partes hayan querido realizar un precontrato o un contrato principal, como de llevar adelante el proceso de interpretación del contenido negocial que ha de seguir el camino inverso, atendiendo a los datos que aporte la propia declaración de voluntad de las partes contratantes. Esta declaración de voluntad constituye, a nuestro juicio, la auténtica medida de la vinculación a la que los contratantes han querido llegar en cada caso concreto. De esta suerte estaremos en disposición de calificar, mediante la utilización de los oportunos criterios de interpretación, la figura jurídica ante la que nos encontramos; distinguiendo al mismo tiempo los precontratos, de otras combinaciones negociales afines.

En este sentido hemos de ser conscientes de la variedad de situaciones que pueden acogerse bajo esta categoría genérica de precontrato, haciendo caso omiso de las generalizaciones conceptuales que, aunque son de aparente claridad, en estos casos, únicamente contribuirían a oscurecer y falsear los distintos grados de vinculación protegidos por el ordenamiento jurídico en esta esfera de eficacia correspondiente a los precontratos. Por eso, como ha observado muy precisamente, en el ámbito de la doctrina jurídica italiana A. Alabiso²³, para llegar a una correcta calificación jurídica debemos reparar en la función práctica, en la causa del negocio que los contratantes han querido desenvolver; lo cual, además de caracterizar concretamente al precontrato, justificará su propia eficacia jurídica.

En definitiva, el precontrato ostenta, en este sentido, la representa-

²³ Cfr. A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 79 y ss.

ción del contrato principal que las partes no pueden o no quieren de momento concluir, siendo una característica común de todos los precontratos su eficacia futura que es consubstancial al desenvolvimiento de esta primera fase del negocio. Todo lo cual, nos está explicando también su auténtico fundamento jurídico.

De este modo si, como hemos podido comprobar, los problemas en orden a la calificación jurídica de los precontratos han de resolverse recurriendo a la correcta interpretación de acuerdo con el caso concreto, a través del estudio específico de la regulación de los intereses negociales establecidos por las partes, atendiendo a su comportamiento negocial y analizando la base de la declaración de voluntad de los intervinientes; esta interpretación habrá de recaer sobre la totalidad del contenido estructural y funcional del negocio, sin reparar mucho en sus particulares fases preliminares o conclusivas, examinando cuidadosamente la declaración de voluntad de las partes de acuerdo con la manifestación del consentimiento en relación al objeto y a la causa del precontrato. En este sentido una actitud jurídica objetiva ha de buscar como establecer los datos de la interpretación y los criterios aplicables para averiguar su concreto sentido en el negocio y así, desde esta perspectiva, poder también distinguir los precontratos, de una serie de figuras jurídicas que les son muy próximas en nuestro Derecho tales como los tratos preparatorios del contrato, la venta a prueba, la compraventa con pacto de arras, el retracto convencional, la compraventa de cosa futura, el contrato condicional o a término, el contrato de opción, etc... Todo esto deberá hacerse acercándonos al negocio con un enfoque realista en la interpretación del mismo —que habrá de ser integrada de acuerdo con el principio de la buena fe objetiva— el cual, a su vez, nos conducirá a la calificación del negocio en la forma más procedente.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, es obvio que consideramos que los contratantes al vincularse por medio de los precontratos, deben observar todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el correcto desenvolvimiento del contrato principal proyectado en cuanto a la capacidad para contratar, al consentimiento, a la necesaria determinabilidad del objeto, a la existencia y licitud de la causa y a la forma correspondiente en aquellos supuestos en que ésta sea uno de los

elementos esenciales del contrato definitivo proyectado. Además por la propia naturaleza de la vinculación nacida del precontrato, éste estará siempre sometido a un término cierto para su cumplimiento, el cual supone el desarrollo del contrato principal; de tal suerte que si las partes no han establecido específicamente el plazo, éste irá siempre sobreentendido o tácito, y si surgieren dudas o desavenencias en cuanto a este extremo, en nuestro Derecho el plazo puede ser fijado por la autoridad judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.128 del Código civil.

Finalmente, diremos que, aunque no ha habido una línea constante y uniforme en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, el criterio dominante ha sido considerar que, mediante el precontrato, las partes se obligan a desplegar una actividad que tiene sentido precisamente por ir dirigida a la conclusión de un contrato definitivo. Desde esta perspectiva jurisprudencial, el objeto del precontrato se contempla como un *facere* destinado al desenvolvimiento constitutivo del contrato principal proyectado (idea clásica de *contrahere futuro*); suponiendo, además, una garantía para las partes que, de este modo, quedan perfectamente vinculadas sin necesidad de emitir un nuevo consentimiento contractual.

Por ello en relación con la concreta eficacia jurídica de los precontratos debe advertirse que, en caso de incumplimiento por una de las partes, si existe una base negociada suficiente en el precontrato que permita llegar al contrato definitivo sin necesidad de emitir un nuevo consentimiento, el Tribunal Supremo considera que, en estos casos, debe obligarse al cumplimiento específico de lo pactado. Si, por el contrario, fuera necesario completar o matizar el consentimiento emitido por las partes en el precontrato, teniendo en cuenta que se trata de un acto personalísimo e insustituible por la voluntad del órgano jurisdiccional, las situaciones de conflicto sólo podrán resolverse en una indemnización de daños y perjuicios.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido el criterio de considerar que la eficacia constitutiva de los precontratos dependerá en cada caso concreto de la correcta interpretación de las intenciones negociales de las partes contratantes, que, en ningún caso podrán verse comprometidas más allá de lo que ellas mismas establecieron en el

precontrato²⁴. En este sentido son particularmente relevantes las sentencias de 28 de febrero de 1978 (R.J.A., 1978, n.º 593), de 5 de mayo de 1978 (C.L., 1978, n.º 164), de 25 de enero de 1980 (C.L., 1980, n.º 20) y de 30 de diciembre de 1980 (C.L., 1980, n.º 416), por citar sólo aquellas que nos han parecido más significativas y que son más recientes en el tiempo. En esta línea jurisprudencial se pueden destacar, a propósito de la eficacia jurídica del precontrato, varias conclusiones:

1.ª Que, para la validez de los precontratos, éstos deberán contener todos los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico para la adecuada perfección del contrato principal proyectado.

2.ª Que el precontrato es un útil instrumento de técnica jurídica, necesario algunas veces, en el desenvolvimiento del tráfico negocial. Mediante él se conviene someter la eficacia jurídica plena del contrato definitivo a la concurrencia de unas circunstancias y al transcurso de un período de tiempo determinado. Así se difiere la eficacia del contrato definitivo, que se perfeccionará más tarde sin necesidad de prestar un nuevo consentimiento.

3.ª Que en el análisis de los precontratos los problemas de calificación jurídica se convertirán en problemas de interpretación del contenido de la relación negocial entablada por las partes. De esta manera se podrá desvelar cual fue la auténtica intención que les llevó a celebrar el negocio y si ésta fue efectivamente la de vincularse mediante un precontrato.

4.ª Que el precontrato así concebido gozará de plena eficacia jurídica y obligará al cumplimiento de lo pactado a las partes que intervienen en el mismo.

No creemos posible que se pueda llegar a una conclusión general acerca de la eventual ejecución en forma específica de los precontratos. Ésta siempre se nos aparecerá problemática. Máxime cuando resulta claro que, teóricamente, es posible que los propios contratantes se hayan sustraído, de común acuerdo, este derecho, sustituyéndolo por la obligación de indemnizar el interés jurídico equivalente o por el pago de una suma de dinero previamente convenida para el caso de que se produzca el incumplimiento.

²⁴ Cfr. A. ROMÁN, op. cit., pp. 350 y ss.