

La promesa de contrato

(Algunas notas para su estudio)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Ocasión y alcance de estas notas.—II. Los intentos de construcción teórica del precontrato y las figuras jurídicas afines a la promesa de contrato. 1. Los ensayos de construcción teórica del precontrato. 2. La obligación de hacer un contrato: a) «Circulus inutilis». b) Ejecutoriedad de la obligación de hacer. c) El nuevo contrato a celebrar. d) Obligación de desenvolver las líneas básicas de un contrato. 3. La existencia del precontrato: a) La promesa de vender y la venta. b) La condición de querer. c) La venta a prueba. d) La opción. e) Otras modalidades contractuales.—III. Significado jurídico del precontrato. 1. Conclusiones provisionales sobre el concepto del precontrato. 2. Ambito de las promesas de contrato: a) Promesa unilateral y promesa bilateral. b) Contratos que pueden ser objeto del precontrato. 3. Algunos caracteres peculiares de la promesa de contrato: a) Requisitos de la promesa de contrato. Capacidad. Objeto del precontrato. Causa de la promesa de contrato. Consentimiento. Forma de la promesa. Modalidades de la promesa. b) Eficacia inmediata de la promesa de contrato. La facultad de exigir el cumplimiento de la promesa. c) Ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa. Efectos del ejercicio. El cumplimiento. La ejecución forzosa. d) Extinción de la relación jurídica creada por la promesa de contrato.

I. Ocasión y alcance de estas notas.

Es de advertir, ante todo, que las notas aquí publicadas se redactaron para su discusión en el Seminario que los miércoles alberga esta revista; ello explicará el tono a veces polémico de la exposición, su forma poco elaborada, la constante referencia a la autoridad de los tratadistas y hasta la poca seguridad de sus conclusiones. Se reunieron los datos que ahora se exponen por indicación de Juan Vallet de Goitiçolo, que presidía el Seminario, y también por sugestión suya se publican ahora. Carácter ocasional

y redacción precipitada que se alegan para explicar la forma y contenido de este trabajo. La razón o excusa de publicarse así, sin la debida reelaboración, es también subjetiva: la falta de tiempo para ello y la esperanza de que las fichas recogidas puedan ser útiles para algún estudioso que quiera y pueda continuar trabajando sobre el tema (1).

La materia objeto de estudio en el Seminario era la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950 (2), sobre eficacia de la promesa de venta, y, como cabía suponer, se suscitó en seguida la cuestión sobre la naturaleza jurídica del precontrato. La extensión del tema y lo numeroso de la bibliografía especial hacían difícil abordarlo en todas sus derivaciones y estudiando directamente todas las opiniones; por eso se partió de los dos estudios fundamentales publicados en España sobre el precontrato, el de Moro (3) y el de Alguer (4). También aquí estos trabajos servirán de punto de partida, porque lo seguro de su información libera del citar, hasta del referirse a las más de las teorías en ellos recogidas y expuestas. Así, cabe dirigir la atención, no a la diversidad de teorías, sino a las figuras jurídicas que lindan o se entrecruzan con el precontrato y que, por no haber sido entre sí claramente delimitadas, son quizá las que dan al precontrato ese su aire confuso, desdibujado y cambiante. Estas notas, comenzadas a redactar para señalar algunos casos en que la figura del

(1) La labor del Seminario comenzó con la exposición del ponente D. Manuel González Enriquez, de la S. T. S. de 1 de julio de 1950, de la jurisprudencia anterior y del estado de la doctrina; D. Sebastián Moro expuso la doctrina de su monografía sobre el precontrato; D. Juan Vallet se encargó de reproducir la *Crítica de Alguer* sobre las figuras del precontrato; intervinieron además en las discusiones los señores Cámara, Romero Vietez, Roan, López (Jerónimo), Díaz Picasso, Srs. Sánchez de Frutos.

En la penúltima sesión, al observar que parecía posible señalar algunos efectos jurídicos, que sólo podían explicarse admitiendo la independencia de la figura del precontrato, el Sr. Vallet me instó a que redactase, al respecto, unas notas para la próxima sesión del Seminario; por tener inexcusablemente que asistir a otra reunión en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, no pude hacer más que una exposición sucinta y atropellada de estas notas y, desgraciadamente, me fué imposible participar en la discusión que sobre ellas se entabló y ni siquiera conocer las opiniones allí mantenidas. Espero que la publicación de estas notas sirva para satisfacer, en parte, mi deuda con los asistentes al Seminario.

(2) En este mismo fascículo es comentada por D. Manuel González; sus consideraciones, precisas y atinadas, como siempre, son muy útiles para conocer el alcance de la Sentencia y su relación con el problema del precontrato; el lector atento advertirá discrepancias importantes con las conclusiones a que se llega en este estudio, pero no me ha sido posible ni recogerlas ni discutir las, porque ello hubiera significado rehacer lo ya redactado.

(3) MORO LEDESMA: *El precontrato. Notas para su estudio*. «R. C. D. I.», 10 (1934), págs. 1-14, 81-96, 161-180, 245-259, 321-336, 401-411, 481-494, 561-575, 651-660.

(4) ALGUER: *Para la crítica del concepto del precontrato*. «R. D. Pr.», 22 (1935), págs. 321-333, 369-384, 417-434; 23 (1936), págs. 1-15.

precontrato muestra su autonomía técnica, o sea, en los que revela sus efectos jurídicos propios, los no explicables por otras figuras jurídicas, por necesidad lógica, han venido a tratar, ante todo, como cuestión previa y decisiva, de la naturaleza y características de esas figuras afines y tantas veces confundidas con el precontrato, como son las obligaciones de hacer, la promesa de contratar, la condición de querer, la venta a prueba y la opción.

2. El tema del precontrato ha sido considerado, y no sin alguna razón, como un engendro del conceptualismo jurídico, alejado de la vida y que sólo se ocupa y preocupa de sutilezas y juegos de ingenio. Su estudio puede enseñarnos que las construcciones jurídicas, por más alejadas de la práctica que parezcan, siempre tienen interés para ésta, ya que, en el peor de los casos, vendrán a dificultar la resolución justa de las cuestiones reales, y, en cambio, si son adecuadas, servirán para hacer más exacta y flexible, más ajustada a las conveniencias de la realidad social, la aplicación del articulado de las leyes.

Para tener presente, desde el primer momento, la predicada conexión entre la teoría y la práctica, convendrá recordar algunos casos en que se plantee la cuestión de la naturaleza del precontrato: sirvan de ejemplo los siguientes:

a) *A* (copartícipe en la propiedad de una finca) declara convenir con *B* en venderle la parte que se le adjudique en la finca tal, a razón de tantas pesetas por hectárea, comprometiéndose a formalizar la venta por el precio total que resulte.

b) *A* arrienda a *B* una finca, obligándose a venderla a voluntad de *B*, durante el plazo de cinco años, por tal precio.

c) *A* vende a *B* por tantas pesetas el poder quedarse con el arrendamiento del balneario *X*, durante el plazo de tres meses, por tal alquiler y conforme a las cláusulas que se contienen en el proyecto de contrato que se conviene.

d) *A*, *B*, *C* y *D* convienen en formar una sociedad mercantil, cuyo objeto, aportaciones, etc., se detallan, obligándose a petición de cualquiera de los futuros socios a poner en marcha la sociedad, a elevar el contrato a escritura pública y a inscribirlo en el Registro Mercantil.

e) En el contrato de sociedad celebrado entre *A*, *B*, *C* y *D* se estipula que cualquier diferencia que ocurriese entre los socios se comprometen a que sea resuelta por *X*, y, en caso de que éste no se decida a actuar por sí sólo, a que cada parte nombre un representante, que en unión de *X* actúen como amigables compondores.

Estos contratos o pactos pueden originar bastantes cuestiones prácticas: ahora, para orientarse sobre el alcance de la discusión entablada en torno a la naturaleza de este contrato, bastará señalar una sola. ¿Al celebrarse el convenio, quedó vendida la cuota de *A* o la finca de *A*; constituida la sociedad; nombrado árbitro *X*? ¿Se ha obligado *A* a querer declarar o a declarar que

vende o arrienda, etc., a *B*, en las condiciones convenidas, cuando *B* se lo exija? ¿Vendió o arrendó *A* la cuota, las fincas o el balneario; se constituyó ya la sociedad o se constituyó árbitro a *X*, pero sometido ello a la condición de que *B* quiera? ¿Hay un contrato preparatorio que permite que *B* pueda exigir que se cumpla el contrato proyectado de venta, arrendamiento, sociedad o compromiso?

El interés de la respuesta que se dé es muy grande, porque afecta a la constitución de la titularidad, a la capacidad y forma exigible, al derecho a los frutos, etc., importando tanto a las partes como a los terceros. Para contestarla no hay duda que lo primero será averiguar cuál sea la verdadera voluntad de los contratantes; mas como esto rara vez será fácil, es preciso determinar cuál es su probable voluntad, lo que, como más racional y adecuado a sus fines, se ha de entender que probablemente han querido; y, después, será necesario señalar la figura jurídica que permita, por los cauces jurídicos adecuados, llegar a tal resultado hipotéticamente propuesto.

Al examinarse las distintas construcciones teóricas, no deben —por tanto— olvidarse los intereses prácticos, el respeto debido a la voluntad de los contratantes. Como dice con energía Moro: «La misión de las leyes y de la técnica se encamina a auxiliar a los hombres, y el valor e interés precioso de la ciencia jurídica lo vemos precisamente en esa misión.» (5)

Los autores que han tratado del precontrato se han preocupado precisamente de señalar esa su importancia práctica, y en especial se destaca su utilidad para preparar y asegurar situaciones jurídicas futuras, dejando en proyecto un contrato: compromiso que tendrá la eficacia inmediata de entregar a uno o a ambos contratantes el poder exigir la conversión de lo proyectado en contrato, y hacerle desde ese momento eficaz. Cuando, por ejemplo, se quiere asegurar la adquisición de la cosa que resulte de una división, pero no se quiere comprar una cuota; las cosas que adquiera una persona, pero sin que ésta actúe de mediador, ni haya venta de cosa futura; sin que la venta nazca, ni siquiera ya sometida a plazo o condición; también, en los pactos preparatorios para la constitución de una sociedad, fundación o asociación, en la suscripción de acciones, en la apertura de cuenta de crédito, en los contratos de suministro, cobertura o «forward contracts»; ya sea como contrato principal, ya como pacto agregado; formulados de modo explícito o que hay que inducir de los términos de lo convenido. Pero más elocuente que nada son las múltiples sentencias en que el Tribunal Supremo ha tenido que decidir sobre la existencia de un precontrato y la insistencia de la práctica en crear estipulaciones, mediante las que las partes quieren

(5) Loc. cit., pág. 66.

conciliar estos dos propósitos, no quedar, desde luego, vinculadas por el contrato que han proyectado y asegurarse de su eficacia, para el momento en que una de ellas o ambas así lo declaren querer.

II. *Los intentos de construcción jurídica del precontrato y las figuras jurídicas afines a la promesa de contrato.*

1. *Los ensayos de construcción teórica del precontrato.*—En términos muy generales, las construcciones teóricas del precontrato se inclinan a uno de estos dos polos: a) Considerarlo como un contrato de hacer: el querer o el hacer las declaraciones necesarias para que se perfeccione un nuevo contrato. Esto es, que el precontrato celebrado entre *A* y *B* obliga a uno y a otro a hacer las ofertas y aceptaciones recíprocas, necesarias para la perfección de una compraventa. b) Entender que el precontrato no se diferencia del contrato que prepara, sino que se trata de la ejecución de un contrato ya existente; que la promesa de venta de *A* en favor de *B* es ya una venta, sea pura o aplazada o sometida a la condición de que *B* quiera comprar.

Una y otra dirección se apoyan en poderosas razones, pero ambas llegan, parece, a resultados igualmente insatisfactorios. La causa de ello es también doble. De una parte, haber concentrado la atención en solo un lado del mecanismo del precontrato, los unos en la fase preparatoria (el llamado precontrato) y los otros en el resultado a que se proyecta llegar (el llamado contrato definitivo). La primera, separa con exceso las dos etapas del proceso de la relación obligatoria; la segunda, no advierte la sustantividad de la etapa previa y la absorbe en el contrato proyectado. Otra causa ha sido que una u otra dirección queda determinada o matizada por haber admitido como cierta una teoría equivocada o confusa sobre alguna figura jurídica sobre cuya naturaleza se postula y sirve de apoyo a la teoría o de la que se pretende distinguir al precontrato. Para mayor claridad de la exposición se comienza examinando esas dos direcciones doctrinales en conexión a las figuras afines al precontrato, lo que permitirá despejar el camino de dificultades y hará más fácil distinguir las particularidades del precontrato (6).

2. *La obligación de hacer un contrato.*—La distinción entre promesa de venta y el contrato de venta fué conocida desde los glosadores y desde muy antiguo se dice: «*Venditio aliud sit, aliud promissio vendendi.*» Para designar a las promesas de contrato, de vender, arrendar, etc., con un solo término, se utilizará rela-

(6) Al publicar-se estas notas se ha invertido el orden en que se prepararon para el Seminario las tres partes de que constan.

tivamente pronto la designación de «pactum de contrahendo», que se apoyaba en algún texto romano (7); ese nombre, la misma finalidad de la promesa (el contrato proyectado), hará que, al buscarse a este pacto innominado un encaje entre las figuras jurídicas, se estime que su contenido es el hacer un futuro contrato y que, por tanto, se ha contraído una obligación de hacer («facere oportere»). Esta dirección tendrá un éxito extraordinario; se aceptó expresa o tácitamente por la mayor parte de los antiguos autores, incluso por los que de hecho negaban sus resultados (8), los pandectistas alemanes la reciben y mantienen (9) y en la doctrina moderna se generaliza de tal modo que pudo ser considerada como la opinión común (10). Buen exponente de la teoría es la significativa definición que da Moro del precontrato: «Es un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato principal que se proyecta.» (11)

Esta teoría choca con muy graves dificultades y de tal trascendencia que hacen dudar a parte de la doctrina respecto a la utilidad de la figura del precontrato, a su posible eficacia y hasta sobre su justificación doctrinal. Su examen crítico puede ser útil, no sólo para ver con más claridad los defectos de la teoría, sino también para explicarnos el nacimiento de las nuevas y contrarias direcciones teóricas sobre la naturaleza del precontrato.

a) «*Circuitus inutilis*».—Lo primero que repugnará al sentido práctico de los juristas es la superfluidad de esa obligación de hacer que se supone forma el contenido del precontrato. Al prometer *A* que venderá a *B* la parte que se le adjudique en tal finca, lo que le importa a *B* es que *A* quede obligado a entregarle la finca a cambio del pago del precio concertado; pero *B* ni ha pensado, ni querido, ni menos le interesa que *A* haga una nueva oferta de la finca y que acepte una nueva oferta del precio que le haga de nuevo *B*; le es indiferente una nueva voluntad o una nueva

(7) *Etiam si in contrahendo consistit*, D. 13, 4, 7.

(8) *Vide infra*, N. 10.

(9) Así, pueden citarse, REGELSBERGER: *Pandekten*, 1893, § 149, pág. 546; BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, 2.ª ed., 1892, IV, § 574, págs. 324-326, y allí citados por LOTMAR.

(10) BIERMANN: *Bürgerliches Recht*, 1908, pág. 223; LEONHARD: *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B.*, 1929, pág. 290; MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*, 1948, pág. 204; *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1947, II, 138, pág. 180. También v. TÜRER: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1914, II, 62, pág. 494, al criticar el concepto de precontrato.

(11) Loc. cit., pág. 85. En esta dirección DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, 1930, II, pág. 125; BORRELL: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 1944, III, pág. 170; HERNÁNDEZ GIL: *Nota a S. T. S. 11 noviembre de 1943*, «R. G. L. J.», 176 (1944, septiembre), pág. 339; CASTÁN: *Derecho civil común y foral*, 1941, III, pág. 338; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, IV, 2, pág. 508; también en apariencia, aunque con esenciales variantes, ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 325.

declaración de *A*, lo que se quiso y quiere es que se cumpla la venta proyectada.

Probablemente se debe la primacia de esta crítica al canonista Juan Andrés (12), quien dice que quien promete obligarse por 100 en un día cierto, al llegar ese día puede ser obligado como si se hubiese obligado de presente, no habiendo necesidad de interponer una obligación especial distinta de obligarse, pues ello sería dar un rodeo inútil («*circuitus inutilis*»).

La doctrina antigua, aunque consideró de mucho peso la observación de Juan Andrés, no supo abandonar la teoría de la obligación de hacer, porque no encontraba, entonces, donde clasificar a la promesa de contrato conforme a los tipos romanos. Por ello, buscará de otro modo conseguir el efecto directo apetecido en el momento de la ejecución. A este resultado debió contribuir también el que Juan Andrés había previamente quitado interés práctico a sus observaciones, pues su teoría no daba a la promesa la apetecida eficacia de producir por sí la vinculación de cumplir lo prometido, pues siendo partidario de que las obligaciones de hacer—de presente y de futuro—obligaban sólo al *id quod interest*, le privaba de su principal significado práctico a la negativa del *circuitus*.

b) *Ejecutoriedad de la obligación de hacer*.—Incluida la promesa de contrato entre las obligaciones de hacer, había de repercutir en ella inmediatamente la grande y célebre discusión sobre la eficacia de las obligaciones de hacer. Ya los glosadores plantearon y discutieron esta cuestión: ¿Quién se obligó a hacer, podrá ser compelido por la fuerza a que haga lo que prometió? O bien: ¿Podrá liberarse indemnizando a la persona a quien se obligó y sólo a esto estará tenido? (13); duda que incluso se planteó respecto a la compraventa, pues, si el vendedor tiene la cosa y se niega a entregarla, se preguntan los autores: ¿tiene que hacer la tradición o sólo que indemnizar? (14). Los civilistas, si bien los

(12) *Additiones ad Speculum*, tit. de oblig. et solucio., in rub., col. 1; cita de muchos de nuestros antiguos autores.

(13) D. 42, 1, 13, § 1 dice: «quia non facit quod promissit, in pecuniam numeratam condemnatur: sicuti evenit in omnibus faciendi obligationibus». En la glosa se pregunta si se puede, entonces, obligar por coacción al hecho («sed an praecise ad factum potest compelli?»), y señala estas opiniones: HUGO, que entiende que sí; otros, que no; otros, que distinguen si otro puede hacerlo por él y entonces tiene que hacerse («praecise teneatur») y si no, no; glosa «obligationibus».

(14) La cuestión se plantea en torno a D. 19, 1, 1, que dice: «Si res vendita non traditur, in id quod interest, agitur: hoc est, quod rem habere interest emptoris. Hoc autem interdum pretium agreditur si pluris interest, quam res valet vel empta est». En la glosa «agitur» se pregunta qué sucede si el comprador quiere, precisamente, obtener la cosa que tiene el vendedor y se señalan las siguientes opiniones: 1, MARTINO, que dice que sí puede; 2, BULGARO, JUAN, AZO y HUGO, que siempre puede librarse el vendedor indemnizando, aunque tenga en su poder la cosa que vendió. La glosa magna se inclina primero a esta segunda opinión, diciendo que no se va contra lo conve-

más evitan una respuesta general y lógica, diciendo que el entregar la cosa debida por la compraventa es un «dare» y no un «facere», admitirán generalmente, siguiendo la opinión autorizada de Accursio (15), que las obligaciones de hacer no pueden ser ejecutadas coactivamente («nemo potest cogi praecise ad factum»), y que sólo puede imponerse coactivamente el que se indemnice, si no se hace lo prometido (16).

La repercusión de esta teoría sobre la doctrina del precontrato será muy importante. Llega a la consecuencia de que, por ejemplo, la promesa de vender una finca hecha por A a B, no concede a B la facultad de exigir judicialmente a A el cumplimiento del proyectado contrato de compraventa (entrega de la finca), sino que sólo podrá pedir la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado el no entregársele la finca. Con ello se disminuye ciertamente la eficacia del precontrato y se le hace perder su interés práctico, pero, en cambio, se ofrecerá un importante argumento a los autores modernos partidarios de la distinción entre promesa de venta y compraventa, la de que mientras ésta permite exigir la entrega de la finca vendida, aquélla sólo daba acción a pedir indemnización de daños y perjuicios, o sea, pueden así aducir un claro carácter diferencial entre ambas figuras jurídicas.

Los canonistas, por el contrario, desoyendo la autoridad de Juan Andrés, y basándose—más que en la misma letra de los textos alegados (17)—en que, como dice Covarrubias, ello está más de acuerdo con la naturaleza de las cosas (18), que quien prometió hacer sea

nido (como observaba MARTINO) cuando se obra con licencia de la Ley («quod tantumdem valet»); pero, al final, agrega que si se quiere seguir la primera como más equitativa puede alegarse: «solvi aliud pro alio invito creditoris non potest». También se dice que no se puede exigir el precio al comprador si éste quiere dar el «interesse».

ACCURSIO considera a la «traditio» como un hacer, glosa a D. 45. 1. 68.

(15) D. 45. 1. 72: se dice que CELSO refiere que TUBERON estimaba que cuando se estipulaba hacer algo, si no se hace habrá que dar dinero («pecuniam dari oportere»), lo que comenta la glosa «dari oportere» diciendo: «id est interesse, nam ex omne stipulatione facti, tacite interesse stipulari videor, nisi fias», aduciendo la autoridad de Azo.

(16) ANTONIO GÓMEZ: *Variae Resolutiones*, ed. 1780, 2. 10. 22 (I. páginas 661-662); sobre las razones nuevas que aporta y sobre las excepciones que admite, infra: PARLADORIO: *Opera jurídica*, ed. 1734, *Rerum quotidianorum*, 1. 6, 2 (págs. 40-41). Todavía POTHIER la admite como indudable. *Traité des obligations*, 1. 2. 24. § 157 (*Oeuvres*, III, pág. 100).

(17) Se apoyan en el Sexto de las Decretales que dice, refiriéndose a un pacto celebrado entre padre e hija, hecho con juramento, y contrario al Derecho civil: «Omnia servari videtur», si se celebra sin fuerza ni dolo, y si no pone en peligro la salud eterna ni daña a tercero. In. 6.º, 1. 16. 2. También Decretales 1. 35. 3.

(18) «Juxta naturam actus». Conforme a la propia naturaleza de la obligación de hacer y citando la autoridad del Abad Panormitano, afirma que, en Derecho canónico, la promesa de hacer, aun hecha sin juramento, obliga coactivamente. *Relectio C. quancis pactum, de pact. in ó.*, 1. 4. 11. *Opera omnia*, ed. 1762, 1. pág. 332.

obligado a hacer si lo puede cumplir, entenderán que puede obligarse coactivamente al cumplimiento de la obligación de hacer (19). Esta solución, entienden los más de los autores españoles que era la adoptada por las Partidas, conforme en ésto al Derecho canónico y en contra del Derecho civil (romano); y así, como Derecho regio, y en base a diversos textos legales (20), se admite, de modo general, que es ejecutable coactivamente la acción de hacer, incluso mediante la compulsión por cárcel (21).

Esta doctrina canónica y española sobre la ejecutoriedad de las obligaciones de hacer, tendrá una gran importancia para aclarar el concepto del precontrato. Si realmente la promesa de contrato no es más que una promesa de hacer, para obligar a su cumplimiento habría de procederse igual que respecto a las demás obligaciones de hacer, esto es, habría de cominársele al deudor a hacer las debidas ofertas y aceptaciones y, si no cumple, sería necesario meterle en la cárcel por desacato al Tribunal, hasta que obedezca. No es éste el camino que sigue la práctica y la doctrina, cuando nos señalan cómo se ejecuta la promesa de contrato. La manera de proceder, se nos dice por autores de encontradas teorías sobre la eficacia de la obligación de hacer, será la siguiente: el obligado a hacer será requerido a cumplir, si no lo hace en el plazo que le haya señalado el Juez, este podrá tener por prestado

(19) JUAN GUTIÉRREZ señala ya, como regla recibida del Derecho canónico: «obligatus ad factum, si adimplere potest, praecise possit compelli ut faciat», *Tractatus de iuramento confirmatorio*, I, 39, I, *Operum*, ed. 1730, VI, página 171.

(20) Se cita a P. 5, II, 13; P. 5, II, 35; P. 5, II, 3; P. 5, II, 34; P. 3, 27, 4. También a N. R. 5, 3, 4 y 6.

(21) El estudio más completo y convincente sobre las leyes de Partidas es el de GUTIÉRREZ, loc. cit., § 5, VI, págs. 172-173; también SALGADO, *Labe-ryntus creditorum*, 3, 12, 17, ed. 1757, I, pág. 632; CARLEVAL: *Disputationum iuris variarum*, I, 1, 2, 8, 2, § 1021, ed. 1656, pág. 319, aunque sólo respecto a las contenidas en pactos garantizados: OLEA: *De cessione iurium et actionum*, 5, 8, § 9, ed. 1619, I, pág. 316, en donde dice que incluso el noble puede ser obligado por cárcel, si no «ex debito», si «ex delicto», por desobediencia al Juez; ACEVEDO: *Juris civilis in Hispaniae*, 5, 16, 2, § 42, ed. 1507, III, folio 356 vto. Doctrina que es la dominante al publicarse el Código civil, GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, pág. 47.

FONTANELLA señala que basta que la obligación de hacer lleve consigo como aneja una obligación de dar, para que sea ejecutable y recoge la observación de CASTILLO SOTOMAYOR de que la posibilidad de exigir la indemnización se da en favor del acreedor y en odio al deudor que no cumple, y cita, también, en este sentido, la sentencia de 5 de noviembre de 1548, *Sacri Regii Senatus Cataloniae decisiones*, 253, §§ 3, 12, 13, 27, ed. 1639, I, págs. 618-620. Los anotadores de ANTONIO GÓMEZ—que se separan también de la opinión de éste—recogen también la aguda observación de CASTILLO SOTOMAYOR (*De usufructu*, 13 § 13), loc. cit., págs. 675-676.

La reacción de la doctrina contra la teoría de la no ejecutoriedad es especialmente enérgica y acre en HUBER, *Praelectionum iuris civilis*, 3, 16, 5, ed. 1735, III, págs. 296-297.

el consentimiento, sin necesidad de más (22). Pero, entonces, ¿cómo explicar esta excepción al procedimiento normal? Y los autores dan distintas razones. Carleval, partidario de la ejecutoriedad, piensa que cuando el súbdito se niega a hacer el acto, el Juez, como su superior, puede suplirlo (23); Pothier, por su parte (que niega la ejecutoriedad de la obligación de hacer), señala que el objeto de la promesa de venta no es un hecho exterior y corporal de la persona del deudor y que, por ello, puede suplirse por la sentencia (24).

Esta flexión de la doctrina sobre la ejecución de las obligaciones, también repercutirá en las teorías sobre el precontrato. Por una parte, se hará más fácil admitir que la promesa de contrato obliga a los mismos efectos del contrato, pues se ha visto ya que no supone, respecto de ella, los peligros que tiene el utilizar la coacción en las verdaderas obligaciones de hacer; los que, hasta los tiempos modernos han hecho que se mantenga operante la vieja máxima de «*nemo potest cogi praecise ad factum*» (25). Pues la «verdadera y sutil razón» que alegrara en su favor Antonio Gómez, la de que «se vería conculcada la libertad y sería como una especie de esclavitud» (26), no se da entonces, ya que no hay violencia física ni pérdida de libertad (27). Mas, en cambio, queda al descubierto otro hecho, que ese hacer del promitente, supuesto contenido del contrato, es por completo superfluo. En efecto, si hay un hacer personal, no sustituible (28), que no se puede realizar sin la voluntad o contra la voluntad de una persona plenamente capaz, es el que ésta haga una oferta o que acepte la de otro; la sentencia judicial puede declarar que el consentimiento que se dice se debió prestar, se considera prestado, pero sigue faltando el hacer personal y el Juez no ha podido hacer ni la oferta ni la aceptación, sino imponer los efectos del contrato, como si las partes lo hubieran celebrado. El que se interponga un hacer fingido del Juez, indica ya que seguramente ese hacer que se dice debido, es también una ficción teórica y que, en verdad, a lo que se obligó el promitente no es a hacer un nuevo contrato, sino a cumplir el proyectado contrato, que ya se contiene en la misma promesa.

(22) CARLEVAL: LOC. CIT. I. 3. 3. § 31 (II. pág. 99); OLEA, 5. 8. §§ 20. 21. 23. I. págs. 318-319; SALGADO, 3. 12. 18. I. pág. 602.

(23) LOC. CIT.

(24) *Traité du contrat de Vente*, 6. 1. 1. 3. § 479. *Oeuvres*. IV. págs. 278-279.

(25) Hasta hace poco, en la doctrina y la práctica holandesa hubo grandes dificultades respecto a la ejecución de obligaciones, cuyo contenido fuesen prestaciones no consistentes en dinero. KAMPBUIZEN, en *Asser. Handleiden tot de boefening van het nederlandsch Burgerlijk Recht*, 1945. III. 1. págs. 159-161.

(26) *Variae Resolutiones*, 2. 10. 22 (I. págs. 661-662); son curiosas las excepciones que señala a la máxima, en favor del bien común.

(27) Argumento que utilizarán GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, 1928. II. página 131; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1946. II. pág. 412.

(28) Lo que, con imprecisión técnica, se suele llamar prestación fungible.

c) *El nuevo contrato a celebrar.*—La preocupación principal de los antiguos autores fué la de amparar las soluciones, que creían más justas o mejor adaptadas a las necesidades sociales, en algún texto del Derecho romano; el pandectismo alemán enseñó a los juristas, por el contrario, a cuidarse de hacer construcciones lógicas y coherentes y sea la que sea la mala herencia que nos ha dejado, no puede desconocerse que el buen uso y hasta el abuso de ese método ha dado ciertos buenos frutos, al menos al poner de manifiesto más de un absurdo. El precontrato, precisamente por su extraña contextura, atraería pronto el interés de los juristas, que ya no se podían contentar con señalar lo singular del «*facere*», que se dice ser su objeto (29), sino que han de tratar de averiguar cuál sea su íntima especial naturaleza. Y, ante todo, se plantea como previa e ineludible la pregunta: ¿El contrato de compraventa, que se dice se celebra o ha de celebrarse para cumplir la promesa de venta, es un verdadero contrato? •

Se advierte entonces que habría de admitirse un querer contractual del promitente, que no nace de su propia voluntad, sino de la promesa, un querer que no es libre, sino impuesto o suplido; una oferta del vendedor que éste no hace y una aceptación sin que haya oferta, sino exigencia y petición de cumplimiento de la promesa. El agudo sentido crítico de los entonces jóvenes juristas, no pudo menos de advertir esta anómala situación: y surge una importante corriente teórica que se niega a ver aquí un verdadero contrato. Alguer, la recoge brillantemente, y después de sentar la afirmación de que el fundamento del negocio jurídico —y, por tanto, del contrato— «es el principio de la autonomía privada, el poder del hombre de configurar y regular de manera libérrima, dentro del margen a que llega aquel principio, sus propias relaciones jurídicas» (30), concluye que, «en cambio, el contrato *debidido*, el contrato exigible por razón de una obligación preexistente representa una relajación del principio», «es algo un tanto distinto de un contrato puro y simple» (31).

Al mismo convencimiento se llega si nos fijamos en la estructura y significado técnico del contrato. La base del contrato está en el «*con-sensus*», cuando las partes se ponen de acuerdo, «*ex diversis animi motibus in unum consentiunt*» (32), «por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato» (art. 1.262, Código civil). Esto explica que no sea en el momento en que se exige el cumplimiento de la promesa cuando es preciso que exista el consentimiento, ni la capacidad del promitente y tampoco en el que se apreciarán los vicios de voluntad de los contratantes: el momento es anterior,

(29) BRINZ. loc. cit., IV, § 574, pág. 326.

(30) Loc. cit., R. D. Pr. 22 (1935, diciembre), pág. 422.

(31) Id. id., pág. 423.

(32) D. 2. 14. 1. 3.

es aquel en que el proyecto de contrato se hizo contenido de la promesa. También —y fué ello advertido ya por Juan Gutiérrez (33)— hay que tener en cuenta la especialidad de la consumación del contrato de promesa; conforme a la teoría criticada, sería ineludible para la perfección de un nuevo contrato, las nuevas ofertas y aceptaciones correspondientes; por tanto, si reclamado el cumplimiento de la promesa de venta el obligado se niega a «nuevos tratos» y simplemente entrega la cosa a cambio del precio, habría incumplimiento de la promesa y la cosa o precio entregados podrían reclamarse como indebidos. Este resultado lo consideraba Gutiérrez, y lo estima la práctica, iradmisíble y para evitarlo se entiende que la entrega de la cosa y el precio hacen que se contraiga la venta «ex tacito consensu»; pero, si esto es así, queda una vez más demostrado lo ficticio de ese contrato, de esa obligación de contratar, y lo innecesario e inconveniente que es añadir esa pieza extraña a la promesa de contrato (34).

d) *Obligación de desenvolver las líneas básicas de un contrato*.—La idea de Degenkolb de que el precontrato origina una obligación dirigida a la *cooperación* para la conclusión del contrato principal (35) ha servido de punto de partida, al menos nominal, para una ingeniosa teoría; la fórmula Roca diciendo, que por el precontrato se «sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraen la obligación de desenvolverlas o desarrollarlas en lo futuro, a fin de que aquel último quede en definitiva completo y concluso» (36). Atractiva sugestión, que parece, en una primera consideración, que permitirá escapar del dilema en que generalmente se encierra la doctrina, pues el precontrato no originaría una obligación de contratar ni se identificaría con el contrato proyectado o definitivo.

Es de temer que tampoco esta teoría resulte completamente satisfactoria. Ante todo, se advierte que ninguno de los casos puestos antes como ejemplos de precontrato, ni los citados por los autores, ni los decididos por la doctrina jurisprudencial serían precontratos, según el concepto de Roca: ya que, en todos ellos, el contrato proyectado se nos ofrece completamente desarrollado y sin que necesite de otra cooperación que la de que una de las partes pida su cumplimiento y la otra no obstaculice o sufra («patio») este cumplimiento.

No obstante la observación anterior, cabe todavía preguntarse

(33) *Practicarum questionum civilium*, VI (*De gabellis*), 47. *Opera omnia*, III, pág. 122.

(34) Por estas causas la moderna doctrina alemana ha abandonado la teoría de que el precontrato contenga una obligación de hacer o de contratar: vide ENNECERUS, I, § 153, IV, pág. 410; LEHMANN, § 33, IV, pág. 234.

(35) Una exposición bastante detallada de su teoría en ALGUER, loc. cit., R. D. Pr. 22 (1935, noviembre), pág. 370.

(36) *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 324; se desarrolla la misma idea en págs. 321 y sigs.

si la misma construcción jurídica propuesta es viable. Hay que partir del hecho de que, para la validez del precontrato, se precisa que el proyecto de contrato que contiene, reúna todos los elementos esenciales requeridos por tal contrato (37), pues «la insuficiencia de las bases fundamentales», como señala bien Roca (38), será obstáculo insuperable para la eficacia del precontrato: por ejemplo, en el precontrato o promesa de compraventa será necesario que haya habido conformidad en la cosa y en el precio (artículos 1.445 y 1.451 del Código civil). Existiendo este acuerdo, ¿será necesario pactar después algo más?, ¿se requiere una colaboración de las partes para desarrollar este contrato? La necesidad no existe, porque los extremos no esenciales y no regulados—por ejemplo, momento y gastos de la entrega, saneamiento, etc.—lo serán automáticamente por las reglas del Derecho dispositivo. Todavía puede preguntarse: «¿Cabrán pactar que algunos extremos del contrato serán después desarrollados en un nuevo convenio? Por ejemplo, se acuerda que posteriormente las partes decidirán el plazo o plazos en que habrá de pagarse el precio, si se somete la venta o no a la condición de que se construya la carretera proyectada que pasaría por la finca, si el vendedor responderá o no por evicción y vicios ocultos. En tales supuestos, parece difícil pensar que haya un precontrato ni otro vínculo consensual; habrá sólo tratos preliminares que, a lo más, pueden originar responsabilidad extracontractual; el llamado desarrollo será acuerdo sobre el contenido total del contrato y, por lo tanto, el único eficaz (39).

No cabría siquiera suponer que había acuerdo sobre todos los extremos de un contrato menos uno, y sobre éste versaría el desarrollo, porque no es posible dividir el contenido de un mismo consentimiento contractual, como tampoco es posible dividir su causa; en fin, no sería dable decir que el contrato quedaria condicionado al ponerse o no de acuerdo sobre tales extremos o desarrollo, pues como acuerdo dependería de la voluntad de cada uno de los deudores (art. 1.115 del Código civil) y resultaría incompatible con la seriedad judicial admitir la existencia de un vínculo, que podría ser frustrado por la voluntad de cualquiera de los supuestos obligados.

La falta de acuerdo, por último, no puede ser remediada por el Juez, pues éste no puede desplazar ni sustituir a una de las partes, cuando se trata precisamente de crear el vínculo contractual. Hasta en el caso de que las partes, voluntariamente, desarro-

(37) La opinión contraria, no obstante la autoridad de los que la defienden (DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 127; CASTÁN, *Derecho civil*, III, pág. 342), no parece defendible, por las razones que después se indican.

(38) *Loc. cit.*, I, pág. 333.

(39) «Sive in ipsa emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo aliquid emptio imperfecta est». D. 18, 1, 9.

bien el proyecto de contrato (apartándose así del modelo legal), caben estas dos hipótesis: que en el llamado precontrato se hubiesen convenido los principales requisitos, haciéndose depender el vínculo contractual de ese desarrollo o complemento, y entonces hay simples tratos y no hubo precontrato; o bien existió un verdadero precontrato, pues pactados los requisitos esenciales quedó inmediatamente constituido el vínculo, y, después, se «desarrollan» sus reglas, mediante nuevos acuerdos, en detalladas cláusulas; entonces se ha cumplido el precontrato, pero mediante un *nuevo* contrato se ha modificado, reglamentando o novado la relación obligatoria que proyectara el precontrato (40).

El «desarrollo» contractual de que habla Roca no es un desarrollo matemático o lógico, ni una cooperación material; es un «desenvolvimiento» jurídico, que significa la redacción de cláusulas, nuevas reglas que excluyen a las de Derecho dispositivo y, por tanto, una innovación en la relación contractual, que cualquiera que sea su trascendencia ha de ser producida por un nuevo consentimiento contractual.

3. *La existencia del precontrato.*—La existencia de una promesa de contrato, como distinta del contrato prometido, se admitió por la mayor parte de los autores antiguos. No deja de haber voces contrarias que, basándose en el argumento y autoridad de Juan Andrés, creen idéntica la venta a la promesa de venta. En la época moderna, autores que, como Narbona, se inclinan en favor de la distinción, citan con respeto la opinión de Surdus, que dice que ella «procede más de la sutileza jurídica que de la verdad de los hechos» (41); y Olea, que hará un cuidadoso y casi exhaustivo estudio de las diferencias entre la promesa de contrato y el contrato, comienza diciendo que es «una cuestión casi insoluble» (42). Ello no obstante, puede decirse que la opinión común

(40) Comp. S. T. S. 11 octubre 1899, 18 mayo 1908 (no hay contrato si se añade: «en las condiciones que se conviniere»), 18 marzo 1911, 16 abril 1941. Jurisprudencia inglesa en el mismo sentido, citada en SALMOND, WILLIAMS, *Principles of the Law of contracts*, 1945, págs. 195-198.

ROCA rechaza—con razón a mi parecer—la fórmula A + B prometen contratar (todo el contrato) y propone la de A + B prometen contratar el desarrollo del contrato (parte del contrato): así no se suprime ni cambia la naturaleza de la dificultad, se crea la ilusión de haberse disminuido su magnitud, alejándola tan solo; y no basta añadir unos lados al polígono para cuadrar el círculo.

Utiliza ROCA el símil de la Ley de Bases, que necesita otra que la desarrolle o desenvuelva (id., pág. 331), brillante comparación que señala el principal obstáculo con que choca la teoría de ROCA: pues la eficacia de las Leyes de Bases está en que convienen varios (el Parlamento) en estar y pasar por el desarrollo que otro (el Gobierno) dé a las bases concertadas; si fuesen las mismas partes (el Parlamento) las que tuviesen que ponerse de acuerdo sobre el desarrollo de lo convenido, no habría Ley de Bases, y si el desarrollo fuese necesario, tampoco habría ni Ley de Bases, ni Ley, ni acuerdo eficaz.

(41) PETRUS SURDUS, *Consilia*, IV, 457, § 13; NARBONA, *Commentaria in tertiam partem Novae Recopilatione Hispaniae*, id., 1624, l. 7, 20, gl. 3, § 13, página 72.

(42) Loc. cit., l. 6, r. I, pág. 34.

de los autores, hasta la época contemporánea, admitió terminantemente la independencia de la figura jurídica del precontrato; en los tiempos modernos la situación ha cambiado, y tanto, que ha habido un momento en que pudo creerse dominante la teoría negadora del precontrato.

La negación del precontrato se ha basado en que éste no se puede distinguir del contrato que prepara, en que la promesa de compraventa es compraventa, o bien se afirma que no es otra cosa que una modalidad del contrato principal, la de su sumisión a la condición de querer, o, en fin, que está comprendido en otras figuras jurídicas, como en la de la opción. El estudio de estas observaciones puede servir no sólo para saber si tiene sustantividad propia el concepto del precontrato, sino para fijar, en todo caso, su perfil y fronteras.

a) *La promesa de vender y la venta.*—Una de las causas más importantes de las vacilaciones de parte de la doctrina respecto al precontrato, ha sido el artículo 1.589 del Código civil francés, que dice: «La promesa de venta vale venta, cuando hay consentimiento de las dos partes sobre la cosa y sobre el precio.» Su prestigio parece un momento amenazar al viejo axioma *venditio aliud sit, aliud promissio vendendi* (43), y con ello, crear un nuevo prejuicio. Como justificación y explicación de la nueva regla, en la Exposición de Motivos, Portalis dice: «Se encuentra, efectivamente, en tal caso, todo lo que es de la substancia del *contrato de venta*» (44); con lo que parece claro que se abandona la doctrina de Pothier (45), y aceptando la de Juan Andrés y sus seguidores, se suprimen el rodeo ocioso (*circuitus inutilis*) y las sutilezas jurídicas, y se hace que quien prometió vender se encuentre con que ha vendido.

El resultado obtenido por este acortamiento podría ser gravísimo, tendría efectos de verdadero cortacircuito para el Derecho francés, ya que la promesa de venta—toda promesa de venta—hubiese producido, según su sistema, la transmisión inmediata de la cosa que se prometió vender (46). La doctrina francesa ha he-

(43) Mantenido en nuestro Derecho de modo general: NARBONA, loc. cit., N. R. 1, 7, 29, gl. 3, gl. 13, pág. 72; OLEA, loc. cit., 1, 6, 1-47, I, págs. 34-39; DIEGO PÉREZ, O. R. 5, 1, I, II, pág. 898; JUAN GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum*, 6, 47, III, págs. 122-124; *Tractatus de iustellis*, 2, 5, 64-67, VIII, páginas 143-144 y allí citados; FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus*, cl. 4, gl. 9, pte. 4, § 20-23, I, págs. 150-152; HERMOSILLA, P. 5, 5, 10, gl. 1, § 4, II, fol. 62 vto.; GUZMÁN, *De evictionibus*, 35, § 83, fol. 220 vto.

(44) Subrayado por PORTALIS; cita a pie de página a COCHIN, VI, pág. 160. *Code civil, suivi de l'exposé des Motifs*, &, 1820, VI, pág. 8.

(45) *Traité du contrat de vente*, 6, 1, 1, § 476; *Oeuvres*, IV, págs. 276 y siguientes.

(46) Pues, según el art. 1.583 del C. c. francés, convenidos la cosa y el precio, la venta es perfecta y de derecho adquiere el comprador la propiedad del vendedor. Lo que explica PORTALIS diciendo: «de Derecho se produce por el contrato la transmisión del derecho», loc. cit., VI, pág. 7.

cho lo imposible para evitar este injusto resultado, y cerrando los ojos a lo que escribiera Portalis, y de espaldas a la letra del artículo, ha razonado que no se refiere para nada a la promesa de venta unilateral (47) y, luego, que tampoco afecta al caso en que haya «en el mismo convenio promesa de vender y de comprar la misma cosa, reservándose cada una de las partes realizar la venta por su sola voluntad» (48). Evolución doctrinal muy justificada, ya que admitida la eficacia de la promesa de A de venderle a B la finca que resulte de la partición, no hay razón para no aceptar la promesa de B de comprarle a A la finca que resulte de la partición, cuando ambas promesas se hagan a la vez y queden unidas sinalagmáticamente. Lo que ciertamente puede importar mucho a las partes y origina efectos jurídicos bien distintos que la compraventa. Este modo de proceder de la doctrina francesa es una corroboración bien expresiva del acierto de Moro al decir: «Parece de notoria injusticia que frente a la voluntad clara y expresa de los contratantes de querer celebrar solamente un contrato preparatorio que se convierta en definitivo por la circunstancia de reunir los requisitos propios al contrato principal» (49).

En nuestro Derecho, la cuestión se presenta de modo distinto que en el francés, porque el artículo 1.451 del Código civil distingue claramente los conceptos de promesa de vender o comprar y la compraventa, señalándole regulación distinta; las primeras por el artículo 1.451 y las reglas generales de las obligaciones y contratos, la segunda por las disposiciones especiales del título IV. El afrancesamiento de los comentaristas del Código y de sus primeros tratadistas hizo, sin embargo, que se entendiera nuestro artículo como si fuera el francés y que se negara la existencia de la promesa bilateral, diciéndose que tiene el mismo valor que la misma compraventa (50). Pero, afortunadamente, la doctrina y la práctica han abandonado esta equivocada interpretación.

Para la generalidad de nuestra antigua doctrina, no había duda respecto a la diferencia entre la promesa de venta y la compraventa, entre la promesa de contrato y el contrato prometido (51); lo que les preocupa es señalar en qué caso—como en la promesa

(47) PLANTOL, *Traité élémentaire*, II, § 1.400, pág. 521; JOSSEBRAND, *Cours de Droit civil positif français*, 1933, II, § 1.069, pág. 561; GAUDEMET, *Traité général des obligations*, 1937, pág. 267; COLIN, CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, 1925, IV, pág. 21.

(48) ESMEIN en PLANTOL, RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, 1930, VI, § 144, pág. 192, también pág. 190; BONNECASE, *Précis de Droit civil*, 1934, II, § 690, pág. 532.

(49) Loc. cit., pág. 411.

(50) MUCIUS SCAEVOLA, ed. 1906, XXIII, pág. 329; MANRESA, ed. 1905, X, página 69; DE BUEN, Notas a Colin y Capitant, IV, pág. 67; DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 126.

(51) Vide autores citados en la nota 43.

de donar—no es posible la distinción (52) y cuáles son los efectos jurídicos específicos de la promesa, los que la diferencian del contrato prometido, por ejemplo, respecto a la creación de un título a la propiedad, al pago de impuestos por venta (gabela), a la forma, a la pena (venta prohibida) y a la capacidad (53). También la doctrina inmediatamente anterior al Código civil reconoció de modo terminante la sustantividad de la promesa, señalándose expresamente que es «un contrato precursor de otro y que nos da, por lo tanto, derecho para reclamar el otorgamiento del segundo» (54), e indicándose que «a todos puede servir de preliminar; los de mayor gravedad se celebran aceptando esta especie de compromiso: la compra-venta, la sociedad, el mutuo pueden ser una promesa antes de llegar a constituir un contrato especial» (55).

Al redactarse el proyecto de Código civil de 1851, su artículo 1.373 reproduce, acentuándolo, el artículo 1.589 francés, diciéndose: «La promesa de *vender o comprar*, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a contrato *perfecto* de compra y venta». Ello no obstante, García Goyena se pregunta si la promesa basta para transferir la propiedad de la cosa y los riesgos y dice—la Comisión General de Códigos opinó lo mismo—que no podía ser, pues entonces se deberían los frutos del tiempo que medie entre la promesa y la venta (56).

La jurisprudencia se ha manifestado, con clara unanimidad, de acuerdo con los antecedentes históricos, en favor de la sustantividad de la promesa unilateral de venta (57), de la promesa de otros contratos (58) y, sobre todo, de la diferencia entre la pro-

(52) Así FONTANELLA. *De Pactis*, cl. 4. gl. 9. pte. 4. §§ 32-33. I. pág. 151: HERMOSILLA, P. 5. 4. 4. gl. 1. I. fol. 245 vto.

OLEA distingue la promesa en la cesión, mutuo, venta, novación, renuncia, dote, profesión, nombramiento, 1. 6. 37. I. pág. 33; FONTANELLA distingue la promesa en la venta, arrendamiento, ratificación, fianza, mutuo, cesión, contratar, revocar, recibir mujer, infeudar, dotar, instituir heredero, enajenar, asignar, dar en pago, transigir, someterse, permutar, loc. cit., § 20. I. pág. 150.

(53) Así OLEA, loc. cit., §§ 35-47. págs. 35-39; sobre el pago de gabela, extensamente. JUAN GUTIÉRREZ. *Prac. Quaest.*, 6. 47. §§ 8-17. III. págs. 122-124; sobre capacidad. J. GUTIÉRREZ, *Tract. de iustis*, 2. 5. 64. VIII. págs. 143 y siguientes; sobre la promesa de cesión. GUZMÁN, *De reuictionibus*. 35. § 83. folio 220 vto.

(54) GÓMEZ DE LA SERNA. MONTALBÁN. *Elementos de Derecho civil*. 1851. II. página 288.

(55) GUTIÉRREZ (Benito). *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1869. V. pág. 11.

(56) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. 1852. III. pág. 363; además, reproduce y parece hacerla suya, la frase de POTHIER: «Hay una gran diferencia entre la promesa de vender y la venta misma.»

(57) S. T. S. 7 octubre 1896. 12 noviembre 1898. 25 enero 1913. 23 junio 1915. 31 enero 1921. 7 febrero 1945. 6 marzo 1947.

(58) Respecto al de sociedad: S. T. S. 5 julio 1940. 9 julio 1940. 16 abril 1941; respecto a la cláusula compromisoria: S. T. S. 28 octubre 1921. 28 abril 1927. 24 marzo 1947; compárese S. T. S. 21 junio 1946.

mesa bilateral de compraventa y la compraventa misma (59); y tanto ha sido el valor dado a la promesa bilateral de compraventa, que algunas sentencias recientes quieren reservar para ella el nombre de promesa, dando a la unilateral el de opción (60). Esta postura de la jurisprudencia coincide con la tendencia doctrinal de centrar el problema del precontrato en la distinción entre la promesa de venta y la compraventa (61); con lo que, al afirmar la jurisprudencia no sólo la separación conceptual entre promesa de compraventa y compraventa, sino también la diferencia notable entre los efectos jurídicos atribuibles a una y a otra, se ha venido a consagrar la importancia práctica de la distinción (62) y a darse una nueva y firme base a la corriente doctrinal que sostiene la independencia de la figura del precontrato.

b) *La condición de querer*.—De toda la incisiva crítica hecha por Algüer al concepto de precontrato, su observación más fecunda es seguramente la de decir: Cuando las partes hacen depender el efecto de que una de ellas lo quiera y declare ulteriormente, se tratará de un contrato bajo condición *si volet* o de un derecho de opción (63). Porque aquí está en cuestión la esencia misma del precontrato y porque las dificultades que hoy todavía encuentra la ciencia jurídica para averiguar lo que es el precontrato son paralelas a las que se quisieron salvar admitiendo la condición de querer. El mejor camino para saber lo que es el precontrato puede ser descubrir lo que es y lo que no es esa condición de querer: por ello parece imprescindible estudiarla con algún detenimiento. Simplemente planteada la cuestión, se reduce a esto: ¿Será válido el contrato de donación en el que digo te regalo 100 si luego yo quiero?: ¿te vendo mi finca si luego yo quiero? En el Derecho

(59) Ya la S. T. S. de 13 febrero 1897 dijo que «uno es el concepto de la promesa de venta con arreglo al artículo 1.451 y otro el de compraventa expresado en el 1.450 y diversos sus efectos». S. T. S. 11 mayo 1861, 15 junio 1896, 18 enero 1900, 6 diciembre 1904, 14 noviembre 1924, 27 marzo 1926, 14 noviembre 1927, 11 noviembre 1943, 28 marzo 1944. También: S. T. S. 11 octubre 1899, 18 marzo 1911, 24 diciembre 1920, 31 enero 1921, 10 marzo 1928, 16 noviembre 1931, 15 marzo 1945. Las S. T. S. 1 enero 1930, 13 diciembre 1935, 19 octubre 1946, 26 octubre 1946 y 6 marzo 1947, se ocupan de la interpretación de cláusulas contractuales, para averiguar si deben calificarse de promesa o venta. En alguna S. T. S. se usa el nombre de promesa para la compraventa (10 enero 1901), y en la S. T. S. 4 febrero 1911 se dice que es indiferente para la decisión del caso que se trate de promesa o venta. Sobre la diferencia entre la promesa de venta y el *pactum reservati domini*. S. T. S. 13 diciembre 1935.

(60) S. T. S. 23 marzo 1945, 10 julio 1946, 18 enero 1947.

(61) CASTRIN, loc. cit., III, pág. 347; ANOTADORES trad. Enneccerus, 2.ª ed., 1950, II, 2, pág. 27.

(62) Respecto a la transmisión de derechos, S. T. S. 13 febrero 1897, 6 diciembre 1904, 10 marzo 1928; respecto a la aplicación del art. 1.124, S. T. S. 14 noviembre 1927, 11 noviembre 1943; sobre plazo del retracto, S. T. S. 10 marzo 1911.

(63) Loc. cit., R. D. Pr. 1936, pág. 14.

romano, la condición *si voles, si volueris, si volam*, hacía nula la obligación así constituida, anulando el negocio a que se agregaba (64).

La doctrina antigua ya se dió cuenta de las dificultades que podían originarse en esta materia. La primera, la de establecer un límite exacto entre la condición potestativa permitida, cuando se trataba de un acto tan fácil que parecía depender casi solamente de la voluntad (si subes al Capitolio) y la condición potestativa pura (si quieres); y se fijó por los autores en que cuando se trataba de una condición *in facto a voluntate pendenti* era eficaz, pero, en cambio, cuando consistía en el *merum arbitrium, in ipsa et mera voluntate*, hacía nulo el contrato. La otra dificultad era la justificación de la compra a gusto o a prueba y su concordancia con la prohibición de la condición de querer; que la mayor parte de la doctrina resuelve, considerando aquel contrato, como una excepción. Pero ni ésta ni aquella solución son ni muy firmes ni bastante convenientes, y, por ello, hacen posible la posterior reacción de la doctrina, abandonándolas y admitiendo la condición de querer.

Los primeros pandectistas están de acuerdo en rechazar la posibilidad de la condición de querer, y con toda energía se dirá por Windscheid que «contiene una contradicción interna, porque se quiere someter y a la vez no someter, fundar una obligación y a la vez no fundarla» (65); Brinz señala que la decisión (la voluntad interna completa) es también necesaria en el negocio condicionado, y falta en la condición *si volueris* (66); y Regelsberger advierte que hay una declaración de voluntad incompleta (67). Doctrina lógica y coherente, porque si bien la voluntad o la declaración pueden concebirse sometidas en su eficacia a una *conditio facti*, no se ve cómo una decisión actual puede depender de una decisión futura.

Uno de los primeros autores que rompe la uniformidad de la doctrina fué, según parece, Dernburg, quien admite la condición de querer, limitándose a decir que la compraventa a prueba está reconocida por la vida práctica y por las fuentes, pues la declaración de gustar o no gustar queda al libre arbitrio del comprador; que así se evita una nueva forma, una nueva aceptación y que en los contratos consensuales una parte se obliga en firme, mientras la otra parte se reserva su decisión (68). Hölder, por su parte, se contenta con decir que no se puede negar eficacia a la condición

(64) D. 18, 1, 7; D. 44, 7, 8; D. 45, 1, 17; D. 45, 1, 46, 3; D. 45, 1, 10, 1 (sobre la estipulación); D. 18, 1, 7; C. 4, 38, 13 (sobre la venta).

(65) I, § 93, pág. 234.

(66) IV, § 539, pág. 136.

(67) Loc. cit., pág. 566.

(68) *Pandekten*, ed. 1900, I, § 108, págs. 251, 252. Sobre los matices de su teoría, en sus distintas obras y ediciones, WALSMANN, *Ein Beitrag zur Lehre von der Willensbedingung*, J. J. 54 (1909), págs. 200-203.

de que apruebe el obligado, porque si no se habría de negar la dependencia de un negocio de la *ratihabitio* del obligado (69).

De este modo—como dice Walsmann—, sin verdadera motivación (70), se abandona la doctrina común y se acepta por buena parte de los autores alemanes la eficacia de la condición de querer (71). La razón para ello fué, probablemente, de orden práctico: buscar encaje jurídico a una serie de casos que pensaban no lo podían tener de otro modo, por dejarlos desamparados, o, sin eficacia suficiente, la teoría de la obligación de hacer respecto al precontrato. Pero, para poner orden en esta embrollada cuestión, será preciso tratar antes de la naturaleza jurídica de esta extraña condición, y sólo después, de la relación entre el precontrato y la condición de querer.

Windscheid había señalado una excepción a la general ineficacia, o, mejor dicho, a la doble eficacia anuladora—*vitiatur et vitiat*—de la condición de querer, respecto a los negocios bilaterales, diciendo que no se hace nulo por completo el negocio porque uno de los contratantes se haya obligado bajo tal condición. Su razonamiento es éste: si bien este contratante (el obligado si quiere) no queda obligado, el otro sí lo está, pues las obligaciones que crea el contrato no son tan interdependientes que no pueda existir la una sin la otra, sino que puede cada una de las obligaciones nacidas existir separada de la otra, sólo que no puede ninguna de las partes exigir el cumplimiento sin prestar por su parte lo que haya prometido (72).

Este argumento, que será decisivo para toda la teoría posterior, merece una especial consideración. Aplicada a la compraventa, resultaría que si el comprador se obliga bajo la condición *si voluero* existiría la compraventa, porque quedaba obligado el

(69) *Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1900. página 345; *Zur Lehre von der Willensbedingung*, J. J. 56 (1910), págs. 417 y sigs.; ya en *Pandekten*, 1886. págs. 258 y sigs.. 261.

(70) Loc. cit., pág. 200.

(71) La nueva dirección fué aceptada por los autores de los principales comentarios del Código civil alemán (PLANCK, I, § 158, 8; STAUDINGER, I, nota previa a § 158, 6) y de algunos de los más influyentes tratados (ENNECCERUS, I, § 181, IV, 3; BIERMANN, I, § 80, pág. 205), y aunque combatida en algunas obras importantes (ENDEMANN, I, § 76, 3; CROME, I, 436), será generalmente aceptada (v. TEHR, III, págs. 275-277; *Tratado de las obligaciones*, II, páginas 216-217; OERTMANN, § 158, pág. 579; LEHMANN, § 35, IV, pág. 273; EHRENZWEIG, I, § 95, pág. 227). Debe advertirse que esta teoría no consiguió la unanimidad, pues fué rechazada en los principales estudios especiales hechos sobre la cuestión (WALSMANN, loc. cit.; RAAPE, *Willensbedingung*, Festschrift für Brunneck, 1912; HENTLE, § 41, págs. 310 y sigs.), y que en su forma predominante admite—siguiendo a WINDSCHEID—la condición de querer sólo para los negocios bilaterales. En España, BORRELL, III, § 283, pág. 169; CASTÁN, respecto a la compra a prueba, III, pág. 26, al re-racto, III, pág. 61, en general, II, pág. 500; PUIG, IV, 2, págs. 97, 100, N. 2; ANOTADORES Enneccerus, I, 2, pág. 326; 2.ª ed. (1950), págs. 336-337.

(72) I, § 93, pág. 234.

vendedor a entregar la cosa por el precio, aunque el comprador no queda obligado a entregar el precio ni a nada. Mas si esto fuese realmente así, la conclusión sería que no habría contrato de compraventa; si es que—como hace también Windscheid—se mantiene el concepto de la venta como contrato bilateral (73). La compraventa es el contrato por el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto (art. 1.445 Código civil); si el comprador no quedó obligado a pagar el precio cierto, falta la causa de la compraventa (art. 1.274 Código civil) y la compraventa no llegó a existir. Y una situación jurídica más insostenible aún resulta cuando el comprador y el vendedor—¿por qué no?—compran y venden bajo la condición de querer; ¿ninguno de los dos queda obligado?. ¿hay, a pesar de ello, una relación contractual de venta?

No obstante, lo poco firme del razonamiento de Windscheid, tal y como lo enuncia, señala certeramente la dificultad y apunta la solución jurídica para estas situaciones; en cuanto hace buscar el vínculo que permite hablar de relación contractual, no en el contrato de compraventa, que todavía no existe, sino en un vínculo previo (precontrato), que liga al obligado a vender a entregar la cosa por el precio convenido a la otra parte, si ésta lo exige.

Enneccerus no duda tampoco en admitir la condición de querer, en cuanto que la voluntad se dirige a crear el efecto jurídico mediante la declaración actual, para el caso de la posterior aprobación, y ofrece, como único apoyo de su teoría, estos ejemplos: venta de un predio por escritura pública bajo la condición de que el comprador (que parte de viaje) telegrafe al día siguiente su aprobación; promesa de donación en escritura pública bajo condición de posterior aprobación sin forma (74). La importancia práctica de la cuestión queda así clara, pero también la inadmisibilidad de la solución propuesta. Los negocios formales (como lo es en Derecho alemán la enajenación y en el español la donación de fincas), requieren que la forma ampare todo su contenido (art. 633 Código civil), y sería desconocer la razón de ser aquí la forma (advertir de la importancia de la decisión tomada) y abrir un hueco por el que se introdujere el fraude a la ley el que se aceptase la teoría de Enneccerus. Pero, aparte de esto, lo que importa señalar es que antes de la aprobación no hay venta ni donación, pues ni comprador ni donante quedaron obligados, y que aunque se le llame venta o donación condicionada, tampoco quedaron ligados el vendedor ni el donatario.

La asimilación hecha por Hölder entre la condición de querer y la aceptación, en especial también con la confirmación y con el consentimiento o aprobación de una tercera persona (75), supone

(73) *Pandekten*, II. § 385. pág. 407; § 320, pág. 204.

(74) I. § 181. pág. 495; trad. esp., I, 2, pág. 319.

(75) Añade que parece más arriesgado hacer depender un negocio jurídico de la aprobación ajena que de la propia aprobación, J. J. 56 (1910). pág. 151.

una confusión técnica, no por frecuente menos condenable, entre la *conditio facili* y la *conditio iuris*. El negocio del menor no queda condicionado a su confirmación cuando llegue a ser mayor, ni por la ratificación del tutor, es un negocio puro aunque viciado, su dependencia de la *sanatio* tiene otro sentido y efectos que la dependencia de un negocio respecto de una condición verdadera.

Más razón hay para rechazar la figura jurídica de la condición de querer, que la de la señalada insuficiencia de las razones con que hasta ahora se trata de justificar, cuando se considera que carece de la naturaleza jurídica de la condición. Para convencerse de esta afirmación bastará tratar de encajar a la condición de querer en el concepto que dan de la condición los mismos autores que defienden la existencia de aquella figura. Así, para Windscheid, la condición es, «la agregación hecha al contenido de una declaración de voluntad, de que lo querido se deberá producir sólo cuando se presente una determinada circunstancia» (76), insistiendo en que su esencia consiste, no en el condicionamiento de la voluntad, sino en el condicionamiento de lo querido (77). Enneccerus, por su parte, afirma con especial empeño que la condición no es una cláusula agregada, sino que la declaración de voluntad condicionada constituye una unidad inseparable (78). ¿Cómo aplicar estos conceptos a la condición de querer? Cuando la obligación depende del querer, no existe un condicionamiento de lo querido, sino que falta lo querido, ni una declaración de voluntad condicionada, porque no es posible declarar eficazmente que quiero ahora si luego quiero; no hay tampoco posibilidad de hablar de «limitaciones a la declaración de voluntad», cuando lo que todavía falta es precisamente la declaración de voluntad, la declaración de querer ahora (79).

Sea cual fuere la teoría que se acepte sobre la condición y sobre el negocio condicionado, puede afirmarse que lo que importa para la técnica jurídica es su especial significación en la estructura y en la eficacia del negocio. La condición es materia del consentimiento, estando más cerca de la causa que del objeto (80), y por eso matiza o determina el tipo del mismo negocio. De ello, resulta el verdadero valor de la distinción entre las distintas clases de condiciones y la admisibilidad de las potestativas, en cuanto no dependan del mero arbitrio de una de las partes (81); pues no

(76) I, § 86, pág. 211.

(77) I, § 86, pág. 211, N. 2.

(78) I, § 181, pág. 490; más detalladamente, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889, § 19, págs. 176 y sigs.

(79) Con razón advierte HENLE que «una declaración de que se producirá un efecto jurídico para el caso en que se produzca, es un absurdo», *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, 1926, pág. 311.

(80) Vide N. 83.

(81) Sobre las dificultades de la doctrina antigua en esta «periculosa materia» (BARTOLO) y «valde subtilis» (PABLO DE CASTRO), FITTING, Z. H. R., 5. páginas 79 y sigs., pág. 121; WALSMANN, loc. cit., págs. 264 y sigs.

se trata de una mera distinción cuantitativa (depende tanto de la voluntad y tanto de un hecho externo), sino cualitativa, y que por eso podrá dar su especial significado al negocio. Esto puede comprobarse en el mismo ejemplo clásico de condición potestativa eficaz: te vendo esta finca en 100 si subes al Capitolio. Puede ser que el porqué de la condición quede como motivo interno y no altere el significado de la venta (por ejemplo, se pone la condición porque se apostó con otro a que subiría, para que asista o no asista a una reunión en aquel lugar o en otro lugar a la misma hora). Pero también puede pactarse diciéndose que se hace la venta (por su valor, por menos de su valor o por *nummos uno*) si te atreves a subir al Capitolio, o en tal momento, o en tanto tiempo, y se estará, posiblemente, ante una figura de apuesta; si se hace la venta para recompensar al que suba, puede ser remuneración de servicios; si se hace por mera liberalidad, habrá quizá una donación. Si, en tales casos, se trata de una mera promesa (queda obligado sólo el vendedor), allí (en el porqué se contrae la obligación, que los caracteriza), se encontrará su causa. Si la promesa se hiciera por el pago de una prima, habría naturalmente una causa onerosa. En fin, si hay verdadera compraventa, tales porqués pueden determinar el que tenga naturaleza mixta o de negocio indirecto.

En cambio, la oferta y la aceptación, la confirmación, la ratificación o la aprobación son declaraciones de voluntad, que recaen sobre todo el contenido del negocio y, así, también sobre cualquier condición de las que dependa el negocio (82). A las declaraciones de voluntad, a la aprobación, a la mal llamada condición de querer, habría que aplicarles las disposiciones que se refieren a la existencia o no y a la cualidad de la declaración de voluntad, entre ellas las que se refieren a los vicios de la voluntad. A la condición, a la verdadera condición, será preciso aplicarle ciertos preceptos propios de la causa, así los de su existencia y licitud (83).

Si de la estructura del negocio se pasa a considerar su funcionamiento, se observará igual básica diferencia entre la eficacia de la verdadera condición y la de la condición de querer. Basta comparar las situaciones que una y otra pueden crear. El negocio condicionado origina inmediatamente una situación de pendencia, titularidades provisionales (preventivas e interinas) y derechos even-

(82) Será, si se le quiere llamar condición, *conditio iuris*, no *conditio facti*. La confusión y el olvido del sentido técnico de la condición es continua en los ejemplos puestos de condiciones de querer, y cualquier requisito podría denominarse así; por ejemplo, los comuneros A, B y C acuerdan vender la casa común (no sus cuotas) a X, bajo la *condición* de que apruebe la venta el comunero restante D; A dona 100 a B bajo la *condición* de que B quiera aceptarla; en estos ejemplos—como en los de la condición de querer—falta la voluntad que cerrará el vínculo contractual.

(83) Por eso se dice que la condición puede jugar como causa, ACEBEDO, N. R. 5. 16. 2. § 43. III. fol. 356 vto.

tuales; el negocio que depende del querer de una de las partes, está aún incompleto y será por sí ineficaz, pues sólo puede desplegar eficacia si se ha creado (por promesa no condicionada por un querer) una facultad de aprobación o aceptación en favor de esta parte (precontrato).

Buena prueba de lo dicho es que los mismos autores que admiten la condición de querer, cuando la estudian con cuidado, han de ir señalando sus diferencias con todas las demás clases de condiciones, con el resultado real de que quede así fuera del concepto de condición. Muy expresiva y terminantemente dice von Tuhr que la condición de querer tiene caracteres «contrarios» a los de las demás condiciones, incluso a las potestativas; y va señalando las siguientes notas peculiares, distintas de las demás condiciones: que el cumplimiento de la condición no consiste en un nuevo acto, sino en una declaración negocial, porque se dirige a producir un efecto jurídico; que requiere capacidad negocial; que puede ser impugnada por vicios de la voluntad (84); que «está muy próxima» al ejercicio de un derecho de conformación, pues como en este caso, una declaración unilateral produce un efecto jurídico (85), también, y desde antiguo, se señalará que no tiene efectos retroactivos (86) y que no se le pueden aplicar las reglas generales sobre la situación de las relaciones jurídicas mientras que pende la condición (87).

Después de estas reflexiones parece que la pregunta inmediata debe ser ésta: ¿Cómo ha llegado a admitirse en la doctrina general alemana ese «ser jurídico fabuloso» (88) de la condición de querer? ¿Por qué se le ha conservado el nombre de condición a lo que no tiene las características de la «conditio» regulada por la Ley? Ello fué posible, en primer lugar, porque los redactores del

(84) *Der Allgemeine Teil*, II, 2, § 80, págs. 270-271.

(85) *Id.*, pág. 279.

(86) Ya WACHTER, *Pandekten*, I, pág. 391; VANGEROW, I, § 95, pág. 145.

(87) *Comp.*, p. ej. v. TUHR, II, 2, § 81, págs. 291 y sigs.

Parte de la doctrina tratará de reducir la condición de querer a una *conditio facti*, para así hacer posible su uso; así, WALSMANN se esfuerza en demostrar que la voluntad o la declaración de voluntad puede concebirse como mero hecho («Faktum»), loc. cit., pág. 212—para lo que se apoya en ciertas afirmaciones de LEONHARD y KRUG—; también págs. 225, 300, 302; le sigue OERTMANN, loc. cit., pág. 579. Parece opinar así también HILSENRAD (siguiendo a LEDUC, *Las obligaciones precontractuales*, s. f., pág. 22). Pero, además, que, como dice WALSMANN, tal cosa no se daría prácticamente apenas, cabe preguntar, primero, si sería digna de protección jurídica una condición consistente en emitir un sí, en el que no habría que atender ni a la voluntad, ni a capacidad, ni a su carácter de declaración (como piensa OERTMANN), y en segundo lugar, si tal condición podría aun llamarse condición de querer.

(88) Así lo califica HENLE, pág. 311; WALSMANN dice que la condición de que el declarante haga una declaración dirigida a los mismos efectos es «un absurdo», pues sólo una de ellas puede ser la portadora de las consecuencias (página 217), y que no son posibles dos declaraciones de voluntad que sean base de los efectos jurídicos, no se quiere cumplir la condición, sino declarar que se quieren los efectos jurídicos (pág. 276).

Código alemán dejan abierto el camino para que la doctrina se decida en favor de la admisión de la condición de querer, al no dar un precepto que la excluya como el art. 1.115 de nuestro Código civil) (89) y, en cambio, ofrecer en sus Motivos fundamentos suficientes para inclinarse a su aceptación (90). Tiene después éxito porque, como indican esos mismos Motivos, se cree que es el único medio de justificar jurídicamente y darle eficacia práctica a figuras como la compra a prueba y a la opción. De este modo, la teoría de la obligación de hacer respecto al precontrato, no sólo suscita la dirección negadora de la existencia del precontrato, sino que, a la vez, impulsa y fomenta la corriente partidaria de aceptar de modo general a la condición de querer.

Esta relación mutua entre precontrato y condición de querer se ve muy claramente en algunos autores. Leonhard dice, que es preciso aceptar la condición de querer, porque el remedio del precontrato no resuelve nada —no satisface las necesidades de la práctica—, pues conforme a la doctrina (cita a Windscheid y Endemann), sólo crea una acción para concluir el contrato (no pueden exigirse los efectos de este contrato), con lo que —además— el que reciba la cosa no responderá por culpa contractual, se crea una situación intermedia entre la declaración de conformidad y su aceptación y será preciso repetir la forma (escritura) del contrato (91). Von Tuhr rechaza la figura del precontrato, por pensar que origina un rodeo inútil (hacer un nuevo contrato) (92) y acepta la condición de querer como medio para que sea reconocida una situación jurídica, por la que la voluntad unilateral pueda tener fuerza para determinar los efectos contractuales (93). En España, la condición de querer se utilizará también para sustituir, o excluir más que para justificar el precontrato (94).

Estas rápidas referencias muestran ya cómo la doctrina de

(89) Como los correspondientes de los Códigos latinos: art. 1.174 del francés (PLANIOL, II, § 1.269 bis, pág. 476). art. 1.420 del italiano (CARIOTTA FERRARA, *Negozió*, pág. 622).

La S. T. S. 9 marzo 1929 dice que la cláusula de un concurso de adquisición, por el que la Directiva del Ateneo «se reserva la plena libertad de aceptar la proposición que tuviera por conveniente o rechazarlas todas», impedía la perfección del contrato.

(90) Dicen: «El tráfico lleva consigo que, en no pocos casos, se convenga un contrato bilateral con la cláusula que uno de los contratantes quedará obligado por el contrato sólo si él quiere. El caso principal lo forma la compra a prueba. A él se le agregan los contratos de servicio, enseñanza y arrendamiento a prueba. En ocasiones pueden también comprenderse en este sentido el contrato por el que el adquirente de un predio se asegura la posterior adquisición del enajenante de otros terrenos para el caso que los necesite, los contratos que celebra la Administración sobre pertrechos de guerra, etc.. *Motive zum B. G. B.*, I, pág. 163, cita de WALSMANN, pág. 280.

(91) *Willkür und Willenserklärung*, J. J. 39 (1898), pág. 205.

(92) II, 1, pág. 493: *Tratado de obligaciones*, I, págs. 188 y sigs.

(93) II, 2, pág. 277. N. 49.

(94) ANOTACIONES a trad. de Enneccerus. I. 2. 2.ª ed., pág. 337; ALGUER, R. D. Pr., 1036, pág. 14.

Scylla ha caído en Charibdis; huyendo de ciertos resultados incompatibles con las necesidades del tráfico resultantes de una teoría inexacta sobre el precontrato, acepta el concepto falso, inútil y contradictorio de la condición de querer. Ello, no obstante, esta misma dirección equivocada, tiene un valor positivo, pues es un reconocimiento implícito de la figura jurídica discutida; pues se le llame o no a una situación precontrato de venta, lo que importa es destacar que al bautizarla de compraventa bajo condición de querer, se ha admitido ya paladinamente que no es ni una compraventa pura ni una compraventa condicionada (sometida a la regulación legal de la condición), sino otra cosa distinta. Y si esto es así, cabe preguntar: ¿no hubiera sido más fácil y más claro abandonar el *circuitus inutilis*, que obstaculiza la eficacia de la promesa de contrato, y encontrar fuera de él la explicación teórica del precontrato?

c) *Venta a prueba*.—Aunque con la máxima brevedad—por tratarse de una cuestión sólo conexa al objeto de estas notas y que merece un especial y detenido estudio—será necesario hacer algunas consideraciones sobre la venta concertada a prueba y también respecto a la celebrada bajo la condición *si placuerit*, pues ellas han sido la ocasión primera de la admisión doctrinal de la condición de querer.

Conviene advertir primero, para evitar las usuales confusiones, que bajo el mismo nombre de venta a prueba o a gusto, se alude a diversas situaciones que pueden caracterizarse bajo una de estas rúbricas:

1.ª Se ofrece la venta autorizando al posible comprador para que pruebe o guste la cosa (concesión de facultad de usar o gozar la cosa ofrecida), antes de decidirse la aceptación («sin compromiso») y como criterio para la decisión.

2.ª Se concierta la venta, quedando autorizado el comprador para comprobar, antes de recibir la cosa en venta, si corresponde a la calidad concertada: comprador y vendedor convienen en la venta, pero sólo para el caso de que la cosa resulte aceptable al ser probada o gustada.

3.ª El vendedor ofrece mantener su oferta mientras el futuro comprador se decide o no a aceptarla, conforme a la prueba o *degustatio* hecha.

4.ª El vendedor se obliga por un pacto especial con el posible comprador a que quede hecha la venta cuando y si éste así lo quiere (quien recibe la promesa).

Estas diversas relaciones tienen especial importancia, en cuanto responden a las conveniencias del tráfico. en aquellos casos en que al comerciante le interesa colocar la mayor cantidad posible de mercancías, ofreciendo a su clientela las mayores facilidades y ventajas, para despertar el deseo de comprar y hasta para comprometer moralmente al cliente a que adquiera.

En algunos textos del Digesto, parece aludirse a tratos previos

a la venta, pues expresamente se emplean las frases *ante venditionem* (95), y *si placuisset, emeris* (96), creadores de situaciones iguales o semejantes al primer caso señalado. Las Partidas se ocupan más bien del segundo caso, pues el gustar, como el medir, hace cambiar la carga del riesgo; convenido el precio, el gustar es obligatorio para el comprador, de modo que si no prueba cuando debe hacerlo, todos los riesgos caerán sobre él, mientras el vendedor puede dar por resuelta la venta y pedir indemnización por daños y perjuicios (97). La *degustatio* tiene así, principalmente, como señala Antonio Gómez, *vim traditionis* (98). Ha sido la Instituta justinianea la que ha llevado a considerar los dos últimos casos, al permitir la venta bajo la condición *si tibi placuerit* (99), y de este modo se dió la base para plantear la cuestión de la condición de querer.

Desde la glosa, se ha tratado de conciliar el valor anulatorio de la condición *si volueris* con la eficacia de la venta bajo la condición *si placuerit* (100), y todavía parece que la ciencia jurídica no ha sido capaz de encontrar una solución que consiga la aceptación general (101). Las principales teorías pensadas para resolverlas han sido:

a) Que se trata de una mera excepción o figura singular (102).

b) Que hay una verdadera *conditio facti*, pues el gustar es un hecho; cuya existencia puede tener una comprobación subjetiva, defiriendo el juramento al comprador, y objetiva, acudiéndose en caso de duda al *arbitrium boni viri* (103).

(95) D. 19, 5, 17, § 1.

(96) D. 19, 5, 20, § 1.

(97) P. 5, 5, 27.

(98) *Variae Resolutiones*, 2, 2, 32, I, pág. 457. HERMOSILLA la considera venta imperfecta, en cuanto a la concreción, 5, 27, I, II, fol. 113.

(99) «Sub conditione veluti: si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot», J. 3, 23, 4. Ha de advertirse que THEOPHILUS dice «tibi non displacuerit», ed. de Curtius, 1558, pág. 395, ed. de Reitzius, 1860, página 311.

(100) Los glosadores pensaron que podría distinguirse el caso en que la condición se basa *in voluntatem velatam* (válida) de los basados *in voluntatem expressam* (inválida).

Sobre el antiguo Derecho, FITTING, Z. f. HR. 2 (1859), pág. 203, 5 (1862), página 79, en especial 121 y sigs.; A. C. Pr. 46 (1863), pág. 11; WALSMANN, J. J. 59 (1909), págs. 264 y sigs.

(101) PICHARDO piensa (citando a Faber y Robertus) que el contrato condicionado a «si placuerit» se mantiene «propter illa obligationis spe, licet nunc nulla nata sit», 3, 24, 4, § 6, I, 2, pág. 336.

(102) SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, 2, 117, ed. 1879, II, página 234, N. i. VANGEROW, III, § 635, pág. 435, tampoco intenta explicar la singularidad.

(103) UNGER, Z. f. HR. 3 (1860), págs. 407 y sigs.; BRINZ, IV, pág. 136. ENNECERUS, aunque no admite ningún medio de comprobación y refiriéndose al «amor de la verdad», *Rechtsgeschäft*, pág. 278; BETTI estima que se trata de condición potestativa simple (no meramente potestativa o de querer), *Negocio*, § 64, pág. 308.

c) Que consiste en una oferta cuyo mantenimiento se asegura mientras se hace la prueba (104).

d) Que tiene naturaleza de precontrato o *pactum de vendendo* o promesa de venta (105).

e) Que es una compra sometida a la condición de que quiera el comprador (106).

Es corriente pensar que nuestro Código civil ha heredado, en el artículo 1.453, la clásica dificultad teórica sobre la condición *si placuerit*; pero, si se recuerdan sus antecedentes y se examina sin prejuicios su letra, parece que está libre de ella y que sólo se le podrá encontrar si se le interpreta conforme a situaciones y teorías extrañas a nuestro Derecho.

El artículo 1.453 dice que la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas se presumirá hecha siempre bajo condición suspensiva. La pregunta clave a nuestro objeto es la de: ¿Qué entiende la Ley por probar o gustar? Puede pensarse en estos significados: a) si probada o gustada la cosa, resulta o no ser de la calidad expresa o tácitamente convenida; b) si probada, el comprador encuentra que le agrada (*si placuerit*); c) si probada, el comprador quiere aún comprarla (*si voluero*). De ellos, el que mejor conviene con el texto del artículo, con sus antecedentes y con el sistema de nuestra legislación es, parece, el primero.

La palabra gustar no se emplea en el sentido de agradar o parecer bien, sino en el de experimentar, en el de probar la cosa sintiendo su sabor en el paladar (*degustatio*): «gustar o probar», son referencias a las formas especial y general de comprobar la cualidad de una cosa. También en el Derecho romano la *degustatio* tenía un relieve particular: ciertas cosas, en especial el vino, no se compraban si antes no eran gustadas, para comprobar su calidad (D. 18, 1, 4, 1); pero, como era natural, su apreciación no quedaba al gusto personal ni a la voluntad del comprador, sino que, en su caso, se recurría a que fuese *virī boni arbitratu degustato*, según refiere Catón (107). La regulación de las Partidas se refería, como la del Código, al probar o gustar antes de recibir la cosa y las graves obligaciones que se imponen al comprador

(104) CARO, *Emptio ad gustum*. 1871, pág. 1; KÖPPEN, J. J. II. pág. 254; BEKKER, II. § 106. pág. 216.

(105) GOLDSCHMIDT, Z. f. HR. I (1858), págs. 270, 275; ADLER, J. J. 31. página 254; WALSMANN, J. J. 54. pág. 277; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*. § 299, ed. 1930. IV. pág. 322; MESSINEO, *Manuale*, III, 140, 13. pág. 25; II. 134. 17. pág. 490; *Dottrina*, pág. 201.

(106) Es la doctrina que será general en Alemania desde que la acepta WINDSCHEID, II. § 387. pág. 412; seguido por los autores que aceptan la condición de querer (citados en N. 68-81. 74); también por CASTÁN, II. pág. 500; III. pág. 26. 61; PUIG PEÑA, IV. 2. pág. 97. 100 N., 2; ANOTADORES a traducción de Enneccerus, II. 2. ed. 1950. pág. 94; respecto al Derecho suizo, GUHL, pág. 226.

(107) *De re rustica*. 148. citado por WANGEROW, III. § 635. pág. 434.

respecto al gustar o probar mismo, excluyen—por contradictorias—la posibilidad de que se otorgase a ese comprador el poder rechazar por capricho o mala voluntad una mercancía de buena calidad (108).

Otro argumento en favor del carácter objetivo de la prueba es el que se hayan reunido en el mismo texto y se les haya dado la misma regulación a la venta pactada a ensayo o prueba y a la venta de cosa que usualmente se gusta o prueba. En el Código civil francés se distinguió la venta a ensayo, que se presume hecha bajo condición suspensiva (art. 1.588), y la venta de vino, aceite y otras cosas que es uso gustar antes de comprarlas, en las que no hay venta hasta que el comprador no las haya gustado y aprobado (art. 1.587); explicando Portalis este último precepto diciendo, que «hasta esa época no hay siquiera un verdadero consentimiento de su parte» (109). La razón de esta solución se encuentra en que, como había señalado Pothier, la «degustación» podía estipularse para que el comprador sepa si la cosa es de su gusto o sólo para conocer si es de buena calidad; en el primer caso, el negocio no se tiene por hecho si al gustarla el comprador dice que no la encuentra a su gusto; en el segundo, no puede rehusar la mercancía si es buena (110). El Código francés, como se advertirá, ha regulado sólo el primer caso aludido por Pothier, quedando el segundo tácitamente comprendido en la compra a ensayo. El Código holandés, por el contrario, regula del mismo modo la venta hecha a prueba o de cosas que es costumbre probar, o sea, las considera a ambas sometidas a condición suspensiva (111). También la causa de esta modificación es bien explicable; se piensa que la venta a prueba, sea convenida expresamente o se entienda hecha así conforme al uso, debe tener regulación legal y en ambos casos ser la misma: pues se considera a la venta de cosas que se prueban, mas sólo refiriéndose al segundo supuesto de Pothier; y se deja de regular el primero por ser innecesario hacerlo, ya que—como en el Código francés—se le ha negado ya eficacia en el artículo 1.292 (correspondiente al artículo 1.115 de nuestro Código civil).

El artículo 1.375 del Proyecto de 1851 sigue—como expresamente señala García Goyena (112)—al artículo 1.499 del Código

(108) P. 5. 5. 27.

(109) VI, pág. 8.

(110) «Bonne, loyale, marchande et non gâtée», es la fórmula que recoge POTHIER, *Traité du contrat de Vente*. 4. 310. IV, pág. 186.

(111) Art. 1.499. «Koop en verkoop op de proef aangegaan, of van goederen die men gewoon is vooraf te proeven, wordt altijd voorondersteld onder eene opschortende voorwaarde te hebben plaats gehad» (Transcrito con la antigua ortografía).

(112) *Concordancias*, III, pág. 366.

También es significativo que nuestro Código no admita la posibilidad de pactar la venta sometiénola al «agrado personal», como hace el artículo 1.370 del Código civil argentino.

civil holandés, y, a su vez, el vigente artículo 1.453 reproduce, casi literalmente, al citado del Proyecto de 1851. La única diferencia apreciable entre los textos españoles y el holandés, es que éste se refiere siempre a venta a prueba y los españoles a ensayo o prueba y a gustar o probar; esta variación se haría seguramente para aclarar que se comprendía toda clase de pruebas y, para evitar cualquier duda, se mencionan especialmente al ensayo y al gustar. De este modo, se señala la posibilidad de ventas en las que expresamente se pacte la prueba del gustar y en las que tal obligación se presuma por el uso. Esta interpretación del artículo 1.453, es también conforme a la tendencia jurisprudencial de acentuar el carácter objetivo de la prueba y la paridad jurídica de ambos contratantes (113).

Por último, conviene no olvidar que en favor de la interpretación propuesta, y en contra de la posibilidad de creer que en el artículo 1.453 se contiene un reconocimiento de la condición de querer, milita el criterio general de nuestro Código, claramente contrario a ella y que no puede suponerse se abandone en este precepto, sin razones claras y terminantes. El artículo 1.115 dice que «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del obligado, la obligación condicional será nula»; los artículos 1.119 y 1.449 rechazan el que se pueda hacer dependiente de la voluntad de una de las partes la purificación del negocio o la fijación de uno de sus elementos; lo que ha llevado a sentar el principio de que «el cumplimiento del contrato no pueda dejarse a la sola voluntad de uno de los contratantes» (114). Y no debe perderse de vista que si se admitiese que la compra bajo condición *si voluero* está reconocida por el artículo 1.453, habría una venta en la que sólo tendrían validez unas obligaciones, las del vendedor (por chocar en todo caso las del comprador, con el artículo 1.115), una compraventa (?) unilateral, en la que el vendedor queda obligado (incondicionalmente) a la venta (aunque suba el precio en el mercado) en favor del comprador, obligación contractual que carecería de causa, pues no hay acto de pura beneficencia del vendedor, servicios que remunerar ni obligación correlativa del comprador (art. 1.274) y, en fin, al darse la condición surgirían unos efectos retroactivos (art. 1.120), sin que haya existido una verdadera situación de dependencia respecto a ambos contratantes.

(113) S. T. S. 17 junio 1912: A ambos contratantes corresponde intervenir directamente en la práctica de ensayos técnicos especiales y designación de peritaje»; S. T. S. 25 mayo 1926, la oferta de lana hecha bajo la condición de que fuese del agrado del comprador, al dejar éste sin contestar la carta de oferta en que «remitia una muestra para su aceptación, dejó a éste (el vendedor) desligado de su compromiso» (después, se dice, que subió fantásticamente el precio de la lana).

(114) S. T. S. 3 diciembre 1926.

Entendido el artículo 1.453 en el sentido aquí propuesto, no se niega la posibilidad de otras figuras jurídicas en torno a la venta a prueba. Es posible la existencia de tratos en los que se permita la prueba de gustar; mediante pacto expreso o tácito puede asegurarse el mantenimiento de una oferta de venta hasta que se haga la prueba, cuyo incumplimiento originaría una acción por daños (art. 1.902); y, en fin, cabe la existencia de una verdadera promesa de venta cuando válidamente se pacte que el vendedor se obliga a la venta si al comprador le agrada (quiere) el comprar la cosa. Pero, en todos estos supuestos, se está fuera del ámbito propio del artículo 1.453 (115) y, en el último supuesto, dentro de la esfera de aplicación del artículo 1.451 (precontrato).

d) *La opción*.—La opción interesa directamente a nuestro objeto, en cuanto su significado y alcance determinará la mayor o menor extensión de la figura de la promesa de contrato, por lo que se impone el tratar también de su naturaleza y substantividad.

Lo primero que sorprende al estudioso cuando se ocupa de la opción es su aparente novedad. Surge la mención del contrato y derecho de opción en los libros de Derecho como si tales figuras hubiesen brotado por generación espontánea, sin apoyo en la ley, sin haberse estudiado en la doctrina y sin antecedentes en los mismos usos. De pronto, su nombre, recogido de obscuras operaciones de bolsa y vulgarizado en los negocios bancarios y de minas, se populariza en todos los países y desplaza a los términos antiguos de promesa de venta y promesa de cesión. Al examinarse el significado de la opción, por eso, lo primero que cabe preguntarse es si se trata de un nombre nuevo o de una nueva figura jurídica. Para plantear claramente la cuestión, lo mejor será comparar un modelo de contrato de opción con un modelo de contrato de promesa de venta.

Ejemplo de contrato de opción: Don A concede a don B el derecho de adquirir en compra, por el precio de tantas pesetas, una heredad de tantas hectáreas denominada Z, comprometiéndose durante el plazo de seis meses, a contar desde hoy, a no disponer por actos intervivos de la expresada finca en favor de distinta persona y a venderla por el referido precio a don B (116).

Ejemplo de la promesa de venta: Don A otorga y promete que venderá a don B, hasta el plazo de tal día, la expresada tierra

(115) El no haberse hecho esta distinción quizá sea la causa de las dudas en torno al artículo 1.409 del C. c. holandés; unos autores creen que la decisión de la prueba queda «al juicio» del comprador, no a su voluntad (Opzomer), al gustar, pero no al querer (Kamphuisen), o que se trata de una promesa unilateral de venta (Van Brakel, Star Busman, Hofman), citas en ASSER, *Handleiding*, III, 3; *Bijzondere Overeenkomsten*, I, 1945, págs. 24-25.

(116) Simplificado del modelo de SANCHO TELLO, *Redacción de documentos públicos*, II, pág. 91 (ed. 1929).

En la práctica inglesa sería: prometo, por tal cantidad (o por tal razón que sirva de «consideration») celebrar con usted tal contrato, en tales y tales términos si usted, dentro de tanto tiempo, me exige que lo haga así.

por tal precio y no a otra persona, aunque ofrezca más por ella, y a formalizar en su favor la correspondiente escritura (116 bis).

La semejanza entre uno y otro pacto es tan grande, que causa extrañeza el que se haya podido creer que correspondan a figuras jurídicas completamente distintas, y que parezca razonable preguntarse ante ella: ¿a qué se debe ese cambio o sustitución de nombre?; ¿por qué hay autores que defienden que la opción constituye una figura jurídica independiente de la promesa de contrato? La contestación que parece más adecuada, después de examinar las distintas opiniones y teorías de la doctrina, es que ha habido dos razones decisivas: una, que así podrían evitarse—se piensa—las dificultades que la teoría del precontrato había acumulado en torno a esta figura; la otra, que así se quiere destacar el nuevo y mayor valor—*erga omnes*—que la práctica desea dar a las facultades creadas en favor de quien adquiere una opción.

Ello explica que la mayor parte de los autores, en especial en aquellos países en donde predomina la tendencia a dar eficacia directa al precontrato, hayan considerado a la opción (en general, a la opción de compra) como una promesa unilateral (generalmente, de venta) (117). En cambio, la dirección doctrinal que se atiende al significado de la frase «pacto de contratar», y que por ello reduce su eficacia a una acción para pedir la indemnización de los posibles daños, en caso de que falte la voluntaria contratación, se inclinará a separar a la opción para que, distinguida así de la promesa de contrato, no choque con el mismo obstáculo que ésta para originar directamente, por voluntad del que adquiere la opción, los efectos contractuales.

(116 bis) Simplificación de las viejas fórmulas de promesa de vender.

En la práctica inglesa existen los llamados «forward contracts» o precontratos, que la doctrina (sin más razón que la continental) distingue de la opción, a pesar de contener como cláusula principal la siguiente, en la que hasta expresamente se menciona a la opción (WILLIAMS, en SALMOND, comp. páginas 196 sig., con 131 sig.): Convenimos comprar tal mercancía, para la temporada de tal año, bajo las siguientes condiciones: 9.ª, los compradores tendrán la opción de contratar con los vendedores para la compra de 100.000, tipo normal, para su entrega en el año. Tal contrato ha de estipular, cualquiera que sean las condiciones que contenga, que los compradores obtendrán las mercancías en condiciones y precio que representen, al menos, una reducción en el 5 por 100 del valor «fob» de la lista oficial de precios. De la sentencia *Hillas v. Arcos*, 1934, en la que se aceptó su validez.

(117) Así, entre otros: MANRESA, X, pág. 65; VALVERDE, III, pág. 343; BORRELL, III, pág. 169, N. 5; CASTÁN, III, pág. 350; parece que también DE BUEN (págs. 66-67), siguiendo a COLIN y CAPITANT, IV, págs. 17-18; PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, § 1.401, pág. 522; JOSSEAND, II, § 1.071, página 572; LEONHARD, pág. 241; KAMPHUTZEN, en ASSER, III, 3, 1, pág. 19. El mismo OSSORIO (A.), que tan entusiastamente defiende la peculiaridad de la opción, reconoce que «llamarla precontrato no sería ninguna impropiedad» (página 57), y que puede considerarse como «promesa unilateral», aunque no la bilateral que el Código civil prevé (págs. 93-94); *El contrato de opción*, segunda ed., 1936. Comp. las dudas que señala GONZÁLEZ (J.), *El llamado Derecho de opción*, Estudios, III, págs. 215, 219. MESSINEO, *Manuale* II, 134, 17, pág. 489; *Dottrina*, pág. 200; RUGGIERO-MAROI, II, 138, pág. 180.

Los intentos para encontrar un criterio con el que distinguir al precontrato (o promesa de contrato) de la opción, se han separado en las siguientes direcciones principales:

1.^a Se caracteriza a la opción por ser un derecho de «formación». En este sentido, dirá Moro: «La situación jurídica producida por el derecho formador no es idéntica a la que nace del precontrato, porque el titular de aquel derecho no necesita pedir la conclusión de otro negocio; puede, por su propia declaración de voluntad, formar la relación jurídica que proyecta» (118). La misma justificación se encuentra en varios autores representativos de las distintas ramas de la doctrina alemana (119).

La médula de esta teoría está en creer que la esencia del precontrato se encuentra en el *circuitus inutilis* de obligar a las partes a celebrar nuevo contrato. Si, por el contrario, el precontrato o promesa de contrato se concibe otorgando la facultad de exigir directamente el cumplimiento del contrato preparado, desaparece la posibilidad de distinguir entre una y otra figura, pues a ambas, con igual razón, se las podría caracterizar como creadoras de una facultad o derecho de formación (120). Y, en efecto, no ha faltado quien, como Stampe, haya caracterizado precisamente al precontrato como «derecho de formación» (121).

2.^a Se considera a la opción como «compraventa o promesa de compraventa sometida a una condición suspensiva»; esta condición es el arbitrio de una de las partes de decidir si se lleva a efecto un contrato determinado.

Esta teoría, mantenida entre nosotros por Roca (122), se ha podido utilizar como criterio para distinguir a la opción del precontrato, dado el original concepto que este autor tiene del pre-

(118) Loc. cit., págs. 330-331.

(119) EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 143; v. TUHR, *Tratado de las obligaciones*, I, pág. 191; OERTMANN, § 154, pág. 556; GUHL, pág. 224; LEHMANN, página 235.

Buen ejemplo de lo artificioso de la distinción entre contrato y opción en LEHMANN, que caracterizando al precontrato de obligación a la aceptación (página 234), dice que la opción es oferta contractual obligatoria (pág. 235); con lo que no hace más que darle un nombre distinto, según se mire la vinculación del promitente desde el lado pasivo (aceptar el precio) o el activo (ofrecer el objeto), olvidando que ambos existen a la vez en los contratos bilaterales.

(120) La crítica de estos supuestos derechos, en F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 1950, págs. 603-606.

(121) Abandona su primera teoría de que el precontrato es un contrato auxiliar preparatorio y sostiene que ha de considerarse fundamental e independiente aquel por el que se establece una oferta con largo plazo para la aceptación, o, también, aquel por el que se concede el derecho de aceptar durante un plazo más largo el cambio de bienes ofrecido. Se crea, pues, dice, un «Gestaltungsrecht», para producir independientemente el contrato principal, y no una acción para que se realicen los actos necesarios por la otra parte para cerrar el trato. *Aus einem Freirechtslehrbuch*, III. *Grundriss der Wertbewegungslehre*, I. A. C. Pr. 108 (1912), pág. 69, N. 21.

(122) ROCA, *Estudios*, I, págs. 358, 354. También, respecto a la opción, WILLIAMS, en SALMOND, págs. 132-134, y referencia a esta teoría en GUHL, página 224.

contrato (123). Respecto al concepto ordinario de precontrato, parece que igualmente sigue la teoría de que no es más que un contrato bajo una condición de querer (124); en cuyo caso no serviría tampoco ese carácter de criterio de distinción entre lo que generalmente se entiende por precontrato y opción.

Si, según lo antes advertido, es iradmisible la figura jurídica de la condición de querer, no podrá ser utilizada para explicar la naturaleza de la opción, como tampoco lo es para explicar la del precontrato.

Sostiene también Roca que: «en lugar de hablar de contrato de opción es más procedente calificar al supuesto de compraventa con cláusula de opción o de promesa con cláusula de opción» (125). Esta afirmación puede ser o no fructífera, según como sea entendida. No puede aceptarse si implica reducir la opción a la condición de un pacto secundario o agregado (el término cláusula pertenece propiamente a la redacción de documentos), pues la opción o la promesa de contrato no es algo que se agrega a otro contrato (del que depende), sino una etapa previa con propia validez y eficacia. Es acertada, en cuanto señale la interna unidad entre la promesa de contrato u opción y el contrato que prepara.

3.^a La jurisprudencia reciente ha podido creerse que se manifestaba partidaria de una distinción terminante entre el precontrato o la promesa de venta y la opción. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1945 dice que la bilateralidad constituye la característica de la promesa de comprar y vender del artículo 1.451 del Código civil, «al paso que la opción, rectamente entendida, aparte su carácter preparatorio y consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto, que en el caso litigioso no se da, de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga»; doctrina que ratifica la sentencia de 18 de enero de 1947.

Estas dos sentencias no contraponen, como figuras jurídicas de naturaleza diversa, a la promesa de venta y a la opción, sino que distinguen entre promesa unilateral, a la que llaman opción, considerando «sólo aplicable a la promesa de comprar y vender» el régimen del artículo 1.451; tesis general con lo que se quiere mostrar más claramente la doctrina que importaba subrayar, la de que a la opción (o promesa unilateral) en la que no se pacta prima (o no se pagó ya la prima) no se le pueden aplicar las reglas sobre resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas. Doctrina exacta y evidente, y que hace inaplicable lo mismo los artículos 1.504 y 1.505 que el artículo 1.124 del Código civil. Afirmaciones a las que se añade otra, también cierta, la de que a la opción—mientras esté en este período previo—se le aplicarán las

(123) Vide N. 34.

(124) Vide N. 63 sigs.

(125) Loc. cit., pág. 352.

disposiciones generales sobre las obligaciones y contratos; que es también lo que dice el párrafo segundo del artículo 1.451.

No hay razón—parece—para deducir del texto de estas sentencias que el Tribunal Supremo haya venido a contraponer la promesa de venta unilateral a la opción de venta. Precisamente, no sólo hay bastantes sentencias antiguas en las que se admite la figura de la promesa unilateral (126), sino que hay varias, anteriores (127) y posteriores (128) a las sentencias referidas, en las que a contratos expresamente llamados de opción se les considera como contratos de promesa de venta.

4.ª El carácter real del derecho de opción. La cuestión sobre la naturaleza personal o real del derecho o facultad que nace del contrato de opción, y que tanto ha dividido a la doctrina española, no afecta a la distinción entre precontrato y opción, porque las facultades nacidas de un contrato de promesa unilateral o bilateral de adquirir un derecho real podrán tener trascendencia real—sea cual sea el nombre que se les dé—con tal que supongan la constitución de una facultad preferente de adquirir (artículo 14 R. H.) (129).

En resumen, parece poder afirmarse que los términos de opción y precontrato o promesa de contrato no son distintos; que es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción, y que la misma promesa bilateral de contrato—como después se justifica—en nada difiere esencialmente de la opción (130). Este nombre se ha divulgado como seudónimo, sólo porque permite continuar utilizando eficazmente a la vieja figura de la promesa de contrato, sin el lastre de las confusiones y prejuicios que se habían unido al antiguo nombre de *pactum de contrahendo*.

e) *Otras modalidades contractuales*.—Además de las referencias centrales—a nuestro parecer—de la condición *si volet* y de la opción, Alguer señala como otras posibilidades para conseguir los fines propuestos por el precontrato, el que las partes quieran aplazar el efecto de su contrato, en cuyo caso habría un contrato a término, o que las partes permitan que no se cumpla el contrato si se paga una indemnización, pactando una cláusula penitencial (131). Ello es indudable; más aún, en los contratos y hasta en las leyes (132) se confunden los términos, llamando promesa de venta o cláusula de opción a casos de cláu-

(126) S. T. S. 7 octubre 1896. 12 noviembre 1898. 23 junio 1915. 31 enero 1921.

(127) S. T. S. 25 enero 1913. 7 febrero 1945.

(128) La Sentencia de la Audiencia, confirmada por el Tribunal Supremo, llama al contrato promesa de venta: S. 17 marzo 1947. La sentencia del Tribunal Supremo 6 marzo 1947 habla de «promesa de nueva venta».

(129) Vide infra.

(130) Vide infra.

(131) Loc. cit., R. D. Pr. 23 (1936. enero), pág. 14.

(132) Arts. 373-376. C. Obligaciones y contratos, Protec. Marruecos.

sula penal o de *factum displicentiae*. Mas estas confusiones terminológicas no permiten desconocer la peculiaridad de la figura de la promesa de contrato de la opción.

III

SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA PROMESA DE CONTRATO

1. Conclusiones provisionales sobre el concepto del precontrato.

El rápido examen hecho de las distintas posiciones teóricas sobre el precontrato y las distinciones señaladas respecto a otras figuras jurídicas, permiten sentar algunas conclusiones provisionales.

Ante todo, deben recordarse los más importantes resultados positivos, que aportan los principales estudios hechos sobre el precontrato. La monografía de Mero advierte del valor de las enseñanzas de la práctica, que no obstante todas las dudas teóricas, ha usado continuamente y sigue utilizando la fórmula de la promesa de contrato. La severa y aguda crítica de Alguer deja en evidencia los fallos de la vieja teoría que creyera que el precontrato originaba una obligación de hacer. Las observaciones de Roca sobre la cláusula de opción quizá puedan entenderse como indicaciones favorables a la unidad y complejidad del vínculo contractual. A ello debe agregarse la tendencia de la legislación, doctrina y jurisprudencia moderna a considerar al precontrato como el origen de la vinculación contractual definitiva.

De otro lado, del estudio hecho puede deducirse que no es objeto propio de un contrato el que las mismas personas contratantes hayan de hacer de nuevo el mismo contrato que proyectaron, que no cabe admitir en nuestro Derecho la condición de querer y que no puede distinguirse entre la promesa unilateral de contrato y la opción.

Estas consideraciones permitirán ver desde otro ángulo, o mejor dicho, sin prejuicios deformadores, la situación que se intenta crear en los diversos casos de precontrato. Obsérvese el proceso seguido. Los contratantes, de mutuo acuerdo hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen—de mutuo acuerdo también—en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plera en el momento en que lo exija la parte (o partes) a la que se le concede esta facultad. Es posible que los contratantes hayan utilizado la frase «nos obligamos a contratar, a vender o a hacer», pero se empleará en sentido metafórico, pues lo que se proponen es «quedar obligados contractualmente» respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración, sin interés para ellos ni valor patrimonial o jurídico. El circuito de la obligación de hacer es un andamiaje inútil, que sólo

se ha mantenido por un conservadurismo injustificado (133); el promitente, al obligarse a vender, conforme al proyecto convenido, ha hecho todo lo que tenía que hacer para quedar ligado, y el que acepta la promesa tampoco necesita hacer una especial declaración para obligarse; bastará que exija el cumplimiento de la promesa para que el promitente, por ejemplo, esté obligado a entregar la cosa y el que reclama la cosa lo esté a entregar el precio. Es innecesario hacer un nuevo contrato cuando ha sido ya convenido el quedar obligado por el contrato proyectado. Hablar, pues, de una obligación de contratar es práctica y jurídicamente inexacto. Prometer la venta de esta cosa por tal precio, durante tanto tiempo, si al que se le hace la promesa le conviene o quiere comprar, hace superfluo un nuevo consentimiento sobre el objeto y causa del contrato. Jurídicamente, tampoco puede advertirse un *consensus* cuando una de las partes está sencillamente obligada a cumplir (*pacti*) y la otra tiene un poder para exigir el cumplimiento; sólo por una ficción podría convertirse en consentimiento un *assensus* impuesto y el ejercicio de una facultad.

El resultado a que se llega en estas notas es bien modesto: recoger lo sembrado por las distintas teorías, tanto al ensayar caminos sin salida como al indicarnos el de la que, por ahora, parece la mejor solución.

En el caso del precontrato, como en otras muchas figuras jurídicas, la dificultad mayor para advertir su verdadera naturaleza está en el descuido doctrinal hacia el funcionamiento de la relación creada por el negocio jurídico y a sus posibles y múltiples vicisitudes. La promesa de contrato es sólo una etapa preparatoria de un *iter* negocial, y como tal debe ser valorada. En la relación jurídica, que puede desembocar en la relación contractual definitiva, hay que distinguir dos momentos: 1.º Promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con cierta independencia, en cuarto tiene su propia causa; 2.º La exigencia de cumplimiento de la promesa, que origina la vigencia del contrato que fuera proyectado. Distinción que no debe hacer olvidar la íntima y necesaria conexión de toda la relación negocial, manifestada respecto a la promesa en que su objeto peculiar, el que le da su especial significado, es el proyectado contrato, y respecto a la relación originada al cumplirse la promesa, en que la relación que ésta originó es el fundamento de la relación contractual definitiva.

La promesa de contrato tiene, pues, carácter de figura jurídica independiente en la señalada etapa previa, creando inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, con propia causa (onerosa o lucrativa), del que nace la peculiar facultad de poner en actual

(133) Incluso por autores que exacta y prácticamente excluyen todas las consecuencias de la teoría: así, por ej., MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 1948, pág. 204; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1946, II, pág. 409 sigs.

funcionamiento (imponer, desde el momento en que se ejercita la facultad, la plena eficacia) al proyectado contrato; relación jurídica que puede agotarse en estas primeras etapas, cuando se extingue sin haber creado la relación contractual que se proyectara.

La figura jurídica delineada sería quizás preferible denominarla promesa de contrato (en vez de precontrato), pues su esencia, como han apuntado algunos autores, es un quedar obligado contractualmente (al contrato proyectado) dependiente de la voluntad de una (o de cada una) de las partes (134). De este modo se consideraría promesa de contrato al convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado.

2. *Ambito de la promesa de contrato.*

a) *Promesa unilateral y promesa bilateral.*—La jurisprudencia no ha dudado en admitir tanto a la promesa unilateral como a la bilateral, y hasta la restricción terminológica de algunas sentencias (135) ha sido para calificar de promesa a la bilateral. La razón de ello ha sido, probablemente, que mientras otras doctrinas consideraban a la promesa unilateral como un contrato innominado *do ut facias* y a la promesa bilateral *facio ut facias* (136), la doctrina española la basa en la *stipulatio* no formal y necesitada de causa (conforme al Ordenamiento de Alcalá), o sea, recibiendo la como un especial contrato consensual (137). Concepción tradicional que mantendrá la jurisprudencia anterior al Código civil y que determinará la redacción de éste.

El artículo 1.451 se puede entender referido a la promesa unila-

(134) En la tan citada definición de THÖL (literalmente en ALGUER, R. D. Pr., 1935, octubre, pág. 323, N. 7) se dice: «Un contrato actual que promete un contrato futuro». LEHMANN señala que el precontrato origina «una vinculación para la consecución posterior del propio fin del contrato», pág. 234. KAMPHUIZEN, después de presentar una definición semejante a la de ENNECCERUS (I, § 153, IV, pág. 410), diciendo que es «un convenio por el que sólo una de las partes, el futuro comprador, acepta una obligación, a saber, la de mantener una oferta obligatoria» (ENNECCERUS, como LEHMANN, habla de obligación a aceptar), después da esta otra: «a quedar obligado como vendedor si la otra parte así lo desea», loc. cit., pág. 18. También MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1947, II, § 137, 17, pág. 489; HILSERAND, *Las obligaciones precontractuales*, pág. 22. Si se admite la equiparación entre promesa unilateral de contrato y opción, también pueden aducirse las definiciones que dan de ésta, OSSORIO, loc. cit., págs. 109, 11; ROCA, *Estudios*, I, pág. 354.

(135) S. T. S. 23 marzo 1945, 18 enero 1947.

(136) En el Derecho español perdió importancia la distinción de los contratos innominados, al admitirse que perdió su peculiar carácter real («*remanet vestitum interventu rei*») conforme al Ordenamiento de Alcalá. A. GÓMEZ, *Var. Res.*, 2. 8. 4. I, pág. 624; sin embargo, B. GUTIÉRREZ, *Códigos*, V, pág. 592.

(137) GÓMEZ DE LA SERNA, II, pág. 288; B. GUTIÉRREZ, V, pág. 11; SÁNCHEZ ROMÁN, II, pág. 476.

teral, ya que comienza hablando—como lo hiciera el artículo 1.373 del Proyecto de 1851—de la promesa de vender o comprar. Parte de la doctrina y las sentencias recordadas (138) piensa, por el contrario, que trata sólo de la promesa bilateral, por decir en el mismo primer párrafo «reclamar *recíprocamente*» y en su segundo párrafo «promesa de compra y venta». Posiblemente, conforme a los antecedentes históricos, a la jurisprudencia anterior al Código y a bastantes sentencias posteriores (139), parece que se admite tanto a la promesa unilateral como a la bilateral y que la poca claridad del artículo 1.451 se debe sólo a no haberse distinguido claramente los dos momentos en que puede encontrarse la promesa. Después de quedar perfecta la promesa y antes de exigirse su cumplimiento, si se trata de promesa unilateral, hay promesa de compra o venta, pero, también, aun siendo bilateral, no puede hablarse de una promesa de compra y venta, sino de una promesa de compra por una parte y de venta por otra, por lo que se ejercitará normalmente la promesa de compra o la de venta. En cambio, exigido el cumplimiento de la promesa—sea unilateral o bilateral—funcionará como promesa de compra y venta o, mejor dicho, como compraventa, dando «derecho a los contratantes para reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato» (entrega de la cosa y precio), y sólo si no pudiera cumplirse la promesa se aplicará «lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos».

La diferencia entre la promesa bilateral y la unilateral radica en su causa; en la bilateral, la respectiva concesión de la facultad de pedir el cumplimiento del contrato proyectado tiene el significado de causa para cada parte contratante; en la unilateral, como contraprestación a la facultad concedida, habrá de figurar el pago de una prima, el cumplimiento de una obligación o bien tendrá carácter gratuito.

b) *Contratos que pueden ser objeto de la promesa de contrato.*—En términos generales, como ya señalaron Olea y Fontanella, casi todos los contratos pueden ser objeto de la promesa; y en la práctica los más corrientes son la venta, la cesión, el arrendamiento, la constitución de derechos reales (usufructo, superficie, servidumbre, etc.), el compromiso y la constitución de sociedad.

Puede aparecer la opción como contrato base, esto es, siendo el fundamento de todo el negocio jurídico y de su futuro posible desarrollo, y también puede ser pacto agregado a un contrato que tiene por sí inmediata eficacia; la forma más corriente es la de arrendamiento con pacto de promesa de venta a favor del arrendatario (139).

Especiales dificultades ha creado a la doctrina decidir si pue-

(138) MUCTUS SCAEVOLA. XXIII, págs. 326-327; OSSORIO, loc. cit., pág. 82; parece inclinarse a esta solución también CASTÁN, III, pág. 347; S. T. S. 23 marzo 1945, 18 enero 1947.

(139) Así, por ejemplo, S. T. S. 31 enero 1921, 10 marzo 1928, 7 febrero 1945.

den ser objeto de promesa de contrato: la donación, los contratos reales y los formales. Sin poder entrar en el estudio de ninguna de ellas, pues sería preciso para hacerlo debidamente partir del examen de la naturaleza de cada uno de tales contratos, pueden hacerse algunas indicaciones de pasada sobre las soluciones que, de momento, pueden parecer más adecuadas.

La promesa de donación, como dijera Fontanella (140), significa donación de presente, pues mediante ella se ha entregado ya gratuitamente una facultad equivalente o idéntica a la de reclamar lo donado que se deriva de la donación (141).

Sin entrar en la ya vieja discusión de si los contratos reales constituyen o no una categoría propia (142), parece que los considerados como tales en nuestro Derecho—comodato, mutuo y depósito—tienen una especial condición que les hace inaptos para objeto de un precontrato, el que la especialidad de su causa (gratuidad tipificada) les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares (artículos 1.743, 1.748, 1.755, 1.776, 1.780); mientras que el convenio consensual de prestar o depositar, que es lo que en realidad sería el precontrato en tales casos, necesitaría su propia causa (onerosa o gratuita) que matizaría toda la relación, excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código.

La posibilidad de un precontrato para un contrato formal nunca se ha negado, lo que se discute es la posibilidad de un precontrato no formal para un contrato formal: la decisión de esta cuestión depende de otra previa, la conexión entre el precontrato y su objeto, y, por ello, se tratará en el apartado siguiente (143).

3. *Algunos caracteres peculiares de la promesa de contrato.*

En estas notas, aunque haya sido necesario recoger tanta discusión teórica, en las que la sutileza y las ingeniosidades parecen sumergir a toda consideración práctica y, a veces, hasta al buen sentido jurídico, no se ha olvidado que la primera exigencia del Derecho es servir a la realidad social. Su fin primero y su justificación última está en descartar una serie de consecuencias prácticas derivadas de las teorías criticadas y que parecen estar en contradicción con el espíritu de nuestra legislación, con las necesidades del tráfico y, a veces, hasta con las exigencias de la justicia.

De lo ya antes dicho se advierte inmediatamente que la promesa de contrato no obliga a una nueva oferta, a una nueva

(140) *De pactis*, cl. 4. gl. 9. pte. 4. § 31. I. pág. 152.

(141) Contra, MESSINEO. *Dottrina*, pág. 201.

(142) Vide especialmente MORO, loc. cit., págs. 481-494; ALGUER, R. D. Pr., 1936, enero, págs. 1-7; además, casi todos los autores citados que se ocupan del precontrato.

(143) *Infra*, N. 147 y sigs.

aceptación, ni a un nuevo consentimiento contractual, y que, en cambio, la exigencia de cumplimiento no ha de calificarse como un mero hecho, sino que ha de tener caracteres y requisitos de declaración negocial. Estas básicas diferencias con la teoría de la obligación de hacer y con la de la condición de querer, se reflejan en los requisitos exigibles de capacidad y de forma en los dos momentos básicos de la celebración del contrato y del declarar que se quiere, haciendo funcionar el contrato proyectado.

El propósito de los apartados siguientes es sólo señalar algunas de las consecuencias jurídicas de la promesa de contrato, las que le individualizan como figura jurídica independiente y las que mejor permitan contrastar los resultados de la teoría propuesta y los, al parecer, erróneos de las teorías criticadas. Sólo, por tanto, al efecto de la mayor claridad de la exposición se hace referencia a la estructura y funcionamiento de la promesa de contrato, y no porque se pretenda hacer un estudio completo de ella.

a) *Requisitos de la promesa de contrato.—Capacidad.*—En todas las promesas de contrato, incluso en la unilateral, interviene al menos dos partes, oferente o concedente y aceptante. Quien concede la facultad o ha de quedar obligado por el contrato a voluntad de la otra parte, ha de tener entonces capacidad para obligarse por el contrato proyectado, pues desde ese instante, en cualquier momento, puede ser obligado a cumplirlo (144). Así, por ejemplo, si se trata de una promesa de venta de una finca, el menor emancipado necesitará el consentimiento de su padre, madre o tutor (art. 317); si el que promete vender es el tutor, se requiere el consentimiento del consejo de familia (art. 269, 5.º). Cuando se concierta una promesa bilateral, si cada parte promete una prestación de igual naturaleza (permuta), será necesario que ambas partes tengan la misma capacidad; si las prestaciones prometidas son de distinta naturaleza (propie-

(144) Esta será la doctrina lógica siempre que se admita la obligatoriedad de la promesa. Algunos de nuestros autores piensan que bastará en todo caso con la capacidad general de contratar y que no se requiere la especial para el contrato prometido, alegándose que promesa y contrato son cosas distintas y que no se quebrantan las reglas sobre incapacidades, pues ya encontrarán su respeto al celebrarse el contrato definitivo (DE DIEGO, *Instituciones*, II, página 127; MORO, loc. cit., pág. 566; CASTÁN, III, pág. 341); pero esta afirmación parece muy dudosa, aun admitiendo—como hacen estos autores—que el incumplimiento de la promesa origina sólo una acción por daños. El resultado a que se llega—según esta teoría—parece ser éste: la promesa obliga, pero para el contrato definitivo se requiere la capacidad especial; pero adviértase que si el precontrato es válido, un menor emancipado, por ejemplo, que promete vender una finca sin consentimiento de su padre, madre o tutor, al llegar a su mayoría quedará obligado a vender; que una promesa de venta obtenida por el tutor respecto a un bien del pupilo no podrá anularse al salir éste de la tutela. De este modo, se permitiría eludir todas las disposiciones sobre capacidad especial y prohibiciones de contratar. Verdad es que el incumplimiento—según estos autores—sólo originaría una acción por daños, pero ésta podría—y debería—ser igualmente gravosa para el promitente que el mismo cumplimiento.

dad de una finca, precio en dinero), la capacidad exigida puede ser distinta, pues, en el ejemplo puesto, para vender será necesario el consentimiento del padre, madre o tutor del emancipado, y no lo será para comprar.

Quien recibe la promesa, si es unilateral, habrá de tener la capacidad para el tipo de negocio que la origine: para obligarse cuando se ha de pagar una prima, para aceptar una donación, si es gratuito. No podrá recibir una promesa de venta quien no pueda adquirir por compra de quien hace la promesa (art. 1.459), ni recibirla gratuitamente quien no pueda adquirir por donación del promitente (art. 1.324, 50, 2.º).

Objeto del precontrato.—El principal, porque es el que da al contrato de promesa su carácter jurídico peculiar, es el contrato proyectado. Tiene que estar determinado, esto es, han de haberse convenido todos los requisitos necesarios para la posible validez del contrato o, como también dice la doctrina, todos los requisitos necesarios para su eficacia; por ejemplo, en una promesa de venta será precisa la determinación de la cosa y del precio o su determinabilidad (arts. 1.273, 1.447, 1.448), pues si no habrá sólo tratos y no la promesa de *un contrato*; claro es que no será preciso fijar aquellos extremos que regula, a falta de convenio, el Derecho dispositivo (145).

Como el proyectado contrato forma parte del contenido de la promesa, la nulidad de aquél determina la nulidad del precontrato (art. 1.271); así, en los casos en que sea su objeto contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271), carezca de causa, o su causa sea ilícita o torpe (art. 1.275).

Si la promesa de contrato unilateral tiene causa onerosa, será también objeto del precontrato la prima fijada como contraprestación, o la ventaja actual o futura concedida, que según los casos tendrá o no carácter de precio.

Causa de la promesa de contrato.—La promesa de contrato tiene en nuestro Derecho—sobre ello no parece haber duda—naturalidad de contrato: sea bilateral o unilateral, nace por el concurso de las voluntades de los contratantes (oferta y aceptación). Las obligaciones que los contratantes (o uno de ellos) asumen, requieren una causa jurídica propia, distinta, por tanto, de la del contrato proyectado. En la promesa bilateral, la recíproca concesión

(145) Esta es hoy la que se pudiera llamar opinión general, ENNECERUS, I, § 153, pág. 410; trad. esp., 2.ª ed., I, 2, pág. 168; EHRENZWEIG, II, § 313, IV, pág. 139; GUHL, pág. 224; LEHMANN, pág. 233; BARASSI, II, § 130, página 409; MESSINEO, *Dottrina*, 6, 4, pág. 204; JOSSERAND, II, § 1.073, pág. 564; ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, § 147, págs. 193, 194; OSSORIO (siguiendo a HAMEL, en PLANIOL, X, pág. 127. Sostienen lo contrario. DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 127; CASTÁN, III, pág. 342; MORO, pág. 568, por creer que entonces perderían los contratos preliminares su utilidad práctica; también, en cierto sentido, ROCA, pero por su teoría de la obligación de desenvolver (loc. cit., I, págs. 324, 333). Pero no se explica cómo puede ser eficaz una promesa de venta, respecto a la que se deja sin fijar el precio o se dice que ya lo determinarán las partes: vide supra, nota 39.

que se hacen las partes de poder pedir el cumplimiento del contrato proyectado, será su causa. Cuando se trata de un pacto agregado a un contrato principal (arrendamiento con opción de compra), no se podrá distinguir la causa de éste de la de aquél, quedando embebida como modalidad de la unidad contractual. Mas cuando se trata de una promesa unilateral e independiente, recesitará tener su propia causa; ésta habrá de ser una de las permitidas en Derecho, una contraprestación (pago de prima), el cumplimiento de una obligación (respecto a la parte o a un tercero) o la mera liberalidad (art. 1.274). La promesa de contrato que carezca de causa o adolezca de causa ilícita, torpe o falsa, será nula (arts. 1.275 y 1.276) (146).

Consentimiento.—La conformidad de las declaraciones—oferta y aceptación de los contratantes—habrá de recaer sobre el objeto (contenido del contrato proyectado, prima de la opción en su caso) y sobre la causa específica de la promesa, naturaleza pura o condicionada de ésta, plazo, etc. Lo que será necesario tanto si la promesa de contrato es bilateral como si es unilateral (*ex uno latere*).

Si no existe el consentimiento (simulación, disenso, error obstructivo) no habrá promesa (art. 1.261); si el consentimiento está viciado (error, violencia, intimidación, dolo) la promesa será anulable (art. 1.265).

Forma de la promesa.—La promesa de contrato no requiere, por sí misma, ninguna formalidad especial. Esto se creyó por algunos autores, que era la principal ventaja práctica del precontrato, y, sin más motivos, dedujeron que en ningún caso necesitaría tener la forma del contrato proyectado, pues si no fuera así perdería el contrato preparatorio su utilidad práctica (147). La doctrina dominante no acepta esta exagerada opinión y señala que, como la promesa de contrato deja ya vinculada a los efectos del contrato proyectado a una o a cada una de las partes, si se permitiese el precontrato sin forma de un contrato formal, se iría contra la finalidad de las normas que imponen la forma. Por ello, manteniendo como regla general el carácter en sí mismo no formal del precontrato, habrá que tener en cuenta que su contenido está constituido por el contrato proyectado, al que sirve de primera etapa ya vinculante, y se podrá concluir que sólo será ne-

(146) Aunque el efecto sea el mismo, el origen de la nulidad es distinto cuando se trata de la causa de la opción o del contrato proyectado; por ejemplo, sería causa ilícita del contrato proyectado el que éste sea la venta de una empresa de lenocinio: sería causa ilícita de la misma promesa la concesión de ésta como precio de relaciones ilícitas o para reanudar éstas.

En la promesa de contrato u opción cabe distinguir entre causa y motivo; por ejemplo, puede comprarse una opción por muchos motivos, para levantar capital con el que celebrar el contrato definitivo, para prevenirse contra posible concurrencia, para cerrar o congelar el desarrollo de una empresa privada; en ninguno de estos casos parece haber causa ilícita (contra, OSSORIO, página 134), por tratarse de prácticas normales en el mundo de los negocios.

(147) DE DIEGO, II, pág. 127; CASTÁN, III, pág. 341.

cesario que el precontrato tenga la forma propia del contrato proyectado, cuando esta forma sea requerida como esencial, sea para la protección del mismo obligado, a quien la forma advierte de la importancia del acto que realiza (art. 633) o por su trascendencia general (art. 1.321), y que no será ello necesario cuando la forma se requiera sólo para producir ciertos efectos (cambiarlos, posibilidad de inscripción) (148).

Modalidades de la promesa.—La misma promesa puede estar sometida a condición o a plazo suspensivo o resolutorio; sobre ello no parece haber duda. Lo que se ha discutido en la teoría es si ha de contener como esencial un plazo y si, caso de carecer de él, podría ser fijado por los Tribunales. Cuestión ya planteada por Pothier (149) y que, a falta de disposición legal, parece habrá de resolverse entendiéndose que la designación del plazo durante el que puede hacerse valer la promesa no es esencial (150), que este plazo podrá deducirse interpretando la voluntad de las partes conforme a la buena fe y al uso, supliéndose su omisión si es cláusula que de ordinario suele establecerse (art. 1.258, 1.287); y que, en último término, podrá aplicarse el artículo 1.128, ya que la naturaleza de la promesa implica plazo, y—aun concedida a favor del acreedor—cabe pedir que fije su duración el Tribunal (151).

b) *Eficacia inmediata de la promesa de contrato.*—La promesa de contrato origina, por sí misma, una vinculación jurídica que vive con plena substantividad, mientras no se exija su cumplimiento o no se extinga la relación por alguna causa. Si la promesa es bilateral, se crea en favor de cada una de las partes la facultad de exigir su cumplimiento. Si es unilateral, raze sólo a favor de uno de los contratantes tal facultad; si es onerosa, puede tener como contraprestación la obligación de pagar una prima: si es gratuita, quedará el que recibe la promesa en la situación poco firme del donatario (art. 644 y siguientes).

(148) MORO, págs. 565 y sigs.; ANOTADORES trad. esp. de Enneccerus, edición 1950, I, 2. pág. 173; ROCA, págs. 341, 342, 346; ENNECCERUS, I, § 153, IV, N. 20, trad., I, 2, pág. 171; EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 142; OERTMANN, § 125, págs. 440-441; LEHMANN, pág. 235; LEONHARD, pág. 270; GUHL, página 81; GIORGI, III, pág. 127; ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, VI, § 149, págs. 194, 195. El C. c. italiano de 1941—conforme en ello con la jurisprudencia de varios países—impone *ad essentialiam* al precontrato la misma forma prescrita para el contrato definitivo (art. 1.351), MESSINEO, *Dottrina*, pág. 202; *Manuale*, II, pág. 490; RUGGIERO-MAROI, II, pág. 181; BARASSI, II, páginas 408, 412.

Sobre la discusión doctrinal, en general, MORO, págs. 565-566; ALGUER, R. D. Pr., 1936 (enero), págs. 7 a 12.

(149) *Traité du contrat de vente*, § 480, IV, pág. 279.

(150) CASTÁN, III, pág. 342, siguiendo a COVIELLO, opina lo contrario; compárese MORO, págs. 569-570; KAMPHUIZEN, págs. 19-20.

(151) Solución dada por POTHIER, loc. cit. También ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, VI, § 152, pág. 201; MANRESA, X, pág. 76; OSSORIO, pág. 63; ROCA, apoyándose en S. T. S. 30 diciembre 1911, pág. 347.

En la promesa de contrato con prima o por otra contraprestación, su falta de pago puede dar lugar a que el acreedor de ellas pida la resolución del contrato y, por tanto, la liberación de la promesa (art. 1.124, no siendo aplicables los arts. 1.503, 1.504, 1.505 del Código civil); en caso de haberse pactado el pago de la prima con cláusula penal, se aplicarían los arts. 1.152 y 1.153 (pero no los arts. 1.454 del Código civil ni 343 del C. de comercio).

La facultad de exigir el cumplimiento de la promesa.—Esta facultad que, quizá para mayor brevedad, conviniera llamar opción, es la característica más notable de la situación jurídica creada por la promesa. Para apreciar mejor su naturaleza, conviene considerar separadamente su aspecto activo y pasivo, como poder del acreedor y como vinculación del deudor.

El poder que concede la promesa es la facultad de decidir (optar) sobre la suerte misma de la relación contractual; de su ejercicio por su titular depende el que el contrato proyectado quede en proyecto o surta efecto; queda, por tanto, en su mano exigir el cumplimiento del contrato, obligando a la otra parte a estar y pasar a la condición de deudora (según el contrato proyectado), pero a la vez quedando también obligado contractualmente el mismo que la ejercita.

Lo extraño o lo poco advertido de este poder ha hecho que se piense que sólo es admisible en los casos en que la ley permita expresamente crearlo (152). Hoy ya no se duda de que la autonomía de la voluntad se refiere no sólo a los tipos de convenio, sino también a su contenido y al modo de funcionar la relación negocial, y no hay obstáculo legal alguno que impida la creación de ésta o de semejantes figuras jurídicas (153).

La opción es un poder de valor económico, o sea, un bien (artículo 333) de los que entran a formar parte del patrimonio de una persona. Por sí—y generalmente—no tiene consideración jurídica de poder independiente o derecho subjetivo, porque está unida inmediatamente a la creación de las obligaciones que haga surgir el contrato y que recaen indefectiblemente sobre el patrimonio de su titular. Ni siquiera cuando esa facultad logra eficacia *erga omnes*, al inscribirse la opción en el Registro de la Propiedad, se independiza; ello explica que el artículo 14 del Reglamento hipotecario considere inscribible al *contrato* de opción de compra y no admita existencia de un derecho de opción independiente.

Por esta razón, la opción tiene una situación especial dentro

(152) Lo que sostiene WALSMANN, loc. cit., págs. 224, 226-227, 288.

(153) Autonomía negocial, no sólo contractual; nada se opone, por ejemplo, a que se deje en testamento, como legado, una opción para comprar una finca de la herencia. También es posible conceder la facultad de novar una obligación, de exigir constitución o aumento de fianza, de acortar o aumentar plazos, etc.

del patrimonio de su titular, pues ella no constituye una unidad independiente (separada o separable) en la masa patrimonial con que se responde a los acreedores; de modo que éstos no pueden actuar directamente sobre ella, pidiendo su embargo, ejercitando la acción pauliana (art. 1.291) o la subrogatoria (art. 1.111), porque los acreedores no tienen poder para desligarla de la deuda o para crear la deuda que supondría dar nacimiento al contrato proyectado. Pero por otro lado, como poder patrimonial es uno de los valores del activo patrimonial; como tal se computará en la herencia y, por ser también uno de los bienes objeto de la administración patrimonial, si se declara el concurso o la quiebra, podrá ser ejercitada por los síndicos (art. 1.914 C. c., 1.229 E. C.; art. 878 C. de C., 1.350 y sig. E. C.).

La facultad estudiada tiene doblemente, por tanto, la condición de dependiente: de un lado de la relación de promesa que la ha originado y respecto de la que se separa en su funcionamiento, y también, además—y es lo que aquí más importa—de la misma relación contractual proyectada. Esta es la situación considerada normal y a la que ha atendido generalmente la doctrina (154); pero respecto a esta facultad se observa un fenómeno, hoy frecuente en el Derecho moderno: el de la independización de las facultades, mediante su conversión en derechos subjetivos y el reforzamiento de su eficacia, hasta conseguir trascendencia real (155). Evolución que, aunque unida al nombre nuevo de opción, afecta a todas las promesas de contrato. Un primer punto de apoyo para ella se encuentra en la existencia de casos en que la facultad u opción alcanza un valor económico que no depende de su ejercicio y que así adquiere una inaudable objetividad, como ocurre con «los derechos» de suscripción de acciones, cotizables en Bolsa. Otra ha sido la posibilidad de ceder la facultad en ciertas hipótesis.

No parece haber duda respecto a que la cesión no será posible cuando en el contrato prometido se tenga en cuenta la persona a quien se otorgó la facultad (arrendamiento de servicios, comisión, arrendamiento) o su crédito (venta a plazo); en cambio, se piensa que la cesión ha de admitirse cuando la persona del optante sea por completo indiferente para el obligado (por ejemplo en la venta al contado). Para llegar a este resultado, se desliga a la facultad de la relación obligatoria que crea y, en vez de concebirla como dirigida a crear mutuos derechos y obligaciones entre los contratantes, se le considera como un derecho a adquirir lo que sea el objeto del contrato (propiedad de la cosa vendida), que-

(154) Que lleva en Alemania a calificarla de «*Gestaltungrecht*»—loc. cit. en notas 118, 119, 121—y en Francia de «*Droit éventuel*» (siguiendo la terminología de Demogue): ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, VI, § 150, pág. 195.

(155) Posiblemente tal fenómeno no es más que la reacción natural frente a la rigidez de tipos impuesta por la doctrina moderna y que impide el libre juego que necesita el tráfico.

dando en segundo lugar, como requisito para ejercitar tal derecho, el cumplimiento de la obligación correlativa (pago del precio). De este modo, ha podido ampararse tal solución en el artículo 1.112 de nuestro Código civil, convirtiéndose en regla lo que fuera excepción y acudiéndose—para salvar los casos en que es importante la persona del obligado—a la ficción de un pacto implícito de prohibición de ceder. Solución técnicamente más correcta, y que conduce a un resultado práctico semejante, sería considerar como inadmisibles la cesión, en cuanto implica cambio de titularidad en una relación obligatoria bilateral, pero con la restricción de que implícitamente—como consecuencia conforme a la buena fe y al uso (art. 1.258)—se entiende consentida la cesión, cuando el obligado no tenga interés legítimo en la persona del optante (156).

Otro aspecto de esta evolución, más llamativo, pero no más importante, ha sido la admisión de casos en que la facultad u opción alcanza eficacia «erga omnes» y, en fin, su reconocimiento legal (art. 14 R. H.), no obstante la oposición de buena parte de la doctrina, como derecho inscribible en el Registro hipotecario (157). En conexión con lo antes dicho, ha de advertirse que tal trascendencia real, aunque como en la promesa de volver a vender (retracto convencional) se haya basado en una prohibición de vender (158), que se entiende implícita en la opción (159), no implica ni siquiera lleva naturalmente consigo una prohibición de enajenar—la que en sí, como negativa, sería insuficiente—sino una facultad preferente de adquirir (conforme al contrato proyectado), desde el momento de la inscripción, respecto de todo otro acto de enajenación o gravamen (160).

El lado pasivo de la opción es la vinculación del que hizo la promesa a la voluntad del que la recibe, para quedar o no obligado al contrato que se proyectó. La promesa, como toda obligación contractual, supone la obligación secundaria de la fidei-

(156) MANRESA, X, pág. 68; CASTÁN, III, pág. 343; OSSORIO, pág. 150; ROCA, *Estudios*, I, págs. 349, 350; ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, VI, § 150, pág. 106; EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 141 (aunque sin las debidas limitaciones); KAMPHUIZEN, en ASSER, III, 3, 1, pág. 19 (con acertadas observaciones respecto a PLANIOL, *Traité pratique*, X, § 178). La S. T. S. 12 enero 1931 dice que el art. 1.112 autoriza «solamente la cesión de derechos y no de las obligaciones»; pero no se plantea la cuestión de la dependencia de los derechos respecto a la relación bilateral nacida de un contrato aún no cumplido por ninguna de las partes.

(157) Sobre la discusión doctrinal: OSSORIO, págs. 195 y sigs.; CASTÁN, III, pág. 351; ROCA, *Derecho hipotecario*, 1948, III, pág. 24, y allí citados.

(158) En el pacto de «retroverendo» se colocaba esta cláusula: «Con ningún pretexto ha de poder enajenar hasta que pase el tiempo prefijado; pues si lo hiciese ha de ser nulo como hecho contra este pacto, a cuya observancia la hipoteca especialmente». FEBRERO, *Librería de Escribanos*, ed. 1819, I, 18, § 1, 24, pág. 404.

(159) CASTÁN, III, pág. 351; OSSORIO, pág. 91.

(160) Nada se opone a la validez de una venta condicionada al ejercicio de la opción: no hay por qué cerrar el Registro.

dad a lo contratado y, así, a no hacer nada que impida el cumplimiento de lo convenido, quedando sujeto en otro caso a la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101).

Mas si el promitente, por ejemplo, no *debe* vender incondicional e irrevocablemente la cosa que prometió vender, *puede* vender; y como la promesa como tal no transmite la propiedad ni constituye título para su adquisición (al contrario que la compra-venta condicional) no funcionará el art. 1.473, en el caso de que después de prometida la venta, se venda la cosa a otra persona (161). De igual modo, la cosa prometida en venta queda en el patrimonio del promitente, y sigue sometida a la acción de sus acreedores individuales y entrará—en su caso—en la masa del concurso o quiebra (162).

Por último, ha de señalarse que la promesa—en este estadio preparatorio—tiene un propio valor, medido fácilmente cuando se pacta prima, con mayor dificultad en otro caso y que es el que hay que tener en cuenta para la liquidación del impuesto de derechos reales (163) y para la determinación de lo aportado con una opción a la sociedad conyugal, a una comunidad o a una sociedad.

La distinción entre promesa y el contrato proyectado tiene también interés respecto a sus efectos sobre otras relaciones jurídicas. Así, como por la promesa no se ha producido todavía la enajenación de la cosa prometida, no habrá infracción de una prohibición de venderla, de no revender, ni ocasión para ejercitar la facultad de tanteo o de preferencia en caso de venta; la promesa de constituir sociedad no será incumplimiento de una cláusula de no concurrencia, la promesa de subarrendar no es el subarriendo; la promesa de traspaso de local de negocio no es tampoco su traspaso (164).

(161) S. T. S. 15 junio 1896, 13 febrero 1897, 6 diciembre 1904, 10 marzo 1928.

La mala fe del que compra conociendo la existencia de la opción, hará que esté obligado a daños y perjuicios (art. 1.902), si al hacerse uso de la opción tal compra la impide; y la indemnización podrá consistir en la entrega de la cosa por el precio pactado en la promesa; pero a diferencia del supuesto del artículo 1.473 no se obtiene la propiedad, sino un derecho a la indemnización.

(162) Nada de esto será aplicable en el caso de opción inscrita, en que siempre quedará a salvo el derecho de adquirir ya constituido.

(163) Vide R. 3 marzo 1915 del Tribunal Gubernativo del Ministerio de Hacienda y R. 3 abril 1934 del Tribunal Económico Administrativo Central, citados por OSSORIO, págs 281 y 289.

(164) Lo que puede ser de gran importancia práctica si se mantiene—y para prevenir sus consecuencias—la doctrina de la S. T. S. 25 octubre 1950, que dice que el traspaso—avisado—faculta al dueño para resolver el contrato de arrendamiento de local de negocio por la causa 3.ª del artículo 1.49 L. A. U., y es «lo que únicamente pueden el arrendatario y el tercero, proyectar el traspaso, o sea idearle y disponerle para su perfección posterior al transcurso del plazo».

En cambio, parece que el corredor que interviene en que se celebre la promesa de venta puede pedir el corretaje, aunque sólo por el valor de la prima si es unilateral; si es bilateral, por el valor de la cosa prometida.

c) *Ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa.—Requisitos para el ejercicio.*—La exigencia del cumplimiento de la promesa de contrato tiene naturaleza de declaración contractual; ello se deriva de que no se pide sólo el que se cumpla una obligación ya contraída, sino que si bien con esa petición se obliga ciertamente a la otra parte, el que la hace se obliga a la vez, también a sí mismo, por el contrato proyectado. Como tiene los mismos efectos de una declaración de querer obligarse por el contrato proyectado, ha de reunir los requisitos que se precisan para tal declaración.

La capacidad para hacer la declaración está determinada por la obligación que se contraiga al ejercitar la opción. Así, por ejemplo, si se exige la venta habrá que entregar el precio, y si se exige la compra de un bien inmueble, habrá que entregar éste, por lo que, en este caso, si se trata de un emancipado, habrá de obtener el consentimiento del padre, madre o tutor (art. 317). Este significado de la exigencia es particularmente importante en el caso de cambio de estado de una persona, aun cuando no haya incapacitación total; así, hecha la promesa de compra a un mayor de edad o a una soltera, puede ocurrir que éstos no puedan exigir el cumplimiento por sí mismos, si el uno ha sido declarado pródigo o la otra se ha casado. En cambio, parece que las prohibiciones, como la del art. 1.459, no juegan aquí, pues no se trata de contraer la obligación, sino de pedir el cumplimiento de una relación jurídica preparada ya antes de nacer la causa de la prohibición.

La parte obligada por la promesa no tiene más que cumplir, por ello no hay que atender para nada a su capacidad (165), sólo habrá que saber contra quien haya de dirigirse la acción para pedir—en su caso—el cumplimiento.

La forma de la declaración habrá de ser la misma que hubiera de tener la promesa de contrato, pues no es admisible que en un contrato solemne una de las declaraciones determinantes de sus efectos carezca de la debida solemnidad.

No habiendo contrato ni partes, tampoco hay consentimiento. Habrá, pues, que tener en cuenta sólo la posibilidad de que existan vicios en la declaración (violencia, miedo, error); pero no son posibles los que se refieren a la falta de acuerdo de voluntades (diseño) ni a los vicios peculiares de la formación del contrato (dolo contractual).

El único otro requisito especial que es necesario tener en cuenta, es el de que se ejercite la facultad dentro del plazo marcado («tempore utile») y antes de que haya prescrito o se haya de presumir el desistimiento.

(165) Lo que indica JUAN GUTIÉRREZ (citando a Tiraquello). *Tractatus de tutelis*. 2. 61. VII. pág. 143.

También MESSINEO, *Manuale*. II. § 134. 17. pág. 489.

Efectos del ejercicio.—El primer e inmediato efecto del ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa es dar vida actual a la relación contractual proyectada. En ese momento se fija el comienzo de la eficacia del contrato. Ello tiene algunas consecuencias de interés. Para determinar el momento en que los defectos a la vista perjudican al comprador (art. 1.484), para averiguar si ha sufrido lesión uno de los contratantes (art. 1.291), si el objeto está en el comercio (art. 1.271), si es posible (art. 1.272) y determinable (arts. 1.273, 1.474).

No parece que se plantee, durante el período que media entre la promesa y su exigencia, ninguna cuestión sobre la pertenencia de frutos, mejoras, ni sobre la carga de los riesgos y gastos, pues durante ese tiempo no ha funcionado la relación contractual y ésta opera sólo desde ahora («ex nunc») (166). Surgirán, en cambio, sobre la imposibilidad de que nazcan las obligaciones por falta de objeto (art. 1.182 y sig., 1.272) o por incumplimiento de las obligaciones precontractuales (art. 1.101) (167).

El cumplimiento.—Al exigirse el cumplimiento de lo pactado mediante el ejercicio de la opción, se pide conjuntamente que se cumpla la promesa y el contrato prometido; pero, como se ha dicho, no hay dos contratos, sino el desarrollo en dos momentos de una compleja relación contractual. No hay que exigir, ni se puede exigir el hacer una nueva declaración contractual, ni el hacerla significar cumplir. Dice el artículo 1.451 que la promesa de venta o compra dará «derecho a los contratantes a exigir recíprocamente el cumplimiento del contrato», lo que ha de entenderse, en relación al artículo 1.445, que da derecho a exigir la entrega de la cosa y la del precio, respectivamente. Sentido aceptado por la práctica jurisprudencial—como después se señalará—no obstante el eco que ha encontrado en alguna sentencia del Tribunal Supremo la teoría de la obligación de hacer (168). Puede considerarse, por tanto, cumplida la promesa de venta, y en función el contrato que se proyectara, cuando se entrega la cosa o se acepta el precio, aunque no haya habido—por innecesarias—declaraciones de voluntad de venta y de compra (169).

La ejecución forzosa.—El escollo constante en el que han ve-

(166) JOSSERAND, II, § 1.074, pág. 564; ROCA, *Estudios*, I, pág. 347; GIORGI, III, § 154, págs. 145-146.

(167) Se ha considerado que juega de modo especialmente agudo la cláusula «rebus sic stantibus»; el Código civil austriaco la regula en este caso solo (art. 936). EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 140; CHEVALIER, R. trim. D. C., 1926, pág. 725.

(168) S. T. S. 15 marzo 1945. 19 octubre 1946.

(169) JUAN GUTIÉRREZ dice que la entrega «venditionem ipsam perfecisse», si se hace en virtud de la promesa, sin necesidad de nuevas declaraciones de vender («quantumvis nova verba de vendendo non intervinisse»), pues así—sin más—se produce la relación contractual, por consentimiento tácito («ex tacito consensu»). *Prac. quaest.*, VI (*De Gabellis*, 47, 12, III, pág. 123). Rodeo y ficción del consentimiento tácito para llegar al resultado exacto y que la necesidad práctica reclamaba.

nido a chocar y naufragar tantos y tan ingeniosos esfuerzos teóricos sobre el precontrato es el del modo de ejecutarlo, cuando el obligado se niega a cumplir voluntariamente; ya que creyéndose que el contenido de la obligación creada por la promesa era el hacer un nuevo contrato, no había medio para obligar a este hacer personalísimo, lo que significaba condenar al precontrato a la ineficacia práctica, pues ante la negativa del promitente sólo cabía pedir la indemnización de unos daños casi siempre imposibles de probar (170).

En España la doctrina había podido, siguiendo ejemplos extraños, acogerse al artículo 1.098 del Código civil y a los artículos 923 y 924 de la Ley rituarial, y entenderlos en el sentido de que permiten que el contrato, en tal caso, se ejecute a costa del que lo prometió. A ello habrían podido inclinarse los antecedentes remotos de nuestro Derecho, probablemente tenidos en cuenta al redactarse el Código—como hace el mismo Proyecto de 1851—que, en todo caso, se aparta del modelo francés, seguidor fiel en apariencia del viejo brocardo «nemo praecise ad actum cogi potest» (171). Sin embargo muchos, y de los más prestigiosos de nuestros autores, pensaron que la promesa de contrato se resolvía, a falta de cumplimiento voluntario, en obligación de indemnizar daños y perjuicios (172) por tratarse de un hacer personal (173). Y, seguramente, estos autores aciertan en que el artículo 1.098 no se refiere a un hacer que consista en declaraciones de voluntad, pues esto no se puede hacer «a costa del deudor»; en cambio, son excesivamente lógicos, poniendo de relieve el resultado

(170) OSSORIO, pág. 158.

(171) El artículo 1.144 del C. c. francés dispone que la obligación de hacer o no hacer se resuelve, en caso de inexecución por el deudor, en indemnización de daños y perjuicios; regla que BIGOT DE PRÉAMENET justifica diciendo «que nadie puede ser obligado en su persona a hacer o no hacer una cosa, y si ello fuera posible sería una violencia que no puede ser un modo de ejecución de los contratos». V. pág. 10, y FAVART dice: «¿Cuál es el efecto de las obligaciones de hacer o no hacer? Se resuelve en daños y perjuicios en caso de no ejecución por parte del deudor, porque dicen los juriscultores romanos, nemo ad factum cogi potest». V. pág. 114. Frente a estas manifestaciones (discursos 59 y 60) protesta GARCÍA GOYENA, diciendo que «con la venia del autor del discurso 60, diré yo que la opinión contraria era la más racional y fundada en Derecho romano», señalando además—en contra—las disposiciones de las Partidas, *Concordancias*. III, págs. 46-47. Todo ello hace que lo mismo en el artículo 1.068 del Proyecto de 1851 como en el artículo 1.098 actual no se diga que las obligaciones de hacer y no hacer se resuelven en la de indemnizar y que, directamente, se señale su obligatoriedad inmediata.

(172) DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 128 (que, sin embargo, admite que el artículo 1.451 dispone que el Juez puede condenar a la ejecución del contrato definitivo); CASTÁN, III, págs. 342, 343; MORO, loc. cit., págs. 572-574; PUIG, *Tratado*, IV, 2.º, pág. 510; también parece seguir esa dirección HERNÁNDEZ GIL, nota a S. T. S. 11 noviembre 1943, R. G. L. J., 1944 (septiembre), páginas 340-342.

(173) El artículo 1.161 no puede ser utilizado por el deudor, pues es al acreedor a quien defiende y el que no puede ser compelido a recibir la prestación de un tercero, cuando la cualidad o circunstancia de la persona del deudor se hubiera tenido en cuenta al establecer la obligación.

indeseable a que se llega con la teoría de la obligación de hacer y que se ha soslayado por otros, utilizando algún procedimiento indirecto, para llegar como se debe a la obligatoriedad efectiva de la promesa (174).

Ha habido un momento en que también se creyó que la jurisprudencia seguía esta misma dirección. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940, dice de un convenio que «ni tiene otro objeto que el de vincular la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el contrato definitivo que ha de celebrarse después, ni en él se engendra otra obligación que la de prestar el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del juez, dando así irregularmente vida a un contrato, que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer». Estas palabras habían de parecer y parecieron a los juristas seguidores de la teoría de la obligación de hacer, una confirmación de su pensamiento y de que, como personalísima, no podría ser realizada sin o contra la voluntad del obligado, quedando al arbitrio de éste el elegir entre cumplir o indemnizar (175).

Sin embargo, esta sentencia no rompe la línea ininterrumpida de nuestra jurisprudencia, siempre decidida a imponer coactivamente los efectos del contrato proyectado, desde que éste es exigido. Pues aparte de numerosas sentencias en las que se aceptan tácitamente, la sentencia de 31 de enero de 1921 decide, que dándose todos los requisitos de una promesa de venta, los generales a todo contrato y los especiales de ésta (cosa y precio cierto), exigido el cumplimiento, «es notoria la obligación en que están doña A y doña B de otorgar a favor de don C y su esposa escritura de venta de las fincas a que el contrato se refiere, por el precio estipulado; y al no reconocerlo así la Sala sentenciadora y absolver a aquéllas de esta petición de la demanda y de la subsidiaria de daños y perjuicios, infringe los artículos al principio citados» (1.254. 1.451).

La antes citada sentencia de 9 de julio de 1940, a pesar de las apariencias, no contradice esta doctrina, sino que la corrobora,

(174) En el Derecho austriaco, basándose en el artículo 936 del Código civil y 367 E. O.; en el alemán, en el artículo 894 de su L. P. C., y en el italiano en el artículo 2.932 C. C. Sin necesidad de este apoyo, *GIORGI*, III, § 154, pág. 145; *MESSINEO*, *Manuale*, pág. 491; *Dottrina*, pág. 207; *BARASSI*, II, pág. 410; *JOSSERAND*, II, § 1.073, pág. 564; *PLANTOL*, III, § 1.406, pág. 524; *ESMEIN EN PLANTOL*, *Traité pratique*, VI, § 154, pág. 203-204.

(175) Así, *CASTÁN*, *PUTG* en loc. cit. en N. 172; también *ROCA* que, ello no obstante, con certera decisión, rechaza esta doctrina aludiendo el artículo 1.451 y, sobre todo, señalando con agudeza que la S. T. S. de 9 julio de 1940 y 16 de abril de 1941 se referían a un caso de insuficiencia en la determinación del objeto del precontrato, *Estudios*, I, pág. 334-335.

porque—aun aceptando el punto de vista equivocado de la obligación de hacer en el precontrato—se basaba en que la obligación de hacer supuesta «además de personalísima está *específicamente indeterminada*» (176) o sea, que el precontrato no reunía los debidos y necesarios requisitos. Doctrina más claramente expuesta en otras sentencias de la misma época, señalándose que hay requisitos «unos que deben calificarse de esenciales y otros de complementarios, siendo los primeros los únicos en que es indispensable el previo convenio de los contratantes, por no haber precepto legal del que puedan deducirse, pues los otros, si al llegarse el momento oportuno de la redacción no se ha llegado a acuerdo sobre ellos, pueden ser *suplidos* en armonía de las prescripciones legales aplicables, ante la *necesidad de llegar al cumplimiento del convenio de formalización de escritura*» (177). Cuando la promesa de contrato contiene sus requisitos esenciales, los Tribunales habrán de obligar a su cumplimiento, y sólo cuando el «contrato preliminar no ofrece *base bastante* para llegar a esta constitución *sin nuevo convenio*» será imponible (por indeterminación del objeto de la obligación) imponer el cumplimiento forzoso (178); y sólo cabrá, en su caso, el pedir indemnización de daños y perjuicios si es que medió culpa al negarse una u otra parte a seguir o concluir los tratos (responsabilidad extracontractual).

La doctrina de que la promesa de contrato produce la obligación de tener que cumplir lo pactado, pudiéndose condenar al que prometió la venta a la entrega de la cosa y al otorgamiento de la escritura pública de venta, está admitida reiteradamente por el Tribunal Supremo. Así, ha dicho que cuando hay un verdadero «compromiso de vender», éste no da lugar sólo a una indemnización de daños y perjuicios, sino que su «*cumplimiento* puede perfectamente ser *exigido* al amparo del citado (art. 1.451 Código civil) precepto» (179); que «el convenio posterior de retransmisión de lo comprado es constitutivo de *promesa* de nueva venta, que si bien no es equiparable en absoluto al pacto de retraer, produce *igual efecto obligacional de cumplimiento de lo pactado*, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.451 del Código civil» (180):

(176) Se había pactado constituir una sociedad, sin señalar su forma, diciéndose que sería «la que se estimase más conveniente», no poniéndose de acuerdo las partes por querer los más acomodarla a la forma anónima y otros a la comanditaria.

(177) S. T. S. 5 de julio de 1940; se había pactado constituir una sociedad de responsabilidad limitada, aunque no se habían determinado todos los requisitos exigidos para su inscripción en el Registro mercantil.

(178) S. T. S. 16 de abril de 1941, sobre la misma cuestión y entre los mismos litigantes respecto a los que recayó el fallo antes citado de 9 de julio de 1940.

(179) S. T. S. 7 de febrero de 1945.

(180) S. T. S. 6 de marzo de 1947: se condena a otorgar escritura pública de venta. Respecto a la cláusula compromisaria, la S. T. S. de 24 de marzo de 1947 dice que «confería a cada uno de los contratantes acción para exigir del otro el cumplimiento de lo pactado y el otorgamiento de la correspondiente escritura de compromisos».

en fin, la sentencia de 1 de julio de 1950 consolida esta doctrina legal (181), y en ella, además, se apunta la teoría más exacta sobre la naturaleza del precontrato, al señalar que «para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar *no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad* por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato», rechazando con singular acierto el «circuitus inutilis» y, con ello, la teoría de la obligación de hacer.

De este modo, el buen sentido jurídico de nuestro más Alto Tribunal ha sabido mantener la línea tradicional de nuestro Derecho, dar la solución más justa y más conforme a las necesidades prácticas y, sin dejarse extraviar por las confusiones doctrinales, señalar la dirección que deben seguir los estudios teóricos para determinar la verdadera naturaleza jurídica de la promesa de contrato.

En el caso de imposibilidad de ejecución específica, culposa o negligente, habrá de acudirse a las reglas generales sobre obligaciones y contratos (art. 1.451 Código civil).

d) *Extinción de la relación jurídica creada por la promesa de contrato.*—La relación jurídica creada por la promesa de contrato no se extingue al exigirse el cumplimiento del contrato prometido, pues—como se ha dicho—éste no es más que el desarrollo de la relación jurídica iniciada por el precontrato. La extinción se producirá cuando al irse a cumplir el contrato proyectado se cambie o altere de modo esencial su contenido, o sea, cuando haya novación (182). Además de por los modos normales de extinción de las obligaciones, las originadas por la promesa de contrato se extinguirán por no haberse ejercitado la facultad (de pedir el cumplimiento del contrato) dentro del plazo marcado para ello, o en su caso, que se le marque judicialmente; estando naturalmente sometidas a las reglas generales de la prescripción (art. 1.964 Código civil). La doctrina y la práctica judicial en algunos países utilizan también ampliamente la presunción de abandono o la renuncia tácita, en los casos en que no se ha ejercitado dicha facultad ni mostrado ninguna actividad que indique intención de ejercerla durante un período de tiempo que excede del normal en la práctica de los negocios (183).

(181) Vide el texto de esta importantísima sentencia en este ANUARIO. III, fascículo III, 1950, págs. 997-1000.

(182) En el caso de promesa de venta en que el vendedor se exima de responder por evicción y en que después, al redactarse la escritura de venta, se pacte esta obligación, «en tal caso la obligación primitiva se entiende novada y sustituida por la últimamente establecida». S. T. S. 11 de octubre de 1899: en caso de distintos documentos, de promesa uno y otro de venta. «a este último documento hay que atender para calificar la convención, así como el pacto agregado de retroventa y las condiciones de éste» (no se fijaba el plazo de diez años señalado en la promesa y, por eso, se entenderá ahora aplicable el legal de cuatro años). S. T. S. 18 de marzo de 1911.

(183) OSSORIO, pág. 101; PLANTOL, II, § 1.408, pág. 524; KAMPHUTZEN, pág. 20.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

