

NOTAS sobre el PRECONTRATO

(Antecedentes de Derecho comparado) (*)

por

Luis MOISSET de ESPANES

La Ley Córdoba, 1990, N° 4, p. 283 y L.L. 1990-D-775

SUMARIO:

I.- Antecedentes

II.- Análisis de la cuestión en el Derecho europeo

- a) Derecho alemán
- b) Derecho austríaco
- c) Derecho suizo
- d) Derecho italiano
- e) Derecho portugués
- f) Polonia

III.- Códigos americanos

- a) Méjico
- b) Bolivia
- c) Perú
- d) Paraguay
- e) Proyecto colombiano

IV.- Conclusión

*) Estas notas tienen solamente como propósito pasar revista a las soluciones que se han articulado en distintos Códigos y proyectos.

Fueron elaboradas como contribución a la Comisión Técnica Asesora del H. Senado sobre Unificación de obligaciones civiles y comerciales.

I.- Antecedentes

La denominación de "precontrato" es traducción literal del vocablo alemán "Vorvertrag" y es un concepto jurídico que responde a una construcción eminentemente doctrinal, escasamente útil en la práctica negocial. Aclaremos: decimos que las construcciones doctrinales sobre el tema resultan escasamente útiles; pero los contratos preparatorios sí son útiles y muy empleados en la práctica negocial!

Como lo señala José ALGUER¹ en un excelente trabajo publicado en 1935, el alemán DEGENKOLB fue el primer autor que se ocupó sistemáticamente de esta categoría jurídica².

En su elaboración conceptual y posterior desenvolvimiento la dogmática pandectista ha desempeñado un papel destacado.

Sucede a veces que el contrato definitivo no puede celebrarse de inmediato, sea porque existe un obstáculo actual que lo torna imposible, sea simplemente porque hay algunas dificultades materiales o jurídicas para otorgarlo en ese momento; en otros casos no se quiere realizar ya un contrato, para eludir una publicidad inconveniente, o para evitar los gastos de dos escrituras públicas, y por ello se celebra esta convención a la que la doctrina denomina "precontrato", y también "antecontrato", "promesa de contrato", "contrato preparatorio", etc.³.

Las partes han superado la mera etapa de "tratativas" y quieren vincularse de algún modo que les ofrezca la seguridad de que,

¹. José ALGUER, "Para la crítica del concepto de precontrato", Rev. Der. Privado, Madrid, 1935, p. 322 y 427.

². DEGENKOLB: "Zur Lehre vom Vorvertrag", Archiv. fur die Civilistische Praxis, num 71, 1887, p. 2 y ss. (citado por ALGUER).

³. ver Fernando J. LÓPEZ de ZAVALÍA, "Teoría de los Contratos - Parte General", 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 1984, par. 6 - II, p. 89.

llegado el momento, se concluirá el contrato definitivo.

El maestro Don Federico de CASTRO señala que el iter negoci
ocial presenta varias etapas, que comienzan con la que él denomina
"promesa de contrato", en la que ya se establecen los elementos que
han de integrarlo, y culmina con el "contrato definitivo". Sostiene,
entonces, que no es posible concebir el llamado "precontrato", sino
contemplándolo en relación con el contrato definitivo que las partes
pretenden celebrar ⁴.

Lo que nos parece importante destacar es que el Derecho
reconoce que hay una serie de vinculaciones, de distinto grado, que
se presentan en la realidad de la práctica comercial y que las partes
desenvuelven en cada caso concreto para conseguir unos resultados
económico - jurídicos que satisfagan sus legítimos intereses. Sea que
se les llame "promesas de contrato", "precontratos" o "contratos
preliminares", tienen ellas de común que existe una cierta voluntad
de las partes de establecer el vínculo definitivo, y que contienen en
sí los elementos que servirán para caracterizarlo. Se trata, pues, de
un negocio que se desenvuelve en dos fases sucesivas: el "precontra-
to" y el contrato definitivo, y lo que debe procurarse es determinar
los efectos jurídicos que produce esa primera etapa, cualquiera sea
el nombre que se le dé.

Es menester, además, tener conciencia de la variedad de
situaciones que suelen acogerse bajo la denominación genérica de
"precontrato" y, sin dedicarse a excesivas abstracciones, señalar que
las partes recurren al "precontrato", para prefijar las característi-
cas del contrato "definitivo" y establecer ya un vínculo jurídico que
lo haga exigible en un momento "futuro", cuando desaparezcan las
razones que impedían o hacían inconveniente su celebración actual.

II.- Análisis de la cuestión en el Derecho Comparado

a) Derecho alemán

Ya hemos dicho que DEGENKOLB fue el primero que se ocupó de

⁴. Federico de CASTRO, "La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio", Anuario de Derecho Civil, 1950 - IV - 1135 y ss.

manera sistemática del "precontrato", y sus trabajos provocaron críticas y elogios. Nos limitaremos aquí a recordar que ADLER toma la idea para aplicarla en el campo de los "contratos reales", y buscar en ella la posibilidad de una eventual coacción para el cumplimiento de una "promesa de mutuo".

Esta preocupación de la doctrina se va a reflejar luego en la obra del legislador y así vemos que aunque el B.G.B. no incluye una regulación general del "precontrato", acoge al menos en el artículo 610 su aplicación en el caso del mutuo oneroso, aunque lo hace de manera indirecta, pues al señalar un caso en que se puede revocar la promesa, está indicando que en las otras hipótesis la mera "promesa de mutuo" es exigible, a diferencia de lo que ocurre por lo general en materia de contratos reales (ver en nuestro Código civil el artículo 2244).

Además hay que dejar constancia que el B.G.B. regula la "promesa pública de recompensa" (Auslobung), en los párrafos 657 y ss., pero esta hipótesis se diferencia de los "precontratos", porque aquí se concede eficacia jurídica a la declaración unilateral de voluntad.

b) Derecho austríaco

El Código civil austríaco (A.B.G.B.), sancionado el 7 de julio de 1811 es -entre los Códigos de su tiempo- el que establece una regulación más completa de los efectos de estas convenciones a las cuáles la doctrina denomina "precontratos". Vemos así que el artículo 936 expresa:

"El acuerdo de concluir un contrato en el futuro obliga cuando en él se determina, tanto el tiempo en que había de concertarse el contrato, como sus elementos esenciales, y en tanto las circunstancias no hayan cambiado de modo tal que por eso el fin expresamente establecido o el que se desprende de las circunstancias se haya hecho imposible, o que se haya perdido la confianza de una parte en la otra. El cumplimiento de tales promesas debe realizarse en el año siguiente al momento de la

estipulación, extinguiéndose en otro caso el derecho".

Destacamos ya en esta norma dos puntos que tienen -a nuestro criterio- singular importancia: a) la exigencia de que en el acuerdo preliminar se encuentren determinados todos los elementos esenciales del contrato definitivo; y b) la fijación de un plazo de caducidad, vencido el cual el acuerdo pierde su fuerza obligatoria, "extinguiéndose el derecho".

Con relación a los clásicos contratos reales de depósito, comodato, mutuo y prenda, se admite que la promesa de entrega tendrá fuerza vinculante (artículos 957, 971, 983 y 1368, respectivamente, del A.B.G.B.).

Señalamos, también, que la jurisprudencia del más alto Tribunal austríaco sostiene que la "opción" no es un precontrato, sino que integra el "contrato definitivo", pues quien opta puede directamente exigir cumplimiento y no meramente la "celebración del contrato", como sucedería si se tratase de un "precontrato".

c) Derecho suizo

La obligatoriedad de los acuerdos o promesas previas recién se aceptó a partir de la sanción del nuevo Código federal suizo de las Obligaciones en 1911, cuyo artículo 22 expresa que "la obligación de celebrar una convención futura puede asumirse contractualmente", pero a continuación exige que esta promesa de contratar, para su validez, esté subordinada a la observancia de las mismas formas que se exigen para el contrato definitivo.

La doctrina suiza, en líneas generales, es adversa a la aceptación de los precontratos y así Von THUR⁵ considera que sólo se justifican en los siguientes casos:

1) Cuando las inscripciones en el Registro de la Propiedad se extiendan en base a un contrato que se celebrará en el propio Registro.

⁵. A. Von THUR, Tratado de las Obligaciones, traducción al castellano de W. Roces, Reus, Madrid, 1934, T. I, p. 188 y ss.

2) Otorgamiento de una escritura abstracta de deuda, en especial si versare sobre títulos valores (títulos al portador, letras de cambio).

d) Derecho italiano

El viejo Código de 1865, inspirado en el Código civil francés, dispone que la obligación de celebrar un contrato sólo da lugar al resarcimiento de daños en caso de incumplimiento.

Sin embargo ya en 1896 Leonardo COVIELLO, siguiendo la teoría de DEGENKOLB, introduce en la doctrina italiana el concepto de "precontrato" como un acuerdo de voluntades entre dos partes que tiene por objeto la recíproca prestación del consentimiento para la celebración de un contrato futuro.

Al influjo de estas ideas el nuevo Código civil de 1942, regula la figura del "contrato preliminar" en el artículo 1351, considerándolo como un acuerdo de voluntades encaminado a la posterior celebración de un contrato definitivo y, por tanto, requiere todos los requisitos esenciales del contrato principal proyectado para que tenga eficacia propia, en especial la forma, considerando que de no tener la misma exigida para el contrato definitivo el acuerdo será nulo.

La ubicación que el "Codice" ha dado a esta norma, en el capítulo que trata de los requisitos del contrato (Sección IV del Capítulo Segundo, Título Segundo del Libro IV), pone de manifiesto el carácter general que el legislador ha conferido a la figura del "precontrato".

Parece conveniente señalar que este dispositivo debe concordarse con el artículo 2932, que regula el supuesto de ejecución específica de la obligación de celebrar el contrato, expresando:

"Si aquél que está obligado a celebrar un contrato no cumple su obligación, la otra parte, siempre que sea posible y el título no lo excluya, podrá obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado".

La bibliografía sobre "contratos preliminares" es abundante en la literatura jurídica italiana, y a ella remitimos⁶.

Además en el Código civil de 1942 se prevén las ofertas al público (artículo 1336), prohibiendo su revocación -incluso frente a quienes no las conozcan- siempre que contengan los elementos esenciales del contrato que persiguen como fin último.

Como casos especiales de contratos preliminares, están regulados la "promesa de compraventa", en el artículo 1385, en relación con las arras confirmatorias, y la promesa de mutuo, en el artículo 1822, que reproduce casi literalmente el parágrafo 610 del B.G.B.

e) Derecho portugués

El viejo Código del marqués de SEABRA seguía en este punto los lineamientos del derecho francés y en su artículo 1548 se refería a la promesa de compra y venta, convención que tenía por objeto la posterior celebración del contrato.

El nuevo Código de 1966 ha renovado el tratamiento del problema, y en el artículo 410 dispone:

"1.- La convención por la cual alguien se obliga a celebrar cierto contrato está sometida a las disposiciones legales relativas al contrato prometido, excepto las relativas a la forma y a las que por su razón de ser no deban considerarse extensivas al contrato-promesa.

2.- La promesa relativa a la celebración de contrato para el cual la ley exija documento -sea auténtico, sea particular-, sólo valdrá si constase en documento firmado por los promitentes".

El legislador ha denominado a esta figura "contrato -

⁶. Ver, por todos, Domenico BARBERO, Derecho Privado, traducción al castellano de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, T. I, num. 229, p. 483, y autores allí citados (Coviello, Montesano, Satta, Carusi, Chioyenda, etc.).

promesa", siguiendo los trabajos del Prof. VAZ SERRA⁷, aunque algunos autores opinan que sería más acertado llamarlo "contrato - promesa de contratar"⁸.

Debe señalarse que se regulan a continuación las "promesas unilaterales", que sólo vinculan a un sujeto, estableciendo que deben tener un límite temporal de duración, y que si no lo tuviesen el juez, a requerimiento del promitente, podrá fijar un plazo de caducidad de la promesa.

En cuanto a los "pactos de opción", de "preferencia", o de "retroventa", no quedan incluidos dentro de la figura del "precontrato" o "contrato - promesa", porque en tales casos no es necesario emitir una nueva declaración de voluntad, sino que una de las partes se limita a ejercer un derecho potestativo, que surge de un acuerdo contractual anterior.

Parece importante destacar que en lo relativo a la exigencia de formas, la ley portuguesa se aparta del modelo italiano para seguir la doctrina vernácula, por lo que se ha dicho: "aunque el contrato prometido debiera celebrarse por escritura pública, es suficiente la promesa en un documento escrito"⁹, con solo la limitación contemplada en el inciso 2 del mismo artículo 410.

Más adelante, en el artículo 830, el Código regula los efectos del incumplimiento de estas promesas de contratar, disponiendo:

"1.-Si alguien estuviese obligado a celebrar cierto contrato y no cumpliera la promesa, la otra parte puede -a falta de convención en contrario- obtener sentencia que produzca los efectos de la declaración negocial del incumplimiento, siempre que a ello no se oponga la naturaleza de la

⁷. Adriano Paes VAZ SERRA, "Contrato - promessa", Bol. do Ministerio da Justiça, N° 76.

⁸. Fernando Andrade PIRES de LIMA, y Joao de Matos ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, ed. Coimbra, 1967, T. I, p. 272.

⁹. Obra y lugar citados en nota anterior.

obligación asumida.

2.- Se interpreta como convención en contrario, la existencia de señal, o la fijación de una pena para el caso de incumplimiento de la promesa.

3.- Tratándose de contratos en los cuales al obligado le sea lícito invocar la excepción de incumplimiento, la acción será improcedente si el requirente no consignase en depósito su prestación en el plazo que le fuese fijado por el Tribunal.

Esta norma incorpora al Derecho portugués una solución similar a la que encontramos en el artículo 2392 del Código civil italiano, con algunas innovaciones limitativas, como las que se enuncian en los incisos 2 y 3.

Así, por ejemplo, no se admite la intervención de la justicia, atendiendo a la naturaleza de la obligación asumida (inciso 2), cuando los contratos tuviesen por objeto servicios personales. Se procura también evitar que una de las partes quede imposibilitada de invocar la excepción de incumplimiento (inciso 3), propia de los contratos con obligaciones recíprocas; así, en caso de una promesa de compraventa, el Tribunal no podría dictar sentencia que forzase la venta si el promitente - comprador no depositase el precio en el plazo que se fijase, para que no suceda que el promitente - vendedor quede despojado de la cosa sin recibir al mismo tiempo el precio.

Los derechos y obligaciones que engendra el "precontrato" o "promesa de contrato", son transmisibles -en principio- tanto por actos entre vivos, como por causa de muerte (artículo 412, inciso 1). Recordemos que el moderno código portugués no se limita a legislar sobre la "cesión de créditos", como lo hace nuestra ley civil, sino que se ha ocupado con detenimiento de la "cesión de posición contractual" (artículos 424 y ss.), y esta promesa es considerada como un verdadero contrato preliminar, razón por la cual los derechos de las partes son susceptibles de cesión.

Sin embargo no habrá lugar a la transmisión de los derechos y obligaciones cuando, de acuerdo a la voluntad de los contrayentes o a las propias circunstancias del contrato, sean "intuitu personae".

ANTUNES VARELA¹⁰ ejemplifica estas situaciones con los casos de promesa de mandato, arrendamiento, trabajo y prestación de servicios en general.

La regulación del precontrato en el nuevo Código de Portugal provocó no solamente interés en la doctrina, que las estudió con detenimiento¹¹-, sino también una serie de planteos litigiosos, vinculados especialmente con las promesas de venta de inmuebles, que hicieron necesario el dictado de normas que complementarían lo dispuesto en los artículos 410 y 830. Vemos así que en 1980 se modificaron esas normas¹², y nuevamente se les introdujo cambios en 1986¹³. Al artículo 410 se le agregó un inciso 3, que dispone:

"3.- En el caso de promesa relativa a celebración de contrato oneroso de transmisión o constitución de derecho real sobre edificio, o fracción autónoma de él, ya construido, en construcción o a construir, el documento referido en el número anterior debe contener el reconocimiento presencial de la firma del promitente o promitentes y la certificación, por escribano, de la respectiva licencia de uso o construcción; sin embargo, el contratante que promete transmitir o constituir el derecho sólo puede invocar la omisión de estos requisitos cuando la misma haya sido causada culposamente por la otra parte".

De manera concordante se agregó al artículo 830 un inciso 4, vinculado con el mismo problema.

f) Polonia

¹⁰. Joao de Matos ANTUNES VARELA, "Das Obrigações em Geral, Liv. Almedina, Coimbra, 1970, num. 66, p. 218.

¹¹. A los autores mencionados en notas 7, 8 y 10, podemos agregar estudios de Menezes Cordeiro (Bol. Min. Just., 306, p. 27); Pereira Delgado; Baptista Lopes; Almeida Costa; Pessoa Jorge, etc. (citados en el Código Civil Anotado, de Abilio Neto y Herlander Martins, Liv. Petrony, Lisboa, 6ª ed., 1987, art. 410).

¹². Decreto-Ley 236/80, del 18 de julio.

¹³. Decreto-Ley 379/86, del 11 de noviembre.

También en algún Código civil de la órbita socialista se ha regulado la "promesa de contrato". Así encontramos en el Código polaco de 1966 las previsiones contenidas en sus artículos 389 y 390, que expresan:

"Art. 389.- La convención por la cuál una o ambas partes se comprometen a celebrar un contrato (precontrato) debe determinar las disposiciones esenciales del contrato prometido y el plazo dentro del cual debe celebrarse".

"Art. 390.- 1.- Si la parte obligada a celebrar un contrato prometido incumple esta obligación, la otra parte puede reclamar la reparación de los daños que ha sufrido por la frustración del contrato.

2.- Sin embargo, si el precontrato satisface las condiciones que darían validez al contrato prometido y, en particular, las condiciones de forma, se podrá reclamar ante la justicia la celebración del contrato.

3.- Las pretensiones contempladas más arriba prescriben al año contado desde el día en que el contrato prometido debió celebrarse. Si el tribunal o la comisión de arbitraje del Estado rechaza la demanda de celebración del contrato prometido, la acción de reparación de daños prescribirá al año contado desde el día en que la sentencia adquirió la autoridad de cosa juzgada".

Los efectos del precontrato no se limitan a la acción de reparación de daños, sino que abren la vía judicial para reclamar la celebración forzada del contrato definitivo, siempre que el "precontrato" cumpla los requisitos previstos en el inciso 2 del artículo 390.

En este punto el Código polaco parece excesivamente exigente, especialmente en cuanto requiere que el precontrato tenga la misma forma que deberá tener el contrato definitivo. Si se estableciese una exigencia similar en nuestro derecho, se quitaría toda validez a las promesas de compraventa de inmuebles efectuadas en

instrumentos privados (boletos de compraventa).

III.- Códigos americanos

Nos ocuparemos ahora del problema en algunos Códigos americanos modernos en los que ha encontrado acogida la construcción doctrinaria del precontrato.

a) Méjico

El Código del Distrito Federal, de 1928, en la Segunda Parte del Libro Cuarto, dedica el Título Primero (artículos 2243 a 2246) a "los contratos preparatorios" o "promesas".

Al legislar estos puntos se inspiró principalmente en las soluciones consagradas en el artículo 22 del Código suizo de las Obligaciones.

Afirma que "puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro" (artículo 2243), y que esa promesa, o "contrato preliminar", puede ser unilateral o bilateral (artículo 2244).

El principal efecto de la promesa de contrato será engendrar la "obligación de hacer" el contrato respectivo, que deberá ajustarse a las condiciones ofrecidas (artículo 2245).

Si rehusara cumplir estas obligaciones, se lo podrá condenar judicialmente a hacerlo y en caso de que la principal obligación fuese suscribir los instrumentos necesarios para dar forma legal al contrato definitivo, el juez podrá sustituirlo firmándolos en su lugar (artículo 2247).

Por supuesto que si el contrato tiene como objeto la entrega de una cosa, y ésta ha pasado a manos de un tercero de buena fe, la prestación se tornará imposible, y la única solución será reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, destacamos que se exige que la promesa de contrato conste por escrito, contenga los elementos característicos del contrato definitivo y tenga una limitación temporal (artículo 2246).

b) Bolivia

El nuevo Código de Bolivia, de 1975, pese a mantener elementos estructurales del anterior que había sufrido una fuerte influencia de la codificación napoleónica, ha receptado numerosas figuras modernas, y entre ellas la del contrato preliminar, a la que dedica el artículo 463:

"I.- El contrato preliminar, sea bilateral o unilateral, para la celebración de un contrato definitivo en el futuro, debe contener los mismos requisitos esenciales que este último, bajo sanción de nulidad.

II.- Si las partes no han convenido plazo para la celebración del contrato definitivo, lo señalará el juez.

III.- La parte que no cumpla queda sujeta al resarcimiento del daño, salvo pacto o disposición diversa de la ley".

En los contratos especiales encontramos la admisión expresa de la promesa de mutuo (artículo 906) que podrá ser revocada si el patrimonio del mutuario ha sufrido variaciones que hagan peligrar su restitución.

c) Perú

Proseguimos nuestro análisis de legislación comparada refiriéndonos al moderno Código civil de Perú de 1984 que en la Sección Primera del Libro VII incluye un título (artículos 1414 a 1425), dedicado a los contratos preparatorios.

Procuraremos resumir sus previsiones. Comienza dando el concepto de estos contratos, a los que caracteriza por el hecho de que contienen el compromiso de las partes de celebrar en el futuro un contrato definitivo.

Uno de los autores del nuevo Código, ARIAS SCHREIBER, aclara que este compromiso de contratar puede tener en vista tanto un convenio con obligaciones unilaterales, como uno del que surjan

prestaciones recíprocas¹⁴, aunque la norma no lo diga expresamente como el artículo 2244 del Código de Méjico, o el inciso I del artículo 463 del código boliviano.

El compromiso debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del futuro contrato (artículo 1415), y tendrá un plazo de validez que no podrá extenderse a más de un año (artículo 1416).

Si una de las partes se negase injustificadamente a cumplir el contrato, la otra podrá optar por exigir judicialmente su celebración, o pedir que se deje sin efecto el compromiso de contratar, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios (artículo 1418).

En el título que hemos mencionado se regula también el contrato de opción que, como hemos dicho, no es un verdadero precontrato. Sobre el particular MAX ARIAS manifiesta que es necesario distinguirlos, ya que "si bien es exacto que existen puntos coincidentes entre ambos, particularmente en lo que se contrae a su proyección futura, en el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo, mientras que en el contrato de opción su ejercicio tiene carácter automático"¹⁵.

Esta fusión en un título del precontrato y el contrato de opción tiene como fuente la opinión de Manuel de LA PUENTE y LAVALLE que consideraba necesario considerarlos en conjunto "como dos formas alternativas de contratos preparatorios"¹⁶.

Finalmente el artículo 1425 exige, bajo pena de nulidad, que los contratos preparatorios se celebren en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, lo que restringe sobremedida su campo de aplicación.

d) Paraguay

¹⁴. Max ARIAS SCHREIBER PEZET, "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984", 3ª ed., San Jerónimo, Lima, 1988, T. I, p. 184.

¹⁵. Autor y obra citados en nota anterior, p. 186.

¹⁶. Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, "Estudios del contrato privado", ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, T. I, p. 435 y 458. donde llega a la conclusión de que "conviene legislar sobre los contratos preparatorios de cualquier clase de contratos definitivos. Los contratos preparatorios se dividen en: a) contratos de contratar; y b) contratos de opción.

Hasta 1986 estuvo en vigencia en Paraguay el Código de Vélez, es decir el mismo Código argentino, en el cual solamente se encuentran referencias como la del artículo 1185, que trata de los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública se efectuaron en instrumento privado y que valdrán como contratos de los cuáles surge la obligación de hacer.

Una previsión similar se mantiene en el nuevo Código en el artículo 701; se han incorporado también dos artículos sobre las promesas de compraventa¹⁷, y uno sobre la promesa de mutuo¹⁸, pero no se han regulado sistemáticamente las promesas de contrato, o precontratos, a diferencia del Anteproyecto De Gasperi, que lo había hecho bajo la denominación de "contrato de opción" (artículos 1089 a 1094).

e) Proyecto colombiano

A principios de 1980 el gobierno de Colombia designó una Comisión para que encarase el estudio de la Reforma del Código Civil. Uno de sus miembros, el profesor Arturo Valencia Zea, elaboró un Anteproyecto que ese mismo año fue impreso por la Superintendencia de Notariado y Registro.

El autor del Anteproyecto manifestaba en la Exposición de Motivos que "las promesas de contrato reciben un tratamiento lógico

¹⁷. Dispone el nuevo Código paraguayo:

"Art. 784.- El contrato por el cual una persona se compromete a vender o a comprar de otra alguna cosa por un precio y en un plazo determinados, producirá los efectos de la compraventa desde que el estipulante declare en tiempo propio su voluntad de comprar o de vender".

"Art. 785.- La promesa de comprar o vender deberá hacerse efectiva dentro del plazo estipulado por las partes. Si no se lo fijó, el plazo será el máximo admitido por la ley para el arrendamiento. La misma limitación regirá para el plazo convencional".

¹⁸. El artículo 1293 del nuevo Código paraguayo dispone: "La mera promesa de mutuo será obligatoria para ambos contratantes cuando fuere a título oneroso, y sólo para el promitente en caso de serlo a título gratuito.

El autor de la oferta podrá revocarla y negarse a la entrega, si quien debiere recibir la cosa experimentare una disminución de su responsabilidad patrimonial que pusiere en riesgo su reintegro. Si tal situación ya existía al convenirse la promesa, tendrá el mismo derecho siempre que entonces lo hubiere ignorado".

Esta norma es reproducción textual del artículo 2013 del Anteproyecto de De Gasperi, que sigue la inspiración del derecho italiano y alemán, sobre todo en el segundo párrafo del artículo, que corresponde al 1882 del Código italiano.

(arts. 460 y 461)", con lo que "se corrige y mejora el sistema de las leyes 153 de 1887, y 51 de 1918" ¹⁹.

La Comisión adoptó con ligeras variantes el Proyecto de Valencia Zea, modificando la numeración y el contenido de algunas normas, entre ellas las que a nosotros nos interesan, que ahora, bajo la leyenda: "Las promesas de contrato", expresan:

"Art. 454.- Todo contrato puede ser prometido.

La promesa bilateral de celebrar un contrato de enajenación de inmuebles deberá constar por escrito, señalar el plazo o condición que indique la fecha de su celebración y sus elementos esenciales o la forma de determinarlos.

El contrato prometido se celebrará en la notaría que señalen las partes. Si éstas no la hubieren indicado, la escritura se correrá en la notaría que corresponda a la situación del inmueble. Si hubieren varias se otorgará en la primera.

Si en el municipio en que está ubicado el inmueble no hubiere notaría, la escritura se correrá en la que sea cabecera del respectivo círculo notarial, dándose aplicación al párrafo anterior si hubieren varias."

"Art. 455.- Mediante la promesa unilateral del contrato (opción) una de las partes se obliga a celebrar un contrato, si la otra resuelve celebrarlo.

Si se trata de una opción que implique enajenación de un inmueble, se requiere un escrito.

Si la opción no estuviere sometida a un término, éste será

¹⁹. Anteproyecto colombiano de Valencia Zea: "Art. 460.- La promesa bilateral de celebrar un contrato, debe reunir los siguientes requisitos:

1) Constar por escrito.

2) Señalar el plazo o condición que indique la fecha de celebración del contrato.

3) Contener todos los elementos esenciales del contrato, de manera que para perfeccionarlo sólo falten las formalidades legales o la determinación de puntos secundarios o accidentales".

"Art. 461.- Mediante la promesa unilateral del contrato (opción) una de las partes se obliga a celebrar un contrato, si la otra parte resuelve celebrarlo.

Si se trata de una opción que implique enajenación de un inmueble, se requiere un escrito.

Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz".

de un año. También podrá someterse a una condición".

Lamentablemente el texto del artículo 454 del proyecto colombiano ha perdido claridad, al recargarse excesivamente con detalles intrascendentes, respecto a la escribanía que deberá autorizar el documento definitivo. Consideramos muy superior el que había elaborado Valencia Zea en su Anteproyecto, que hemos reproducido en nota 16.

IV.- **Conclusión**

Hemos sostenido la inutilidad de las discusiones teóricas sobre la naturaleza jurídica y denominación del "precontrato", que a veces confunden en lugar de aclarar el panorama.

Sin embargo, consideramos útil regular legislativamente los efectos de estas promesas o convenios, que pueden ser aplicables en cualquier tipo de contratos pero que -sin duda- tienen máxima difusión en la compraventa inmobiliaria, e incluso en el mutuo dinerario.

En nuestro país la "Unificación de las obligaciones civiles y comerciales" puede ser oportunidad propicia para tratar el tema de manera sistemática, aunque lamentablemente el Proyecto que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados no se ha ocupado de él.

Si llega ese momento, los antecedentes de la legislación comparada pueden ofrecernos ejemplos útiles, si sabemos adaptarlos debidamente a nuestra realidad negocial.

SINTESIS

Existen una serie de vinculaciones, de distinto grado, que las partes desenvuelven en cada caso concreto para conseguir unos resultados económico-jurídicos que satisfagan sus legítimos intereses. Sea que se les llame "promesas de contrato", "precontratos" o "contratos preliminares", tienen de común la voluntad de las partes de establecer el vínculo definitivo.

Se recurre al "precontrato", para prefijar las características del contrato "definitivo" y establecer ya un vínculo jurídico que lo haga exigible en un momento "futuro", cuando desaparezcan las razones que impedían o hacían inconveniente su celebración actual.

En estas notas se ha procurado pasar revista al derecho de varios países de Europa (Alemania, Austria, Suiza, Italia, Portugal y Polonia), y a los Códigos americanos más modernos que se han ocupado de los precontratos o contratos preliminares (Méjico, Bolivia, Perú, Paraguay y el proyecto colombiano de Valencia Zea).

Se estiman inútiles las discusiones teóricas sobre la naturaleza jurídica y denominación del "precontrato"; sin embargo, se considera conveniente regular legislativamente los efectos de estas promesas o convenios, que pueden ser aplicables en cualquier tipo de contratos pero que -sin duda- tienen máxima difusión en la compraventa inmobiliaria, e incluso en el mutuo dinerario.

En nuestro país la "Unificación de las obligaciones civiles y comerciales" puede ser oportunidad propicia para tratar el tema de manera sistemática, aunque lamentablemente el Proyecto que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados no se ha ocupado de él.