

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Mayo de 1934

Núm. 113

El precontrato

TERCERA PARTE

DIFERENCIAS DEL PRECONTRATO CON OTROS TIPOS JURIDICOS SEMEJANTES (Conclusión.)

F) La oferta.—G) Los esponsales.—H) Ventas especiales.—I) Contrato normativo.—J) El contrato de opción.

Instituciones que pueden estimarse precontratos en algún aspecto: I. El contrato sobre apertura de un crédito.—II. Contrato de suministro.—III. La constitución de Sociedad.

F) LA OFERTA.—No es posible llegar a pensar el precontrato como una oferta (*Antrag*), frente a la cual la aceptación sería el contrato a celebrar en lo futuro. Para Carrara (1), los procedimientos de formación de un contrato pueden agruparse en los siguientes: I. Presentación de un proyecto a una persona que lo acepta sin discusión. II. La parte a quien se entregó el proyecto lo modifica y lo devuelve a la otra, que lo acepta, y III. Formación del contenido por elaboración de las partes o de sus representantes, y agotada la deliberación, una persona presenta el proyecto de contrato formado según queda indicado, a la otra que acepta. Obsérvase en todos esos casos que hay un acto que busca la adhesión o aceptación y precede al contrato; es la proposición contractual, también llamada oferta (2).

(1) Véase ob. cit., capítulo III, pág. 133.

(2) En el Derecho francés se habla de *offre*; en la doctrina inglesa, *offer*; el Código de Comercio alemán y el civil, así como el suizo de las obligaciones, la designan *Antrag*.

Según el mismo Carrara, la proposición ha de ser completa, con intención de obligarse mediante la aceptación. Faltará este elemento intencional, cuya determinación se logrará por indicios o presunciones en las declaraciones hechas *jocandi causa*, ofertas sin compromiso y proposiciones hechas a persona distinta de la que debe aceptar, salvo si se le dió el encargo de trasladarlas a esta última. Gierke, en su magistral *Derecho privado germánico*, declara que procede del Derecho alemán ante todo la fuerza obligatoria del *Antrag*. En la exposición hecha de los antecedentes históricos del Derecho germánico se puso ya de relieve la importancia que tuvo para aquel pueblo la fidelidad a la palabra dada (*Gebundenheit ans wort*) (1). Ciertamente que realizar una oferta contractual no es prometer ninguna prestación, pero sí implica una promesa que deberá mantenerse hasta que se extingan sus efectos. Extraña al Derecho romano y al Derecho común, se abre paso en los Códigos modernos, especialmente en el Código civil alemán, la obligatoriedad de la oferta de contratar (2).

Por lo general, se hace la oferta a personas ciertas y conocidas; puede hacerse con indeterminación, como instalar al público un automático o al exponer las mercancías con indicación de precios. La cuestión de la proposición contractual a persona indeterminada ha dado lugar a discusiones entre los tratadistas. La incertidumbre del sujeto pasivo de la propuesta presenta inconvenientes prácticos; por ejemplo, cuando varias personas aceptan simultáneamente, no se sabe con cuál de ellas ha de concluirse el contrato, y cuando el proponente no puede mantener la oferta porque se le han agotado las mercancías a consecuencia de las operaciones concertadas. El problema no puede resolverse afirmando que toda oferta a persona indeterminada sea proposición, ni que todas las proposiciones constituyan invitaciones a hacer ofertas. Será más justo decidir en cada caso con sujeción a las circuns-

(1) Véase *Deutsches privatrecht*, tomo III, pág. 284. München und Leipzig, 1917.

(2) Contra el criterio del Derecho romano, el núcleo o centro de gravedad de la relación jurídica obligatoria, ha de verse en la declaración de voluntad del proponente, conforme al Derecho germánico y otros Derechos de él derivados, como el sueco.

tancias. La doctrina alemana separa la proposición al público, dirigida generalmente a una pluralidad de personas, y proposición *ad incertam personam*.

En general, las legislaciones que consideran revocable la proposición admiten la dirigida a persona indeterminada, rechazándola los que afirman la irrevocabilidad. Se ha propuesto, por último, la teoría de los límites expresos o naturales y tácitos. El proponente puede condicionar su proposición estableciendo esas limitaciones; por ejemplo: expresando el número de asientos de un vehículo. No obstante, contribuye a la mayor claridad del comercio, sin prestarse a los abusos de la teoría de los límites, exigir la publicidad de la revocación, declarando por un aviso que se han agotado las localidades, como hacen las empresas de espectáculos. Por ello Carrara (1) entiende que el sistema de revocabilidad de la proposición es el único que puede servir de base a la construcción jurídica de la proposición a persona indeterminada.

Tanto Gierke como Tuhr separan la oferta de la invitación a hacer ofertas, cuya finalidad es inducir a realizar una oferta; en tal sentido, el Código federal de las obligaciones suizo dispone en su artículo 7.º que no constituye oferta el envío de listas de precios, tarifas, sin duda porque les falta la precisión necesaria.

El que hizo la oferta es el iniciador del contrato y puede imponer ciertas modalidades respecto de la forma y plazo de aceptación. Subsiste aquélla hasta su extinción, que legalmente resulta al ser denegada o no aceptarse a su debido tiempo. El Código suizo, en su artículo 3.º, señala que la duración de la oferta puede fijarse expresa o tácitamente, como al requerir respuesta telegráfica. Pero una vez hecha, su autor sólo puede prolongar su validez, no acortarla. Cuando no se fijó ningún plazo valdrá la oferta hecha a un ausente el tiempo preciso para que en circunstancias normales pueda obtenerse respuesta (2).

(1) Ob. cit., pág. 194.

(2) Tuhr observa que si el oferente conoce la existencia de un trastorno en las comunicaciones, deberá mantener en vigor la oferta por más tiempo. Deben tenerse en cuenta, además del tiempo para el transporte de la comunicación, las circunstancias del destinatario conocidas por el oferente, tal si sabe que se necesita para aceptar la aprobación de un órgano superior, un Consejo de Administración, etc. Véase *Allgemeiner Teil der Schw. Ob. Recht.*, páginas 144 y siguientes.

La aceptación es también recepticia, perfecciona el contrato cuando coincide con la proposición y llega al destinatario en tiempo en que la oferta estaba subsistente. En el Derecho romano y en el común se extinguía la oferta por muerte de una de las partes; en los Códigos alemán y suizo no se extingue por dicha causa ni por incapacidad de obrar o de disponer de los contratantes, salvo si en la misma oferta se establece otra cosa. La autonomía de la proposición contractual lleva a reconocer su independencia respecto de la muerte o incapacidad legal que afecte al autor.

La cuestión fué vivamente discutida en Alemania con ocasión de la preparación del Código civil, logrando reconocimiento el sistema de autonomía en los artículos 130 y 153 del Código (1). Los Códigos civiles francés, suizo e italiano, no deciden la cuestión, pero las respectivas doctrinas afirman la extinción de la propuesta por muerte del oferente. El Código austríaco resuelve que no se extingue la proposición por muerte o incapacidad de una de las partes, salvo cuando, por las circunstancias, resulte ser otra la voluntad del proponente (862, p. 4). La legislación soviética configura los efectos de la oferta y de la aceptación inspirándose en el Código alemán, de que son traducción resumida los artículos 131-135 del Código civil ruso (2). El proyecto checoslovaco, que no concede efectos a la muerte o incapacidad sobre la declaración de voluntad emitida, admite que la oferta es obligatoria y puede deducirse, por tanto, que la muerte o incapacidad del oferente no hace caducar la oferta.

Aquí nos interesa destacar la relación del *Antrag* con el precontrato. Faltan en nuestro Derecho, como ya dijimos, normas acerca del proceso de formación del contrato. Aplicando los principios generales veremos que, en armonía con lo expuesto, la oferta habrá de mantenerse por el tiempo necesario, según la naturaleza del contrato o lo estipulado. La muerte o la incapacidad de las partes antes de que haya nacido el contrato extinguen la oferta en nuestro Derecho, pues la intervención de representantes o herederos traerá a la vida un contrato distinto del que no llegó

(1) «Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird.»

(2) «Traité de Droit civil et commercial des Soviets». Eliackevicht. Tager, volumen II, p. 57. París, 1930.

a formarse en verdad. Limitase nuestro Código civil a prescribir, en su artículo 1.262, que la aceptación por carta no obliga al oferente hasta que llega a su conocimiento, y en el 1.258 declara que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (1).

La equiparación de la oferta y el precontrato tiene gran trascendencia. Al no obligar aquélla hasta su aceptación, se haría el precontrato revocable mientras aquel en cuyo favor se hizo no se hubiese mostrado decidido a concluir el contrato futuro. Degenkolb fundaba la distinción en la susceptibilidad de exigir ejecución del *pactum de contrahendo*. Por regla general, revocada la proposición contractual, puede reclamarse a título de indemnización el interés negativo; en cambio, merced al precontrato, cabe pedir la celebración del contrato futuro, y algunas leyes civiles llegan hasta a permitir su ejecución en forma específica. En suma, si entre el precontrato y la oferta obligatoria por cierto tiempo existe una analogía desde antiguo observada por los escritores, ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la oferta es un negocio jurídico unilateral, declaración de voluntad recepticia, necesitada de aceptación, que sólo con el sí del aceptante logra categoría de contrato (2). Nunca representa por sí sola un contrato, sino un elemento esencial de contrato en formación. Por el contrario, en el precontrato hay un contrato perfecto que contiene promesa y aceptación, y no parece posible justificar aquella pretendida identidad.

G) LOS ESPONSALES.—Mucho más discutible se presenta, a nuestro juicio, la posibilidad de incluir entre los precontratos la promesa recíproca de futuro matrimonio o esponsales. Es un caso especial de promesa que corresponde al Derecho de familia.

En el Derecho romano el matrimonio iba precedido de convenios preparatorios. Expresamente dice Girard (3) que le precedían los esponsales. Estos, que al principio producían, caso de inejecución, una acción de daños, más tarde podían ser libre-

(1) Véase Candil: «Naturaleza jurídica de las promesas de recompensa a persona determinada». Madrid, 1914.

(2) No podemos examinar detenidamente la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la proposición contractual. Para unos es un negocio jurídico, especialmente cuando es irrevocable; para otros, declaración de voluntad, o declaración comercial. Véase Vifereanue, ob. cit., pág. 59.

(3) Véase ob. cit., pág. 164.

mente rotos por las partes (1), y en los últimos tiempos daban lugar a penas pecuniarias (2).

En tiempos del matrimonio por raptó (*Raubehē*), del que se encuentran huellas en el Derecho germano, parece que no se conocían los esponsales. En la época del matrimonio por compra existen como un contrato obligatorio bilateral entre el representante de la novia y el novio.

El Derecho canónico distinguía esponsales de presente y de futuro. Estos últimos eran los verdaderos (3). En el Derecho anterior a las modernas codificaciones los esponsales eran contrato que producía derechos y obligaciones. La acción para su ejecución forzosa, aun posible, tenía las reservas necesarias para que no se llegara a la celebración del matrimonio de manera en absoluto coactiva. No contenían los esponsales, según Leduc (4), consentimiento para contraer el matrimonio, pero obligaban a los esposos a prestarlo en fecha determinada. Es opinión generalizada en la teoría y en la práctica del Derecho común la que ve en los esponsales un precontrato obligatorio (5).

En el Código civil francés no hay disposiciones positivas sobre la materia. Se discutió si en caso de rehusar el cumplimiento de los esponsales procedía una indemnización, prevaleciendo el criterio afirmativo, apoyado en el incumplimiento de una *obligatio*

(1) Quien contraía nuevos esponsales sin haber roto los primeros, era culpable de infamia. En el Derecho nuevo se castigaba la ruptura con una pena a consecuencia de la influencia del arra esponsalicia.

(2) En un precioso artículo, debido a Emile Chenou, sobre «Recherches historiques sur quelques rites nuptiaux», se indica que los esponsales se efectuaban por la entrega de una sortija a la novia y el cambio de un beso. El anillo nupcial tuvo gran importancia histórica en la Edad Media; parecía de origen romano, no encontrándose entre griegos ni judíos. El osculum de los esponsales es también un uso romano; Constantino, en una Constitución dirigida a España, le concede efectos jurídicos en relación con las donaciones ante nupcias. Durante la Edad Media, en diócesis como Rennes y París, subsiste en otra forma: al fin de la misa, antes de la comunión, el esposo recibe del celebrante el beso de la paz, que después da a la esposa (osculae). V. ampliamente en *Revue historique de Droit français et étranger*, 1912, pág. 572.

(3) Ver Knecht: «Derecho matrimonial católico», Madrid. Págs. 111 y siguientes.

(4) Cfr. ob. cit., pág. 215.

(5) En tal sentido, Coviello, ob. cit., pág. 116, y Roth, ob. cit., pág. 176.

faciendi para unos, en la responsabilidad por hecho ilícito, según otros. Para Demogue (1), la ruptura de la promesa matrimonial no engendra indemnización ni debe sancionarse por cláusula penal. No teniendo para este Código carácter contractual los esponsales, sin embargo la Jurisprudencia, en los casos de incumplimiento, impone indemnización por daños. Leduc entiende que debe abandonarse tal criterio y atribuir a los esponsales el valor de un verdadero precontrato, o conformándose con una solución ecléctica, fijar una responsabilidad por abandono del proyecto de contrato sin causa justificada (2).

A su vez, el artículo 1.297 del Código civil alemán preceptúa que no puede intentarse con los esponsales una acción para la celebración del matrimonio. Aunque obligan al esposo que rehuse su cumplimiento a indemnizar los gastos proporcionales hechos por la otra parte ante la perspectiva matrimonial (art. 1.298). Según Wolff, constituyen un contrato obligatorio y de Derecho de familia típico, que obliga recíprocamente a contraer matrimonio entre sí a quienes lo celebraron. Este deber obliga a indemnizar. En algunos casos se concederá otra indemnización, la llamada *Deflorationsanspruch*, § 1.300. Para Mitteis los esponsales son un precontrato. Contra la teoría de los precontratos en Derecho de familia y de los esponsales del Código suizo se alega que es de esencia en el precontrato que el contrato principal pueda existir sin él, mientras que conforme al artículo 105 del Código civil suizo, que sigue al antiguo Derecho germánico, los esponsales son requisito indispensable para la conclusión del matrimonio.

En nuestro Derecho, el Proyecto de Código de 1851 miró con escasa simpatía los esponsales, y la ley del Matrimonio civil de 1870 les privaba de fuerza obligatoria. Siguiendo tal criterio, el Código civil español, en su artículo 43, establece que los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento. Con términos claros y contundentes priva nuestra ley

(1) Véase «*Traité des obligations*». Tomo II, pág. 45.

(2) Véase ob. cit., pág. 220, y para Derecho extranjero «*Das Eherecht der Europäischen Staaten und ihrer Kolonien. Die Rechtsverfolgung im Internationalen Verkehr* por Leske y Loewenfeld. Berlín, 1904. (Hay traducción española.)

civil a los sponsales de carácter obligatorio, y no es posible, por lo mismo, atribuirles carácter precontractual, aunque otras razones no se opusieran a ello. El reembolso de gastos en nuestro Derecho (1), como en el italiano, no se fundá en culpa contractual, ni en la culpa aquiliana, ni constituye una aplicación del artículo 1.902, parece que se trata más bien de una culpa *in contrahendo*, u obligación *ex lege*, fundada en especiales consideraciones. Sólo limitándonos al concepto genérico del precontrato podremos estimar como tales las promesas de futuro matrimonio, pero entonces se habrá logrado muy poco respecto de su naturaleza jurídica.

H) VENTAS ESPECIALES.—Gierke (2), con fina perspicacia, distingue entre las variedades especiales del contrato de compraventa: I. La compra para probar (*Kauf zur Probe*), contrato puro que expresa el móvil de su realización y carece de especialidades en su régimen (3). II. La compra sobre modelo o muestra, en la cual se celebra el contrato con ánimo de que la mercancía tenga las mismas cualidades que la muestra (art. 494 del Código civil alemán). III. La compra a prueba o ensayo (*Kauf auf Probe oder Besicht*), que es una compraventa con la condición de que el comprador acepte la mercancía después de la prueba o examen (arts. 495 y 496). Hay autores, como Heck, que no se creen obligados a deslindar los problemas que presentan estas modalidades de la compraventa a prueba, por estimar suficientemente precisa la regulación dada a los mismos en el Código civil alemán.

Töhl y Adler quisieron obviar las dificultades pensando la venta a prueba como un *pactum de vendendum*, y autores de tanta solvencia científica como Windscheid y Coviello sitúan esta figura jurídica como un negocio unilateral que por su realización deviene bilateral.

No creemos que este caso de compraventa reúna las caracte-

(1) Niega la contradicción señalada por algunos entre los artículos 43 y 44 el señor Isábal, en el artículo dedicado a la materia en la «Enciclopedia Jurídica», volumen XIV, pág. 929.

(2) Véase ob. cit., vol. III, págs. 489 y siguientes.

(3) Expresamente decía el antiguo Código de Comercio alemán: «Gekauft ist die Probe und nur sie».

rísticas del precontrato. Conviene recordar que el Código civil español establece que la venta a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida y la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva (art. 1.453).

I) EL CONTRATO NORMATIVO («NORMENVERTRAG»).—Esta figura se considera limítrofe por los escritores con el precontrato. Contrato normativo es aquel contrato por virtud del cual las partes previamente establecen el contenido que han de tener los contratos que se celebrarán después entre ellas o con terceras personas. Se recogen en los contratos de esta naturaleza prescripciones contractuales de un valor primordial, que serán decisoras del contrato que ha de celebrarse en lo futuro. Un caso típico de contrato normativo existe en el contrato de tarifas.

La denominación empleada, contrato normativo, nos parece equívoca, porque todos los contratos son normativos en cuanto establecen los derechos y obligaciones que rigen para los contratantes. Y además, el contrato es ley entre las partes, a cuyo tenor han de ajustarse las respectivas prestaciones. Quizá el rasgo más importante para decidir sobre la inclusión de esta variedad contractual entre los precontratos es que el contrato normativo puro no provoca entre las partes una situación jurídica que determine o, mejor dicho, que les obligue a celebrar un contrato futuro, sino que reglamenta el contenido que deben tener aquellos contratos que «libremente» se celebren por convenio entre las partes (1).

J) DERECHO DE OPCIÓN.—Como consecuencia de la fiebre industrial y de especulación de nuestra época, si no se han originado algunos, se ha puesto en primer plano ciertos contratos, entre ellos el llamado derecho de opción (2). La opción expresa, según el Diccionario de la Academia, libertad o facultad de elegir; la elección misma que se tiene a un oficio o dignidad y el convenio en que bajo condiciones se deja al arbitrio de una persona ejer-

(1) Ver Titze, ob. cit. Opuesto también a la consideración del contrato normativo como precontrato. Y Huzek: «Normenverträge» en «Iherings Jahrb.», Vol. 73, págs. 38 y siguientes.

(2) Gayoso sostiene que en el Derecho romano se hablaba de opción en sentido de elección; así, «optio servi», «optio tutoris», «Cuestiones sobre el contrato de compraventa» en «Rev. de Derecho Privado», 1927.

citar un derecho o adquirir una cosa. Si de esta acepción gramatical pasamos a formular una definición propiamente jurídica, nos encontraremos con una gran variedad de opiniones, derivada de la incertidumbre del contenido del contrato; el Sr. Ossorio, a quien se debe la primera monografía publicada en nuestro país sobre el derecho en cuestión, lo define diciendo que es un contrato por virtud del cual el propietario de una cosa o derecho concede a otra persona por tiempo fijo y en determinadas condiciones facultad exclusiva de adquirirlo o transferirlo (1).

Recientemente se ha publicado entre nosotros un estudio acerca del contrato de opción, debido al Sr. Alonso Moyá. El autor, después de tratar de la opción mercantil, ventas a prima simple y opción civil, considera demasiado angosta la noción del derecho de opción formulada por el Sr. Ossorio, y ve la esencia del derecho de opción «en la facultad que un contratante concede a otro de modo exclusivo para que dentro de cierto plazo decida, sin otra condición que su propio pensar, si quiere o no consumir el convenio concertado en la forma y condiciones estipuladas» (2). Se enumeran como caracteres de la opción ser un contrato preparatorio, consensual, unilateral y conmutativo.

Observa Jossierand (3) que en la práctica comúnmente se llama opción a la promesa de venta. A su vez, Ehrenzweig separa la opción del precontrato, si bien muchos entienden que la opción comprende los precontratos unilaterales y aun aquellos que obligan a la celebración de contratos bilaterales. Aunque la opción no constituye en verdad el precontrato, regulado por el artículo 936 del Código civil austríaco, se les aplica este precepto, si bien en muchas ocasiones se dudará si existe un precontrato o una opción a causa de la confusión terminológica empleada por las partes.

Creemos que el derecho de opción no constituye un precontrato, y puede configurarse mejor como un derecho formador (*Gestaltungrecht*) de los admitidos por la técnica suiza (4). La si-

(1) Véase «El contrato de opción», pág. 57.

(2) Ob. cit., pág. 7. Zaragoza, 1933.

(3) Véase «Cours de droit civil positif français», vol. II, pág. 362. París, 1933.

(4) También puede consultarse el resumen de las Memorias de los Re-

tuación 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 (*Options erklärung*) formar la relación jurídica que proyecta.

INSTITUCIONES QUE PUEDEN ESTIMARSE PRECONTRATOS EN ALGUN ASPECTO

La posibilidad de las obligaciones que resultan de un precontrato sin la existencia del mismo la ha reconocido Degenkolb (1). Existen, además, tipos mixtos a los que queremos referirnos brevemente:

I. EL CONTRATO SOBRE APERTURA DE CRÉDITO.—No es otra cosa, en sustancia—indica Morando—que un contrato por medio del cual una de las partes—por lo general un banquero—se obliga a abrir su caja respecto de otra persona a quien se concede el derecho de obtener hasta un cierto límite, por cierto tiempo y con especiales condiciones, una suma determinada, obligándose la última a la restitución dentro de un plazo (2).

Al referirse Coviello (3) a las diferencias entre este contrato y el pacto *mutuo dando*, indica que el último tiene por objeto el préstamo de una cantidad determinada que ha de entregarse de una sola vez y que precisa otro contrato; la apertura de un crédito tiene una ejecución sucesiva y continuada; su objeto no es una suma de dinero, sino el crédito que la persona a cuyo favor se constituyó el contrato podrá utilizar como y cuando quiera, siempre dentro del máximo prefijado, porque precisamente esa disponibilidad constituye la función privativa de la institución.

gistradores, publicado en el «Anuario» de la Dirección general del ramo, año 1932, pág. 539, y en la legislación española, los artículos 373-376 del Código de las Obligaciones y Contratos para la Zona del Protectorado de Marruecos, art. 9, párr. 12 del Reglamento del impuesto de Derechos reales.

(1) Véanse ob. y art. cit., pág. 48.

(2) Véase «Il contratto de conto corrente», Cedam, 1928, pág. 8. (Hay traducción española.)

(3) Véase ob. cit., pág. 123.

Respecto si el contrato de apertura de crédito (1) puede estimarse precontrato con condición *si volet*, ha de tenerse presente que el beneficiado por aquél obtiene una ventaja, con la confianza de que se realizarán sucesivas entregas que no extinguen los efectos del contrato, mientras que por la conclusión del contrato principal se agota el precontrato. La apertura de un crédito se combina con frecuencia con el descuento de letras, que el beneficiario de ella entrega al otro contratante, constituyendo además hipoteca en garantía de la concesión del crédito, no de las ulteriores operaciones del contrato. Esta hipoteca, según Bolaffio, produce efectos desde la inscripción, garantizando al banquero desde el primer momento y aun antes de haber hecho desembolsos (2).

Defienden también el carácter precontractual del *Kreditöffnungsvertrag* Oser (3) y Becker. Niega que el contrato de apertura de crédito constituye un precontrato de prestar, o un contrato de préstamo (*Ehrenzweig*) (4). Pero no ha dejado de alegarse en contra que este contrato se agota con mantener la disponibilidad de prestar, sin crear el compromiso de emitir una declaración contractual teniendo por objeto el crédito, es decir, la obligación de conceder el crédito cuando lo pida aquel en cuyo favor ha de darse.

II. CONTRATO DE SUMINISTRO.—Aparece en la literatura jurídica el precontrato en relación con algunas de las más importantes variedades de contratos de tracto sucesivo, como los contratos de suministro.

Hay autores, sin embargo, que estudian ambas instituciones; así Roth (5) manifiesta que se comprenden, por lo general, entre

(1) El contrato de apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente, «ouverture du crédit en compte courant», pero no debemos confundirle con el contrato de cuenta corriente. Véase Morando, ob. cit., página 12.

(2) Véase «Legislazione commerciale italiana», pág. 137. Torino, 1934.

(3) Véase «Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das obligationenrecht», pág. 623.

(4) Véase ob. cit., pág. 402. Entre nosotros, Vicente Gella, sin aceptar que la apertura de crédito constituya un precontrato, cree que la operación estudiada es simplemente un acto jurídico integrante de un contrato, que en el presente supuesto resulta de consumación sucesiva. «Introducción al Derecho mercantil comparado», pág. 343, «Labor».

(5) Véase ob., cit., pág. 145.

los contratos de suministro aquellos contratos de compraventa dirigidos a la entrega de cosas contra el pago de un precio, en los que se opera la ejecución por prestaciones que tienen lugar en sucesivos intervalos de tiempo, siendo suficiente en ellos que el contenido del contrato sea determinable, con lo cual se reserva el precontrato para los casos dudosos en que falta esa posible determinación o en que es en absoluto indeterminado el contenido del negocio.

Conviene estudiar aquellos contratos que obligan a recibir una cantidad determinada de mercancías distribuidas en varios plazos, en unos casos objeto del suministro son «las indeterminadas necesidades del aceptante» o la producción íntegra del que suministra. Una variedad de los primeros puede verse en los contratos que obligan a aceptar un *mínimum*. Así con frecuencia se califica de precontrato por la jurisprudencia suiza el convenio según el cual un fabricante o comerciante al por mayor concede a otro la representación general o exclusiva de sus productos: el representante se obliga a adquirir una cantidad mínima o adquirir los mismos productos sólo del concedente. Los contratos de suministro de gas, agua, electricidad, se consideran como precontratos, apareciendo más dudosa la inclusión entre éstos del contrato de suministro de cerveza. Según Geller (1), es el caso en que el dueño de un establecimiento de bebidas contrata por cierto número de años con una fábrica la adquisición de toda la cerveza que necesite en su despacho, que será abonada a los precios corrientes.

El mismo Roth (2) quiere determinar la naturaleza jurídica del contenido de estos contratos de suministro que engendra el compromiso de contratar, igual que el precontrato, y para ello distingue: a) Deber de aceptar (*Bezugverpflichtung*). Se admite un contrato unitario de venta de cosas en cantidad todavía indeterminada, pero determinable por necesidades objetivas, que habrán de entregarse sucesivamente o una obligación única. El

(1) Cfr. ob. cit., pág. 14.

(2) Recuerda Roth algunos precontratos sobre suministro de café, cerveza, etc. El contrato por el que una persona se obliga a proveerse de anti-pirina por medio de la otra parte. Aquel contrato por el que uno se obliga a comprar todas las plantas y flores que necesita el otro contratante, abonándolas al precio del día. Véase ob. cit., pág. 147.

compromiso de aceptar y el de suministrar forman obligaciones unilaterales del vendedor de proveer sucesivamente las mercancías que se necesiten y del comprador de aceptarlas, pagando el precio estipulado. Esta concepción que excluye el precontrato se acomoda poco a la voluntad de las partes. Sin embargo, la significación más característica del deber de aceptar de estos negocios resulta de la circunstancia de que el obligado se ha comprometido a no adquirir los objetos del contrato de terceras personas. Aunque estos contratos envuelven cierta coacción para contratar, como lo reconoce la literatura germánica, no es en la dirección y con los efectos propios del precontrato, sino en el sentido de que las necesidades del aceptante de los productos serán satisfechas por medio de la otra parte. El contrato, como dice Gierke, crea, además, una obligación duradera que se extingue, no por la ejecución, sino por el transcurso del tiempo, y se cumple cada vez que se realiza un contrato de suministro, quedando frente a estos negocios concretos como una obligación de carácter primordial;

b) Deber de suministrar (*Lieferungsverpflichtung*). Han sido calificados por la jurisprudencia, no como obligación de entregar una determinada cantidad de cosas, sino como compromiso para celebrar un futuro contrato de compraventa, obligando, por tanto, a emitir una declaración de voluntad, en cuyo sentido se les considera como precontratos (1).

Geller (2) niega el carácter de precontratos en estos casos, porque estipuladas de antemano todas las recíprocas prestaciones de las partes, sólo es incierta la cantidad de las mismas, que habrá de determinarse no contractualmente, sino por un acontecimiento ajeno a la voluntad de los contratantes: buena o mala cosecha, precios del mercado, necesidades (3).

III. CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD.—El convenio entre dos

(1) Njessen, al referirse al contrato de suministro de energía eléctrica, habla de un contrato básico (*Grundvertrag*), siendo el compromiso de facilitar corriente una oferta general de contrato hecha a los clientes. Con ello el negocio de suministro nacerá por la declaración unilateral del consumidor; al encender una luz se acepta la oferta. Cit. por Roth.

(2) Véase ob. cit., pág. 15.

(3) Sobre el contrato de suministro véase Mossa: «Il contratto di somministrazione». Navarrini: «Trattato elementare di Diritto commerciale», volumen I, pág. 192. Bolaffio, ob. cit., pág. 135.

o más personas para celebrar con sujeción al mismo un contrato de sociedad se ha designado en ocasiones como precontrato. Es preciso que tal pacto haya determinado suficientemente el contrato futuro, a fin de que si surge discusión entre las partes pueda resolver el juez. Convenidos todos los extremos esenciales para la sociedad proyectada en los restantes podrán aplicarse las disposiciones legales. Para decidir si existe contrato principal o precontrato, Oertmann prefiere que decida la voluntad de las partes en estos casos.

También se estiman precontratos los contratos previos a la constitución (*Vorgründungsverträge*), entre ellos se comprenden los contratos que preceden al contrato de establecimiento de una Sociedad por acciones en forma legalmente prescrita. Esos precontratos, dice Roth (1), obligan recíprocamente a los socios a realizar todo lo necesario para la constitución de la Sociedad en la forma debida, otorgamiento del contrato de Sociedad, pago de las acciones y gestiones necesarias para lograr la inscripción en el Registro mercantil.

Se han calificado también de precontratos aquellos convenios por los que uno se obliga a entrar en una sociedad existente, o por los que la sociedad adquiere el compromiso de admitir en su seno a determinada persona (2).

Para Endemann el complejo de los suscriptores es un coche sin caballos. El suscriptor no tiene otra obligación que pagar la cuota establecida. Pero se necesita, además: a), la actividad de los fundadores o promotores (anuncios, trabajos preliminares, busca de local y operarios, preparación y conclusión de contratos, redacción y publicación del proyecto, invitando a suscribir acciones, lugares para la suscripción y convocatoria para la asamblea general); b), contrato de fundación y Sociedad de fundación (3).

Y Staudinger (4) reconoce la existencia de un precontrato en

(1) Véase ob. cit., pág. 166.

(2) Staudinger, en sus comentarios al Código civil, declara que el convenio de tomar a uno como asociado en la propia empresa, sin más detalles, no es obligatorio.

(3) «Manuale di Diritto commerciale», vol. I, pág. 586, y Heinsheimer, «Derecho mercantil», pág. 130, «Labor», 1933.

(4) Véase ob. cit., tomo II, parte segunda, pág. 1.360.

el convenio para la ulterior constitución de una Sociedad, convenio que dependerá de que las partes lleguen a un acuerdo sobre el contenido del contrato futuro.

No podemos insistir sobre casos como los expuestos de naturaleza híbrida. La misma promesa de donar y el *pactum de cambiando* se estiman precontratos impropios, por tener común con los precontratos su naturaleza preparatoria.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500 —

Reservas 65.208.261,45 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores.—Des-cuento y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores.—Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domici-liaciones. créditos comerciales simples y documentarios, etc....

TIPOS DE INTERES

I.— Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II.— Operaciones de ahorro.

A) *Libretas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas. 3 1/2 por 100 anual.

B) *Imposiciones*

Imposiciones a plazo de tres meses. 3 por 100 anual.

Idem a seis meses. 3,60 — —

Idem a doce meses o más. 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297