

El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español*

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

El precontrato de donación, también llamado en ocasiones promesa de donación, es hipótesis que resulta imposible en nuestro Derecho actual, según se acostumbra a decir rotundamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La justificación de esa imposibilidad, sin embargo, no resulta tan clara como correspondería a afirmación tan tajante. ¿Se debe ello a circunstancias propias del precontrato –figura, esta, cuyos requisitos y ámbito de operatividad, además de su mismo concepto, no resultan pacíficos–, o se debe a circunstancias propias de la donación? ¿Es realmente inviable el precontrato en nuestro Ordenamiento? ¿Qué ocurre, entonces, en los casos que se producen en la realidad y que así se denominan? Estas son las cuestiones que en este trabajo se tratan de resolver.

PALABRAS CLAVE

Precontrato. Donación.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación *Sociedad, Mercado y Derecho* (SEJ-584).

Pre-contract of donation: considerations on its possibility or impossibility in Spanish civil Law

ABSTRACT

The pre-contract of donation, also sometimes called donation pledge, is a hypothesis that becomes unfeasible in our current Law, according to what it is usually said categorically both in doctrine and in jurisprudence. The justification for that unfeasibility, however, does not appear as clear as it would correspond to such a categorical statement. Is it due to specific circumstances of the pre-contract –figure, this one, whose requirements and scope of operability, in addition to its very concept, are not peaceful–, or is it due to specific circumstances of the donation? Is this type of pre-contract really unfeasible in our Law? What happens, then, with the cases that take place in reality and that are so called? These are the issues that this paper aims to resolve.

KEYWORDS

Pre-contract. Donation.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Figuras aparente o realmente próximas: la promesa unilateral y la donación obligacional. 1. La promesa unilateral: noción de la misma, y diferenciación con la promesa (precontrato) de donación. 2. La donación obligacional.–III. El precontrato de donación y su viabilidad. La polémica entre las nociones de «precontrato» y de «donación». 1. El precontrato: consideraciones preliminares sobre su concepto, requisitos y ámbito de operatividad. 1.1 Concepto de precontrato. 1.2 Requisitos. 1.3 Ámbito de operatividad. 2. El precontrato de donación: análisis de su viabilidad o no.–IV. Régimen aplicable a las donaciones obligacionales. 1. Capacidad, y formación sin vicios de la voluntad negocial. 2. Perfección del negocio. 3. Objeto. 4. Forma. 5. Revocación y reducción. 6. *Beneficium competentiae*. 7. Sobre la obligación de dar (a título gratuito) generada por el negocio de donación obligacional.–V. Conclusiones.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El de autonomía privada, o de autonomía de la voluntad, es uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema jurídico. Con él se hace referencia al poder que el Ordenamiento reconoce a los sujetos para actuar por sí mismos en la vida, constituyendo, modificando, transmitiendo o extinguiendo relaciones jurídicas en los

términos que consideren mejor conviene a sus propios intereses. Este poder se lleva a efecto a través de la celebración de negocios jurídicos, que son «acto[s] de autonomía privada que reglamenta[n] para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica»¹. Como es fácil entender, la autonomía privada es –por definición– algo que se ejercita libremente, suponiendo por consecuencia que los sujetos pueden tanto celebrar negocios como no hacerlo, así como dar a los mismos un contenido u otro, según estimen oportuno.

El poder que este principio confiere a los sujetos en el ámbito económico-patrimonial es extraordinariamente grande. Pero, aunque grande, no es absoluto sino que tiene límites que no puede traspasar. Así lo establece el artículo 1255 CC, situado en sede de contratos pero aplicable en general a todos los negocios.

Formulado en tales términos, lo dicho no plantea especial dificultad. Otra cosa ocurre, sin embargo, cuando la cuestión se lleva a terrenos más concretos, advirtiéndose entonces que en relación con algunos negocios hay limitaciones o restricciones particulares que en otros negocios no existen, y cuya existencia suscita interrogantes, dificultades o perplejidad.

En este trabajo nos vamos a ocupar de una de esas limitaciones o restricciones, atinente al negocio conocido con el nombre de «precontrato de donación» –también llamado frecuentemente «promesa de donación»: téngase presente que «precontrato» y «promesa de contrato» son denominaciones que se suelen emplear como sinónimas–. En concreto, nos vamos a ocupar de analizar la imposibilidad de celebrarlo que se estima existe en nuestro Derecho.

Esa imposibilidad del precontrato (o promesa) de donación, en efecto, es cosa sostenida comúnmente de modo sentencioso, y de modo tal que parece viene mantenida desde siempre –aunque se vea solo «de tanto en tanto», como corresponde a la relativa poca frecuencia estadística de ese tipo de negocios–: ejemplo de ello son las afirmaciones hechas por el Tribunal Supremo en sentencia relativamente reciente, de 10 de mayo de 2019, que resolvió el recurso de casación negando validez al negocio origen del litigio en base a que «nos encontramos ante lo que doctrinalmente se ha denominado “promesa de donación”», que es «figura que se muestra al margen de nuestro Ordenamiento jurídico». «La promesa de donación de inmuebles –añadía esa misma sentencia, para reafirmar lo dicho–... es ajena a nuestra regulación positiva...»².

¹ Díez-PICAZO, 1993, p. 73.

² RJ 1910/2019. El negocio en cuestión se había celebrado en escritura pública otorgada por D.^a... y D...., y sus estipulaciones eran el siguiente tenor literal:

«Primera: D.^a... se compromete a transmitir gratuitamente a D... los bienes descritos en... [esta] escritura, con todos sus derechos y anexos.

Pues bien, sobre la base de lo apuntado, se plantea entonces la pregunta: ¿por qué no pueden los sujetos celebrar tal negocio, si es el que quieren porque es el que más les conviene –al menos a su juicio– en orden a alcanzar el resultado que pretenden? Es, la dicha, una imposibilidad afirmada a menudo pero cuya justificación, sin embargo, no aparece clara. Y esto es de lo que en este trabajo pretendemos ocuparnos, haciendo una serie de consideraciones que esperamos contribuyan a esclarecer la cuestión.

El adecuado desarrollo de este estudio, ahora bien, requiere, antes de tratar esa cuestión, hacer algunas consideraciones sobre ciertas figuras aparente o realmente próximas –la promesa unilateral y la donación obligacional–, para que la delimitación precisa de estas permita determinar con mayor propiedad la figura que aquí nos ocupa, cuya misma esencia, como veremos, no resulta clara. Por ello, en el punto siguiente empezaremos ocupándonos de esas consideraciones previas –que ya hemos estudiado nosotros en trabajos anteriores, y cuyos resultados aprovecharemos aquí–, para luego, en el punto tercero, dedicarnos ya a la cuestión propia de este trabajo.

II. FIGURAS APARENTE O REALMENTE PRÓXIMAS: LA PROMESA UNILATERAL Y LA DONACIÓN OBLIGACIONAL

1. LA PROMESA UNILATERAL: NOCIÓN DE LA MISMA, Y DIFERENCIACIÓN CON LA PROMESA (PRECONTRATO) DE DONACIÓN

Bajo la rúbrica «negocios jurídicos» se comprenden distintos tipos de ellos. Desde la perspectiva que en este momento interesa, dentro de los negocios jurídicos *inter vivos* se pueden distinguir, al menos en el plano teórico, dos tipos genéricos: contrato, por un lado, y promesa (unilateral), por otro.

Y conviene aquí que nos detengamos un momento a considerar esta última, para contrastarla con la promesa (precontrato) de donación que constituye el objeto de este trabajo, a fin de determinar si son o no la misma figura, o si participan o no de una misma natura-

Segunda: Se fija como plazo máximo para llevar a efecto dicha transmisión el de diez años, a contar desde el otorgamiento de la presente.

Tercera: D.^a... confiere poder especial, tan amplio y bastante como en Derecho se requiera, a favor de D... [el mismo sujeto de la estipulación primera], para que, aun cuando incida en la figura jurídica de la autocontratación [...], pueda otorgar la correspondiente escritura de transmisión gratuita».

leza. Esto se justifica por cuanto ambas figuras, al menos terminológicamente, parecen muy próximas.

Pasamos pues, a continuación, a delinear con cierto detenimiento la esencia y operatividad de la promesa unilateral. Para lo cual, creemos que lo mejor es proceder contrastándola con el otro tipo de negocio *inter vivos* que existe: el contrato.

Qué es un contrato, ahora bien, es cosa de la que prácticamente no resulta necesario decir nada, pues aunque el Código Civil no nos da una noción del mismo, de la consideración conjunta de sus normas –especialmente de los artículos 1089, 1091 y 1254 CC– resulta fácil extraerla: contrato es un negocio de génesis bilateral –i.e., obra de dos sujetos–, que se celebra cuando las voluntades de esos sujetos alcanzan acuerdo al respecto –concurso de oferta y aceptación sobre una cosa y una causa (art. 1262 CC)– y que a partir de entonces deviene eficaz, generando entre ellos relaciones jurídicas, generalmente de tipo obligacional-crediticio.

Las cosas, sin embargo, no son igual de claras cuando se trata de promesa unilateral³. Para determinar su esencia hay que decir que tal promesa es un negocio de génesis unilateral, esto es obra de un único sujeto –el promitente–, cuya sola voluntad basta para celebrar ese negocio, y cuyo efecto es generar una relación obligacional-crediticia entre quien ha formulado tal promesa y el destinatario de la misma. Lo característico de la promesa unilateral es, pues, la existencia de una única voluntad, declarada por su autor con intención firme de quedar vinculado de modo inmediato con la persona a quien la misma va dirigida, sin requerir para ello la aceptación de esta, y con un contenido determinado además, también, solo por aquel⁴. De donde se deriva que, igual que ocurre con el contrato ya celebrado, la promesa unilateral, una vez hecha, es irrevocable⁵. Una promesa unilateral, por tanto, no puede identificarse, ni con la primera de las dos voluntades que se integran en un contrato –la oferta–, ni con un contrato «a medio formar» –pues un contrato no es la suma de dos promesas–.

Pero, así delineada la promesa unilateral, surge entonces inmediata la siguiente pregunta: ¿se encuentra esta figura admitida en nuestro Derecho hoy? La razón de plantear esto es que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato, cuya validez y eficacia no suscitan

³ Para un estudio detenido sobre las promesas unilaterales y su admisibilidad en el Derecho español hoy puede verse nuestro trabajo, 1998, capítulos II-VI.

⁴ Lo cual supone una diferencia fundamental con la oferta de contrato, ya que esta es la voluntad de un sujeto emitida con idea de vincularse con otro pero solo si previamente alcanza acuerdo con él, y con un vínculo cuyo contenido vendrá determinado además generalmente de modo conjunto entre ambos sujetos.

⁵ A diferencia de lo que ocurre con la oferta de contrato, que como regla puede ser revocada por su autor mientras no sea aceptada.

ninguna duda, la promesa es un negocio cuya admisión como fuente general de obligaciones jurídicas ha sido tradicionalmente negada –y sigue siéndolo hoy–, con base en diversos argumentos.

De entre esos argumentos, destacan tres. Uno es, que no existe en nuestro Derecho precepto positivo ninguno que contemple esta figura como fuente general de obligaciones –se destaca en este sentido el artículo 1089 CC, que no la menciona–, añadiéndose que el Tribunal Supremo ha dicho en alguna ocasión que la relación de fuentes que en ese precepto se hace tiene carácter exhaustivo⁶. El segundo argumento es, que admitir esa figura se estima conllevaría violentar el principio de independencia patrimonial de las personas, pues supondría facultar a un sujeto –el promitente– para hacer ingresar el efecto de tal promesa en el patrimonio del sujeto destinatario de la misma –el promisorio– sin haber este manifestado previamente su voluntad favorable en ese sentido: para que tal principio sea respetado –se arguye–, es imprescindible contar previamente con esa voluntad, resultando entonces que la misma se integra en el negocio generador de tales efectos, que deviene en consecuencia bilateral, esto es contrato⁷. El tercer argumento se cifra en considerar que tales promesas resultan inconciliables con un sistema causalista como es el nuestro, por estimarse que no pueden responder en ningún caso a una causa válida y atendible⁸; otros autores, con un planteamiento más moderado, consideran sin embargo que en casos puntuales las promesas unilaterales sí podrían responder a una causa lícita –casos que son, se suele decir, la promesa pública de recompensa, el concurso con premio, la promesa hecha en cumplimiento de obligación natural y los títulos-valores–, por lo que admitirían su existencia, aunque solo en esos casos tasados⁹.

Este rechazo a las promesas unilaterales, ahora bien, debe hoy tenerse por superado, por cuanto las objeciones aducidas en contra de las mismas, o bien no son atendibles, o bien se pueden salvar. Es así, por lo siguiente.

La primera de las objeciones apuntadas, porque se refuta de modo simple advirtiendo que el artículo 1089 CC no es un precepto de eficacia propiamente normativa sino de mero carácter enunciativo o clasificatorio, que no constituye por tanto una relación cerrada de las fuentes de las obligaciones en nuestro Ordenamiento y que, por consecuencia, no impide admitir otras fuentes aunque no

⁶ SSTS 25 de abril de 1924 (Colección legislativa núm. 48) y 25 de abril de 1928 (Colección legislativa núm. 75). En la doctrina, *vid.* ROCA SASTRE, 1948, pp. 206-207 (aunque luego matiza esta idea); PUIG PEÑA, 1966, p. 44; DÍAZ PAIRO, 1948, p. 14.

⁷ BARASSI, 1948, t. II, p. 302; DÍAZ PAIRO, 1948, p. 15; PUIG PEÑA, 1966, p. 44; ALBALADEJO, 1972, p. 476; C. B (CASTRO Y BRAVO): ADC, 1973, pp. 1161-1163.

⁸ PUIG PEÑA, 1966, p. 55; CASTIGLIA, *Riv. Dir. Comm.*, 1983, p. 330.

⁹ GALGANO, 1992, p. 230; CASTRO Y BRAVO, 1967, p. 213.

estén mencionadas en él. Esta idea, de hecho, es hoy prevalente en nuestra doctrina¹⁰, pudiéndose añadir que las afirmaciones en contrario contenidas en las sentencias del Tribunal Supremo antes aludidas no constituyen siquiera un obstáculo serio en este sentido, ya que no tuvieron valor de *ratio decidendi* sino que fueron hechas a mayor abundamiento, habiendo además muchas otras sentencias, y de fecha posterior, que se muestran en contra del carácter exhaustivo del artículo 1089 CC¹¹.

La segunda objeción se rebate considerando, que si bien el principio de independencia patrimonial de los sujetos no puede ser cuestionado en sí mismo –pues a toda persona debe reconocerse señorío para decidir qué entra, y qué no, en su esfera patrimonial–, sí puede serlo sin embargo en cuanto al expediente a través del cual esa independencia se hace efectiva. Y es que, aunque tradicionalmente esa independencia se ha articulado a través de la exigencia de aceptación contractual como mecanismo único en ese sentido, hoy es razonable considerar que en algunos casos puede hacerse efectiva a través de un mecanismo distinto¹². Para evidenciar esto hay que partir de la base de que, a diferencia de lo que ocurre en los contratos, que como regla son onerosos y generan por tanto cargas –obligaciones– para las dos partes, en las promesas sus efectos son plenamente beneficiosos para su destinatario, ya que es el promitente quien asume toda la carga o parte pasiva –la obligación– de la relación jurídica que esas promesas pretenden originar, al tiempo que el promisorio recibe solo la parte activa de la misma –el derecho de crédito correlativo a esa obligación–. En las promesas unilaterales, en efecto, quien queda obligado es solo el sujeto que promete, no aquel a quien se hace la promesa –esto es consustancial a esta figura–. Pues bien, siendo esto así es razonable entonces considerar que en tal caso se puede atender satisfactoriamente al principio de autonomía patrimonial de los sujetos mediante un mecanismo distinto del tradicional, mecanismo distinto que se cifra en sustituir la carga de tener que intervenir activamente el destinatario de ese efecto en el negocio fuente del mismo mediante una aceptación de carácter contractual, por la posibilidad de rechazar con virtualidad retroactiva el efecto que le ha sido atribuido, haciendo como si nunca se hubiera producido si, a pesar de su carácter netamente beneficioso

¹⁰ *Vid.*, entre otros, FERRANDIS VILELLA, *ADC*, 1958, p. 134; LALAGUNA, 1978, pp. 76 ss; HERNÁNDEZ GIL, 1988, t. III, p. 218; CASTÁN, 1992, t. III, p. 94.

¹¹ *Vid.*, a mero título de ejemplo, las SSTs: 1 de diciembre de 1955 (Colección legislativa, núm. 78), 13 de noviembre de 1962 (RJ 4288/1962), 15 de febrero de 1966 (RJ 492/1966), 30 de septiembre de 1975 (RJ 3408/1975) y 17-10-1975 (RJ 3675/1975).

¹² *Vid.*, en términos generales, DONISI, 1972, capítulos II y III; BENEDETTI, 1969; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1985, pp. 153-165; ANTUNES VARELA, 1970, p. 277; GOMÀA, 1968, p. 104.

para él, no lo quiere. Resultando así que el principio de autonomía patrimonial se ve salvaguardado también en este caso, aunque a través de un expediente compatible con la génesis unilateral del negocio que, además, es más ajustado a las circunstancias del caso –ya que el *id quod plerumque accidit* nos dice que las personas, por lo general, admiten lo que les favorece sin tener que dar nada a cambio–¹³. Pudiéndose apuntar aquí, para respaldar esto, que un expediente similar opera en nuestro Ordenamiento en diversos supuestos –pacíficamente admitidos– en los que se realiza una atribución patrimonial a favor de un sujeto sin haber intervenido este en el negocio generador de la misma: *vid.*, *v.gr.*, lo que ocurre con las promesas públicas de recompensa, las promesas hechas en cumplimiento de obligación natural, las estipulaciones a favor de tercero (art. 1257.2 CC), las hipotecas de constitución unilateral (art. 141 LH), los legados de cosa específica y determinada propia del testador (arts. 882 y 888 CC), etc.

Y la tercera objeción apuntada, hay que decir que tampoco es atendible. La razón, ahora bien, no es que a estas promesas no sean aplicables las exigencias causales que en relación con los negocios son propias de nuestro sistema, pues este es netamente causalista, y no cabe por tanto pensar en una excepción en relación con las promesas unilaterales. La razón, partiendo de que «causa» de un negocio es la concreta función práctica que se pretende alcanzar por su autor o autores al celebrarlo, es que no es posible afirmar apriorísticamente que las promesas unilaterales no pueden nunca estar sustentadas en una causa lícita, ya que la valoración de si una promesa responde o no a una causa atendible es algo que solo puede hacerse atendiendo a cada caso concreto. No siendo posible tampoco plantear que un sujeto no puede nunca tener una causa lícita para querer cargar sobre sí una obligación a favor de otro, dado que en tema de causa rige en nuestro Derecho un principio de *numerus apertus*¹⁴.

Con lo dicho, sin embargo, la cuestión no puede considerarse definitivamente zanjada, pues una cosa es que las objeciones que tradicionalmente se han aducido contra las promesas puedan ser salvadas, y otra que estas promesas hayan de ser admitidas en nuestro Derecho: nótese que, aunque el Código Civil no prohíbe esta figura, en todo caso no la tuvo en consideración, respondiendo ello al parecer común de su tiempo a ese respecto.

¹³ Téngase en cuenta que no se trata de producir, para el destinatario de la promesa, efectos contra su voluntad, sino simplemente de operarlos sin requerir la intervención activa de su voluntad. Esta distinción –contra/sin su voluntad–, apuntada en su día por WORMS, 1891, p. 110; la reitera más recientemente MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1985, p. 162.

¹⁴ DELL'AQUILA, *RDP*, 1979, p. 799; DONISI, 1972, pp. 218-249; DEMOGUE, 1923, t. I, pp. 59-60.

Por eso, después de haber rebatido los argumentos en contra de la misma hay ahora que analizar si existen razones positivas que hagan a esta figura merecedora de reconocimiento en nuestro Ordenamiento actual. Pues bien, esas razones existen. Derivan, una, del principio de autonomía privada, y otra, del principio de protección de la confianza legítima.

El primer principio, como antes se dijo, es el poder que el Ordenamiento reconoce a los sujetos para que atiendan a sus intereses constituyendo relaciones jurídicas en los términos que consideren mejor les conviene: pues bien, esto, además de al contrato, es perfectamente aplicable también a la promesa unilateral, siendo así que esta idea se ve aquí incluso reforzada, por cuanto en este caso la voluntad del promitente es generar una obligación a su cargo y a favor de otra persona, sin exigir de esta nada a cambio¹⁵. Y el segundo principio, por su parte, también es aplicable a esta figura, pues no cabe duda de que la promesa que un sujeto hace a otro, cuando es firme y responde a una causa atendible, genera en este una confianza legítima –de que va a recibir lo que le ha sido prometido en firme– que el Ordenamiento, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, no puede luego dejar desamparada, permitiendo al promitente burlarla¹⁶.

¹⁵ Este fundamento fue propugnado primeramente por WORMS, aunque en términos inadecuados por excesivos: «Je dois pouvoir par ma seule volonté modifier ma propre situation, car j'ai des droits souverains sur moi-même. Je puis donc, par une déclaration unilatérale, m'obliger envers autrui» (1891, pp. 6 y 200; en España, el principal paladín de la concepción radical de Worms fue BONILLA SANMARTÍN, *RGLJ*, 1901, pp. 223 ss y 509 ss).

En tales términos radicales, sin embargo, este fundamento está hoy muy desvalorizado, considerándose que lleva a incurrir en contradicción entre lo que es, de un lado, presupuesto esencial de la idea de obligación –que el deudor no puede, por su sola voluntad, sustraerse a ella–, y lo que, del otro, se piensa sería forzoso concluir si este fundamento se admitiera: que, si la sola voluntad de un sujeto puede hacer nacer una obligación a su cargo, igual podrá después desligarse de ella por sí sola (DÍAZ PAIRÓ, 1948, p. 15; LACRUZ, 1985, p. 174; MARTY y RAYNAUD, 1962, t. II.1.º, p. 277; MAZEAUD, 1969, t. II.1.º, pp. 298 ss; DEMOGUE, 1923, t. I, p. 54). Esta crítica, ahora bien, en verdad no es sino una petición de principio, pues, si se admite que la promesa de un sujeto produce efectivamente obligación jurídica a su cargo, resulta entonces, por hipótesis, que esa misma voluntad no puede después desligarse de ella por sí sola (así lo destacan FLOUR y AUBERT, 1975, p. 379; y GOMAA, 1968, núm. 94). No es contradictoria en modo alguno, por tanto, la idea de una obligación de nacimiento voluntario a través de negocio de génesis unilateral. Y, por ello, la atendibilidad del principio de la voluntad como fundamento válido de las promesas unilaterales debe afirmarse rotundamente.

¹⁶ Este fundamento es hoy el dominante entre quienes se muestran favorables a la promesa unilateral: *vid.* PUIG BRUTAU, 1959, t. I.2, pp. 82 y 85 ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1985, pp. 203 ss. En países de nuestro entorno, SACCO, 1958, vol. I, pp. 661 ss; DELL'AQUILA, *Studi Senesi*, 1975, pp. 261-262; SBISÀ, 1974, pp. 45 ss; CASTIGLIA, *Riv. Dir. Comm.*, 1983, p. 330; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, 1906, t. I, p. 40; DEMOGUE, 1923, p. 52; MARTIN DE LA MOUTTE, 1951, p. 266; ANTUNES VARELA, 1970, p. 280. Algunos de estos autores, sin embargo, se fijan en demasía solo en este fundamento, sin atender al principio de la voluntad, lo cual es, a nuestro entender, incorrecto.

La validez y eficacia de las promesas unilaterales viene, así, fundamentada en los dos principios referidos, que han de considerarse conjuntamente, no en términos de alternativa entre ellos. Es la conjunción de ambos factores lo que sustenta la procedencia de dar respaldo jurídico a esa figura, sancionando lo prometido con obligatoriedad¹⁷.

Sentado lo cual, recapitulamos entonces lo dicho apuntando que las promesas unilaterales son negocios a los que hay que reconocer validez y eficacia en nuestro Derecho actual como fuente general de obligaciones, siempre que se ajusten a los presupuestos que su naturaleza y el Ordenamiento imponen. Esto es, que la voluntad del promitente sea constituir por sí solo una relación obligacional-crediticia, sin requerir para ello la intervención activa del destinatario en el negocio fuente de la misma¹⁸; que la obligación que con ella se pretende generar la asuma enteramente quien formula la promesa, atribuyendo a su destinatario solo el derecho de crédito correlativo a tal obligación (lo cual puede suponer excepcionalidad de la figura desde un punto de vista estadístico, pero no jurídico); que la promesa responda, en cada caso concreto, a una causa lícita y atendible (y compatible con la naturaleza unilateral del negocio, porque no trate de articular una operación de cambio); y que se permita al destinatario de la misma rechazar con virtualidad retroactiva la atribución que se le hace si, no obstante su carácter plenamente favorable, no la quiere.

¹⁷ Esta obligatoriedad de la figura, además de ser solución justa y adecuada a la luz de los principios, es también conveniente desde el punto de vista práctico. Considérese en este sentido, sobre la base de que permitir al declarante revocar *ad nutum* lo previamente prometido no resulta en modo alguno aceptable, que cualquier otra solución –que cabe la revocación, pero debiendo el promitente indemnizar al promisorio los daños y perjuicios causados por la misma; o que la promesa es irrevocable pero que en todo caso debe ser contractualmente aceptada por el promisorio, si bien esa aceptación se advierte en el hecho de reclamar este lo prometido– no resulta satisfactoria. La primera solución, porque la indemnización dineraria no satisface siempre la confianza defraudada. Y la segunda, porque no es admisible valorar como aceptación contractual lo que es solo exigencia o ejercicio de un derecho que ya se cree tener. En cambio, si se reconoce auténtica virtualidad obligacional a estas promesas, el resultado es que el declarante queda obligado a cumplir lo prometido –esto es, a hacer el sacrificio previsto y querido por él al formular la promesa, *in natura*–, y que el promisorio ve enteramente satisfecha su confianza.

¹⁸ Nótese en este sentido que, aunque la operación sea plenamente beneficiosa para su destinatario, la no intervención activa de este en el negocio fuente de la misma no es algo forzoso sino una posibilidad que queda en manos del sujeto que asume la carga de tal operación, en función de cómo configure su voluntad (principio de autonomía de la voluntad). Pues, si lo hace requiriendo la aceptación del destinatario de la misma, el negocio en cuestión no se perfeccionará ni vinculará al declarante mientras su voluntad no sea aceptada por aquel, y entonces será de génesis bilateral (un contrato). Solo será negocio de génesis unilateral (promesa) si su ánimo es el de obligarse a favor de otro por la fuerza de su sola voluntad, sin requerir para ello la aceptación del destinatario.

Es verdad que este planteamiento no cuenta en nuestro Derecho con el respaldo de ningún precepto, diversamente a lo que ocurre en la mayoría de los Ordenamientos de nuestro entorno, que sí contemplan a nivel positivo casos concretos de promesas¹⁹. Pero esto, antes que un inconveniente puede considerarse incluso una ventaja, pues al no existir normas –con sus habituales defectos y limitaciones– se deja al jurista con el planteamiento teórico referido en toda su amplitud, lo que permite dar respaldo jurídico a todas las promesas que sean dignas de tutela, aunque no estén tipificadas en normas positivas.

Dicho lo cual es tiempo entonces de volver a la cuestión que al inicio de este apartado quedó planteada: ¿son, la promesa unilateral y la promesa (o precontrato) de donación, la misma figura?

La pregunta tiene razón de ser porque, si efectivamente se tratara de la misma figura, la imposibilidad de celebrar promesas (o precontratos) de donación que al comienzo del trabajo apuntamos se viene afirmando tradicionalmente y de forma sentenciosa se vería rebatida, al menos en lo que atañe al elemento «promesa», con lo que en las páginas anteriores ha quedado dicho. ¿Se trata –volvemos, por ello, a repetir la pregunta– de la misma figura?

Pues bien, a esto hay que contestar rotundamente que no, por dos razones.

Una, porque la promesa unilateral en sentido propio es un negocio perfecto y acabado en sí mismo, que no mira en absoluto a la celebración ulterior de otro negocio –una vez celebrada esta promesa, solo queda que el promitente cumpla materialmente la obligación surgida a su cargo y a favor del promisario–, mientras que la llamada «promesa (precontrato) de donación», aunque su esencia no sea cosa del todo clara –ya se avanzó esto en un momento anterior, postponiendo la cuestión para el punto tercero del trabajo–, en todo caso sí resulta claro que constituye un negocio cuya virtualidad es vincular de alguna forma a las partes del mismo a celebrar en el futuro otro negocio, o al menos a realizar en el futuro cierta actividad jurídica necesaria –indispensablemente– para el cumplimiento del mismo.

Y otra, porque, aunque la esencia del precontrato o promesa de contrato no sea del todo clara, de lo que en todo caso no hay duda es de que se trata de un negocio de carácter contractual, esto es de un negocio cuya celebración requiere el concurso activo de las dos partes concernidas en la operación. La expresión «promesa de donación» seguramente se explica –no decimos que se justifica– por

¹⁹ *Vid.* artículo 1987 CC italiano; § 305 BGB; artículo 457 CC portugués; artículos 8 y 846 ss Código de Obligaciones suizo.

cuanto la operación que con ella se pretende realizar viene animada por causa de liberalidad –consiste en una atribución patrimonial que un sujeto quiere hacer a otro sin pedirle nada a cambio, para enriquecimiento de este– pero con la peculiaridad de tener cierto carácter de futuridad. Este «carácter de futuridad», ahora bien, sea lo que sea –de ello trataremos igualmente en el punto tercero del trabajo–, no quita que el negocio en cuestión sea de naturaleza contractual. En esto no hay duda ni discusión ninguna. De donde se deriva entonces una diferencia sustancial entre una figura y otra, dado que la promesa en sentido propio es negocio de génesis unilateral, esto es, obra de la voluntad de un solo sujeto (el promitente).

No cabe, pues, confundir ni mezclar la promesa unilateral (en sentido propio) con el precontrato o promesa de donación, porque aunque entre ellos exista cierta proximidad desde el punto de vista de los efectos –ya que son, en ambos casos, plenamente beneficiosos para una de las partes, asumiendo la otra todo el peso de la operación–, desde el punto de vista de vista conceptual y de su génesis son figuras radicalmente distintas.

La similitud entre esas figuras no puede, pues, ir más allá de lo dicho. Lo que determina que el debate sobre la admisibilidad o no del precontrato o promesa de donación haya de resolverse con absoluta independencia de lo que se considere en relación con las promesas unilaterales en sentido propio. No cabe, en modo alguno, resolver aquel con argumentos propios de este.

2. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL

Delineada debidamente en el apartado anterior la noción de «promesa» –uno de los dos términos que, al menos desde un punto de vista literal, componen la denominación de la figura objeto de estudio aquí: la promesa (o precontrato) de donación–, procede ahora que tratemos del otro término –«donación»– que integra esa denominación.

Aquí, la cuestión se cifra en determinar si en nuestro Ordenamiento actual la donación es un negocio de eficacia traslativa (dispositiva) u obligacional. Esto es, si la atribución patrimonial gratuita en que toda donación consiste se produce como efecto directo e inmediato del negocio donatorio, sin obligación intermedia entre uno y otro, o si por el contrario tal resultado se articula de forma mediata, por la vía de una obligación interpuesta. Se trata de una cuestión cuya resolución previa es necesaria para este estudio, pues si la eficacia de la donación fuera siempre y necesariamente traslativa esto dejaría casi zanjada definitivamente, y de modo negativo,

toda disquisición acerca de la admisibilidad del precontrato o promesa de donación en nuestro Derecho, dado que esta figura viene caracterizada –ya se ha dicho antes– por una cierta idea de futuridad, lo que supone que durante un tiempo los efectos de la misma se han de mover en el plano obligacional.

Hemos de plantearnos aquí, pues, cuál es la operatividad de la donación en nuestro Derecho hoy. ¿Es posible, en él, configurar una donación de eficacia no dispositiva sino meramente obligacional? ¿Cabe hablar de una obligación de dar contraída *donationis causa*, o debe por el contrario considerarse tal hipótesis como un absurdo jurídico, o al menos como un imposible en nuestro Ordenamiento actual?

Se trata de un tema en el que, después de muchos estudios, sigue sin llegarse a una solución del todo pacífica²⁰. Disputan el campo dos tesis principales.

Una, que fue casi indiscutida desde el siglo XIX hasta los años cuarenta del siglo XX –pero que luego ha seguido teniendo valedores–, sostiene que la donación es negocio de eficacia meramente obligacional, necesitado por tanto de un acto complementario de *traditio* para transmitir al donatario la cosa objeto de la misma²¹. La otra tesis, que a partir de los años cuarenta del siglo XX ha ido ganando terreno hasta el punto de ser hoy prevalente en la doctrina, sostiene que la donación es negocio de eficacia inmediatamente traslativa, no necesitado por tanto de entrega o *traditio* para producir el efecto transmisivo que pretende²².

La primera de esas tesis, sin embargo, no se sustenta en una fundamentación sólida. Es, más bien, fruto de la premisa de que parte –el negocio de donación es título que debe ir seguido de *traditio* para operar el traspaso jurídico-real, porque esa es la operatividad normal de los contratos en el Derecho español, y la donación es un contrato–, siendo así además que esa premisa –que la donación es un contrato– no se apoya en argumentos positivos de peso que la respalden: en este punto, los partidarios

²⁰ Hemos estudiado con detenimiento esta cuestión en *RCDI*, 2019, pp. 571-598. Sin perjuicio de lo cual, *vid.* también CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 403-472, espec. 444-472; VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 323 ss; SÁNCHEZ-BLANCO, *Información jurídica*, 1952, pp. 795 ss; PUIG BRUTAU, 1956, t. II, 2.º, pp. 59 ss; FERRANDIS VILELLA, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 329-361 y 579-609; LALAGUNA, *RDP*, 1964, pp. 275-299; *Id.*, *RDP*, 1973, pp. 383-411; DE LOS MOZOS, *RDP*, 1971, pp. 803-821; LACRUZ BERDEJO, 1986, pp. 121 ss.

²¹ *Vid.* GUTIÉRREZ, 1871, t. V, pp. 82 y 87; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, 1881, t. II, p. 380; SÁNCHEZ ROMÁN, 1899, t. IV, capítulo XXII, núms. 3, 5 y 48 ss; DE DIEGO, 1913, t. III, pp. 32, 45-46; ÁLVAREZ SUÁREZ, 1945, p. 118. En tiempos más recientes, ESPÍN, 1957, pp. 505-507; PUIG PEÑA, 1966, pp. 652, 654-657; ALBALADEJO, 1991, t. VIII.2, *ad art.* 618, pp. 10 ss; CASTÁN, 1915, t. IV, pp. 219 ss.

²² Por ser hoy mayoritaria, no requiere aquí cita de autores.

de esta tesis se limitan fundamentalmente a criticar los obstáculos con que tal idea se encuentra²³.

La segunda tesis, en cambio, presenta un fundamento mucho más amplio y profundo, apoyado en argumentos literales²⁴, de conjunto²⁵, sistemáticos²⁶ e históricos²⁷. Argumentos, estos, que si bien no son todos inequívocos si se consideran de forma aislada,

²³ El único argumento positivo en que los partidarios de esta tesis, en general (salvo DE LOS MOZOS, *RDP*, 1971), sustentan la misma, se cifra en la exigencia de aceptación del donatario de que hablan los artículos 618 y 629 CC y en la remisión que el artículo 621 CC hace a las disposiciones generales del Código en tema de obligaciones y contratos, para todo aquello que no esté regulado en el título dedicado a las donaciones.

²⁴ Se atiende aquí a los términos «acto» y «dispone» que emplea el artículo 618 CC al definir la donación. Y, con respecto al término «acto», se apunta que si bien ha sido tradicional explicarlo con base en el denominado «error de Napoleón», esto no puede mantenerse para nuestro Código Civil, por ser español y no francés, y por ser de fecha casi cien años posterior. Ese término, se dice, «responde a un criterio conceptual del legislador», criterio que se encuentra considerando el otro término destacado del precepto («dispone»), que implica «un concepto totalmente distinto de obligar [...], pues mientras los [negocios de disposición] tienen por objeto directo e inmediato operar la transmisión patrimonial, los [negocios de obligación] la operan... por el rodeo necesario de una obligación interpuesta, cuyo cumplimiento o pago operará la transmisión» (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 454; también VALLET, 1978, pp. 344-345; RODRÍGUEZ ADRADOS, *AAMN*, 1968, p. 442, nota 38; LACRUZ, 1986, p. 121).

²⁵ «Toda la regulación contenida en el Título II [del Libro III] del Código –dice VALLET– es acorde con [la eficacia inmediatamente transmisiva de la donación]» (1978, p. 345). Es así, se dice también, porque «no se percibe nunca en su articulado alusión alguna a la idea de obligación, como situación intermedia entre la voluntad y la transmisión» (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 456; PUIG BRUTAU, 1956, pp. 63-64). Con esta misma orientación se destacan también los artículos 634 y 635 CC, que establecen que objeto de las donaciones han de serlo necesariamente bienes presentes, «esto es, de los que se puede “disponer” al tiempo de la donación», y que excluyen las donaciones de cosa futura: «si la donación fuese un negocio obligacional –se plantea–, ¿qué inconveniente habría en la donación de cosa futura?» (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 457).

²⁶ Pues el legislador, en el artículo 609 CC, separa los negocios dispositivos típicos, como el testamento y la donación, de aquellos otros negocios que realizan la transmisión a través de una obligación previa de dar seguida luego de *traditio*, circunstancia que se confirma cuando el Código desarrolla toda la regulación de la donación en el libro III, dedicado a «los modos de adquirir la propiedad», y entre la ocupación y la sucesión, cuyo carácter directamente adquisitivo no ofrece la menor duda (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 455-456; VALLET, 1978, pp. 348-439 y SÁNCHEZ-BLANCO, *Información Jurídica*, 1952, pp. 806-807; FERRANDIS VILELLA, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 344-345; LALAGUNA, *RDP* 1964, p. 284; LACRUZ, 1986, pp. 126-127; Díez-PICAZO, *ADC*, 1966, p. 563).

²⁷ Desde el punto de vista histórico, ahora bien, es fundamental distinguir épocas, ya que el planteamiento al respecto ha ido cambiando a lo largo del tiempo.

En el Derecho romano, desde que la donación se configuró como negocio autónomo –en el año 316, con una ley del emperador Constantino (Codex, 8, 53, 25)–, hay que considerar dos períodos: uno primero, a partir de esa ley, en el que la donación tendría solo carácter traslativo, y otro, con Justiniano, en el que se admitiría que podía tener tanto eficacia traslativa (en la práctica la más frecuente) como obligacional (BIONDI, 1961, XII, t. IV, núms. 17-18; ARCHI, 1964, t. XIII, núm. 19 a); VALLET, 1978, pp. 326 ss).

En el Derecho Común no se encuentra una idea clara, en tanto se advierten en él tres orientaciones. Pues para PLACENTINO parece que tenía eficacia traslativa (VALLET, 1978, p. 330, tomado de BUSSI; en el mismo sentido parece pronunciarse también AZON, al decir de BELLOMO, 1964, t. XIII, núm. 4). PAULO DE CASTRO, en cambio, pareció sostener su carácter obligacional (VALLET, 1978, p. 330, tomado también de BUSSI). Y ACCURSIO, por su parte, parece que admitió tanto la donación traslativa como la de eficacia obligacional (BELLOMO, 1964, t. XIII, núm. 4, quien además señala que «questa tesi,

tomados en conjunto sí llevan claramente a la conclusión de que el entendimiento mejor fundado en este tema es el que proclama la eficacia inmediatamente traslativa de la donación regulada en nuestro Código Civil –en el título II de su libro III: artículos 618 y

più prudente, finiva coll'afferarsi al tempo dei commentatori: Bartolo...»; también DE LOS MOZOS, *RDP* 1971, *op. cit.*, p. 808).

En nuestro Derecho histórico, el Fuero Juzgo (Libro V, Título II, ley VI) y el Fuero Real (Libro III, Título XII: leyes I, II y X) parecen seguir una concepción de la donación de virtualidad solo traslativa (aunque el tenor de los textos no impide divergencias en su entendimiento), mientras que las Partidas (Partida V, Título IV, ley IV) parecen admitir también la donación obligacional (aunque tampoco el texto es inequívoco).

Los autores castellanos más destacados en el tema, por su parte, cabe entender distinguieron los dos tipos dichos de eficacia de la donación. Así ANTONIO GÓMEZ, quien afirmó que «donatio sit et celebratur dupliciter. Primo modo, “traditione rei”. Secundo modo, “promissione”»; «Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri causa donationis; quia tunc statim valet et perficitur donatio, et transit dominium et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, et causa donationis. Quo casu nulla oritur actio vel obligatio ipsi donatario pro ipsa re, cum eam habeat (...). Promissione, quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare vel tradere aliquam rem. Quo casu de iure antiquo requiribatur solemnitas stipulatio, et talis contractus celebrabatur verbis. Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic fit solo consensu partium» (1768, t. II, capítulo IV, núm. 1). También PICHARDO DE VINUESA: «dupliciter enim donatio considerari debet, aut praesens, quae acquisitio est, et traditione confirmatur..., aut futura, quae est obligatio de donando...» (1657, libro II, t. VII, § *Aliae autem, Sciendum*, núm. 9). Y LUIS DE MOLINA (S. I.), 1602 (pero ed. de 1943), t. II, vol. I, disputaciones CCLIV, núm. 14, y CCLXXIII, núms. 2 y 3. Y, sobre esta base, dice VALLET –1978, pp. 332 ss, apoyándose en ANTONIO GÓMEZ (II-II, núm. 35, y II-IV, núm. 3) y en LUIS DE MOLINA (disp. CCXLI, CCLII, CCLXIII, CCLXIX, CCLXXII, CCLXXIII, CCLXXIV)– que los clásicos distinguieron las características propias de cada una de esas modalidades, sintetizadas así: a) La donación traditoria opera *per se* la transmisión del dominio, mientras que la donación promisoria solo genera obligación de entregar a cargo del donante; b) La donación traslativa excluye que pueda versar sobre bienes futuros; lo contrario ocurre, en cambio, cuando se trata de donación obligacional; c) En la donación traslativa, el donante no responde por evicción ni por saneamiento, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de donación promisoria; d) La donación traditoria requiere, por parte del donante, posibilidad objetiva de disponer; en la donación promisoria, en cambio, basta la capacidad de obligarse. DE LOS MOZOS, sin embargo, discrepa de lo anterior considerando que en nuestro Derecho histórico la donación precisaba siempre de *traditio*, aunque fuera instrumental y de realización simultánea a la celebración de la donación (*RDP*, 1971, p. 810).

¿Cuál es el entendimiento más correcto de esos antecedentes históricos? La cuestión es difícil. Para nuestro propósito, ahora bien, pensamos que no resulta necesario empeñarnos en resolverla de forma definitiva, porque esos antecedentes son demasiado lejanos para determinar por sí solos la realidad actual. Más importante para esta es un factor más cercano en el tiempo: el *Code* francés del año 1804, en el que se establece que la donación conlleva transmisión inmediata de la propiedad (*vid.* su artículo 894). Y resulta un factor más trascendental, porque el *Code* fue la obra legislativa que dominó el ambiente del siglo XIX y que tuvo influencia más importante en nuestro Código Civil (claro exponente de ello es el tenor del Proyecto de Código Civil de 1851: cfr. GARCÍA GOYENA, 1852, t. II, ad arts. 548 y 941). Por eso, aunque en la doctrina patria no hubiera unanimidad en este tema (*vid.* GUTIÉRREZ, 1871, t. III, pp. 34 ss, y t. V, pp. 82 y 87; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, 1881, p. 380), es plausible entender que nuestro Código siguió la regulación de la donación en su libro III, dedicado a «los diferentes modos de adquirir la propiedad»; por qué el artículo 609 CC la considera separadamente de los contratos que transmiten el dominio mediante *traditio*; por qué el artículo 618 CC, al describir la donación, habla de acto (no de contrato) y de disponer (no de obligar); y por qué en la regulación del título II del libro III del Código no se dio acogida a las normas que en nuestro Derecho histórico había sido propias de las donaciones obligacionales y sí en cambio a las propias de las donaciones traslativas: *vid.* artículos 624, 635 y 639 CC (VALLET, 1978, p. 348).

siguientes—, pues es el que permite armonizar mejor todos los datos en juego. Esto, estamos convencidos de que es así.

Otra cosa es que eso lleve a considerar que la donación obligacional se ve entonces absolutamente impedida, o excluida de nuestro Ordenamiento. Con esto no estamos de acuerdo, pues, sin perjuicio de lo dicho hace un momento, creemos que existe en él forma de darle entrada. ¿Cómo es posible esto?

La clave está en situar los datos normativos existentes en sus coordenadas precisas, lo que se traduce en considerar que si bien la donación regulada en el título II del libro III del Código Civil es de eficacia traslativa y no obligacional, esta última tiene sin embargo cabida llevándola al libro IV del Código. Aquí, en efecto, la cuestión se ve con una luz distinta, al advertir que en el ámbito del Derecho privado patrimonial la autonomía de la voluntad es principio fundamental, y que en esta sede —libro IV del Código Civil— no hay obstáculos que impidan configurar voluntariamente —es decir, negocialmente— una obligación de dar a título gratuito²⁸.

A la vista de lo cual se puede —y se debe— concluir que, aunque la modalidad de donación que el legislador tuvo en cuenta al redactar el Código Civil —y que se plasma en particular en el título II de su libro III—

²⁸ Así, CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 449-450, 468, 471; SÁNCHEZ-BLANCO, *Información Jurídica*, 1952, p. 803 ss; PUIG BRUTAU, 1956, t. II, 2.º, pp. 67-69; GULLÓN, 1968, pp. 71-72. En este sentido, FERRANDIS (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, *passim*, pero especialmente pp. 329-330, 579-580), tras pasar revista a los artículos 1088 y 1254 CC, afirma que, «por lo que se refiere al concepto de obligación,... no hay inconveniente en admitir la existencia de obligaciones de dar a título gratuito, y en cuanto al concepto de [negocio],... el artículo 1254 responde a una concepción lo suficientemente amplia y general como para poder ser aplicada tanto al supuesto de que... engendre obligaciones recíprocas como al de que origine obligaciones para una sola de las partes, puesto que en dicho artículo no están prejuzgadas... ni la unilateralidad o la bilateralidad del [negocio], ni su onerosidad o gratuidad. Es, por tanto, innegable —concluye— la admisibilidad en nuestro Derecho de un [negocio] que dé lugar a una obligación de dar a título gratuito» (*op. cit.*, p. 581).

No son atendibles, en cambio, las razones que se apuntan en contra de lo dicho. Esas razones son, fundamentalmente, las siguientes (NÚÑEZ LAGOS, *RGLJ*, 1946, p. 142; y VALLET, 1978, pp. 353-354): a) Que en una donación obligacional no cabe condenar al donante, si llegado el momento no cumple esa obligación; b) Que una donación obligacional supone que la *datio* subsiguiente será hecha en pago o cumplimiento de una obligación, *i.e. solvendi causa*, lo que es un absurdo lógico; c) Que el artículo 1901 CC considera supuesto de pago indebido (no repetible) el hecho a título de liberalidad, lo que supone, dado que ese pago es indebido, que la obligación de dar a título gratuito no es exigible jurídicamente (aunque, una vez realizada la entrega, no sea repetible). Estos argumentos, ahora bien, se pueden rebatir: a) el primero, por ser una petición de principio, ya que, si se admite la donación obligacional, efectivamente será posible pedir y lograr esa condena, en caso de que el donante no cumpla su obligación; b) el segundo, porque no son incompatibles la idea de una *datio* hecha en cumplimiento de una obligación y la idea de que esa *datio* responda a una *causa donandi*, pues gratuidad y liberalidad son calificativos que han de referirse al negocio que está en el origen de la operación, no al cumplimiento de la obligación derivada de la misma: la idea de pago de la obligación derivada de un negocio gratuito no es un absurdo lógico ni jurídico; c) y el tercero, porque la entrega a título de liberalidad de que habla el artículo 1901 CC —que excluye la devolución— se puede entender referida a la donación traslativa y no a la donación obligacional, pues esta, por propia esencia, implica obligación y, por consecuencia, pago debido.

fue la de virtualidad inmediatamente traslativa, eso no obstante los sujetos tienen autonomía para, si así lo quieren, celebrar negocio en virtud del cual constituyan a cargo de uno de ellos una obligación de dar a título gratuito a favor del otro, negocio que por tanto tiende también a producir una atribución jurídico-real gratuita a favor de un sujeto pero que sin embargo no la hace efectiva de forma inmediata sino mediata, a través de *obligatio* interpuesta, cuando el deudor cumpla esa obligación²⁹. Lo que significa que en nuestro Derecho actual es posible un negocio de donación obligacional³⁰.

Conclusión, esta, en refuerzo de la cual cabe apuntar, además, que pretender lo contrario es cosa que resulta verdaderamente chocante incluso desde un punto de vista intuitivo, ya que esa es una idea plenamente conforme con la psicología humana. Sin poderse ignorar tampoco que la donación obligacional, aparte de estar admitida francamente en el Derecho Comparado³¹ y de tener antecedentes en nuestro Derecho histórico, cuenta en nuestro Ordenamiento actual con reflejo en diversos preceptos: artículos 1340, 1341 y 1363 CC, y 168.1.c) LH³².

²⁹ En una donación traslativa, la disminución del activo del donante es inmediata. En una donación obligacional, en cambio, la consecuencia primera del negocio es el aumento del pasivo del donante: la efectiva disminución del activo solo se produce en un momento posterior, cuando tenga lugar la entrega con que cumple esa *obligatio*.

³⁰ Afirma aquí FERRANDIS, atinadamente, que, una vez establecido lo anterior, «resultaría una cuestión bizantina... indagar si tal [negocio] ha de ser considerado como un [negocio] atípico o si, por el contrario, le corresponde el esquema típico de alguna figura negocial. Indudablemente —dice—, se tratará de un [negocio] de donación, porque la finalidad económica perseguida, la causa del acto y los intereses que están en juego en tal hipótesis son exactamente los mismos que en la donación con eficacia real o inmediatamente traslativa» (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 581). Y es que, en efecto, para determinar si la obligación de dar a título gratuito que un sujeto asuma en favor de otro puede considerarse o no donación, no basta con acudir a lo dispuesto en el artículo 618 CC, ya que este es principalmente una definición de nuestro Código que puede expresar con excesiva estrechez el concepto de donación, con el que sin embargo no hay dificultad: negocio que produce un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento correlativo del donatario, realizado con intención de liberalidad. La calificación de un determinado acto como donación depende, fundamentalmente, de «una especial finalidad de política jurídica: la de proteger intereses superiores al interés del propio donatario», en razón al perjuicio que de ello se puede derivar para los acreedores y los legitimarios del donante (PUIG BRUTAU, 1956, t. II, 2.º, p. 68). Y ocurre que ese efecto, ese *animus* y esos intereses no se dan solo en las donaciones traslativas sino también en las obligacionales: ¿acaso no hay en estas un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario causado por un ánimo liberal, que puede afectar negativamente a los acreedores y legitimarios de aquel?

³¹ En Alemania: § 518 BGB; en Italia: artículo 769 *Codice*; e incluso en Francia, donde a pesar de la dicción del artículo 894 del *Code* hoy se admite que la donación puede también tener eficacia obligacional, además de efecto traslativo inmediato.

³² Y la jurisprudencia, aunque no es inequívoca, no puede tampoco decirse que sea contraria a ella. Suelen citarse, en contra de su posibilidad, dos sentencias, una lejana en el tiempo —6-6-1908 (Colección legislativa, núm. 84)—, la otra menos —22 de junio de 1982 (RJ 3437/1982)—. Tal planteamiento, sin embargo, en ninguna de ellas fue determinante del pleito, pues sus consideraciones fueron simples *obiter dicta*. Y en sentido favorable a la donación obligacional se muestra además la STS 7 de diciembre de 1948 (RJ 1433/1948), que afirma expresamente (aunque también sin valor fundamentador del fallo) que «son

Lo cual no significa, ahora bien, que la eficacia de la donación en nuestro Derecho sea siempre obligacional. Significa, sencillamente, que puede tener eficacia tanto traslativa como obligacional, dependiendo de cuál haya sido la voluntad de los sujetos al celebrar el negocio, esto es de cuál haya sido la eficacia sea la que los sujetos hayan querido darle.

¿Qué supone esto, para nosotros? Esta es la cuestión clave aquí, y la que justifica las consideraciones hechas en las páginas anteriores. Y es que, tal como al inicio de este apartado quedó dicho, si la eficacia de la donación en nuestro Derecho fuera siempre y necesariamente traslativa (dispositiva), la viabilidad del precontrato de donación podría concluirse queda excluida de raíz –aunque quizá no hubiera de ser así necesariamente–, dado que el precontrato (o promesa de contrato) es, como a continuación veremos, figura marcada por una cierta idea de futuridad, lo que determina que sus efectos se desenvuelvan, al menos durante un tiempo, en el terreno obligacional.

Pues bien, esto dicho, lo que importa destacar ahora es que, en tanto la posibilidad de donaciones obligacionales es cosa que ha de tenerse por firmemente establecida en nuestro Derecho actual, de ahí resulta que, al menos por cuanto hace a esta parte de la ecuación, no hay obstáculo que impida la viabilidad del precontrato de donación. Esto es lo que en este momento hay que dejar sentado.

III. EL PRECONTRATO DE DONACIÓN. LA POLÉMICA RELACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE «PRECONTRATO» Y DE «DONACIÓN»

Una vez hechas en el punto anterior las precisiones delimitadoras vistas, pasamos entonces a ocuparnos del precontrato (o promesa) de donación, figura de la que, tal como se dijo al inicio del trabajo, es habitual ver afirmado sentenciosamente que constituye un supuesto inviable. Pero, ¿realmente es así?

1. EL PRECONTRATO: CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE SU CONCEPTO, REQUISITOS Y ÁMBITO DE OPERATIVIDAD

Para responder a esa pregunta se hace preciso considerar antes, aunque sea con carácter instrumental y alcance limitado, la figura

compatibles los términos obligación y donación, pues esta puede revestir formas diversas, y entre ellas la creación de un crédito a favor del donatario».

del precontrato (o promesa de contrato) en general³³. Y es que este constituye un supuesto controvertido, del que no solo se discuten sus requisitos y efectos sino incluso su noción. Debemos aquí, pues, empezar considerando tales cuestiones, a fin de sentar las premisas indispensables para este estudio.

1.1 Concepto de precontrato

Se trata de una cuestión difícil, fruto de la conjunción de una serie de circunstancias: de un lado, la falta, en nuestro Ordenamiento, de una regulación general de la figura; de otro lado, la oscuridad en cuanto a su origen y razón de ser; y de otro lado, también, la ausencia de un planteamiento uniforme al respecto en el Derecho comparado.

En nuestro Ordenamiento actual, en efecto, no existen normas que se ocupen del precontrato con carácter general y que dispongan una regulación del mismo más o menos amplia que permita inducir su noción. En el Código Civil hay solo dos preceptos susceptibles de considerarse referidos a la cuestión, uno que trata del precontrato o promesa de compraventa –el artículo 1451 CC– y otro que trata del precontrato o promesa de prenda o de hipoteca –el artículo 1862 CC–, preceptos que además no son inequívocos, ya que su interpretación ha dado lugar a numerosas disquisiciones³⁴.

En cuanto a su origen y razón de ser, la cuestión no resulta clara, porque si bien hay quienes consideran que esta figura permite atender a fines prácticos importantes³⁵ y que por ello tiene ante-

³³ Son estos –volvemos a reiterarlo– términos que se acostumbran a emplear como sinónimos, aunque en la doctrina y en la jurisprudencia se utilizan también otras denominaciones, tales como «contrato preliminar» o «contrato preparatorio»: *vid.* MORO LEDESMÁ, *RCDI*, 1934, pp. 85-89; ROCA SASTRE, 1948, t. I, p. 324; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 488-489.

³⁴ Del artículo 1451 CC se discute: a) si se refiere a una promesa de compraventa unilateral o bilateral, ya que en el apartado primero del precepto se habla de «promesa de vender o comprar» mientras que en el apartado segundo se habla de «promesa de compra y venta»; b) cuáles son sus efectos, ya que en el apartado primero se dice que la misma «dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato» mientras que en el segundo se dice que «siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro».

Y en relación con el artículo 1862 CC, además de discusiones atinentes a concretar cuál es el alcance de la acción personal que surge de tal promesa, se plantea incluso polémica de orden más general sobre la posibilidad misma de los precontratos de contratos reales –para la prenda– y de contratos formales –para la hipoteca– (*vid.* MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 489-491).

³⁵ Ejemplos de los fines prácticos que son susceptibles de realizar, según CASTRO Y BRAVO (*ADC*, 1950, p. 1135) y Díez-PICAZO (1993, t. I, p. 305), son los siguientes:

a) A, copropietario de una finca, conviene con B en que le venderá la parte de aquella que se le adjudique cuando se lleve a cabo la división de la misma, venta que se hará con-

cedentes tan lejanos en el tiempo que se pueden encontrar ya en el Derecho intermedio –en el llamado *pactum de contrahendo*³⁶–, otros consideran en cambio que se trata de una creación artificiosa y al margen de la realidad, obra del conceptualismo dogmático alemán propio de la segunda mitad del siglo XIX.

Y en cuanto al Derecho comparado, porque, aunque hoy predomina en los Ordenamientos de nuestro entorno una postura favorable a la admisión de los precontratos, no existe en ellos, sin embargo, un planteamiento suficientemente uniforme respecto a los mismos³⁷.

forme a un determinado precio por hectárea que se acuerda ahora, con el compromiso de formalizar en su día la venta por el precio total que resulte.

b) A cede a B en arrendamiento una cierta finca, obligándose durante un plazo determinado a vendérsela, a voluntad de B (a expensas de que B así lo quiera), por el precio que se establece ya para tal caso.

c) A, B, C y D convienen entre sí en formar una sociedad mercantil, cuyo objeto, aportaciones, etc. se fijan ya detalladamente, obligándose a poner en marcha dicha sociedad y a elevar tal acuerdo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil en un momento posterior: cuando lo pida uno cualquiera de ellos.

d) En un contrato de sociedad celebrado entre A, B, C y D se estipula que cualquier disputa que surja entre ellos se comprometen a que sea resuelta por E, y, en caso de que éste no quiera actuar solo, a que cada uno de ellos designe un representante para que, en unión con E, actúen todos como amigables compondores.

³⁶ Sobre esto, en nuestra doctrina, *vid.* ALGUER, *RDP*, 1935, núm. 265, pp. 324-325 y 328-332; y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 44-57. Buscar orígenes del precontrato en el Derecho romano, aunque se ha intentado por parte de la doctrina, parece excesivo, aparte de innecesario para este trabajo: en todo caso, sobre ello puede verse MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 161-168, y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 31-39.

³⁷ *Code civil* francés: artículo 1589: «la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur le chose et sur le prix».

Código Civil austríaco: artículo 936: el acuerdo de concluir un contrato en el futuro obliga cuando en él se determinan tanto el tiempo en que ha de concertarse el contrato como sus elementos esenciales, y en tanto las circunstancias no hayan cambiado de tal modo que el fin expresamente establecido o el que se desprende de las circunstancias se haya hecho imposible, o 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 el derecho en otro caso («Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschliessung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervor leuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des eines oder andern Teiles verloren wird. Überhaupt muss auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen»).

Código de las obligaciones suizo: artículo 22 (Promesse de contracter): «1.–L'obligation de passer une convention peut être assumée contractuellement. [...]».

Codice civile italiano de 1942: artículo 2932: «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso [...]».

Código Civil portugués de 1966: Artículo 410: «1.–A convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, per sua razão de ser não se devan considerar extensivas ao contrato-promessa. 2.–[...]». Artículo 830 (Contrato-promessa): «1.–Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida. [...]. 3.–O direito à execução específica não pode ser

Todo lo cual, tomado en junto, justifica lo antes dicho: que es difícil, en el Derecho civil español actual, formular un concepto nítido del precontrato (o promesa de contrato). Más aún cuando la Jurisprudencia no aporta ideas demasiado clarificadoras al efecto, en tanto presenta pronunciamientos y enfoques cambiantes que, aunque en el caso concreto que resuelven pueden llevar a resultados materialmente justos, a nivel conceptual no ayudan mucho en la tarea³⁸.

Esta situación ha dado pie a que para explicar jurídicamente los precontratos se hayan elaborado en la doctrina diversas configuraciones. En concreto, son tres las tesis principales propuestas en este sentido, que se pueden denominar del modo siguiente: «clásica o tradicional», una; del «contrato básico a desarrollar», otra; y del «contrato con *iter* de formación complejo», la tercera³⁹. Las consideramos a continuación.

La tesis clásica o tradicional configura el precontrato como un contrato en sí mismo –por eso ya se dijo antes que, a pesar de que se hable de promesa de contrato como denominación sinónima de precontrato, nada tiene que ver esta figura con la promesa en sentido propio, esto es con la promesa unilateral⁴⁰– en cuya virtud los sujetos se obligan a celebrar posteriormente otro contrato (contrato definitivo), que es el que realmente tiene sustancia socio-económica

afastado pelas partes nas promessas a que se refere o núm. 3 do artigo 410°, a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 437°, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora. [...]».

Código Civil alemán: en él no hay una regulación general de la figura, pues en su Exposición de Motivos se dice que la Comisión redactora entendió que no había necesidad de hacerlo, aunque se trataba de ella en el § 610 en su redacción anterior (hoy derogado): Quien promete la entrega de un mutuo puede, en la duda, revocar la promesa si en las relaciones patrimoniales de la otra parte se produce un empeoramiento notable por el cual corra peligro la pretensión a la restitución («Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann in Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückertstattung gefährdet wird»).

Fuero Nuevo navarro: Ley 516 (Promesa de contrato): «La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete. / El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes. / La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al contrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la ley, o, en su defecto, equitativamente por el juez».

Una visión general del Derecho comparado puede verse en MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 172-180; y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 65-90.

³⁸ Vid. LALAGUNA, 1969, t. II, pp. 308-310.

³⁹ Ofrecen buenos resúmenes del *status quaestionis*, PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 9-14; Díez-PICAZO, 1993, pp. 304-311 y 316-317; CASTÁN, 1993, t. IV, pp. 27-40; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 492-494 y 508-509; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, t. II, vol. I, pp. 395-396.

⁴⁰ El término «precontrato» –dice ROCA SASTRE– «adolece del defecto de incidir en la confusión con los tratados preliminares, pues parece aludir a un acto que aún no es contrato: *pre* o *antes* de un contrato» (1948, pp. 324 y 343).

pero que eso no obstante no se celebra de momento⁴¹. De donde resulta que el efecto propio del precontrato es solo obligar actualmente a los sujetos del mismo a emitir en un tiempo futuro las voluntades necesarias –cada uno la suya– para perfeccionar otro contrato, que es del que nacerán para ellos los derechos y obligaciones correspondientes a la operación realmente pretendida. «Su función –se ha dicho– consiste en ligar a las partes sometiéndolas a celebrar el contrato futuro que de momento no se quiere o no se puede celebrar»⁴². Esta explicación del precontrato, primera que surgió en el tiempo y que encaja muy bien con la expresión latina «pactum de contrahendo», contó inicialmente con numerosos adeptos⁴³.

La segunda tesis –la del «contrato básico a desarrollar», que procede reseñar aquí, además de por su propia valía, por ser de impronta española⁴⁴– entiende que en el precontrato no cabe hablar de dos contratos sino de uno solo, vinculante para las partes del mismo desde el primer momento pero con la singularidad de que su contenido no se encuentra inicialmente desarrollado de modo pleno, lo que conlleva que sobre las partes de la relación ya nacida de él recaiga una obligación añadida de carácter instrumental: cooperar para perfilar o desarrollar completamente ese contrato, a fin de poderle dar efectivo cumplimiento. Para esta explicación, por tanto, el llamado precontrato es el contrato realmente querido pero en germen, esto es delineado de momento solo en sus bases fundamentales, y precisado por ello de la ulterior colaboración de las partes para completarlo, desarrollarlo o desenvolverlo –aunque haciendo aquí esta tesis la importante precisión de que ese desarrollo no requiere de las partes prestación de nuevo consentimiento⁴⁵–. El tradicionalmente llamado contrato futuro no es, pues, un

⁴¹ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 82-85.

⁴² MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 84. «La naturaleza especial de la relación precontractual, concluir un contrato, constituye la diferencia esencial entre el precontrato y los restantes contratos obligacionales», precisa a continuación –en p. 85– este mismo autor.

⁴³ En la doctrina española, entre otros, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 11-13, 81-85 y 91-96; CASTÁN, 1993, t. IV, pp. 28 y 37; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, t. III, fasc. III, pp. 1390-1395; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 511-513. En la jurisprudencia, *vid.* SSTS 9-7-1940 (RJ 691/1940) y 2-3-1965 (RJ 1238/1965). Para una exposición de este modo de entender la figura en tiempos anteriores, *vid.* CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1146-1150.

⁴⁴ ROCA SASTRE, 1948, pp. 321 ss. También PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 10.

⁴⁵ ROCA SASTRE (p. 331) un símil entre los precontratos y las leyes de bases –por cuanto estas también precisan desarrollo o desenvolvimiento para llegar a convertirse en leyes definitivas– que sin embargo es rebatido por CASTRO Y BRAVO: «la eficacia de las Leyes de Bases –dice CASTRO– está en que convienen varios (el Parlamento) en estar y pasar por el desarrollo que otro (el Gobierno) dé a las bases concertadas. [Pero] si

contrato nuevo, sino el mismo precontrato ya desenvuelto o desarrollado⁴⁶. Todo lo cual se justifica –se dice– por cuanto hay casos en que de momento no resulta posible a los sujetos perfilar completamente el contrato pretendido pero eso no obstante les interesa vincularse con arreglo a unas líneas básicas que en este momento sí pueden ya determinarse.

La tercera tesis –la del «contrato con *iter* de formación complejo»–, hoy quizá prevalente en la doctrina española⁴⁷, sostiene que la nota distintiva de esta figura radica en encontrarnos ante un contrato único en cuya formación hay sin embargo que distinguir dos fases: una primera (de «precontrato» o «promesa de contrato»), en que se configura el contrato querido y las partes quedan vinculadas por él pero en la que la realización de su contenido obligacional sustantivo queda «en suspenso», a la espera de que una de las partes del mismo requiera a la otra su efectiva puesta en marcha; y una segunda fase, a la que se pasa desde el momento en que la parte en cuestión hace tal requerimiento, y en la que se procede a dar plena efectividad a la operación diseñada. Para esta tesis, pues, el precontrato es un contrato único, que queda perfeccionado desde el mismo momento en que las partes convienen al respecto –sobre el objeto y la causa de la operación, que se determinan además plenamente desde el principio y que no necesitan por tanto de desarrollo ulterior– pero cuya efectividad se circunscribe en una primera etapa simplemente a que las partes queden vinculadas por lo acordado y facultadas –una sola, o una cualquiera de ellas– para exigir a la otra su puesta *in actu*⁴⁸, hasta que se pasa a una segunda etapa a partir del momento en que la parte facultada para ello decide exigir el cumplimiento de ese contrato y se procede a realizar efectivamente el contenido sustantivo –el conjunto de derechos y obligaciones– propio del mismo⁴⁹. El llamado precontrato –se dice, para expresar

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 Ley de Bases, ni Ley, ni acuerdo eficaz» (ADC, 1950, p. 1146, nota 40).

⁴⁶ ROCA SASTRE, 1948, p. 332.

⁴⁷ CASTRO Y BRAVO, ADC, 1950, pp. 1168-1188; LALAGUNA, 1969, t. II, pp. 310 ss; Díez-PICAZO, 1993, pp. 310-311 y 316-317; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 127 y 137-139; acaso también LACRUZ, 1979, t. II, vol. Tercero, pp. 29 ss.

⁴⁸ La promesa de contrato –dice CASTRO– es «el convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas..., o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado» (ADC, 1950, p. 1170). En esta primera fase, por tanto, no cabe exigir los derechos y obligaciones sustantivos propios del contrato en cuestión.

⁴⁹ Puede suceder, sin embargo, que la parte facultada para ello no exija nunca la puesta en marcha efectiva de la operación proyectada, en cuyo caso la relación jurídica creada se agota en su primera etapa, sin llegar a la segunda (CASTRO Y BRAVO, ADC, 1950, p. 1170) (sobre la refutación de la objeción *ex artículo 1115 CC*, y a pesar de su posición contraria al precontrato como figura con entidad propia o autónoma, *vid. tam-*

su peculiaridad— es un contrato único pero con un *iter* negocial complejo, de formación sucesiva, en dos fases (habiendo entre una y otra, eso sí, unidad funcional)⁵⁰.

Ninguna de estas tesis, sin embargo, ha sido recibida sin reservas, por lo que no han dado lugar a una idea del precontrato pacíficamente aceptada. Pasamos a continuación a exponer esas reservas, y a valorarlas.

Atendiendo en primer lugar a la tesis tradicional, tenemos que esta ha sido objeto de críticas tanto desde una perspectiva práctica como desde un enfoque dogmático⁵¹.

En el plano práctico se le ha objetado fundamentalmente con base en el siguiente argumento, que se plantea a modo de *silogismus cornutus*: el precontrato —se arguye—, o bien es un rodeo inútil⁵², o bien es una figura inhábil para conseguir el fin que pretende, dependiendo esa alternativa de cómo se entiendan sus efectos. Por lo siguiente. Es un rodeo inútil, si no hace nacer directamente para las partes las obligaciones propias del contrato definitivo al que tiende sino que solo las obliga a celebrar ulteriormente ese contrato —del que nacerán por consecuencia tales obligaciones definitivas—, pero la celebración y ejecución de este segundo contrato se puede imponer coercitivamente por el Juez en el supuesto de que llegado el momento una de las partes no quiera

bién ALGUER, *RDP*, 1935, p. 375; sobre el contrato con condición «si volet» y su crítica, *vid.* CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1150-1163).

La configuración del precontrato propugnada por esta tesis, como es fácil ver, evoca inmediatamente la idea de opción. De hecho, para CASTRO lo que hay en la exigencia de efectividad del contrato concertado no es sino el ejercicio de un derecho de opción por una de las partes, que es quizá el resultado más visible de la primera etapa (fase de «precontrato») de esta figura (*ADC*, 1950, pp. 1163-1167, 1169-1170 y 1176-1179; en sentido semejante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, pp. 400 ss). Esto, ahora bien, no supone caer en la nulidad prescrita en los artículos 1115 y 1256 CC, pues aquí no estamos ante una obligación o contrato cuyo cumplimiento quede a la voluntad del deudor sino ante un contrato ya celebrado y vinculante para ambas partes, aunque su efectividad quede en manos de una o de ambas partes.

⁵⁰ Para CASTRO Y BRAVO, la alternativa entre considerar al precontrato como contrato que obliga a las partes a hacer posteriores declaraciones de voluntad en orden a celebrar otro contrato, o considerarlo como contrato que no se diferencia del contrato que prepara sino que se identifica con él, está mal planteada, pues a su juicio ambas opciones llevan a resultados insatisfactorios. La razón —dice— es que tanto una como otra centran la atención «en un solo lado del mecanismo del precontrato, [una] en la fase preparatoria (el llamado precontrato) y [otra] 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» (*ADC*, 1950, p. 1137).

⁵¹ Para una visión general de las críticas dirigidas contra el entendimiento clásico o tradicional del precontrato, *vid.* ALGUER, *RDP*, años 1935 y 1936, núms. 265, 266, 267 y 268, pero *vid.* especialmente núm. 267, pp. 417 ss; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 517-532; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1137-1144; BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, pp. 367-368.

⁵² Un *circuitus inutilis*, dijo, ya en tiempos de la Glosa, JUAN ANDRÉS, 1475, Tit. *De oblig. et solution.*, in rub. col I.

hacerlo espontáneamente: en tal caso, se dice, con el precontrato se da un rodeo para acabar llegando al mismo resultado a que se llega con la celebración actual del contrato definitivo proyectado, aunque sometido a término o condición⁵³. Es una figura inhábil para llegar al fin pretendido, en cambio, si la emisión de las voluntades que han de integrar el consentimiento posterior necesario para celebrar el contrato definitivo se considera un *facere* personalísimo y por tanto incoercible en caso de que llegado el momento una de las partes no emita espontáneamente su voluntad en ese sentido: en tal caso, se dice, la celebración del contrato definitivo es un resultado que no podrá ser alcanzado, porque el Juez no puede sustituir al obligado y emitir por él la declaración de voluntad comprometida en su día en el precontrato⁵⁴, sino solo condenarlo a indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios que con su negativa haya causado (el *id quod interest*)⁵⁵.

En el plano dogmático se le ha formulado una doble objeción. Por un lado se ha dicho que, siendo el contrato una figura cuya esencia radica en dos sujetos que se ponen de acuerdo para alcanzar un determinado efecto, de ahí se deriva que cuando celebran un precontrato los sujetos no pueden querer un contrato futuro sin querer también el efecto propio del mismo, lo que supone que la voluntad de celebrar el precontrato lleva ya ínsita la voluntad de celebrar el contrato definitivo, resultando entonces que aquel y este vienen a identificarse⁵⁶. Y por otro lado se ha dicho que la naturaleza nego-

⁵³ CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1138-1142. Abundando en esta idea de la inutilidad del precontrato, apunta ALGUER (*RDP*, 1936, núm. 268, p. 14; también SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 539-542) que los fines que se dice posibilitan los precontratos se pueden alcanzar sin necesidad de recurrir a tal figura, simplemente introduciendo en el contrato las oportunas cláusulas. Esta idea de ALGUER, aun no compartiéndola, la explicita ROCA SASTRE (1948, p. 327) de un modo muy claro en los siguientes términos: «¿Que las partes quieren aplazar la ejecución de un contrato evitándose desde luego que se frustre la ejecución? Pues que otorguen un contrato a término o plazo, adoptándose las correspondientes garantías. ¿Que se quiere que el contrato principal solo produzca efectos si ocurre un evento futuro? Pues otórguese un contrato *sub conditione*. ¿Que se quiere que el contrato principal solo produzca efectos si una de las partes lo quiere (*si volet*)? Pues que se otorgue una opción. ¿Que se quiere que el precontrato dé lugar simplemente a un *contrahere* en su acepción estricta, y que en caso de incumplirse se indemnizen los perjuicios causados? Pues que se pacte una cláusula penitencial».

⁵⁴ *Nemo ad factum praecisse cogi potest*.

⁵⁵ Para una visión más amplia de esta crítica, *vid.* ALGUER, *RDP*, 1935, núm. 267, pp. 431-434; ROCA SASTRE, 1948, pp. 337-339; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1182-1184; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, pp. 1387-1389 y 1392-1394; CALVILLO MARTÍNEZ, *RGLJ*, 1951, pp. 591-596; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 495-500 y 514-515; LACRUZ, 1979, t. II, vol. Tercero, p. 31.

⁵⁶ *Vid.* ALGUER, quien denuncia «el contrasentido lógico de asumir contractualmente la obligación de otorgar un contrato futuro, porque frente a la convención que revista la apariencia de lo que la doctrina llama precontrato no debe plantearse la cuestión de si se quiere o no (se declara o no) el contrato futuro como entidad abstracta consistente en el mero consentimiento intransitivo, sino si se quieren o no los «efectos» futuros propios de un determinado tipo de contrato. Si la respuesta a la pregunta –dice–... es afirmativa, la califi-

cial del contrato definitivo es inconciliable con la figura del precontrato, porque negocio jurídico es algo que los sujetos celebran si libre y voluntariamente quieren hacerlo, cosa que sin embargo en este caso no se podría afirmar del contrato definitivo por cuanto se trataría del cumplimiento de una obligación previa en ese sentido⁵⁷; y esto mismo cabría decirlo, incluso con mayor rotundidad, cuando se pretende que el Juez lo pueda imponer en caso de que llegado el momento una de las partes no quiera emitir la declaración de voluntad necesaria para ello.

Estas objeciones a la explicación tradicional del precontrato, ahora bien, aunque puedan ser plausibles en algún punto, resultan excesivas e injustificadas en otros. Por cuanto hace a la objeción de que el precontrato es figura inútil, porque a ella se ha respondido diciendo que la realidad evidencia hay casos en que no es posible o conveniente, al menos para los concretos sujetos del caso, celebrar ya el contrato definitivo –ni siquiera adjuntándole término o condición–, pero en los que esos sujetos tienen no obstante voluntad e interés legítimo en el sentido de asegurar su celebración futura vinculándose ya en ese sentido⁵⁸. Por cuanto hace a la denuncia de que el precontrato es figura inhábil para alcanzar el resultado que pretende si luego una de las partes no lo quiere –con base en la consideración de que la prestación de las voluntades necesarias para integrar el consentimiento propio del contrato definitivo es un *facere* incoercible–, porque se rebate constatando que en tal caso el Derecho actual permite efectivamente al Juez que, llegado el momento, tenga por prestado ese consentimiento: esta posibilidad, que empezó a valorarse entre nosotros a partir de la STS 1-7-1950⁵⁹, se ve confirmada hoy en el artículo 708.1 LEC⁶⁰. Por cuanto hace a

cación exacta del pretendido precontrato es inequívoca: se tratará de un contrato actual con efecto aplazado» (*RDP*, 1935, p. 429; *vid.*, más ampliamente, pp. 417-419 y 421-429; en sentido semejante, SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 517-519).

⁵⁷ *Vid.* ALGUER, quien apunta que «el fundamento del negocio jurídico... es el principio de 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. Y esto expuesto, la pretendida obligación de concluir un cierto negocio jurídico, ¿no destruirá acaso la idea más íntima y profunda de este? ¿No será otra cosa distinta del auténtico negocio jurídico? Un negocio jurídico que *debe* o *tiene* que hacerse... ¿no será una *contradictio in terminis*?» (*RDP*, 1935, p. 422; *vid.* también p. 425; en sentido semejante, CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1143-1144, y SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 519-521).

⁵⁸ PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 9, 10, 12-14; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 512-513; MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 93-96; ROCA SASTRE, 1948, pp. 327-328.

⁵⁹ RJ 1187/1950. Pero *vid.* los comentarios críticos a la misma por parte de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, pp. 1383-1395; y de CALVILLO MARTÍNEZ, *RGLJ*, 1951, pp. 584-598.

⁶⁰ Artículo 708 LEC (Condena a la emisión de una declaración de voluntad): «1. Cuando una resolución judicial... firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente... resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. [...]».

la objeción de que el querer propio del precontrato implica ya el querer propio del contrato definitivo, y por tanto que aquel es innecesario y superfluo, porque a ella se ha respondido que tal identidad no se da necesariamente, pues cabe querer vincularse ya a celebrar un contrato en el futuro sin querer celebrar ya ese contrato ni obligarse actualmente a los efectos propios del mismo⁶¹. Y, por cuanto hace a la objeción de que admitir el precontrato desvirtúa la naturaleza negocial del contrato definitivo, porque se refuta apuntando que la misma procede sobre la base de una idea de libertad o voluntariedad excesivamente estrecha, ya que la celebración del segundo contrato, aunque sea un acto debido es también un acto en cuyo origen primero —el precontrato— están presentes las notas de libertad y voluntariedad, siendo esto suficiente para encajar en la idea de negocio jurídico⁶².

Esto dicho, pasamos entonces a considerar las críticas hechas a la segunda tesis apuntada —la del «contrato básico a desarrollar»—. Esta tesis soslaya una de las objeciones formuladas contra la configuración tradicional del precontrato, y la soslaya además no en virtud de lo dispuesto hoy en el artículo 708 LEC sino en razón de la propia explicación que propone de esta figura: puesto que el precontrato es un contrato único ya celebrado que simplemente precisa el desarrollo de sus bases —establecidas desde el primer momento—, no existe dificultad para que una parte acuda al Juez y reclame su auxilio para terminar de desarrollar ese contrato en caso de que la otra parte no colabore a ello *de motu proprio*⁶³, ya que ese desa-

Sobre este precepto y la figura del precontrato, *vid.* PARRA LUCÁN, 2013, t. I, pp. 445-449 (también en 2013, t. I, pp. 423-425); y ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 255.

⁶¹ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 92; y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, p. 1392.

⁶² Así GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, pp. 1391-1392; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 396; y BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, pp. 368 y 370.

⁶³ A esta idea parece que respondía lo dispuesto en la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulaban los arbitrajes de Derecho privado:

Artículo 9: «Los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto y, en particular, a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido.

Caso de que alguna de las partes se negare a verificarlo o lo hiciera de modo que resultara inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al Juez pidiendo la formalización judicial del compromiso».

Artículo 10: «La formalización judicial del compromiso se llevará a cabo del siguiente modo:

[...]

Segundo.—La parte a quien interese la formalización del compromiso se dirigirá por escrito al Juez... justificando notarialmente la negativa del contrario o contrarios e indicando el nombre del árbitro o árbitros que proponga y los demás elementos que, según el artículo diecinueve, debe o puede contener la escritura de compromiso.

Tercero.—El Juez emplazará... a la persona o personas contra quienes se dirija la reclamación, dándoles un plazo de quince días para que comparezcan y se opongán por escrito, si quieren, a la petición que se deduce...

Cuarto.—Evacuado el trámite anterior, el Juez resolverá por medio de auto si accede o no a la formalización.

rollo no requiere prestación de nuevo consentimiento ni es un *facere* personalísimo⁶⁴. Pero, aunque soslaye esa objeción, tampoco esta explicación se encuentra exenta de críticas, pues se le han formulado las dos siguientes.

Por un lado se le ha objetado la dificultad que esta explicación lleva ínsita en orden a determinar cuándo quedan suficientemente delineadas *ab initio* las «bases fundamentales» del contrato único que luego hay solo que desarrollar –lo que es lo mismo que plantear cuál es el alcance de la colaboración o cooperación que las partes deben prestar en orden al desarrollo del «contrato en germen» que se dice es el precontrato–. Y es que, si esas «bases» son por sí mismas suficientes, la posterior actividad de las partes no consistirá en desarrollarlas o desenvolverlas sino simplemente en ponerlas en vigor y ejecutarlas. Y si por el contrario tales «bases» no son completas o suficientes, su completamiento o determinación suficiente posterior no requerirá simple «colaboración material» de las partes sino nuevo acuerdo al respecto, con lo cual el problema que se quería evitar –una nueva prestación de consentimiento– vuelve a aparecer⁶⁵.

Y por otro lado se le ha objetado que, si se considera al precontrato como un contrato único y perfecto en sí mismo, eso supone que sus «bases fundamentales» han de contener ya todos los elementos esenciales de ese contrato, pudiendo quedar sin concretar solo elementos secundarios o accesorios, los cuales, ahora bien, no son especialmente importantes ni estrictamente necesarios, porque en caso de no estar fijados por las partes se suplirán por normas de Derecho dispositivo⁶⁶, lo cual permite entonces dudar que exista justificación para considerar al precontrato como figura con entidad suficiente como para reconocerle autonomía propia⁶⁷.

No son esas sin embargo –se dice– objeciones insalvables. Aquella, porque una cosa es que las bases del contrato estén suficientemente determinadas desde el principio, y otra que eso no obstante para su cumplimiento efectivo puedan requerir cierto desarrollo o

Si entiende haber lugar a la formalización del compromiso, hará las declaraciones que sean necesarias; entre ellas, el nombramiento de los árbitros y la fijación de las cuestiones que se han de resolver. [...]».

⁶⁴ El resultado definitivo pretendido no se alcanzará, únicamente cuando ello no sea posible por causa objetiva no dependiente de las partes.

⁶⁵ Díez-PICAZO, 1993, p. 310.

⁶⁶ Artículo 708.2 LEC: «Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico». En un sentido enteramente semejante, y referido específicamente a la figura del precontrato, *vid.* la ley 516 del Fuero Nuevo navarro.

⁶⁷ CASTRO BRAVO, ADC, 1950, pp. 1144-1146.

desenvolvimiento⁶⁸. Y esta, porque aun si lo que hay que concretar en un momento posterior son elementos no esenciales, ello no impide a que los precontratantes quieran obligarse a hacerlo ellos mismos más tarde, no queriendo que sea el Juez quien los fije.

Por cuanto hace a la tercera tesis –la del contrato con *iter* de formación complejo–, ocurre aquí algo semejante a lo visto en las anteriores. Y es que aunque esta última tesis al hablar de contrato único evita también el obstáculo apuntado tradicionalmente contra los precontratos –que para alcanzar la eficacia sustantiva de la operación puede ser necesario acudir al Juez para que la imponga forzosamente, en caso de que la parte facultada para ello exija su efectividad y la otra parte no quiera–, eso no obstante se le formula asimismo alguna objeción. En concreto se le critica que, planteada como entendimiento único de los precontratos, no refleja adecuadamente la realidad de la figura en todos los casos, ya que viene a identificarla con un contrato de opción, cosa que no se corresponde siempre con lo que los sujetos pretenden. Esa explicación –se dice– puede ser válida en algunos supuestos, pero no en todos, porque en ocasiones los sujetos no quieren celebrar ya el contrato definitivo ni siquiera modulado con la idea de opción, sino únicamente alcanzar una vinculación jurídica previa al contrato definitivo que de momento solo se están planteando celebrar en el futuro. Lo distintivo del precontrato, se ha dicho, radica en proporcionar ya a los sujetos una cierta vinculación contractual, en un tiempo en que todavía no pueden o no les conviene completar el contrato real y definitivo, que en ese momento tienen solo *in mente*⁶⁹.

Tampoco esta, ahora bien, es una objeción insuperable. Y es que, aunque fuera correcta, en todo caso no invalidaría totalmente esa configuración del precontrato, sino solo su consideración como explicación de carácter absoluto, para todos los supuestos.

En todo caso, sea lo que sea de todas esas objeciones, lo que llegados a este punto resulta evidente, tal como ya se avanzó más arriba, es que cuando se trata de formular noción del precontrato (o de la promesa de contrato), estamos ante una cuestión difícil. Pues si bien del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia parece derivarse como idea relativamente compartida la de admitir la existencia de los

⁶⁸ En este sentido, apunta PUIG BRUTAU que la objeción que se está ahora rebatiendo «no parece convincente. Que el precontrato tenga que ser por sí mismo un contrato perfecto, con consentimiento, objeto y causa, no significa que deba identificarse con el contrato definitivo. Si el precontrato tiene por objeto dejar obligadas a las partes para que posteriormente lo completen o desarrollen, ya existirá un objeto determinado, posible, lícito y que reúne todos los requisitos que determinan los artículos 1271 a 1273 del Código Civil. Y lo mismo cabe decir del consentimiento y de la causa» (1982, t. II, vol. II, p. 11).

⁶⁹ PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 12-13; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 508-509. *Vid.* también STS 2-3-1965 (RJ 1238/1965).

precontratos y su utilidad en determinados casos –la realidad así lo evidencia, se dice–, esa cierta coincidencia desaparece cuando se trata de precisar la noción de la figura. ¿A qué se debe esto?

La clave posiblemente radique, tal como algunos autores vienen apuntando en los últimos tiempos, en que, al ser el «precontrato» una figura carente de regulación en nuestro Derecho actual, eso ha posibilitado que bajo esa rúbrica se comprendan supuestos distintos entre sí⁷⁰. Supuestos distintos, estos, que se corresponden precisamente con cada una de las tres configuraciones que en las páginas anteriores hemos apuntado, que recordamos a continuación de modo sintético:

Por un lado está el supuesto en que, cuando celebran «precontrato», lo que los sujetos quieren propiamente es comprometerse –obligarse– a celebrar en el futuro otro contrato que actualmente no pueden o no quieren celebrar –teniendo para ello que emitir en su día nuevas voluntades–, seguramente con el entendimiento –explícito o implícito⁷¹– de que si llegado el momento una de las partes no cumple su obligación, el Juez solo podrá condenarle a indemnizar los daños y perjuicios que con su negativa cause a la otra parte.

Por otro lado está el supuesto en que los sujetos quieren quedar definitivamente vinculados por el «precontrato» –contrato único– desde el mismo momento en que lo celebran, si bien con la peculiaridad de que el contenido de ese vínculo se encuentra inicialmente fijado solo en sus líneas básicas, de modo que para llevarse a efecto se requiere un cierto desarrollo de tales bases que esos mismos sujetos se obligan a realizar más adelante, y para lo cual, si llegado el momento resulta necesario –porque una de las partes no colabore espontáneamente a ello–, se puede reclamar auxilio al Juez, que podrá incluso proceder a ello por sí mismo.

Y en tercer lugar está el supuesto en que los sujetos, desde que celebran el «precontrato» –contrato único aquí también–, no solo alcanzan acuerdo definitivo con respecto a la operación pretendida sino que también determinan plenamente su contenido, aunque quede diferida en su puesta en marcha efectiva a que así se requiera por una parte, la otra, o una cualquiera de ellas. En cuyo caso, si llegado el momento la otra parte se niega, el Juez puede imponer coactivamente el cumplimiento *in natura* de lo pactado, sin más.

A todos esos supuestos, en efecto, a pesar de no ser iguales, se les aplica hoy la denominación «precontrato». Y esto constituye

⁷⁰ PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 13-14 y 45-46; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 25-28; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 394. Así lo reconoce también, no obstante su postura con respecto a esta figura, CALVILLO MARTÍNEZ, *RGLJ*, 1951, p. 597-598.

⁷¹ En la mayor parte de los casos será implícito.

quizá la causa –si no única, al menos sí la principal– que explica no sea factible elaborar un concepto claro y preciso del precontrato en nuestro Derecho. Razón por la cual es muy posible que una postura atinada en este tema sea la que propugnan algunos autores, de abandonar la consideración del precontrato como figura jurídica unitaria, esto es con contenido y efectos iguales en todos los casos⁷²: «más que referirnos a una categoría general de precontrato –se ha dicho–, acaso [sea] más adecuado hablar de precontratos»⁷³.

La clave en este punto parece que pasa, pues, además de por separar de raíz supuestos que en la terminología de la calle se designan con frecuencia «precontratos» pero que claramente no lo son⁷⁴, por admitir que bajo la rúbrica «precontrato» se da hoy cabida a realidades diferentes, con grados de vinculación distintos para las partes.

Por nuestra parte, aunque en verdad no estamos del todo convencidos de que tenga plena justificación hablar del precontrato como figura con entidad propia –otra cosa ocurre con la existencia y operatividad de los diversos supuestos considerados–, en todo caso creemos que el planteamiento expuesto en las líneas anteriores resulta aceptable, desde un punto de vista pragmático, a los efectos de este estudio. Si bien advirtiendo que, de los tres supuestos reseñados, los que aquí interesan propiamente son el primero y el segundo, porque el tercero a efectos prácticos puede ser considerado como un contrato de opción, figura que no tiene sentido en nuestro caso concreto (donaciones, actos de liberalidad). Atenderemos en adelante, por tanto, solo a los dos primeros.

En todo caso, una vez aceptado que los diversos supuestos que bajo la rúbrica «precontrato» se comprenden no son todos iguales entre sí, resulta fundamental entonces no perder de vista que el régimen aplicable a cada uno de ellos puede no ser el mismo, como veremos en los apartados siguientes. Se hace preciso, por eso, distinguirlos. Para lo cual –se ha apuntado atinadamente–, el criterio a emplear pasa por indagar cuál ha sido la voluntad de los sujetos al celebrar un determinado precontrato: porque, si la configuración de un negocio viene determinada por la intención de sus autores al celebrarlo –principio de autonomía

⁷² PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 46; ROMÁN GARCÍA, 1982, p. 415; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, pp. 396-397. Quizá también BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, p. 369.

⁷³ ROMÁN GARCÍA, 1982, p. 415; también en 2016, p. 251.

⁷⁴ Un supuesto paradigmático en este sentido es el de los contratos privados de compraventa celebrados en firme y cuyo contenido está también perfectamente determinado desde el principio, pero en los que la entrega de la cosa y el pago del precio se posponen al tiempo de elevarlos a escritura pública. Otros supuestos incluibles aquí son los contratos a los que se señala plazo inicial, o que se someten a condición suspensiva.

privada⁷⁵–, en el caso de los precontratos resulta que esas intenciones pueden ser diversas: «la voluntad de las partes [es] la que libremente crea el precontrato y también establece el concreto grado de vinculación... así como las eventuales consecuencias del incumplimiento»⁷⁶. Por lo que «debe procederse al análisis del acuerdo de voluntades en relación al objeto y a la causa del precontrato, [teniendo] siempre presentes las circunstancias que concurren en el caso concreto..., y después integrar los resultados y conclusiones del acuerdo de voluntades con el principio de buena fe en sentido objetivo»⁷⁷.

⁷⁵ ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 131 y 417; también en 2016, pp. 250-251.

⁷⁶ ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 250.

⁷⁷ ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 250; también en 1982, pp. 27 y 205. «Por ello –añade este autor–, los problemas de calificación jurídica de los precontratos se transforman necesariamente en problemas de interpretación del contenido y de la estructura del negocio concreto» (2016, p. 255). *Vid.* también SSTS 26 de octubre de 1984 (RJ 5074/1984) y 13 de octubre de 2005 (RJ 7235/2005). En sentido semejante, si bien cada uno con matices particulares, CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1136; LALAGUNA, 1969, t. II, pp. 313 s; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 503-505 y 512-513; e incluso SÁNCHEZ VELASCO (*AAMN*, 1952, p. 507), aunque este último en un plano hipotético, dada su postura contraria al precontrato.

Abundando en esta idea, apunta ROMÁN GARCÍA que «la eficacia jurídica del precontrato en caso de incumplimiento por una de las partes, cuando existe base negocial suficiente en el mismo que sin necesidad de nuevo consentimiento permita llegar al contrato definitivo proyectado, hace que el Tribunal Supremo considere que en estos casos debe obligarse al cumplimiento específico de lo pactado (el Juez debe tener por prestado el consentimiento y sustituirlo por el otorgamiento: cumplimiento forzoso). Si, en cambio, fuera necesario completar o matizar el consentimiento emitido por las partes en el precontrato, teniendo en cuenta que es un acto personalísimo de estas que no puede ser sustituido por el órgano jurisdiccional, las situaciones de incumplimiento habrán de resolverse mediante la indemnización de daños y perjuicios. De ahí que la eficacia constitutiva de los precontratos dependa en cada caso de la correcta interpretación de las intenciones de las partes, que nunca se podrán ver comprometidas más allá de los que ellas mismas establecieron en el precontrato» (2016, p. 255).

Y PARRA LUCÁN, por su parte, dice que «la jurisprudencia considera que la determinación de los elementos esenciales muestra que existió intención de contratar, y niega que exista compraventa cuando los elementos esenciales del contrato no están determinados»; «los tribunales deducen –añade–... que no se ha querido celebrar el contrato definitivo no solo cuando se emplean expresiones como “futura compra” o equivalentes, sino, sobre todo, cuando las partes prevén en el contrato concertado los efectos de la no celebración del contrato definitivo mediante la pérdida de la cantidad entregada como señal. En especial,... tienden a considerar que es promesa si es precisamente el incumplidor de la misma quien pretende que le devuelvan la cantidad entregada sin que la otra parte, el vendedor, se oponga exigiendo el cumplimiento. Cuando, por el contrario, sucede esto último, los tribunales tienden a considerar que la señal entregada era parte del precio de un contrato definitivo, no promesa. Finalmente –apunta–, el posterior comportamiento de las partes después del acuerdo, bien realizando actos de cumplimiento, bien dejando pasar el tiempo sin realizar ninguna actuación, son indicadores para la jurisprudencia de si realmente se quiso el contrato o si, por el contrario, fueron meras conversaciones no vinculantes» (2013, t. I, pp. 425-427).

En un sentido semejante se muestra el artículo 830 del Código Civil portugués: «1.–Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida. 2.–Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa».

1.2 Requisitos

Sentado lo cual, pasamos entonces a ocuparnos de los requisitos que han de reunir esos supuestos de precontrato. Aquí, tenemos lo siguiente.

Por cuanto hace a la capacidad que los sujetos han de tener para celebrar precontrato válido, es claro que tanto en el primer tipo de precontrato como en el segundo esa capacidad ha de ser la misma que se requiere para el «contrato definitivo» (empleada ahora esta expresión en sentido lato)⁷⁸. Esto no plantea ninguna duda si estamos ante un precontrato del segundo tipo, porque aquí el contrato en cuestión es uno solo y el mismo desde el principio, aunque su contenido esté delimitado inicialmente solo en sus líneas básicas y requiera por ello cierto desenvolvimiento futuro. Pero igual ha de ser si se trata de un precontrato del primer tipo –*i.e.*, contrato que obliga a celebrar posteriormente otro contrato–, pues aunque durante un tiempo se pretendió que para celebrar tal precontrato bastaba con tener capacidad general para contratar fuera cual fuera el contrato definitivo proyectado⁷⁹, esto se evidenció luego absurdo, ya que, si así fuera, un sujeto –precontratante– podría quedar obligado ya a celebrar un contrato (el definitivo) para el que se requiere una capacidad especial o más estricta que sin embargo no tiene en el momento de celebrar el precontrato, con las consecuencias inadmisibles que de ahí se derivarían⁸⁰. El sistema legal se vería, pues, frustrado, si para celebrar el precontrato no se requiriera la misma capacidad que se pide para el contrato definitivo.

Por cuanto hace a la voluntad de los «precontratantes» y a su formación sana y sin vicios, tampoco cabe distinguir en función de que se trate del primer o del segundo tipo de precontrato, sien-

⁷⁸ CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1173-1174; ROCA SASTRE, 1948, p. 346; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 43; Díez-PICAZO, 1993, p. 315; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 146-147 y 418-419; Id, 2016, p. 249.

⁷⁹ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 566. De exigirse los mismos requisitos que para el contrato definitivo, se dijo, el precontrato perdería su utilidad en gran medida, por lo que, si el contrato definitivo requiere una capacidad especial, esta habrá de tenerse en el preciso momento de celebrar este contrato, pero no antes (*vid.* también p. 93).

⁸⁰ *V.gr.*, precontrato de venta de inmueble celebrado por menor emancipado. El menor emancipado, como es sabido, tiene en general capacidad de obrar y por tanto capacidad para contratar como si fuera mayor de edad, salvo en relación con determinados actos considerados por el legislador particularmente importantes o trascendentes, entre los cuales está la enajenación de inmuebles: artículo 247 CC. Pues bien, sobre esta base resulta un sinsentido la tesis ahora criticada, porque aunque el incumplimiento del precontrato solo tuviera por consecuencia la indemnización de daños y perjuicios –incumplimiento, ése, que en el caso se produciría necesariamente si llegado el momento el menor no tiene capacidad para celebrar el contrato definitivo al que sin embargo estaría obligado–, esa indemnización puede ser un equivalente tan gravoso como el cumplimiento en forma específica de lo prometido (CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1173; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 43).

do así además que no existe aquí ninguna especialidad reseñable, por lo que habrá que estar a las reglas generales de nuestro Derecho en tal tema.

Cuando se trata del objeto del precontrato, en cambio, sí hay que distinguir supuestos. Pues, si estamos ante un supuesto del primer tipo, esto supone que en el caso habrá dos contratos –el precontrato y el contrato definitivo– y que cada uno tendrá un objeto propio no coincidente plenamente con el del otro –el del precontrato será establecer entre las partes un vínculo jurídico que las obligue a la celebración futura de un cierto contrato, el del contrato definitivo será exclusivamente el correspondiente a la operación económica propia del contrato en cuestión–, con unos requisitos de posibilidad, licitud y determinación exigibles a ambos pero que no tienen sin embargo que cumplirse en cada uno de ellos en los mismos términos⁸¹: «el contenido del precontrato y el del contrato definitivo –se ha dicho– no tienen porqué ser idénticos. [...] el precontrato no tiene que tener un grado de concreción que permita la ejecución del contrato definitivo. Su grado de determinación debe ser el exigido para la existencia de todo contrato [pero] su contenido no tiene porqué ser idéntico al del contrato definitivo, y no tienen porqué estar concretados minuciosamente los elementos del contrato definitivo, [salvo] el tipo de contrato que se va a celebrar»⁸². Otra cosa ocurre en cambio si se trata de precontrato del segundo tipo, pues como en este caso hay un único contrato su objeto es también único, y ha de ser posible, lícito y determinado desde el primer momento –y esto medido con referencia a la operación sustantiva y final de que se trate⁸³–, sin perjuicio de que el contenido obligacional de tal negocio tenga luego que ser desarrollado en cierta medida⁸⁴.

Por cuanto hace a la forma, al precontrato, como contrato que es en sí mismo, le es de aplicación como regla el principio general espiritualista propio de nuestro Ordenamiento⁸⁵, y esto vale tanto si se trata de precontrato del primer tipo como del segundo. En esto no hay

⁸¹ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 567-568. Así también, aunque no del todo claramente, PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 43-44; y BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, p. 371.

⁸² MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 512-513; STS 2-3-1965 (RJ 1238/1965).

⁸³ Así, *v.gr.*, en una operación de compraventa, además de ser posibles y lícitos, la cosa y el precio han de estar determinados o ser determinables desde que se celebra el «precontrato»: CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1174; Díez-PICAZO, 1993, p. 315; ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 249.

⁸⁴ ROCA SASTRE, 1948, p. 346.

⁸⁵ CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1175-1176; ROCA SASTRE, 1948, p. 346; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 166-167 y 419; Díez-PICAZO, 1993, p. 316. También, aunque no demasiado claramente, MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 565-566. Para una exposición de la discusión al respecto en su día, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 93 y 561-566; y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 161 ss.

discusión. La duda se plantea solo en caso del llamado «precontrato de contrato formal»: como este, ahora bien, es el asunto más propio de este estudio –ya que la donación es negocio formal–, nos ocuparemos de él con más detenimiento un poco más adelante.

Finalmente, el aspecto temporal: ¿qué plazo puede transcurrir entre el momento en que se celebra el precontrato y el momento en que la operación sustantiva pretendida se cierra y viene a ser efectiva definitivamente? Responder a esto exige distinguir según que las partes, al celebrar el precontrato, hayan señalado o no un plazo en ese sentido. Pues, si lo han hecho, a él habrán de estar, de tal modo que si ese plazo transcurre sin haber celebrado el contrato definitivo –primer tipo de precontrato– o sin haber procedido al desarrollo completo del contrato convenido –segundo tipo de precontrato–, la eficacia de lo hecho decaerá⁸⁶. Si, por el contrario, no han fijado tal plazo, dado que no puede admitirse una vinculación indefinida, cabe pensar en dos soluciones: una, acudir al artículo 1128 CC y pedir al Juez que lo fije⁸⁷; otra, aplicar el plazo de prescripción de las acciones personales (el general de cinco años), a contar desde la celebración del precontrato⁸⁸. Aunque es cuestión opinable, quizá la primera solución sea más segura.

1.3 **Ámbito de operatividad**

Antes de pasar a ocuparnos de nuestro caso específico, queda todavía una cuestión por considerar en relación con los precontratos en general: ¿cuál es su ámbito de operatividad?

Aunque en principio cabría pensar que los precontratos pueden ser referidos a cualquier contrato, negocio u operación⁸⁹, tal planteamiento no es sostenido en nuestros días prácticamente por nadie, ya que los autores excluyen de tal posibilidad determinados contratos u operaciones. El problema estriba en que no hay un parecer común con respecto a cuáles no pueden ser objeto de precontrato, pues si bien hoy está ampliamente extendida la idea de que los contratos consensuales sí pueden ser objeto de precontra-

⁸⁶ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 569; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1181; Díez-PICAZO, 1993, pp. 317-318; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 399. Se discute, ahora bien, si ese plazo ha de considerarse de caducidad o de prescripción.

⁸⁷ Así ROCA SASTRE, 1948, p. 347; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 169-170 y 419; Id., 2016, pp. 249-250; CASTÁN, 1993, t. IV, pp. 36-37. Y la STS 2-3-1965 (RJ 1238/1965).

⁸⁸ Así MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 399.

⁸⁹ Aunque no la compartan, *vid.* esta idea apuntada en MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 401; ALGUER, *RDP*, 1935, pp. 378 y 381; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1171; Díez-PICAZO, 1993, p. 311; y CASTÁN, 1993, t. IV, p. 34.

tos⁹⁰, se discute en cambio en relación con los contratos reales y los contratos formales⁹¹. Nos ocupamos por ello, a continuación, de estos dos últimos casos.

Por cuanto hace a los contratos reales, tenemos que las posturas existentes al respecto van, desde la que considera que son el supuesto paradigmático de precontrato hasta la que afirma su imposibilidad intrínseca⁹².

Consideran unos autores, en efecto, que «el precontrato... encuentra condiciones más apropiadas para su desarrollo en el campo de los contratos reales»⁹³. «Si... la entrega, la *res*, es requisito constitutivo del mutuo, del comodato, del depósito y de la prenda, y los *pacta de mutuando, de commodando, de deponendo y de pignorando* no pueden, en consecuencia, producir los mismos efectos que el contrato real correspondiente por falta del requisito de la *res*, parece –se dice–... que tales pactos han de ser calificados... de precontratos, o sea de contratos que obligan al ulterior perfeccionamiento del contrato principal correlativo mediante la entrega de la cosa y la prestación del consentimiento necesario para el mutuo, el depósito, etc»⁹⁴. «En tanto subsista... la categoría de los contratos reales –se ha apuntado también–, el convenio por virtud del cual las partes se obligan a entregarse una cosa determinada y concluir un contrato real constituirá un verdadero precontrato»⁹⁵.

Sostienen otros autores, en cambio –aunque con argumentos no siempre coincidentes–, que el precontrato de contrato real es hoy imposible. Es así, para algunos, porque, en la medida en que el Derecho actual no opera con tipos contractuales tasados sino que reconoce validez y eficacia a todo acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos lícitos, resulta entonces que el precontrato de con-

⁹⁰ Aunque tampoco cabe hablar de unanimidad, pues no faltan quienes sostienen que los contratos consensuales son, precisamente, los que no pueden ser objeto de precontrato: esto, claro es, se explica considerando el planteamiento sobre el que tales autores proceden, tendente a identificar o a conectar íntimamente el precontrato con el contrato definitivo, lo que hace que la idea de «celebrar un contrato consensual que lleva a celebrar otro contrato consensual» les resulte chocante. Para una exposición sintética de esta cuestión, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 401 ss; ALGUER, *RDP*, 1935, pp. 383-384; y ROCA SASTRE, 1948, p. 335.

⁹¹ Así lo destacan ALGUER, *RDP*, 1935, pp. 383-384; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1171-1172; y SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, p. 500, entre otros.

⁹² Sin faltar quienes zanján radicalmente la cuestión sobre la base de no admitir en nuestro Derecho actual la subsistencia de la categoría de los contratos reales (así, *v.gr.*, SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 532-537): este planteamiento, ahora bien, no lo asumimos nosotros aquí. Sobre los contratos reales, su origen, evolución y falta de justificación en nuestro Ordenamiento hoy –pero sin negar su existencia *de lege lata*–, *vid.* JORDANO BAREA, 1958.

⁹³ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 493, y cita de otros autores también en p. 482.

⁹⁴ Resume así perfectamente este planteamiento, aunque él no lo comparte, ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 1.

⁹⁵ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 492.

trato real no es sino un contrato consensual en virtud del cual un sujeto se obliga a entregar a otro una cosa con un fin determinado y este otro se obliga a su vez a la posterior restitución de la cosa a aquel⁹⁶: «contrato consensual de préstamo y precontrato de contrato real de préstamo –se ha dicho, en términos que pueden generalizarse a los demás supuestos de contratos reales– son la misma e idéntica figura. Por ello –se añade–, al confundirse o identificarse este último [el precontrato de contrato real] con aquel [el contrato consensual], obliga a considerarlo como un imposible jurídico»⁹⁷. Para otros autores, sin embargo, la razón de la imposibilidad radica en que los contratos reales responden a una causa gratuita tipificada que excluye sean aptos para ser objeto de precontrato, pues esa causa «les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares (arts. 1743, 1748, 1755, 1776 y 1780 [CC])... mientras que... el precontrato... necesitaría su propia causa (onerosa o gratuita) que matizaría toda la relación, excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código»⁹⁸.

Por nuestra parte, aunque no precisamos adentrarnos a fondo en esta cuestión, nos parece que en estas últimas consideraciones no hay justificación suficiente para negar sean posibles los precontratos de contrato real, porque las objeciones en que tal negativa se sustenta no son plausibles. Por lo siguiente.

Si atendemos al argumento de que el precontrato de contrato real se identifica con un contrato consensual, porque los efectos son los mismos en una configuración y otra, esta objeción se des-

⁹⁶ ALGUER, *RDP*, 1936, pp. 5-7: esta sí es la postura propia de este autor en este punto.

⁹⁷ ROCA SASTRE, 1948, pp. 340-341. En este punto PUIG BRUTAU –1982, t. II, vol. II, pp. 39-40– no adopta una postura clara, pues si bien inicialmente parece coincidir con ROCA SASTRE, luego afirma que «tal vez sería mejor decir que la celebración en forma consensual (por consiguiente, sin entrega de cosa alguna) de los contratos que el Código regula como contratos reales, deja establecidas, «planeadas», para su cumplimiento en forma sucesiva, la obligación de entregar la cosa y la posterior de devolverla». Y decimos que no adopta una postura clara, porque este planteamiento es muy similar a la configuración de los precontratos que hace en general ROCA SASTRE, y que PUIG BUTAU comparte: *vid. supra* texto y notas 44-46.

⁹⁸ CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1172. En una línea semejante, aunque con matices, se muestra Díez-PICAZO: «Si tienen [estos precontratos de contrato real] causa gratuita –dice– no son susceptibles de engendrar ninguna obligación, por la misma razón por la que no la engendran las promesas de donación. Si, por el contrario, tienen causa onerosa..., el convenio consensual es un negocio válido y eficaz, del que derivan específicas obligaciones para las partes. Lo que ocurre es que la estructura de tales obligaciones es claramente diferente de las que determina un simple contrato preparatorio. El convenio consensual de préstamo no se limita a atribuir a los interesados la facultad de poner en vigor en el futuro un contrato de préstamo, sino que impone la obligación de proporcionar al prestatario la suma estipulada [y] esta obligación está sometida a un régimen jurídico especial. Por ejemplo, el prestatario deviene insolvente antes de que la suma sea puesta a su disposición» (1993, p. 314).

virtúa considerando que se trata de una petición de principio, en tanto que no hay ahí demostración sino simple afirmación⁹⁹. Siendo así, en cambio, que plantear que los efectos son distintos en un caso y en otro no resulta descabellado si se entiende que, en caso de contrato consensual, llegado el momento el Juez puede imponer el cumplimiento *in natura* del contrato entregando la cosa a una parte aun contra la voluntad de la otra (en caso de que esta no lo haga espontáneamente), mientras que en caso de precontrato la respuesta a tal incumplimiento puede traducirse solo en condenar a la indemnización de daños y perjuicios, sin poder imponer el Juez el cumplimiento efectivo¹⁰⁰, y si esto es así, es claro entonces que no cabe identificar el precontrato de contrato real con un contrato consensual.

Y si atendemos a la objeción causal apuntada, su refutación se deriva del principio de libertad contractual que es propio de nuestro Ordenamiento actual, principio que para la validez de los contratos requiere ciertamente que estos respondan a causas jurídicamente atendibles pero siendo así que esas causas no constituyen un elenco cerrado sino que pueden consistir en cualquier fin socio-económico lícito que los sujetos pretendan¹⁰¹, de donde resulta que el hecho de que los contratos reales que nuestro Código contempla tenga una causa concreta determinada –como ocurre con cualquier otro contrato tipificado– no es inconciliable con que puedan ir precedidos de precontrato. Y, por otra parte, ¿qué impedimento supone, para la existencia de precontratos de contratos reales, que la causa de estos últimos sea gratuita? Incluso dejando ahora a un lado el hecho de que esa causa puede ser onerosa en la mayoría de los casos (mutuo, depósito, prenda), no se encuentra razón que justifique afirmar que tal supuesto es imposible: recuérdese, tal como quedó visto en su momento, que aun si el precontrato se articula con arreglo al planteamiento más tradicional –contrato que obliga a celebrar otro contrato–, el hecho de que el segundo contrato sea un acto debido no excluye absolutamente las notas de voluntariedad y en su caso gra-

⁹⁹ Eso no obstante, hay que reconocer que decir que la diferencia entre esas configuraciones se cifra en valorar la entrega posterior de la cosa como hecha *in obligatione* –si se piensa en precontrato de contrato real, porque con la entrega de la cosa se perfecciona el contrato real y es entonces cuando surge la obligación propia del mismo: *re contrahitur obligatio*– o *in solutione*, si se piensa en contrato consensual: porque la entrega de la cosa no es sino acto de cumplimiento de la obligación nacida en ese sentido del contrato consensual ya celebrado– constituye una disquisición fundamentalmente abstracta, insuficiente por sí sola para negar la identidad entre tales configuraciones.

¹⁰⁰ En caso de que la voluntad de las partes al celebrar el precontrato fuera obligarles a celebrar el contrato real posterior, lo que depende de cómo se configure o entienda el precontrato: *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 492-494. El acuerdo propio del precontrato no es el mismo del contrato real.

¹⁰¹ Causa en sentido objetivo.

tuidad de esa operación, pues esas notas habrán existido ya en el origen de la misma –al celebrar el precontrato– y de alguna forma se mantienen al celebrar el contrato definitivo¹⁰². No siendo tampoco óbice para la posibilidad de estos precontratos que algunos de los efectos dispuestos en el Código Civil para los contratos reales no sean aplicables a los precontratos correspondientes, porque ello se debe simplemente a que regulan cuestiones que se plantean solo en situación de posesión actual de la cosa, situación que es precisamente la que falta en el precontrato¹⁰³.

Consideraciones, las anteriores, a las que puede añadirse además que la posibilidad de celebrar precontratos de contratos reales encuentra cierto respaldo en el artículo 1862 de nuestro Código Civil¹⁰⁴, y también en el plano comparado, ya que se admite en el Derecho austríaco –artículos 957, 971, 983, 984 y 1368 ABGB–, en el Derecho italiano –artículo 1822 *Codice civile* de 1942– y en el Derecho alemán –*vid.* el originario § 610 BGB–¹⁰⁵.

¹⁰² Considérese aquí, además, en relación con el planteamiento de Díez-PICAZO, que causa gratuita y causa de liberalidad no son necesariamente coincidentes, pues la *causa liberalis* –la propia de las donaciones– implica además un empobrecimiento y enriquecimiento correlativos de donante y donatario, que en el caso de los precontratos de contratos reales no se da. Y menos aceptable aún resulta el argumento que apunta Díez-PICAZO (1993, p. 314) en relación con el comodato –tomado de CARRESSI, «Il comodato», en el *Trattato di Diritto civile italiano*, de Vassalli, 2.^a ed. Torino 1954, pp. 13 ss–, de que un acuerdo en ese sentido no acompañado de la entrega de la cosa objeto del mismo es un acto que todo lo más genera un deber de carácter social, pero que desde el punto de vista jurídico es irrelevante (para la crítica de este argumento, *vid.* JORDANO, 1958, p. 140).

¹⁰³ En este sentido, señala Díez-PICAZO –1993, p. 314– que entre un contrato consensual de préstamo y un contrato real de préstamo existen efectos específicos diferentes, en concreto en caso de que el prestatario caiga en insolvencia antes de recibir el dinero. Esta cuestión, prevista en otros Ordenamientos –*vid.* artículo 936 ABGB, § 610 BGB en su redacción anterior (hoy derogado) –*vid. supra* nota 37–, artículo 1822 *Codice civile* italiano de 1942: *vid. infra* nota 105–, no lo está en el nuestro (aunque JORDANO –1958, p. 119– apunta que se puede llegar a un resultado semejante aplicando por analogía el artículo 1467 CC). En todo caso, sea de esa cuestión lo que sea, lo que para nosotros resulta relevante aquí es constatar que la objeción apuntada por Díez-PICAZO no tiene fuerza para excluir la existencia de los precontratos, por la razón dicha en el texto y porque así lo evidencia además el hecho de que, incluso con ese efecto específico legalmente previsto, otros Ordenamientos no encuentran imposibilidad para admitir la figura en tales casos (*vid. infra* nota 105).

¹⁰⁴ En él se establece que «la promesa de constituir prenda... solo produce acción personal entre los contratantes...». ROCA SASTRE –1948, pp. 339-340–, sin embargo, rechaza ese entendimiento de las cosas, considerando que lo que hay en la prenda (y en la hipoteca) es un negocio de disposición, el cual estima excluido también de los precontratos.

¹⁰⁵ Código Civil austríaco (ABGB): Artículo 957: precontrato de depósito: Cuando alguien se ocupa de la custodia de una cosa de otra persona, se celebra un contrato de depósito. La promesa aceptada de hacerse cargo de cosa ajena aún no entregada vincula a la parte que promete tal, pero no es aún un contrato de depósito («Wenn jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt, so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen, macht zwar den versprechenden Teil verbindlich; es ist aber noch kein Verwahrungsvertrag»). Artículo 971: precontrato de comodato: Cuando se entrega a alguien cosa no consumible para su uso no remunerado durante un determinado período de tiempo, se celebra un contrato de comodato. El contrato mediante el cual se promete prestar algo a alguien sin entregarlo aún es vinculante, pero todavía no es contrato de comodato («Wenn jemanden eine unverbrauchbare Sache bloss zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben

Dicho esto, pasamos entonces a ocuparnos de los contratos formales. Y aquí tenemos que la cuestión se plantea inicialmente en términos parecidos a los que se acaban de ver en relación con los contratos reales. Pues en ellos –se dice– «el contrato principal representa necesariamente un *plus* sobre el precontrato, ya que, al otorgarse el contrato principal, sobre prestar el consentimiento, se habrá de llenar la forma. [Y] como... la forma viene exigida por la ley, el precontrato precedente... no puede producir los efectos del contrato principal, [por lo que] parece... fundada la posibilidad... de considerar el primer contrato como precontrato de contrato formal»¹⁰⁶.

Este planteamiento inicial, sin embargo, es luego objeto de consideraciones varias.

Así, en su momento sostuvieron algunos autores que la forma del precontrato es tema que debe separarse de la forma del contrato principal, en el sentido de no aplicar a aquel las exigencias que sean propias de este: de otro modo –se dijo–, se llegaría a laminar el con-

wird, so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag»). Artículo 983: En el contrato de préstamo el prestamista se compromete a entregar al prestatario las cosas con la estipulación de que el prestatario puede disponer de los elementos como considere. El prestatario está obligado a devolver al prestamista cosas del mismo tipo y calidad a la finalización del contrato («Im Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer vertretbare Sachen mit der Bestimmung zu übergeben, dass der Darlehensnehmer über die Sachen nach seinem Belieben verfügen kann. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darlehensgeber spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und die Güte zurückzugeben»). Artículo 984: Un contrato de préstamo puede tener por objeto dinero u otras cosas fungibles. Un préstamo puede concederse de forma gratuita u onerosa. Un contrato de préstamo gratuito sin entrega de bienes solo es eficaz si el prestamista hace su declaración de contrato por escrito («1.–Gegenstand eines Darlehensvertrags können Geld oder andere vertretbare Sachen sein. Ein Darlehen kann entweder unentgeltlich oder gegen Entgelt gewährt werden. [...] 2.– Ein unentgeltlicher Darlehensvertrag ohne Übergabe der Sachen ist nur wirksam, wenn der Darlehensgeber seine Vertragserklärung schriftlich abgibt»). Artículo 1368: precontrato de prenda: Contrato de prenda es aquel por el cual el deudor, u otra persona en su lugar, concede al acreedor una garantía sobre cosa mueble, entregándosele. El contrato de querer entregar una prenda, todavía no es contrato de prenda («Pfandvertrag heisst derjenige Vertrag, wodurch der Schuldner, oder ein Anderer anstatt seiner auf eine Sache dem Gläubiger das Pfandrechtfähig einräumet, folglich ihm das bewegliche Pfandstück übergibt, oder das unbewegliche durch die Pfandbücher verschreibt. Der Vertrag, ein Pfand übergeben zu wollen, ist noch kein Pfandvertrag»).

Codice civile italiano de 1942: Artículo 1822 (*Promessa di mutuo*): «Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie».

Código Civil alemán (BGB): § 610 en su redacción anterior (hoy derogado): Quien promete la entrega de un mutuo puede, en la duda, revocar la promesa si en las relaciones patrimoniales de la otra parte se produce un empeoramiento notable por el cual corra peligro la pretensión a la restitución («Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann in Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückertattung gefährdet wird»).

¹⁰⁶ Resumen así perfectamente el planteamiento, aunque él no lo comparte, ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 7.

cepto de precontrato y su utilidad¹⁰⁷. Lo que les llevó, con base en el principio general espiritualista propio de nuestro Ordenamiento actual, a no exigir requisito ninguno de forma para la validez de los precontratos, fuera cual fuera el contrato a que se refirieran: la ley, parecieron pensar, exige forma para determinados contratos principales, no para los precontratos de los mismos, por lo que estos deben quedar excluidos de ella, dado el carácter excepcional que los supuestos formales tienen en nuestro Derecho hoy.

Planteada en tales términos absolutos, sin embargo, esta postura fue pronto recusada por la mayoría de la doctrina. Y es que, aunque no se discute que el principio de libertad de forma es también aplicable en general a los precontratos, se considera que la cuestión puede o debe tener una respuesta distinta cuando el contrato es de los que por imperativo legal se califican como «formales». En tal caso, se dice, el precontrato debe también ser «formal». La razón es que, en la medida en que el precontrato deja ya a los sujetos del mismo vinculados a los efectos del contrato proyectado, si se admitiese de modo general la validez del precontrato no formal ello determinaría un resultado que no cumpliría con la finalidad pretendida por el legislador al establecer para esa operación una exigencia imperativa de forma¹⁰⁸.

En esto hay coincidencia actualmente. Con ello, ahora bien, la cuestión no queda zanjada. Y es que, sin perjuicio de lo dicho, se considera sin embargo que no todos los precontratos de contratos formales tienen que ajustarse siempre y necesariamente a los requisitos de forma que se exigen para estos últimos. El esfuerzo doctrinal se centra entonces, hoy, en identificar los casos en que efectivamente se exige la misma forma a uno y otro, y los casos en que no. A este respecto, aunque se han empleado diversos criterios, en lo esencial todos se pueden reconducir a uno. Lo vemos a continuación, recordando antes unas ideas generales sobre la finalidad que el legislador puede pretender cuando establece la exigencia de una determinada forma, y sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la misma.

Desde la perspectiva de los fines que puede pretender, tenemos la siguiente alternativa¹⁰⁹: a) forma, como elemento que mira a procurar, a los propios sujetos del contrato o negocio que se va a celebrar, una mayor reflexión sobre la importancia y trascendencia del mismo, para así evitar precipitación en su obrar; y b) forma,

¹⁰⁷ DE DIEGO, 1919, t. IV, p. 328. En los términos expuestos en el texto refieren esta idea –aunque no es la suya– MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 561-562; y CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1175.

¹⁰⁸ CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1175.

¹⁰⁹ Se trata de una alternativa aceptada para los negocios de modo general (*vid.*, por todos, Díez-PICAZO, 1993, pp. 256 ss). En todo caso, en relación con nuestro tema, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 561-566; ALGUER, *RDP*, 1936, pp. 7-12; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 41.

como elemento que mira a otros fines, tales como facilitar la prueba –entre otras cosas, de la existencia de una voluntad negocial firme y decidida–, o procurar conocimiento a los terceros del contrato o negocio realizado para así dar seguridad al tráfico jurídico, o ser determinante de que los créditos generados tengan una conformación o unos efectos «especiales».

En cuanto a las consecuencias del no cumplimiento del requisito de forma establecido por la ley¹¹⁰, tenemos que se distingue entre supuestos en que eso determina la nulidad radical del contrato o negocio concernido –supuestos de forma *ad solemnitatem*, *ad validitatem*– y supuestos en que eso no determina la inexistencia o invalidez del negocio sino solo su falta de eficacia, de oponibilidad a terceros o de producción de ciertos efectos típicos que la ley adscribe a la forma prevista¹¹¹.

Y entonces, combinando esos dos planos, de ahí resulta que forma *ad solemnitatem* o *ad validitatem* –esto es, forma cuyo incumplimiento determina la nulidad radical del contrato– es la que se requiere generalmente cuando el fin que se busca alcanzar es que los sujetos que van a celebrar un determinado negocio sean conscientes de su importancia y trascendencia, de modo que no procedan con ligereza sino que reflexionen serenamente sobre él antes de realizarlo.

Pues bien, proyectado a nuestro tema, tenemos que eso se traduce generalmente en que, en los casos en que la forma que se exige al contrato principal o definitivo es *ad solemnitatem*, esa misma forma se considera exigible también al precontrato, de tal modo que sin ella resulta tan nulo e ineficaz como aquel: la razón –se dice– es que, si así no fuera, se burlaría lo dispuesto en la ley y se frustraría la finalidad pretendida por ella. En los demás casos de contratos formales, en cambio, se entiende que el precontrato no ha de ajustarse necesariamente a la forma requerida para el contrato principal o definitivo, y que no hacerlo así no afecta a la validez y eficacia propia del precontrato –obligar a las partes a manifestar luego sus voluntades o a proceder en los términos previstos–, aunque sí afecte a la eficacia, oponibilidad, calidad o tipificación que se pretende dar

¹¹⁰ Aunque la idea es de alcance general para todos los negocios, hacen referencia a ella en este tema, entre otros muchos, MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 561-566; ALGUER, *RDP*, 1936, pp. 7-12; ROCA SASTRE, 1948, pp. 341-343; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 166-167.

¹¹¹ Ejemplo de esto último, objeto de cita constante por parte de quienes se ocupan de los precontratos, es el llamado *pactum de cambiando*, en el que la existencia y validez del crédito de que se trate no depende de que se cumplan las formalidades propias de la letra de cambio, aunque sí depende de ello la calificación de ese crédito como cambiario, con sus consiguientes efectos y régimen específicos (PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 41). Se habla, por ello, de forma como requisito «de calidad o tipificación». *Vid.* también ROCA SASTRE, 1948, pp. 341-342, quien cita asimismo el caso del precontrato de sociedad.

como resultado último a la obligación, al crédito o a la relación jurídica en cuestión, ya que esto no se consigue con el precontrato¹¹².

Una idea semejante parece existir en los Ordenamientos de nuestro entorno que se han ocupado expresamente del asunto¹¹³.

Y, por nuestra parte, suscribimos también en términos generales el planteamiento expuesto (aunque hacemos notar, no obstante, que la alternativa apuntada no se presenta siempre en la realidad en términos tan claros, pues en ciertos supuestos no es posible señalar una finalidad única y exclusiva al requisito formal que la ley establece¹¹⁴, resultando entonces difícil determinar con seguridad el régimen de forma aplicable al precontrato¹¹⁵).

¹¹² ROCA SASTRE, 1948, pp. 341-342; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1175-1176; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 40-42; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 166-167.

¹¹³ Artículo 22.2 del Código de Obligaciones suizo: «Lorsque, dans l'intérêt des parties, la loi subordonne la validité du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la promesse de contracter». Artículo 1351 *Codice civile* italiano de 1942: «Il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo». Artículo 410 del Código Civil portugués de 1966: «1. – A convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, per sua razão de ser não se devam considerar extensivas ao contrato-promesse. 2. – Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autentico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas [...]».

¹¹⁴ Así lo advierte MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 563-566, quien afirma que la forma, «aunque aspire a proteger a los contratantes... tendrá casi siempre otras finalidades...».

¹¹⁵ Para ejemplificar lo dicho, vamos a considerar dos casos en que es pacífico hablar de forma solemne: contrato de hipoteca, y capitulaciones matrimoniales.

En relación con el negocio de constitución de hipoteca, su carácter formal resulta claramente de la Ley Hipotecaria: «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas—dice el artículo 145 LH—, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad». A la vista de lo cual, se plantea entonces la siguiente pregunta: ¿debe el precontrato (o promesa) de hipoteca—contemplado en el artículo 1862 CC—celebrarse necesariamente también en escritura pública, o puede celebrarse válidamente en forma distinta? ¿Cuál es la *ratio* que anima ese requerimiento de forma? ¿La protección del hipotecante, o el conocimiento por parte de los terceros del gravamen creado, para así proteger la seguridad del tráfico jurídico? Dado que «hipotecarse» es un acto económicamente trascendente, cabe efectivamente pensar que la justificación de tal exigencia se encuentra en el intento de evitar que el mismo se realice a la ligera, sin suficiente maduración. Ocorre, ahora bien, que, aunque eso es cierto, no lo es menos que, en el caso, tan importante o más que eso es proteger a los terceros y al tráfico jurídico (considérese que más trascendente que hipotecar es vender, y sin embargo la ley no impone forma solemne a los contratos de compraventa), lo que pasa por dar visibilidad a la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, para lo cual es a su vez indispensable, *ex* artículo 3 LH., la escritura pública. ¿Podría entonces resultar que esta no fuera sino una exigencia de carácter instrumental, para poder conseguir aquella? Lo que sucede aquí, seguramente, es que los dos fines apuntados se presentan de forma concurrente. En todo caso, sobre la base de lo dicho, volvemos entonces a plantear la cuestión: ¿tiene el precontrato de hipoteca—la promesa de hipoteca—que celebrarse necesariamente en escritura pública, como el contrato de hipoteca, o puede celebrarse en forma distinta? Aunque la forma que se requiere para el contrato de hipoteca tiene carácter de requisito *ad solemnitatem*—de esto no hay duda—, no hay en nuestro Ordenamiento base clara para pensar que en relación con tal precontrato haya de ser también así, lo cual, unido a lo expuesto acerca de cuál de los dos fines perseguidos es más relevante, hace que no sea descabellado entender que el precontrato de hipoteca puede ser válido aun no habiéndose celebrado formalmente—aunque sus efectos no sean constituir la hipoteca sino producir acción personal para ello entre los precontratantes, para exigirle otorgar el oportuno

2. EL PRECONTRATO DE DONACIÓN: ANÁLISIS DE SU VIABILIDAD O NO

En todo caso, esto sentado¹¹⁶, nos centramos ahora en el supuesto en que para la validez del contrato definitivo o principal se requiere imperativamente su celebración con arreglo a una determinada forma

contrato en escritura pública e inscribirlo en el Registro: en tal sentido, *vid.* CORDERO LOBATO, 2013, pp. 12777-12778, y BLASCO GASCÓ, 2016, p. 1216; para un análisis de la jurisprudencia al respecto, *vid.* RUBIO GARRIDO, 2009, t. III, *ad* artículo 1862, pp. 3699-3701–.

Pasemos entonces al caso de las capitulaciones matrimoniales, en relación con las cuales establece el artículo 1327 CC que, «para su validez... habrá de constar en escritura pública». Lo que ha llevado a algunos autores a afirmar rotundamente que, «por ello, un precontrato de capitulación matrimonial no se concibe» (ROCA SASTRE, 1948, p. 341; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 537-538). Pero, ¿es realmente así? Consideremos la cuestión desde la perspectiva del fin que con esa forma se pretende conseguir: ¿protección de las partes, o protección del tráfico jurídico? Algunos autores entienden que tal forma se requiere en interés de los propios otorgantes, para evitar que actúen con precipitación y sin conocimiento de causa, dado que se trata de un acto trascendente (ROCA SASTRE, 1948, p. 341). Pero, aunque eso no puede negarse en términos absolutos, tampoco resulta descabellado pensar en otros fines, tal como la protección del tráfico jurídico. Considérese, así, que para quienes realizan operaciones económicas con personas casadas es fundamental conocer cuál es el régimen económico de estas y la fecha en que tal régimen se ha establecido, y que esto pasa por la celebración de tales capitulaciones en escritura pública y por su posterior toma de razón en el Registro, siendo este un fin a cuyo lado puede palidecer el de protección de los propios otorgantes, pues, al menos si nos atenemos al *id quod plerumque accidit* –se capitula para cambiar, el régimen legal supletorio que en principio correspondería, por otro de los legalmente contemplados–, ¿acaso cabe pensar que estos otros sean peores o más peligrosos que aquel, hasta tal punto que los particulares sean incapaces de tomar una decisión madura al respecto por sí solos y se haga absolutamente imprescindible para ello contar con la intervención de Notario? En el ámbito del Derecho civil común desde luego no cabe decir sea así, incluso cabría más pensar lo contrario, pues mientras el régimen de gananciales origina entre los cónyuges o futuros cónyuges una comunidad (limitada) de ganancias, el régimen de separación de bienes supone que cada uno mantiene separado su patrimonio, sin constituir comunidad ninguna. Lo cual, con arreglo a lo dicho antes, hace que no sea descabellado pensar que el precontrato de capitulaciones no tiene que cumplir el requisito de forma que se exige para estas, máxime si consideramos que las circunstancias de la vida pueden determinar haya casos en que los sujetos, queriendo organizar su régimen económico y no pudiendo contar con Notario en el momento en que precisan hacerlo, tengan interés legítimo en comprometerse actualmente a capitular en el futuro en un determinado sentido. Considérese, a modo de ejemplo, el caso de novios que en los momentos iniciales de la pandemia causada por el virus COVID-19 decidieran contraer matrimonio *in articulo mortis*, tiempo en que el estricto confinamiento impuesto por las autoridades no les permitía contar con Notario que autorizara las capitulaciones que querían otorgar –pensando que quizá finalmente no murieran ellos pero sí los padres de uno de ellos, titulares de un importante patrimonio–, para así someter su economía matrimonial al régimen de separación de bienes en lugar de al propio del Fuero del Baylío, que por razón de su vecindad civil les sería de otro modo aplicable. ¿Sería radicalmente nulo y absolutamente ineficaz el acuerdo firme y serio que esos novios alcanzaran comprometiéndose a otorgar capitulaciones en el sentido dicho cuando fuera posible? No parece fácil negar que tal precontrato sea válido y eficaz por el mero hecho de no haberse ajustado a la forma prevista para aquellas. Y es que –nótese bien– lo que se plantea aquí no es que esos cónyuges hayan establecido ya para su economía, actual y efectivamente, régimen de separación de bienes –esto no es posible, ya que no lo han hecho en escritura pública–, sino que el acuerdo alcanzado en ese sentido –precontrato no formal– pueda considerarse válido y eficaz en el sentido de obligarles a otorgar luego capitulaciones en los términos convenidos, de tal modo que, si alguno se niega a hacerlo, haya de indemnizar al otro por los daños que con ello le cause.

¹¹⁶ Y sea de esos concretos supuestos discutibles lo que sea: al no ser ellos el objeto de este estudio, no tenemos porqué que resolverlos aquí definitivamente.

legalmente prescrita. Lo que se justifica por cuanto el negocio de donación es de carácter rigurosamente formal, con forma *ad solemnitatem* guiada por el fin de procurar a las partes una decisión reflexiva y madura al respecto (además de para facilitar la verificación de la existencia de una voluntad firme en ese sentido¹¹⁷).

Unas líneas más arriba hemos dejado establecida la postura que en general nos parece correcta en este punto. Para enfocar debidamente la cuestión en nuestro caso concreto, ahora bien, es fundamental considerar el asunto distinguiendo además que una cosa es que el precontrato de donación no sea válido si no se ajusta a la forma que se exige imperativamente para el «contrato definitivo» –el de donación–, y otra que tal precontrato sea un imposible lógico-jurídico en todo caso.

Decimos esto porque, estudiando el asunto desde la primera de esas perspectivas, tenemos que la cuestión ha sido despachada por algunos autores afirmando de un modo rápido que el precontrato de contrato con forma solemne no puede admitirse en nuestro Derecho ni aun en caso de que se celebre en la misma forma que se requiere para el contrato principal¹¹⁸. Este planteamiento, sin embargo, creemos que no puede aceptarse. Pues, si la objeción a tal precontrato radica únicamente en el aspecto formal, no hay razón para negar su posibilidad si el mismo se celebra con forma idéntica a la del contrato principal, ya que al hacerlo así se cumple satisfactoriamente el fin que con esa exigencia de forma solemne se busca, en tanto se evitan decisiones impulsivas de los precontratantes y se asegura que procedan con suficiente reflexión (además de conseguir unas declaraciones de voluntad de seriedad y firmeza fácilmente verificables).

Hay quien apunta además, es verdad, que la finalidad de impedir liberalidades precipitadas «reclama que no se dé eficacia a la voluntad de donar hasta que [esta] se haya hecho totalmente efectiva», porque «el desprendimiento para el futuro no puede ser medido en toda su intensidad por el que lo dispone» y porque «para que la voluntad de donar esté suficientemente madura ha de ser simultánea al desprendimiento de su objeto»¹¹⁹, pero esto creemos que resulta también inatendible, por excesivo. Una cosa es que el Derecho pueda y deba desplegar una cierta función tuitiva cuando el caso lo

¹¹⁷ Para ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 168-170, es la apuntada en segundo lugar, y no la primera, la razón que justifica el carácter rigurosamente formal de la donación. Y esa parece ser, además, la razón que a su juicio impide admitir la promesa de donación, aunque luego –en p. 170– parece matizar eso en caso de que la voluntad se manifieste en forma solemne.

¹¹⁸ CASTAÑOS CASTRO, *RDP*, 2021, p. 16; ROCA SASTRE, 1948, p. 341; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 41; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, p. 537.

¹¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 292.

aconseje –y así ocurre, efectivamente, con las donaciones–, y otra que esa función se lleve a extremos tales que supongan considerar al hombre común como sujeto capitidisminuido incapaz de calibrar el alcance de un acto tal como el de un precontrato de donación. Esta objeción, por tanto, hay que tenerla por superada.

A la vista de lo cual resulta entonces claro que es de la segunda perspectiva antes apuntada de la que más propiamente hemos de ocuparnos. Y aquí la pregunta a considerar es esta: ¿es imposible en nuestro Derecho, desde un punto de vista lógico-jurídico, el precontrato de donación?

La opinión más extendida, en la doctrina y en la jurisprudencia, zanja la cuestión afirmando de modo tajante que tal hipótesis constituye efectivamente algo imposible, tanto desde un punto de vista lógico como jurídico.

Así se considera, en la doctrina, por las dos razones siguientes.

Una, porque, siendo el precontrato figura cuya operatividad se mueve en el plano obligacional-crediticio y no en el dispositivo –esto ciertamente es así, sea cual sea el tipo de precontrato de que se trate–, se reputa entonces que ello resulta incompatible con la donación, por ser este un negocio cuya eficacia en nuestro Derecho se entiende es inmediatamente traslativa¹²⁰.

Y otra, por la incompatibilidad que igualmente se estima existe entre las nociones de precontrato y de donación, porque el precontrato es en sí mismo un contrato que genera para sus autores una cierta vinculación jurídica –aunque el contenido de esta pueda variar, en función del tipo de precontrato de que se trate– al tiempo que la donación se define como atribución patrimonial realizada por un sujeto por causa de liberalidad, es decir *nullo iure cogente*. La idea de precontrato, contrato preparatorio o promesa de contrato –se ha dicho–, referida a la donación, «repugna a su mismo concepto. La donación hecha por obligación lógicamente no puede ser tal donación. [...] La obligación de verificar una donación no puede existir, puesto que la donación es un acto de liberalidad [...] que, por tanto, nadie puede obligarse a hacerlo. Porque si a ello se obligó su otorgante, ya no es donación su cumplimiento»¹²¹. Esta objeción en contra del precontrato de donación –que se plantea además como definitiva– se cifra, por tanto, en la imposibilidad que se estima existe de configurar «una

¹²⁰ ROCA SASTRE, 1948, pp. 343-344.

¹²¹ VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 289. En el mismo sentido también NÚÑEZ LAGOS, *RGLJ*, 1946, p. 142; Díez-PICAZO, 1993, p. 313, y parece que asimismo ALGUER, *RDP*, 1935, p. 380.

donación que sea expresión de un poder vinculante sin dejar de ser por ello un acto o negocio de liberalidad»¹²².

Estas objeciones, ahora bien, no son plausibles, porque se pueden superar.

La primera, porque se desvanece si recordamos lo que en un momento anterior del trabajo quedó dicho¹²³. Esto es, que aunque la donación regulada en el Código Civil –en el título II de su libro III: artículos 618 y siguientes– es ciertamente una figura de eficacia traslativa y no obligacional, eso no supone que la donación obligacional se vea absolutamente impedida en nuestro Derecho, porque encuentra cabida planteando la cuestión en el libro IV del Código, en el que, en razón del principio de autonomía privada, no hay obstáculos que impidan configurar voluntariamente –negocialmente– una obligación de dar a título gratuito. Por tanto, aunque el negocio de donación que el legislador tuvo *in mente* al redactar el Código Civil sea de virtualidad inmediatamente traslativa, los sujetos tienen autonomía para, si así lo quieren, celebrar un negocio de donación de eficacia obligacional, esto es un negocio por medio del cual generen a cargo de uno de ellos una obligación de dar a título gratuito una cosa a favor de otro, resultando así una operación que tiende a producir una atribución jurídico-real gratuita pero que no la produce de forma inmediata sino mediata –a través de *obligatio* interpuesta–, cuando el donante cumpla esa obligación. Hoy en nuestro Derecho la donación puede, por ello, tener eficacia tanto traslativa como obligacional, dependiendo de cómo los sujetos la configuren. De donde se deriva, como consecuencia, que esta objeción contra la viabilidad del precontrato de donación ha de ser desechada.

Y también debe ser desechada la segunda objeción, porque se salva advirtiendo el excesivo rigor dogmático de que adolece. Para ello hay que proceder recordando lo que en las consideraciones preliminares sobre el precontrato en general quedó dicho, esto es que la noción de precontrato no es inconciliable con la naturaleza negocial

¹²² Las palabras transcritas con las que se resume la idea expuesta son de DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ (*RGLJ*, 1985, p. 719), aunque esta autora no comparte tal planteamiento, sino que por el contrario lo combate. «La promesa [precontrato] de donación encuentra su principal obstáculo –añade la autora, abundando en la exposición de ese planteamiento– en que la donación, por su singular naturaleza, no tolera la distinción entre promesa [precontrato] y contrato definitivo. En la promesa [precontrato] de donación el donatario [o futuro donatario]... , acreedor, tendrá derecho a la conclusión del contrato de donación, y el donante, deudor, vendrá obligado a celebrarlo, quebrando así el *animus donandi*. Llegado el negocio a este punto, ¿podría hablarse en realidad de donación, cuando la realización de esta no sería otra cosa que la ejecución de lo que llamamos promesa [precontrato] de donación?» (p. 714; adviértase que, en el planteamiento de esta autora, promesa de donación y precontrato de donación son nociones idénticas).

¹²³ *Supra*, II.2.

del contrato definitivo ni siquiera en la configuración de aquel menos propicia en ese sentido –la que entiende el precontrato como contrato que obliga a celebrar otro contrato, cuya celebración puede incluso imponer el Juez en caso de que llegado el momento una de las partes no quiera emitir su precisa voluntad–, porque la celebración del negocio definitivo, aunque en cierta forma sea un acto debido, no es menos cierto que en su origen primero o raíz más profunda –cuando se celebró el precontrato– estuvieron presentes las notas de libertad y de voluntariedad, y que esas notas se mantienen de algún modo al celebrar el contrato definitivo, siendo así que esto es suficiente para poderlo encajar en la idea de negocio jurídico. Razonamiento, este, que además no se plantea solo en términos generales sino que se refiere también específicamente al supuesto de donación, destacándose que en este caso, aunque sea a través de un precontrato intercalado, la donación definitiva «no obedece a norma legislativa o privada sino que proviene del ejercicio de la autonomía negocial», porque el consreñimiento que el precontrato supone en tal sentido al donante proviene de su propia voluntad, y por tanto «no es otra cosa que una autolimitación negocial que no excluye el espíritu de liberalidad sino que tan solo lo regula»¹²⁴. Y si esto es válido procediendo sobre la base de la configuración tradicional del precontrato, mucho más ha de serlo con cualquier otra que se considere¹²⁵.

¹²⁴ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, p. 720. «El fundamento de la promesa de donación –dice en p. 719– está en el dogma de la voluntad. Porque... no parece razonable limitar el poder de autonomía de la voluntad reconocido con carácter general en el Ordenamiento jurídico privado en relación con los derechos de naturaleza patrimonial. Realizar una promesa de donación sin más limitaciones que las establecidas con términos generales para las demás relaciones jurídicas patrimoniales es algo que lógicamente tiene que estar dentro de la esfera de autorregulación de los intereses privados...». También ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 164-165, si bien en términos en buena medida teóricos, dado que, aunque por otras razones, este autor no admite la viabilidad de la promesa (precontrato) de donación en nuestro actual Derecho.

¹²⁵ Véase así, como prueba de lo dicho, que DÍAZ-AMBRONA, partidaria de admitir en nuestro Derecho el precontrato (promesa) de donación, lo hace sobre la base de una configuración del precontrato semejante a la que propone CASTRO Y BRAVO, ya que afirma que «en la promesa también están determinados o son determinables los elementos constitutivos del negocio jurídico de donación, pero solo representa una primera fase del desarrollo negocial, cuya finalidad es la consecución del negocio definitivo. Sus coincidencias son muy relevantes. El consentimiento creador de la promesa de contrato es suficiente para perfeccionar el contrato definitivo... porque... en ella los elementos esenciales del contrato es preciso que estén perfectamente determinados, sin necesidad de acudir a un nuevo acuerdo. Puede afirmarse, por tanto, que la voluntad creadora de la promesa no limita su eficacia a sí misma, sino que la proyecta hacia el contrato definitivo que en ella se contempla. La promesa no tiene otro objeto que el propio de la donación; no hay duplicidad de objetos en razón a que la promesa es una fase del mismo procedimiento normativo; los intereses regulados en la promesa de contrato son los mismos que los del contrato definitivo» (*RGLJ*, 1985, p. 718). En estos casos, añade, «el contrato definitivo representa un momento del procedimiento negocial iniciado con la promesa de donación, por lo que en puridad el contrato definitivo constituye solo la integración o culminación de aquel, de tal manera que los efectos patrimoniales derivan de una y de otro. De ahí –sigue diciendo– que en la promesa de donación el promitente –donante– no se obliga, sino que dona con

Con lo cual nos encontramos con que las objeciones teóricas planteadas por la doctrina en contra de la viabilidad del precontrato de donación en nuestro Derecho, no obstante su aparente rotundidad, se pueden salvar.

Y algo semejante ocurre con la Jurisprudencia, porque si bien esta parece en principio radicalmente contraria a tal figura –con jurisprudencia que se dice consolidada a través de diversas sentencias–, luego, cuando esas resoluciones se examinan con detenimiento, se advierte que el rechazo de las mismas al precontrato de donación no viene por lo general determinado porque se estime que esta figura presenta una imposibilidad intrínseca, sino por otras razones: en unos casos, por entenderse que en nuestro Derecho la donación es negocio de eficacia inmediatamente traslativa y por tanto incompatible con el precontrato, ya que este es negocio de eficacia obligacional –*vid.* SSTS 6 de junio de 1908¹²⁶

voluntad vinculante integrante de la promesa...» (pp. 719-720). «En la promesa de donación –añade– puede decirse que hay una donación con naturaleza peculiar. El contrato definitivo no pierde tampoco su funcionalidad específica, no actúa como una *causa solvendi*, ni pierde su *causa donandi*, porque el contrato definitivo no tiene por misión la de extinguir la promesa, sino principalmente la de desarrollar la función de integración normativa necesaria para la protección de los efectos típicos queridos por las partes» (pp. 720-721). «Se dona, en consecuencia, en el momento del contrato preliminar, y se dona, asimismo, en el momento de la donación definitiva» (p. 720).

¹²⁶ Colección legislativa, núm. 84. El origen del pleito se encontraba en que D. Joaquín (demandado), según parece, había prometido a D. Julio (demandante) una recompensa dineraria en razón a los servicios que este último había prestado en una fábrica propiedad de aquel sita en Filipinas, en la que D. Julio había trabajado durante un tiempo. No conocemos propiamente, sin embargo, el tenor de las declaraciones hechas en el caso, que hay que inducir de los Resultandos de la sentencia –que transcriben parcialmente cartas que D. Joaquín había enviado al padre de D. Julio–, lo que hace que estimar que en el caso hubiera realmente precontrato (promesa) de donación entre D. Joaquín y D. Julio sea cuestión que se mueva en terreno muy inseguro (prueba de lo cual es, entre otras, que la sentencia de la Audiencia recurrida en casación consideró que esas cartas constituían un simple propósito comunicado además a tercera persona [al padre de D. Julio]). En todo caso, hipotizando aquí las manifestaciones de D. Joaquín en el sentido más útil para este estudio, tendríamos lo siguiente. En una de esas misivas, D. Joaquín decía al padre de D. Julio que había escrito una larga carta a D. Julio y otra a Mr. Mac-Gavín [Director gerente y apoderado de D. Joaquín en la fábrica en cuestión] dando a este instrucciones para colocar aquí [en España] el capital necesario para producir la renta de 30 duros mensuales, que disfrutaría D. Julio como compensación al celo e interés demostrado por él desde mayo de 1898 a octubre de 1900; que en tal estado de cosas no era posible, como el padre de D. Julio quería, deshacer lo hecho, siendo preciso esperar la resolución de D. Julio, y que «si este no acepta mi regalo, que no he hecho ni haré igual a nadie que esté en su lugar, podremos resolver otra cosa». Y en otra carta, también dirigida al padre de D. Julio, decía D. Joaquín que «mi ofrecimiento a Julio, con el cual está conforme, es darle aquí un duro diario para que pueda vivir con la recompensa a su celo y al riesgo que corrí en la fábrica durante la rebelión. El dinero correspondiente a esta renta de un duro se lo impondré aquí, según le he ofrecido, en renta segura. No lo hago en el momento porque los cambios han subido un 16 por ciento desde que le hice la oferta y espero que vuelvan a mejorar algo para hacer la operación, si es que no la ha hecho ya Mac-Gavín al salir Julio de Manila». Llegado el momento, sin embargo, D. Joaquín no hace efectivo lo referido, y D. Julio interpone demanda contra él. D. Joaquín contesta aduciendo que la donación de que el actor hacía supuesto no constaba ni fue aceptada, ni por tanto podía producir efecto jurídico alguno; y que la carta en cuestión no contenía promesa de recompensa sino solo seguridades de gratitud en el supuesto de ser cierto el buen comportamiento de D. Julio, que él solamente conocía por las afirmaciones del mismo en la carta a que contestaba, y que

y 22 de junio de 1982¹²⁷–; en otros casos, por estimarse que lo realmente querido por las partes en el supuesto litigioso había sido una donación con virtualidad traslativa actual y no obligacional, lo que por tanto excluye que hubieran querido celebrar un precontrato –*vid.* STS 23 de diciembre de 1995¹²⁸–; y en otros, porque el objeto de las operaciones eran

desgraciadamente no fueron luego confirmadas por Mac- Gavín, Apoderado de aquel y jefe de este (se discutió un posible desfalco cometido por D. Julio en las cuentas de la fábrica).

Pues bien, así las cosas, y fuera cual fuera el exacto tenor de las declaraciones habidas en el caso, el hecho es que el Tribunal Supremo desestimó la pretensión de D. Julio, «Considerando que del concepto de donación, según lo establecen los artículos 618 y 619 del Código Civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquella aceptada, porque siendo la voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma y términos que establece el artículo 632 del mencionado Código. / [Y] Considerando, esto establecido, que no habiendo existido en el caso más que la simple promesa realizada por D. Joaquín... para constituir una renta vitalicia a D. Julio..., aun en el supuesto establecido por [D. Julio] de que él aceptó aquella oferta, faltaría siempre la realización del acto que integra la donación, esto aparte de no ser posible estimar acreditada la aceptación del donatario porque en una carta del donante se hiciese referencia a la aceptación de aquel, en razón a que el expresado requisito ha de justificarse... por escrito del propio favorecido por la donación».

¹²⁷ RJ 3437/1982. El documento que está en la base del litigio era del siguiente tenor literal: «En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de mayo de 1953, reunidos D. L... separado judicialmente de su esposa..., y D.^a G..., soltera..., hace aquel a esta formal promesa de cederle la casa sita en... de esta población, de la que es legítimo propietario, siempre y cuando le siga acogiendo en su domicilio y le atienda y preste con el mayor esmero cuantos cuidados y servicios precise, cuya cesión le hará como compensación y en pago de todo ello, y como reconocimiento y agradecimiento de tales atenciones, supuesto la continuidad del buen trato que le viene dispensando. Y en prueba de ello, y para darle seguridad a... D.^a G... de que su buen comportamiento... será recompensado..., además de su agradecimiento, con la cesión o adjudicación en pago de la referida casa, firman ambos el presente documento». Los «cuidados y servicios» en compensación o pago de los cuales se planteaba la operación recogida en ese documento, ahora bien, precisa la sentencia que eran de tal índole (convivencia *more uxorio*) que no eran jurídicamente exigibles, por lo que debía excluirse que la operación tuviera causa onerosa, concluyendo por tanto que su causa era gratuita. Pues bien, sobre esa base, afirma el Tribunal Supremo que «la calificación que merece lo plasmado en el documento no ha de ser otra que la de donación promisoria o donación *in promittendo*, ya que obviamente no se transmitió la finca y esto es justamente lo que en el juicio se persigue, siendo dicha figura, según declaró la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1908, ajena a la regulación positiva de la donación dentro del Código Civil, que la regula como negocio... esencialmente dispositivo, carácter que no se pierde ni siquiera cuando concurre con la donación –esencialmente traditoria siempre– la condición». «Careciendo por lo tanto de toda exigibilidad –no existe una obligación de dar directamente originada por la donación promisoria– esta que se llama formal promesa, con matiz condicional».

¹²⁸ RJ 9396/1995. Los datos relevantes, por lo que a este estudio interesa, son los siguientes. Con fecha 16 de agosto de 1987, las partes suscribieron documento privado del siguiente tenor literal: «Reunidos... doña M. J... y doña J..., ceden a F... todos los derechos y participación que nos corresponden en el piso situado en Madrid, calle... en la casa situada en Cilleros, calle..., con patio y jardín y huerto unidos; y también las fincas conocidas como Vega de Melao, también en Cilleros...; también cedemos los regadíos conocidos por las Vegas Comillas, en Cilleros...; esta cesión se la hacemos en reconocimiento por los servicios y asistencias que recibimos de F..., y que tan pronto podamos las haremos en escritura ante Notario, queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero; esta es nuestra voluntad, que F. agradece y firma junto con nosotras». Lo referido, sin embargo, no se llevó a efecto, y F. inició pleito que llegó hasta el Tribunal Supremo, que desestimó la pretensión de F. considerando que lo querido por las partes en el caso había sido una donación traslativa, ya que del tenor literal del documento «no se deduce la voluntad [de D.^a M. J. y D.^a J.] de celebrar otro

bienes inmuebles y los negocios en cuestión no se habían formalizado en escritura pública, por lo que eran radicalmente nulos por defecto de forma –*vid.* SSTS 22 de junio de 1982¹²⁹ y 23 de diciembre de 1995¹³⁰–. A tenor de lo cual hay que concluir entonces relativizando lo dicho en

segundo contrato, respecto del cual el pactado es un antecesor o una especie de ley de bases; más bien al contrario, se emplean los verbos en tiempo de presente: «las otorgantes ceden a F.»; «también cedemos»; «esta cesión se la hacemos en reconocimiento»; «queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero»; etc. Y esta voluntad de actuar de presente –apunta–, en nada subordinada a una actuación futura, no se desvirtúa por la frase «y tan pronto podamos las haremos en escritura ante Notario», a virtud de lo cual claramente se revela la única finalidad de cumplir un requisito de forma, sin subordinación de clase alguna a un requisito constitutivo». Añadiendo además el Tribunal Supremo que, aun si se aceptara a fines dialécticos la calificación de lo hecho como precontrato, «tenemos que... entender que el donante que prometió informalmente donar está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no lo ha donado».

¹²⁹ RJ 3437/1982: *vid. supra* nota 127. El Tribunal Supremo, ahora bien, aunque no dió validez a la operación, no prestó especial atención a que el documento en cuestión fuera privado y no público. Sí la prestó sin embargo el Juzgado de Primera instancia, lo que le llevó a desestimar la demanda.

¹³⁰ RJ 9396/1995: *vid. supra* nota 128. En este caso el Tribunal Supremo, además de por la consideración fundamental de que lo querido por las partes en el caso había sido una donación traslativa, resolvió apuntando que, «si partimos de la literalidad del documento y de la correspondiente existencia de una pura donación de inmueble, sin cumplir el requisito de la forma el contrato es nulo o inexistente». Añadiendo además que esto valdría aun si se aceptara a fines dialécticos la calificación de lo hecho como precontrato, pues «en este caso tenemos que... entender que el donante que prometió informalmente donar está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no lo ha donado».

Se incluyen a veces, dentro de este grupo, diversas sentencias recaídas en el marco de conflictos de índole familiar. Así, *v.gr.*, la STS 24-1-2008 (RJ 218/2008), en la que no se concedió validez a lo convenido en el caso por defecto de forma y por falta de aceptación, o la STS 25 de enero de 2008 (RJ 225/2008), aunque en este caso solo por falta de aceptación (en tanto estima que la exigencia de escritura pública que como requisito formal establece el artículo 633 CC para la donación de inmuebles queda cumplida al haberse recogido el acuerdo en convenio regulador aprobado en sentencia judicial). Por nuestra parte, y sin perjuicio del defecto formal apuntado, pensamos en todo caso que aunque en los F. D. de esas sentencias se hable de promesa de donación, se trata en verdad de supuestos que no tienen encaje fácil y natural en esa figura, por dos razones. Una, porque lo que en esos casos había era un acuerdo que se integraba, junto con otros diversos, dentro de un convenio regulador de separación matrimonial o de divorcio, lo que nos lleva a considerar que se trata de una estipulación que se explica y justifica en razón de otras dentro de una operación más amplia, compleja y de carácter oneroso (así lo advierte, a nuestro juicio muy atinadamente, ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 176-180, y lo reconoce la STS 18-7-2014 (RJ 4540/2014). La otra razón es, que aun si se aprecia en esos casos la existencia de ánimo de liberalidad, este no se habría articulado a través de una donación directa sino indirecta –pues los convenios reguladores en que se integraban tales acuerdos se celebraban entre los cónyuges, y en ellos no intervenían los hijos beneficiarios de tales atribuciones–, lo cual supone llevar las cosas a un terreno distinto del propio de las donaciones (así lo señala, también con gran agudeza, ATAZ LÓPEZ, 2017, p. 177; sobre las donaciones indirectas, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, 1978, pp. 295-301). Por ello pensamos que no es demasiado útil traer a colación estas sentencias cuando se está tratando, como aquí hacemos, de precontratos (o promesas) de donación en sentido estricto.

Y más claro aún nos parece, en el sentido de confirmar lo que acabamos de decir, el caso tratado en la STS 31 de marzo de 2011 (RJ 3137/2011), que versaba sobre un convenio celebrado entre cónyuges en el que se acordaban determinadas aportaciones que el marido haría a su mujer en caso de que se separaran –una dineraria (una suma de dinero mensual), la otra de un inmueble (un piso que la mujer elegiría llegado el momento, actualmente no concretado sino en el importe máximo de su valor)–. Y es que, aunque esta última estipulación se califique en la sentencia como «promesa de donación», nos parece que esa denominación no le cuadra en absoluto, pues en el caso no cabe apreciar ánimo de liberalidad ninguno de un cónyuge hacia otro –ni al tiempo de entregar el piso, ni al de celebrar ese convenio–, ya que de lo que

tales sentencias, bien porque la objeción en que se basan –que la donación es en nuestro Derecho negocio de eficacia únicamente traslativa– se encuentra hoy superada, bien porque, aunque el defecto de que la operación adolecía era cierto –no se había cumplido con el requisito de forma solemne legalmente exigida–, se trataba de algo contingente, salvable sin más que emplear la forma requerida¹³¹.

Solo en dos ocasiones –que sepamos– ha habido por parte del Tribunal Supremo rechazo al precontrato de donación considerado en sí mismo y sin atender a elementos añadidos: son los casos resueltos en las sentencias de fechas 16 de febrero de 1996 y, sobre todo, 10 de mayo de 2019.

En la primera de ellas –STS 16 de febrero de 1996¹³²– afirma el Tribunal Supremo que, tratándose de promesa de futura donación¹³³, «consecuencia de tal calificación es la negación de efectos jurídicos, puesto que... no son admisibles las promesas de donación futura de bienes inmuebles». El pronunciamiento es, pues, tajante, si bien hemos de tener en cuenta también –aunque los Fundamentos de Derecho de la sentencia no se centraran en ello– que la operación versaba sobre bien inmueble y no se hizo en escritura pública, que no fue aceptada en forma por los «donatarios», y que además es discutible que en el caso hubiera voluntad firme y decidida por parte

se estaba tratando propiamente era de establecer anticipadamente el modo de «arreglar» económicamente las consecuencias de la separación futura (en caso de que se produjera).

¹³¹ En un sentido hasta cierto punto coincidente, dice DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ que del examen de la jurisprudencia existente sobre esta figura resulta que habitualmente se califica como promesa (precontrato) de donación a la donación incompleta por faltarle alguno de los requisitos propios de la misma, de tal modo que se habla de promesa de donación cuando, pretendiendo un sujeto donar, ello no se realiza efectivamente por no concurrir alguno de los presupuestos legales para que surja el contrato de donación con plena eficacia jurídica (RGLJ, 1985, p. 744). Muy clara en este sentido es la STS 24 de enero de 2008 (RJ 218/2008), en la que se dice, literalmente, lo siguiente: «En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquella en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante, sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación». En términos muy semejantes, *vid.* también la STS 25 de enero de 2008 (RJ 225/2008).

¹³² RJ 1257/1996.

¹³³ El supuesto resuelto en ella era el siguiente: un sujeto, padre de cuatro hijos, entregó en 1972 a uno de ellos una cierta cantidad de dinero para que los cuatro hijos pudieran adquirir porciones de fincas segregadas de otra. Con tal dinero, ahora bien, aquel hijo compró para sí cerca de veinte hectáreas, y cuatro para cada uno de sus hermanos. No está clara la razón de esto: pudo ser –dice el F. D.º Primero de la sentencia– «porque el padre atribuyera cantidades distintas a cada hijo, o porque el receptor interpretara incorrectamente los deseos del padre». Pues bien, sea de ello lo que fuera, el hecho es que algún tiempo después –en 1975– el hijo en cuestión firmó –él solo– un documento privado en el que se decía literalmente así: «La motivación de este escrito es hacer la fehaciente manifestación y expreso deseo de compartir en partes iguales con sus indicados hermanos la plena propiedad, posesión, usufructo o beneficios que puedan producir las cerca de treinta y dos aludidas hectáreas adquiridas...; consignando a todos los efectos legales, que por esta manifestación se obliga asimismo, si fuera necesario o conveniente, al reparto del patrimonio familiar al fallecimiento del padre, a otorgar las oportunas escrituras públicas».

del «promitente (precontratante) donante» y no mera declaración de deseo o intención¹³⁴, lo cual relativiza mucho su valor.

Es, pues, en la segunda –STS 10 de mayo de 2019¹³⁵– en la que conviene centrar la atención, no solo por ser de fecha más reciente sino porque no existen en ella tales condicionantes. Las estipulaciones de la escritura pública otorgada en su día por los sujetos concernidos eran las siguientes: «Primera: D.^a... se compromete a transmitir gratuitamente a D... los bienes descritos en... [esta] escritura, con todos sus derechos y anexos. Segunda: Se fija como plazo máximo para llevar a efecto dicha transmisión el de diez años, a contar desde el otorgamiento de la presente. Tercera: D.^a... confiere poder especial, tan amplio y bastante como en Derecho se requiera, a favor de D... [el mismo sujeto de la estipulación primera], para que, aun cuando incida en la figura jurídica de la autocontratación [...], pueda otorgar la correspondiente escritura de transmisión gratuita»¹³⁶. Pues bien, sobre esta base, dice el Tribunal Supremo que «nos encontramos con lo que doctrinalmente se ha denominado promesa de donación, en cuanto se fija un plazo durante el cual D.^a... se comprometía a donar (transmitir gratuitamente) a [D...] los bienes descritos con toda escrupulosidad en la escritura pública,... por todo lo cual estamos ante un acto de liberalidad de D.^a..., que prometió disponer gratuitamente de sus bienes a favor de...». Y así –afirma–, «establecido que estamos ante una promesa de donación, es forzoso mencionar que dicha figura se encuentra al margen de nuestro Ordenamiento jurídico, como reiteradamente ha establecido la doctrina jurisprudencial de esta Sala», repitiendo luego que «la promesa de donación de inmuebles en cuanto tal es ajena a nuestra regulación positiva». En base a lo cual concluye casando la sentencia de la Audiencia y negando validez y eficacia al acuerdo recogido en la escritura en cuestión¹³⁷.

¹³⁴ Así lo afirma también el Tribunal Supremo en el F. D.º Tercero de la sentencia, diciendo que el texto es «ambiguo».

¹³⁵ RJ 1910/2019.

¹³⁶ Un año después de haberse otorgado esa escritura, D.^a... otorgó otra revocando aquella, lo que determinó que D... interpusiera la oportuna demanda.

¹³⁷ CASTAÑOS CASTRO estima, sin embargo, que la razón que fundamenta esta sentencia radica en la falta de aceptación (RDP, 2021, pp. 7-9). No es, sin embargo, así, pues aceptación hubo, como resulta claro si se atiende al conjunto de los Fundamentos de la sentencia. En este sentido, véase que en el F. D. Segundo se habla de «compromiso convenido con el demandante» y de compromiso de transmisión «otorgado por la demandada en unidad de acto con intervención del obligacional»; que en el F. D. Tercero se dice que «las partes formalizaron escritura pública...»; y, en el F. D. Cuarto, que lo discutido en el caso era «el cumplimiento de la escritura pública... suscrita con fecha 19 de septiembre de 2011 entre demandante y demandada». La idea de Castaños Castro tiene dos causas. Una, haber atendido solo a algunos pasajes del F. D. Quinto de la sentencia –en los que se dice que D.^a Nuria «prometió disponer gratuitamente de bienes a favor de su hijo sin que este los llegara a aceptar», «no constando en el presente caso la aceptación de los bienes inmuebles»–, sin advertir esta autora que ahí el término «aceptar» no va referido a la segunda de

El rechazo de esta sentencia al precontrato (o promesa) de donación es por tanto, como decíamos, claro y rotundo. Pero es también, nótese, casi una petición de principio, ya que la imposibilidad del mismo simplemente se afirma, sin aducir razones dogmáticas o de Derecho positivo que la sustenten.

Lo cual deja al jurista sorprendido y desconcertado, máxime cuando se sigue indagando y se encuentra que esa negativa a la figura por parte de la jurisprudencia no es tan constante como se pretende, en tanto que en otros casos –sustancialmente semejantes– el Tribunal Supremo ha llegado a la solución contraria, esto es a admitir la validez y eficacia del compromiso asumido (aunque sea forzando en cierta medida la realidad de los hechos). Así ocurre, por ejemplo, en las SSTs 6 de abril de 1979 y 13 de noviembre de 1962¹³⁸.

las voluntades que integran el consentimiento propio de los contratos, sino que ha de entenderse como sinónimo de «recibir» o «adquirir efectivamente» los bienes objeto del convenio previamente celebrado. Y otra, no advertir que, aunque en la sentencia se habla a veces de «compromiso de D.^a Nuria» (en singular), eso no es debido a que ella fuera la única que había intervenido en el negocio, sino a que ella era la única sobre la que recaía la carga de la operación convenida.

¹³⁸ STS 6 de abril de 1979 (RJ 1273/1979). Aunque no conocemos los términos exactos de la declaración, el origen del litigio radicaba, según se dice en el Cdo. 1.º de la sentencia, en un documento privado en que un sujeto «se comprometía a dar [a otro] la cantidad de 1.000.000 de pesetas en agradecimiento por todas las molestias, perjuicios y ultrajes [que este otro había sufrido] por defender la verdad del testamento ológrafo en el que [aquel] era constituido heredero por su tía». Pues bien, el Tribunal Supremo estimó válido ese compromiso. Es más, hay que destacar que lo único que en el caso se discutió fue si las diligencias judiciales preparatorias de ejecución instadas por el «donatario» frente al «donante», que desembocaron en acta de reconocimiento de firma, eran o no constitutivas de aceptación en la forma requerida por el Código para la validez de las donaciones mobiliarias, lo que en el caso el Tribunal Supremo estimó que sí, «pues no de otro modo puede calificarse una solicitud dirigida al Juez para que en su presencia reconozca el donante su firma al pie del escrito de donación, tendente naturalmente a una exigencia de cumplimiento pero sobre todo mostrándose como tal donatario al poner así de manifiesto y por escrito su voluntad indudable de aceptar la donación».

STS 13 de noviembre de 1962 –segunda sentencia– (RJ 4288/1962). La donante, que tras la muerte de su hermano –canónigo del Cabildo metropolitano de Zaragoza– había resultado heredera abintestato del mismo, parece que quiso cumplir con la que había sido última voluntad de este pero que no pudo llegar a expresar en forma jurídica debida, para lo cual suscribió documento privado en el que se comprometía a entregar a determinadas personas ciertas cantidades de conformidad con dicha voluntad. Una de las beneficiarias de ello (por importe de 25.000 ptas), no obstante no haber concurrido activamente al referido acto de compromiso manifestando su aceptación ni haberlo hecho después, al no cumplir aquella reclamó por acto de conciliación lo prometido, «lo que demuestra –dice el Tribunal Supremo– que aunque no interviniera en la confección del documento ni estampara en él su firma, manifestó expresamente y en forma escrita su aceptación al hacerla constar en la papeleta que formuló con arreglo a... la Ley de Enjuiciamiento civil, cuya aceptación llegó a conocimiento de la donante, que hubo de recibirla...».

Sobre esta base, y al margen de la validez jurídica o no del compromiso asumido en ambos casos, conviene destacar aquí lo llamativo que resulta se estimara lo habido en ellos como aceptación válida, pues cuando un asunto llega a acto de conciliación o equivalente es porque una de las partes concernidas no quiere cumplir lo que la otra le reclama, lo que supone que aquella, aunque hubiera tenido en su día tal voluntad, luego habría cambiado de parecer y la habría revocado, por lo que la aceptación de la otra parte, aunque se considerara válida desde el punto de vista formal, en todo caso sería extemporánea.

Resultando entonces una situación en la que dentro de la Jurisprudencia se encuentran, por un lado sentencias que rechazan la figura pero con base en razones distintas a la imposibilidad intrínseca de la misma –razones que además, en algún caso, ya sabemos no son válidas–; por otro lado sentencias con una negativa rotunda y directa a la figura pero que no contienen fundamentación de ese rechazo; y por otro lado, finalmente, sentencias en las que la operación se considera válida y eficaz, aunque sea con base en argumentos forzados.

A la vista de todo lo cual podemos cerrar estas consideraciones diciendo que, al menos con base en lo que resulta de la doctrina y la jurisprudencia, no existen en nuestro Derecho razones dogmáticas o de índole positiva que impidan el precontrato de donación.

Pero, ¿y si se considera la cuestión desde el punto de vista práctico? ¿Tiene sentido, o razón de ser, el precontrato de donación? Procede ahora que cambiemos de tercio y analicemos la figura desde esta otra perspectiva.

En términos generales, es idea extendida en la doctrina que para la admisión de un precontrato no basta su mera posibilidad teórica sino que debe existir además una razón práctica suficiente que lo justifique¹³⁹. Razón práctica que se encuentra en que no puedan los sujetos, o no les interese, vincularse ya de un modo definitivo; o que no puedan de momento determinar suficientemente el objeto del negocio definitivo; o que no tengan actualmente la titulación necesaria para celebrar el negocio definitivo (está arreglándose, falta algún trámite burocrático...), pero siendo así no obstante que esos sujetos sí tienen un interés atendible en vincularse ya en cierta forma en ese sentido, para dar alguna seguridad a la operación que tienen *in mente*¹⁴⁰.

La concurrencia de esas circunstancias y de ese interés determina, en efecto, una situación que se considera justifica suficientemente su admisión, cuando se habla de precontratos en general.

Pero, ¿son esas circunstancias e interés válidos y operativos también cuando se trata de precontrato de donación? Creemos que no. Lo que se explica al advertir que, sin perjuicio de las diferencias que existen entre las circunstancias apuntadas, todas presentan un denominador común que en nuestro concreto caso no es posible

¹³⁹ Aunque esto puede predicarse en general de cualquier negocio jurídico.

¹⁴⁰ ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 10; LACRUZ, 1979, t. II, vol. Tercero, p. 30 (quien añade también, como razón a considerar, la de evitar una publicidad no deseada en el momento actual); ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 24 y 417-418. Recoge asimismo las razones que habitualmente se aducen en este sentido, SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 491-493 y 497 (aunque él, como sabemos, no es partidario de admitir los precontratos). También se ha apuntado, como circunstancia reseñable en este sentido, que uno de los sujetos no tenga disponible el dinero necesario (como contraprestación) para realizar la operación pretendida, pero esto en caso de donación no resulta planteable.

sin embargo encontrar: una situación de imposibilidad o inconveniencia de celebrar ya el negocio realmente querido, existiendo no obstante un interés atendible en vincularse actualmente de algún modo en ese sentido para el futuro.

Que ese denominador común no existe en nuestro caso se evidencia al considerar que la donación es un negocio en el que casi toda la energía y la sustancia del acto están en manos del donante, cuya voluntad tiene un peso decisivo en la operación –tanto en la decisión de realizarla como en la determinación de su objeto–, y a cuyo lado la voluntad del donatario tiene una relevancia mínima¹⁴¹. Lo que se explica por cuanto en la gestación de una donación, a diferencia de lo que ocurre en los negocios onerosos, no hay un proceso de confrontación entre los intereses de los sujetos concernidos hasta que estos alcanzan un punto de acuerdo al respecto –porque la donación es un acto de liberalidad, que produce empobrecimiento íntegro para el donante y beneficio íntegro (enriquecimiento) correlativo para el donatario–, lo que hace que la misma sea obra casi única y exclusiva de aquel¹⁴².

¹⁴¹ Este peso específico absolutamente preponderante que la voluntad del donante tiene con respecto a la voluntad del donatario se advierte en la propia regulación o configuración de la donación. Considérese así que, a diferencia de lo que ocurre en cualquier otro contrato, en que la oferta y la aceptación pueden ser hechas tanto por una parte del contrato como por otra –pues en ellos ni la oferta ni la aceptación tienen un contenido específico que las caracterice, sino que se distinguen entre sí únicamente en razón del momento en que se producen: la primera voluntad que se declara es la oferta, la segunda es la aceptación–, en la donación no es indiferente la parte de la que proceden una y otra, sino que la oferta ha de ser hecha siempre por el donante, y la aceptación por el donatario (de otro modo, dice FERRANDIS –*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 585-586–, no se satisfarían las exigencias legales). Considérese, también, la diferencia en cuanto a la capacidad legalmente requerida para hacer o recibir donación: para hacerla se exige tener capacidad para contratar, *i.e.* plena capacidad de obrar; para aceptarla y recibirla, en cambio, cuando la donación es pura y simple no hace falta capacidad para contratar sino que basta con tener capacidad natural de entender y querer (artículos 624-626 CC). Y considérese asimismo, por cuanto hace a la interpretación de una donación, que para ello es la voluntad del donante a la que hay que atender de modo prevalente, lo que se justifica por cuanto fue ella la que determinó fundamentalmente el contenido del negocio. Abundando en lo dicho, considérese además que esa prevalencia de la voluntad del donante se desprende incluso de la terminología utilizada en los preceptos del Código, ya que, tal como apunta ATAZ LÓPEZ (1992, vol. 1, p. 135), aunque esos preceptos a veces hablan de donación refiriéndose al negocio ya formado y completo por haber recaído la aceptación del donatario, otras veces aluden con ese término solo a la voluntad del donante: *vid.* artículos 619, 624, 625, 626, 627, 629, 630 y 631 CC. Y *vid.* también la rúbrica del Capítulo II, Título II, Libro III CC: *De las personas que pueden hacer o recibir donaciones*. En una línea semejante ha dicho ROCA SASTRE (en una reflexión referida propiamente a la hipoteca de constitución unilateral, pero que generaliza y extiende también a la donación) que, puesto que se trata de un acto netamente beneficioso para su destinatario, no puede haber inconveniente ninguno para afirmar que «la declaración unipersonal del disponente tiene consistencia propia», ya que «la ausencia de onerosidad por parte del adquirente hace que deba situarse en el acto unilateral del disponente casi toda la energía jurídica y elementos necesarios para su perfección» (1968, t. IV.1, pp. 597 y 599).

¹⁴² En este punto, ha dicho CALVO SORIANO (*AAMN*, 1946, pp. 451, 452 y 453) que convendría destacar el distinto papel que la voluntad del destinatario de una oferta desempeña, «según se dirija simplemente a aceptar una donación o tienda a la aceptación –no se

Pues bien, de ahí se deriva entonces que, en nuestro caso, hablar de precontrato carece de sentido. Porque, dado que en una donación el sujeto más propiamente concernido y más decisivo es el donante, si este quiere hacerla, ninguna razón cabe encontrar que le impida celebrarla actualmente –recuérdese que tanto la decisión de realizarla como la determinación de su objeto dependen enteramente de su voluntad– o que le haga aconsejable dejarla para más adelante pero vinculándose ya a ello –¿qué utilidad reportaría esto al «precontratante donante»?¹⁴³–.

No existe, en efecto, ninguna razón práctica que justifique la existencia del precontrato de donación¹⁴⁴. Por ello hay que concluir que este no es figura viable, aunque no por consideraciones jurídicas sino de orden práctico o lógico.

Lo que se puede plantear también –en términos distintos, pero igualmente exactos– diciendo una donación, o bien se celebra actual y definitivamente, si los sujetos en cuestión –en especial, el donante– así lo quieren, o bien no pasa de ser una mera idea a considerar en el futuro

debería, quizá, en este supuesto decir aceptar, sino crear con otro– de un contrato oneroso», poniendo de relieve que en caso de donación pura y simple la aceptación del donatario «tiene carácter mínimo». Lo cual es así, explica PUIG BRUTAU (1956, t. II.2.º, p. 66), porque la aceptación de la donación «no es un acto que corone la negociación propia de un contrato. Las bases sociológicas de la donación y del contrato son diferentes. La del contrato consiste, propiamente, en la negociación, pero no entendida en el sentido abstracto de negocio jurídico, sino en el de *bargain*, esto es, como operación en la que se contraponen y enfrentan los intereses de los contratantes, que acaban por equilibrarse al perfeccionarse el contrato», cosa que sin embargo falta por completo en la donación. Ahora bien, si esto es así, ¿cuál es, entonces, el valor de la aceptación del donatario requerida en el Código Civil? La respuesta se encuentra distinguiendo un doble plano: uno, el de la aceptación como exigencia estructural para la perfección del negocio –desde este punto de vista, la voluntad del donatario es tan necesaria como la del donante–, y otro, el del papel que esa voluntad desempeña en la conformación sustancial de la operación, plano en el que «el negocio jurídico se compone de realidades, algunas de las cuales no dependen de la norma», en concreto en este caso, que la voluntad del donatario tiene un peso específico incomparablemente menor que la voluntad del donante (DÍEZ PASTOR, *AAMN*, 1952, p. 126).

¹⁴³ En caso de donación, en efecto, es absurdo plantear la idea (contemplada en términos generales por ALGUER, *RD*, 1936, p. 14) de que los sujetos hayan querido obligarse a celebrar un contrato posterior (el de donación definitiva) con el entendimiento de que si uno de ellos (que en nuestro sería el «precontratante donante») no cumple cuando llegue el momento, tenga que indemnizar al otro (en nuestro caso, al precontratante «donatario») los daños que con ello le haya causado. No teniendo tampoco sentido aquí la finalidad –apuntada en términos generales en tema de precontrato por algún autor– de hacer depender la eficacia del contrato definitivo de que el donatario así lo quiera en el futuro (ALGUER, p. 14), pues, dado que se trata de una atribución patrimonial plenamente beneficiosa para él, siempre la querrá ya, no siendo posible imaginar que deje la exigencia de la misma para un tiempo futuro.

¹⁴⁴ Y esta falta de razón de ser o de sentido práctico es consustancial a este caso, y por tanto permanente, a diferencia de las objeciones de Derecho positivo o de carácter dogmático que se hacen al precontrato, las cuales, aunque fueran válidas, serían en todo caso contingentes.

—sobre todo por parte del donante— pero sin generar vinculación actual ninguna en ese sentido, y por tanto jurídicamente intrascendente¹⁴⁵.

Este planteamiento, ahora bien, no debe llevarnos a cerrar ya definitivamente la cuestión. Antes hay que valorar en su justa medida las afirmaciones que se acaban de hacer, para lo cual procede analizar el asunto con una visión más amplia. Lo que se justifica por cuanto en la vida real, según se dice a veces, existen casos de precontratos de donación, a lo que hay que sumar que en nuestro Ordenamiento existen algunas normas en las que parece se puede ver reflejada también esa figura: artículos 1340 y 1363 CC, y art. 168.1.c) LH. (aunque este último no tenga hoy apenas aplicación, por haber desaparecido la dote)¹⁴⁶.

Por ello, aunque el precontrato de donación en sentido estricto sea —según hemos visto— figura inviable, no cabe zanjar el asunto procediendo sobre tal base de forma simplista, pues, sin perjuicio de que eso sea así, no se puede tampoco obviar que en los casos referidos los sujetos concernidos algo han tenido que querer hacer, y algo, además, no ilógico ni inútil.

La tarea del jurista debe, entonces, centrarse en indagar qué es lo que esos sujetos han podido querer realmente. Tarea que no es fácil, ya que, como sabemos, en nuestro Derecho actual el precontrato no es una figura nítida. Para llevarla a buen puerto la clave está, no en calificar si lo que los sujetos han querido celebrar ha sido un precontrato o un contrato definitivo¹⁴⁷ sino en determinar cuál ha sido el efecto práctico concreto que han pretendido producir¹⁴⁸. Lo fundamental en este sentido es, pues, averiguar cuál ha

¹⁴⁵ Vid. STS 23-12-1995 (RJ 9396/1995). Así lo afirman también Díez-PICAZO, 1993, p. 313; y PARRA LUCÁN, 2013, t. I, p. 431, aunque ambos con base en razones que no consideramos acertadas en este sentido.

¹⁴⁶ Artículo 1340 CC: «El que diere o prometiére por razón de matrimonio solo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe».

Artículo 1363 CC: «Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte».

Artículo 168.1.c) LH: «Tendrán derecho a exigir hipoteca legal: Primero. Las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos: [...] c) Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la Ley» (aunque esto ha de precisarse considerando lo dicho en el artículo 175 LH.: «La hipoteca para asegurar las donaciones por razón de matrimonio solo tendrá lugar en el caso de que se ofrezcan por el marido como aumento de la dote. Si se ofrecieren sin este requisito, solo producirán obligación personal, quedando al arbitrio del marido asegurarlas o no con hipoteca»).

¹⁴⁷ Para SÁNCHEZ VELASCO, sin embargo, lo primero que hay que resolver es si lo que las partes han querido celebrar ha sido un precontrato de donación o una donación definitiva (AAMN, 1952, p. 507).

¹⁴⁸ «Los problemas de calificación jurídica de los precontratos —se ha dicho atinadamente— se transforman necesariamente en problemas de interpretación del contenido... del negocio concreto» (ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 250; en el mismo sentido se pronunciaba este autor anteriormente, en 1982, pp. 27 y 205). Luego, una vez averiguado el efecto práctico pretendido, ya se resolverá si merece o no amparo por parte del Ordenamiento. Así lo

sido la voluntad real de los contratantes, para lo que habrá que proceder aplicando, naturalmente, lo dispuesto en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil¹⁴⁹.

Planteamiento, este, que se justifica porque creemos puede ocurrir que lo que se encuentra en la vida real no sean en verdad precontratos de donación sino donaciones de eficacia obligacional. Figuras, éstas, que no son iguales, aunque en el lenguaje diario a veces se confundan.

No son iguales, porque la donación obligacional es un negocio único, perfecto y definitivo desde que se celebra con arreglo a Derecho, cuya virtualidad es generar de inmediato una obligación plenamente determinada de dar a título gratuito a cargo de un sujeto (donante) y a favor de otro (donatario): el fin propio y único de este negocio es, en efecto, producir una atribución jurídico-real a favor del donatario, aunque esta no se opere de forma inmediata sino mediata, a través de *obligatio* interpuesta, cuando, llegado el momento, el donante cumpla la obligación que sobre él pesa en ese sentido¹⁵⁰. Mientras que el precontrato de donación hace referencia –según cuál sea el entendimiento del mismo que se siga– al contrato que obliga a celebrar más adelante otro negocio, en este caso de donación –que de momento, por tanto, no se celebra–; o al contrato de donación único y ya celebrado pero delineado inicialmente solo en sus bases fundamentales, de tal modo que para poderlo cumplir se precisa darle cierto desarrollo con la cooperación o colaboración de las partes; o al contrato de donación único pero cuyo *iter* formativo viene integrado por dos fases: una inicial, en la que la operación se configura y las partes quedan vinculadas pero en la que la realización de su contenido queda en suspenso hasta que más tarde una de las partes requiera a la otra su

apunta ROMÁN GARCÍA: «no se trata de dilucidar si se van a producir unos determinados efectos jurídicos, según hayan querido vincularse las partes mediante un precontrato o un contrato definitivo; lo que deberá determinarse con precisión es si efectivamente lo dispuesto por los contratantes en el precontrato justifica suficientemente la protección jurídica del interés que resultará del contrato definitivo proyectado» (2016, p. 255; en sentido semejante, también en 1982, p. 27).

¹⁴⁹ La averiguación de esa voluntad, dice CASTRO Y BRAVO, se hará, bien encontrándola directamente –si se puede–, bien determinando su «voluntad probable», atendiendo a lo que resulte más racional y adecuado a sus fines (ADC, 1950, p. 1136). En un sentido semejante apunta ROMÁN GARCÍA que, «con un método de aproximación realista, debe procederse al análisis del acuerdo de voluntades que pretenden las partes contratantes en relación al objeto y a la causa del precontrato. Teniendo siempre presentes las circunstancias que concurren en el caso concreto, para desvelar así las auténticas intenciones de los contratantes, y, después de integrar los resultados... con el principio de buena fe en sentido objetivo, llegar a una adecuada valoración del comportamiento negocial de las partes» (2016, p. 250; también en 1982, p. 205).

¹⁵⁰ Resultando así que a diferencia de lo que ocurre en la donación traslativa, en que la disminución del activo del donante es inmediata, en la obligacional la consecuencia primera del negocio es el aumento del pasivo del donante, de modo que su traducción en efectiva disminución del activo solo se produce en un momento posterior, cuando tenga lugar la entrega con que cumple esa *obligatio*.

cumplimiento, y otra definitiva, cuando tras ese requerimiento se venga a dar plena efectividad a la donación¹⁵¹.

Pues bien, sobre la base de esta diferencia entre una figura y otra, decíamos antes puede acontecer que lo que en el caso que se produce en la vida real exista verdaderamente no sea un precontrato de donación sino una donación actual y definitiva aunque de eficacia obligacional. Creemos esto, porque por una parte tenemos que los sujetos intervinientes en un acto de este tipo no han podido querer hacer algo ilógico y carente de razón de ser práctica –lo cual lleva a descartar la idea del precontrato de donación en sentido propio–, pero por otra parte tenemos que esos sujetos no han querido tampoco realizar una atribución jurídico-real actual¹⁵² –lo cual lleva a excluir la idea de donación traslativa–, siendo así en cambio que en la idea de donación obligacional sí puede encajar el propósito de tales sujetos, si lo que se ha querido hacer es una atribución patrimonial gratuita por parte de uno y a favor del otro pero dejando su materialización efectiva para un momento posterior, cuando el donante cumpla su obligación en ese sentido, de tal modo que el efecto inmediato que se quiere surja del negocio celebrado es el nacimiento de una obligación de dar a cargo del donante y de un derecho de crédito correlativo a favor del donatario.

El llamado precontrato de donación, por tanto, puede en realidad no ser sino un negocio actual y definitivo de donación obligacional¹⁵³. Llegar a este punto requiere, ciertamente, realizar una labor jurídica significativa, que supone incluso la «recalificación»

¹⁵¹ En sentido sustancialmente semejante, ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 155-158.

¹⁵² A modo de ejemplo, *vid.*, en el caso de la STS 10 de mayo de 2019 (RJ 1910/2019), lo dispuesto en las estipulaciones primera y segunda de la correspondiente escritura: «Primera: D.^a... se compromete a transmitir gratuitamente a D... los bienes descritos en esta escritura, con todos sus derechos y anexos. Segunda: Se fija como plazo máximo para llevar a efecto dicha transmisión el de diez años, a contar desde el otorgamiento de la presente». En el caso de la STS 6 de abril de 1979 (RJ 1273/1979), aunque no conocemos los términos literales del mismo (*vid. supra* nota 138), se trataba de un documento privado en que un sujeto se comprometía a dar a otro la cantidad de un millón de pesetas en agradecimiento por las molestias, perjuicios y ultrajes que este había sufrido por defender la verdad del testamento ológrafo en que aquel había sido instituido heredero por su tía. Y en el de la STS 13 de noviembre de 1962 (RJ 4288/1962; *vid. supra* nota 138) la donante, heredera abintestato de su hermano, para cumplir con lo que había sido la última voluntad de este pero que no llegó a expresar debidamente, suscribió documento privado en el que se comprometía a entregar ciertas cantidades a determinadas personas en conformidad con dicha voluntad.

¹⁵³ En este sentido se pronuncia también ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 166, 170-171 y 181. Y así podrían o deberían entenderse las palabras de CASTRO Y BRAVO cuando afirma que «la promesa de donación... 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» (ADC, 1950, p. 1172). Y otro tanto cabría decir de ROCA SASTRE cuando apunta que «no puede hablarse de precontrato de donación, pues... se tratará de un contrato perfecto de donación... prometida. [...] la donación *ad promittendo* es donación en sí, por cuanto de momento el donante asume una obligación nueva y el donatario adquiere un crédito» (1948, p. 344). Así también ALGUER, RDP, 1935, p. 380. En

de la operación habida. Pero es una tarea que puede resultar oportuna y procedente, pues en el «tratamiento» de un negocio, sea cual sea la calificación que se le haya dado, el jurista debe atender sobre todo a la intención real de las partes, y luego traducirla a la fórmula jurídica que mejor se adapte a esa intención¹⁵⁴. Esto se ve respaldado si consideramos lo dispuesto en el artículo 1284 CC, que establece –principio de conservación de los negocios– que «si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».

Este entendimiento, es verdad, lleva a tener que discrepar del sentido de algunas de las sentencias que resolvieron los casos que se les plantearon negando validez al compromiso alcanzado por los sujetos con base únicamente en la no admisión de la figura del precontrato de donación –así, señaladamente, el caso de la STS 10 de mayo de 2019–, pero esta discrepancia creemos que resulta justificada si consideramos que el entendimiento de las cosas que hemos propuesto lleva a un resultado no solo viable en nuestro Derecho actual sino, además, perfectamente ajustado a la voluntad real de los sujetos intervinientes en la operación¹⁵⁵.

Y aunque es cierto –hay que reconocerlo también– que los términos empleados en estos casos, en el documento que recoge el negocio en cuestión, son por lo común confusos, o poco claros, esto pensamos es debido en buena medida a la heterogeneidad y a la falta de regulación que en nuestro Ordenamiento actual presenta la figura del precontrato, figura a la que sin embargo se trata frecuentemente de reconducir la operación por parte tanto de quienes preparan la redacción de tales negocios como de quienes resuelven los pleitos suscitados sobre ellos. Esta es la razón por la que se ha escri-

contra, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, ya que esta autora sí admite en sentido propio la promesa o precontrato de donación (*RGLJ*, 1985, p. 731).

¹⁵⁴ Vid. ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 13, quien habla de proceder a una «corrección dogmática del precontrato», aunque no referido específicamente a este caso sino en términos generales –lo que, como sabemos, lleva a este autor a rechazar, también de modo general, la figura del precontrato–.

¹⁵⁵ En el caso resuelto en la STS 10 de mayo de 2019 (RJ 1910/2019), con el entendimiento que proponemos se concluiría admitiendo que D.^a..., al llegar a acuerdo –y en escritura pública– con D...., desde ese momento quedó obligada a entregarle / transmitirle los bienes descritos en la escritura, teniendo correlativamente D...., desde ese mismo momento, el derecho a exigirle que se los entregara. Así lo estimaron, de hecho, tanto el Juzgado como la Audiencia. Pues en la sentencia de la Audiencia se decía que «no se trata en el presente procedimiento de dar a dicha escritura [la que firmaron en su día D.^a... y D...] la validez de donación de los bienes que se relacionan... como acto de transmisión del dominio, en tanto que la misma se refiere a un compromiso de donación y además en el plazo de diez años... Lo que se pide es que se obligue a la demandada a otorgar escritura pública de “formalización del compromiso de transmisión gratuita efectuado”. [...] En atención a lo expuesto –concluía entonces la sentencia de la Audiencia–, ha de coincidirse con la juzgadora de instancia en que la demandada quedaba vinculada por el contrato de compromiso convenido con el demandante durante el... plazo de diez años, de modo que, ante el incumplimiento del mismo por su parte, resulta exigible el cumplimiento de la obligación contraída en el mismo».

to en este sentido, con buen criterio, que «por parte de los que asesoran a los contratantes y redactan documentos debería tenerse en cuenta que si en lugar de emplear un lenguaje técnico cuyos efectos están mal determinados, los interesados expusieran de manera clara y directa lo que quieren y los efectos que esperan conseguir, enterándose debidamente cada parte de lo que entiende la otra, no surgirían tantos conflictos»¹⁵⁶. Esta, es una consideración práctica que es muy pertinente reiterar y destacar aquí.

Siendo conveniente añadir que la conclusión a que hemos llegado –que el llamado precontrato de donación puede o debe a veces ser considerado como negocio actual y definitivo de donación obligacional– se ve además respaldada si consideramos lo que resulta de la aplicación al caso de varios de los criterios que la Jurisprudencia acostumbra a apuntar para distinguir –en general– entre contrato definitivo y precontrato.

Uno de esos criterios es, que los elementos de la operación estén o no determinados de modo suficiente en orden a poder llevar la misma a cumplimiento sin necesidad de nuevo acuerdo o de desarrollo ulterior por parte de los sujetos concernidos –considerando, si lo están, que la voluntad de los sujetos ha sido celebrar el negocio definitivo–¹⁵⁷. Pues bien, así las cosas resulta entonces que esa determinación suficiente del objeto es fácil y natural que se dé en nuestro caso, ya que en una donación eso es algo que se encuentra enteramente –como antes se ha dicho– en manos del donante, no requiriendo que este llegue con el donatario a un punto de encuentro al respecto tras un mayor o menor «tira y afloja». De donde se deriva que desde que se forma en el donante una voluntad firme y decidida en ese sentido existirá también siempre, o casi siempre, una determinación plena del objeto de la misma, y por tanto lo que en el caso habrá será un negocio de donación (obligacional) actual y definitivo desde el principio.

Y otro tanto cabe decir si se atiende al criterio de que en el contrato en cuestión se hayan empleado o no fórmulas alusivas a un «futuro contrato» –de modo que será precontrato si se hace referencia a él–, o al criterio de que se haya excluido o no la exigencia de cumplimiento forzoso en caso de que llegado el momento una

¹⁵⁶ PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 28. Muchos años antes, ya ALGUER había apuntado la misma idea al decir que el término *precontrato*, «más que significar algo, suscita mucho. ¿Cómo puede ser –se preguntaba– fórmula práctica sintética para las necesidades del tráfico un concepto doctrinal complejísimo y vacilante, del que se discuten la existencia y posibilidad, el ámbito de aplicación y los efectos, los requisitos y la protección procesal? ¿Acaso al decirse precontrato entiende todo el mundo lo que se quiere decir, como entiende la palabra venta siquiera en su alcance elemental?» (*RDP*, 1936, p. 13).

¹⁵⁷ PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 28; PARRA LUCÁN, 2013, t. I, pp. 425-426; también en 2013, t. I, pp. 445-447; ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 255.

de las partes no se atenga a lo convenido en su día –de modo que será precontrato si se ha excluido esa exigencia, previéndose para ese caso consecuencias distintas, *v.gr.*, cláusula penal¹⁵⁸–, pues nada de eso tiene sentido en caso de donación, ni por tanto resulta imaginable que exista.

Solo cabría discutir el caso en que el documento en que se refleje la operación haga referencia a una actuación futura por parte del donante descrita en términos imprecisos. Esto, ciertamente, podría plantear duda. Pero, dado que se trata de una cuestión de interpretación, habrá entonces que ver si no resulta más lógico entender que a lo que con esa referencia se hace alusión es a la atribución material con la que más adelante el donante dará cumplimiento a la obligación de dar nacida para él a resultas de la donación ya celebrada¹⁵⁹, que por tanto habrá producido su efecto propio (obligacional-crediticio) desde el primer momento. Lo cual, si así es, resulta entonces perfectamente compatible con la idea de una donación obligacional.

Y, esto dicho, no puede olvidarse tampoco que este entendimiento de las cosas que proponemos resulta plenamente compatible con lo dispuesto en las normas de nuestro Ordenamiento en las que antes dijimos cabe advertir cierto reflejo de la figura estudiada –los artículos 1340 y 1363 CC, y el artículo 168.1.c) LH¹⁶⁰–.

Todo lo cual, recapitulando, nos hace concluir que el precontrato (o promesa) de donación en sentido estricto ciertamente no existe en Derecho, ya que no tiene lógica práctica ni razón de ser en la realidad, pero también nos hace concluir que en verdad esa es en muchos casos simplemente una denominación inadecuada con la que se hace referencia a una donación obligacional, que sí es una operación con sentido desde el punto de vista práctico y una figura

¹⁵⁸ PARRA LUCÁN, 2013, t. I, p. 426. Hace aquí referencia esta autora a arras penitenciales (art. 1454 CC), lo que se explica por cuanto está tratando propiamente de compraventa en la que se haya entregado una cantidad como señal. En nuestro caso –donación–, sin embargo, habría que hablar de cláusula penal (art. 1152 CC): así lo hemos hecho en el texto.

¹⁵⁹ Lo que es lo mismo que hablar de dar satisfacción, más adelante, al derecho de crédito correlativo surgido para el donatario, también desde el primer momento, a resultas de la donación ya celebrada.

¹⁶⁰ Lo que significa que esos preceptos deberían entenderse así: Artículo 1340 CC: «El que diere o se obligare a dar por razón de matrimonio...»; Artículo 1363 CC: «Serán también de cargo de la sociedad las cantidades... que se hayan obligado a dar [...] ambos cónyuges...»; Artículo 168.1.c) LH: «... c) Por los bienes que los mismos maridos se hayan obligado a darles dentro de los límites de la ley». En este mismo sentido, no obstante su particular entendimiento de los precontratos, *vid.*, en relación con el artículo 168.1.c) LH, ROCA SASTRE, 1968, t. IV.2, p. 876. Para un estudio conjunto de esos tres preceptos desde la perspectiva de este trabajo, *vid.* DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, pp. 726-734, aunque con una visión distinta, ya que esta autora procede sobre la base de admitir en sentido propio la promesa (o precontrato) de donación.

perfectamente viable desde el punto de vista jurídico¹⁶¹. La clave para decidir cuándo eso es así pasa por averiguar cuál ha sido la voluntad de los sujetos al plantear la operación, lo que pasa a su vez por atender, no a la calificación que le hayan dado o a la literalidad de los términos que hayan empleado, sino a lo realmente querido por ellos. Averiguado lo cual, y supuesto que lo convenido sea reconducible a un caso de donación actual pero de eficacia obligacional, debe estimarse como tal, y admitirse. El principio de conservación de los negocios así lo pide.

IV. RÉGIMEN APLICABLE A LAS DONACIONES OBLIGACIONALES

Una vez llegados a este punto, nos parece entonces que antes de terminar el trabajo puede resultar útil exponer de forma sintética algunas ideas sobre el régimen propio de la donación obligacional, al ser, esta, figura en la que puede verse transmutado el precontrato de donación, según hemos visto.

La razón de considerar cuál sea ese régimen se justifica por cuanto el Código Civil, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, en el título II de su libro III regula propiamente la donación de eficacia traslativa, no la de eficacia obligacional. Lo que lleva aparejado, por consecuencia, el problema de fijar el régimen aplicable a esta¹⁶².

En este sentido, una primera tentativa de solución que se ha apuntado pasa por considerar que, «cuando el objeto de la donación es un *obligare*, la remisión que se hace a las reglas generales de las obligaciones y contratos en el artículo 621 [CC] cubre perfectamente su necesidad de reglamentación»¹⁶³. Solución, esta, a la que en principio podría pensarse hay poco que objetar, sin perjuicio de que supone asumir que la regulación contenida en el título II del libro III del Código Civil no está referida solo a la donación traslativa (dado que ahí se encuentra el artículo 621 CC, que significaría un punto de apoyo para la regulación de las donaciones obligacionales).

¹⁶¹ La donación obligacional, como sabemos, es un negocio que nuestro Derecho actual admite, con base en el principio de autonomía de la voluntad.

¹⁶² Sobre este tema, *vid.* nuestro trabajo publicado en *RCDI*, 2019, pp. 598 ss, en base al cual procedemos aquí.

¹⁶³ CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 471. Así lo hace tras constatar la amplitud teórica del concepto de donación, que abarca tanto los casos del *dare* como del *obligare* o del *liberare*.

Ocurre, sin embargo, que las cosas no quedan en ese punto, porque otros autores, espoleados por la situación dicha de falta de regulación positiva de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho, proceden entonces a analizar con nuevo espíritu las varias normas que integran el título II del libro III del Código, con intención de encontrar entre ellas otras, además de la contenida en el artículo 621, que se puedan referir también a tales donaciones. Y esto lo llevan a cabo con tanto afán que, al final, terminan abandonando la premisa sobre la que procedían –que el Código contempla en esa sede fundamentalmente la donación traslativa– y dando la vuelta a las cosas.

Esto se evidencia al advertir que algunos de esos autores señalan en ese sentido, además del artículo 621 CC, el artículo 629 CC, del que derivan no solo confirmación de la posibilidad de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho sino también –por un procedimiento lógico *a contrario*– señalamiento del momento a partir del cual tales donaciones obligan: desde su aceptación por el donatario¹⁶⁴. Otros autores, por su parte, entienden que en el artículo 632.2 CC se puede apreciar asimismo una referencia clara a la donación obligacional (de bienes muebles), porque –dicen– «la donación manual [regulada en ese precepto] es acto de disposición, [pero] no así la promesa gratuita y por escrito de una cosa mueble que, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega»¹⁶⁵. Y finalmente, llevando este planteamiento a su extremo, están otros autores que, sumando todo lo anterior, concluyen que en el título que el Código Civil dedica a la regulación de la donación se encuentran numerosas normas compatibles con la calificación de la donación como negocio de eficacia obligacional, hasta el punto de considerar que algunas de ellas difícilmente son aplicables a una configuración distinta de la misma: así –dicen–, además de las diversas normas que establecen el requisito de la aceptación, están también «las reglas que fijan el momento en que la donación *se perfecciona* (art. 623), las que aluden a su efecto obligatorio (art. 629), las reglas de forma para la donación de bienes muebles no acompañada de entrega simultánea (art. 632), etc.; reglas –se añade– que permiten encontrar un principio de regula-

¹⁶⁴ CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 468; FERRANDIS, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 581, nota 40; GULLÓN, 1968, p. 72.

¹⁶⁵ Así PUIG BRUTAU, a pesar de que en principio sostiene una concepción de la donación regulada en el Código fundamentalmente traslativa (1956, t. II.2, pp. 67-68). ALBALADEJO, quien escribe que «del conjunto de la regulación de la donación resulta que esta no es necesariamente transmisiva al hacerla, ya que (...), como puede donarse por escrito sin entrega de la cosa [...], esa donación no la transmitirá, y sin duda habrá que trasladarla después para transmitirla» (1991, t. VIII.2, ad art. 618 CC, p. 11).

ción de la donación contractual [*i.e.*, obligacional] dentro de las normas que el Código ha establecido pensando preferentemente en la donación traslativa»¹⁶⁶.

Estos planteamientos, ahora bien, a nuestro juicio no son correctos. Lo que se explica por cuanto para nosotros, como ya hemos dicho, la regulación contenida en el título II del libro III del Código Civil tiene como término de referencia propio la donación de eficacia traslativa, no la obligacional. Y los planteamientos expuestos, sin embargo, aunque de palabra digan otra cosa, luego, *de facto*, obvian eso.

Prueba de ello es que, si consideramos el señalado en último lugar, de él resulta que casi todos los preceptos del título II del libro III del Código hacen o pueden hacer referencia –total, o al menos parcial– a la donación obligacional: a) requisito de la aceptación: artículos 618, 623, 625, 626, 627, 629, 630, 631, 632 y 633 CC; b) momento de perfección de la donación: artículo 623 CC; c) efecto obligatorio de la donación: artículo 629 CC; d) forma: artículo 632.2 CC; e) norma de remisión y cierre: artículo 621 CC¹⁶⁷; f) y, siguiendo la lógica de este planteamiento, también habría que considerar aquí el artículo 624 CC –por cuanto hace al tema de capacidad del donante–, el artículo 634 CC –por cuanto hace al llamado *beneficium competentiae*– y el artículo 636 CC –por cuanto hace al límite cuantitativo de las donaciones–¹⁶⁸. Pero entonces, si esto es así, ¿qué precepto queda, en el título II del libro III del Código Civil, específicamente referido a la donación traslativa? Prácticamente ninguno. Por ello, entendemos que este planteamiento no puede admitirse.

Y otro tanto cabe decir de los planteamientos basados en los artículos 621, 629 y 632.2 CC, no obstante el carácter más concreto que presentan.

El sustentado en el artículo 621 CC, porque su valor en relación con lo que pretende se pone en cuestión considerando que esta norma se justifica, sencillamente, por ser la donación traslativa un negocio en el que existen «declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas»¹⁶⁹, y entonces, dado que «en el Código Civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición, [por] eso se debe

¹⁶⁶ FERRANDIS VILELLA, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 581-582, no obstante haber afirmado antes (p. 358) que «ciertamente, al redactar el título II del libro tercero, el legislador parece haber pensado solamente en la donación traslativa, o al menos parece haber pensado en ella de manera predominante».

¹⁶⁷ FERRANDIS, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 601.

¹⁶⁸ FERRANDIS, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 597-599.

¹⁶⁹ CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 456.

acudir, por analogía..., a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...»¹⁷⁰. Lo cual es sin duda importante, pero no implica ir más allá.

El apoyado en el artículo 629 CC, porque su valor en el sentido pretendido se desvirtúa considerando que no resulta plausible entender que el Código, en un mismo precepto, y sin que su letra permita distinguir, contempla dos tipos distintos de operatividad de la donación –traslativa y obligacional–. ¿Cómo se pueden aunar, en un mismo precepto y bajo una misma aceptación, dos tipos de donaciones distintos desde el punto de vista de su operatividad, cuando tal aceptación tendría un significado diferente en cada caso: meramente consumativo del acto transmisivo, en una, y contractual en otra? En realidad, lo que ocurre es que ese precepto emplea impropiamente el verbo «obligar», en lugar de utilizar el término «vincular»¹⁷¹.

Y el derivado del artículo 632.2 CC tampoco es atendible aquí, porque su valor al efecto pretendido queda desvirtuado considerando que, en el supuesto regulado en ese precepto, «en ningún caso existe, por parte del donante, obligación de entregar derivada de modo inmediato de la donación». Lo que ocurre es que de la donación «deriva la transmisión, y de la transmisión –y solo mediatamente de la donación– dimana el deber del donante de entregar al donatario lo que ya es suyo. Tal como sucede en cualquier otro caso de posesión de cosa o derecho ajenos sin causa o título que justifique su posesión en concepto distinto»¹⁷². La donación regulada en el artículo 632.2 CC es, por tanto, de virtualidad traslativa. Téngase presente aquí, por otra parte, que el efecto inmediatamente transmisivo de la donación de bienes muebles es cosa que no plantea duda ninguna en caso de donación manual; solo se plantea discusión por algunos autores cuando no hay entrega simultánea de la cosa sino documentación por escrito del negocio. Pero esta última no es una idea atendible, lo que además se refuerza considerando que, si la donación manual tiene virtualidad traslativa, no cabe entonces pretender que la otra posibilidad contemplada en relación con bienes muebles (documento escrito) tenga distinta operatividad, cuando esta se establece de manera alternativa y sin rebajarla en su eficacia con respecto a aquella. Hay que entender, por consecuencia, que para el Código la donación de bienes muebles tiene

¹⁷⁰ VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 349.

¹⁷¹ «Este argumento –dice VALLET DE GOYTISOLO– pierde su valor si tenemos en cuenta que el mismo Código Civil, en los fideicomisos testamentarios, alude a las obligaciones del fiduciario de conservar y transmitir los bienes, siendo así que la transmisión a favor del fideicomisario se opera *ipso iure*, automáticamente, haciéndose ineficaces cuantas disposiciones hubiera verificado el heredero sustituido» (1978, pp. 344-345).

¹⁷² VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 347.

siempre eficacia traslativa inmediata, y ello tanto si la forma por la que se opta para su celebración es la entrega simultánea de la cosa como si es un escrito privado¹⁷³.

Ahora bien, así las cosas, surge entonces la pregunta: si la donación regulada propiamente en el título II del libro III del Código Civil es solo la de eficacia traslativa inmediata, ¿dónde se encuentra el régimen por el que se regula la donación obligacional? Porque si en nuestro Derecho actual, según ya se ha dicho, esta figura es posible, alguna regulación ha de tener. ¿Cuál es?

A nuestro juicio, la solución pasa por considerar, primero, cuáles son los intereses que el legislador ha tenido en cuenta al establecer las concretas normas que integran el régimen propio de las donaciones traslativas, y, luego, por considerar si esos mismos intereses están o no presentes también en el caso de las donaciones obligacionales. Porque una vez hecho eso tendremos que, en aquellas cuestiones en las que se aprecie coincidencia de intereses, cabrá entonces aplicar a las donaciones obligacionales la misma regulación que en el Código se establece para las donaciones traslativas, aunque —esta precisión es muy importante para nosotros— no porque tales normas sean directamente aplicables también a aquellas, sino por analogía. Y es que, no habiendo normas específicas relativas a las donaciones obligacionales pero sí identidad en cuanto a la razón fundadora de determinadas normas dispuestas para las donaciones traslativas, será procedente aplicar a aquellas lo establecido en tales normas, por ser las más cercanas¹⁷⁴.

Dicho lo cual pasamos entonces, a continuación, a realizar una consideración somera de las distintas cuestiones que el régimen de las donaciones obligacionales plantea.

1. CAPACIDAD, Y FORMACIÓN SIN VICIOS DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL

Por cuanto hace a la capacidad requerida para celebrar válidamente negocio de donación obligacional, pensamos que a esto es perfectamente aplicable —pero por analogía, no directamente— lo dispuesto en los artículos 624-626 CC, en sede de donación traslativa.

¹⁷³ Así, CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 461-462.

¹⁷⁴ Así lo afirma VALLET, aunque con un tono excesivamente cauto: «¿se regirá —se pregunta el autor, hablando de la donación obligacional—... por las reglas generales de las obligaciones, sin perjuicio de la aplicación analógica que deba hacerse de las reglas de fondo... de las donaciones ordinarias?» (1978, p. 353). No acepta esto, en cambio, ALBALADEJO, quien parece abogar por una aplicación directa de esas normas (1991, t. VIII.2, pp. 1573-1574).

Aunque, en caso de donación obligacional, limitado el artículo 624 CC a lo establecido en relación con el requisito de capacidad del donante –esto es, que tenga la necesaria para contratar: mayoría de edad y suficiente juicio–, no al requisito de libre disposición de los bienes, que referido a una donación traslativa tiene razón de ser, pero no en el caso de una donación obligacional.

En relación con el donatario, nos parece sin duda que lo dispuesto en el artículo 626 CC es aplicable también a la donación obligacional.

Por cuanto hace a la formación sana y sin vicios de las voluntades que integran dicho negocio, y al régimen aplicable en caso de no ser así, en caso de donaciones traslativas, dado que nuestro Código está falto de una regulación general del negocio jurídico, ese régimen ha de buscarse en el libro IV, título II, del Código Civil, extrayéndolo o induciéndolo del que ahí se establece para con el contrato. Este es, de hecho, el significado de la remisión contenida en el artículo 621 CC¹⁷⁵.

Pues bien, ese mismo régimen –el contenido en el título II del libro IV del Código Civil– ha de aplicarse también a la donación obligacional, aunque en este caso no por remisión sino de forma propia y directa, por ser esta que estamos viendo un negocio de carácter contractual.

2. PERFECCIÓN DEL NEGOCIO

Por cuanto hace a la perfección del negocio de donación, tenemos que esta cuestión se trata específicamente en el título II del libro III del Código, en concreto en los artículos 623, 629 y 630 CC.

Preceptos, estos, que han dado pie a varias teorías al respecto –las cuales, aunque diversas entre sí, presentan como denominador común introducir divergencias notables con respecto al régimen ordinario de perfección de los contratos recogido en el artículo 1262 CC–, pero que a nuestro juicio han de ser entendidos considerando que, en tanto estemos hablando de un negocio de donación de génesis bilateral, la aceptación del donatario y el conocimiento de esa aceptación por parte del donante son exigencias imprescindibles para la perfección y eficacia del negocio de donación. Lo cual resulta

¹⁷⁵ El artículo 621 CC, ha dicho CALVO SORIANO, es norma que se comprende «por la existencia [en la donación] de declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas» (*AAMN*, 1946, p. 456). En el mismo sentido se muestra VALLET, quien afirma que, dado que «en el Código Civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición [por] eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contraríe la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...» (1978, p. 349).

además plenamente coherente con la remisión genérica que el artículo 621 CC hace a la regulación de los contratos.

Pues bien, este mismo entendimiento acerca de la perfección del negocio vale también para la donación obligacional, y en este caso con mayor razón aún, dado que esta no es un negocio de disposición y los artículos 623, 629 y 630 CC no están dictados propiamente para ella.

3. OBJETO

A este respecto, aunque se trata de una cuestión en la que nos pronunciamos con cierta cautela, nos parece que a la donación obligacional no es aplicable la prohibición de donar bienes futuros que establece en principio el artículo 635 CC. La razón es que esta no es una exigencia inherente a su propia esencia, ni derivada de ella.

Tal prohibición nos parece por tanto hay que entenderla aplicable exclusivamente a la donación traslativa¹⁷⁶, y no a la donación obligacional. Lo que se ve respaldado además por el artículo 1341 CC, en el que se establece que los futuros esposos «podrán donarse

¹⁷⁶ En contra se muestran FERRANDIS VILELLA y ATAZ LÓPEZ, con argumentos muy semejantes. FERRANDIS, por su parte, dice que es «precisamente en el supuesto de la donación obligacional en el que podrá presentarse la duda acerca de si tal donación puede tener por objeto bienes futuros. Porque es indudable –apunta– que en la donación inmediatamente traslativa... no habrá lugar en ningún caso a la donación de bienes futuros, que, por esa misma circunstancia, no podrán ser entregados al hacerse la donación» (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 598-599). Y ATAZ, a esa idea añade además otra, cifrada en considerar que «incluso aunque se admita la donación de eficacia meramente obligacional, no parece que esta pueda servir para eludir la prohibición de donar bienes futuros, pues ello sería tanto como habilitar un mecanismo para defraudar la prohibición del artículo 635 del Código Civil» (2017, p. 187).

Estos argumentos, ahora bien, aunque desde un punto de vista estrictamente lógico pueden resultar plausibles, nos parece que no se ajustan a la realidad de nuestro Derecho actual. Lo que se explica con una consideración de tipo histórico. Recuérdese, tal como se vio en la nota 27 de este trabajo, que nuestro Derecho histórico admitió tanto la donación traditoria como la donación promisoria, si bien cada una de ellas con notas características propias distintas de las del otro tipo, y que entre las notas propias de la donación traditoria estaba la de no permitir fueran objeto de la misma bienes futuros, siendo así que esa nota no existía en cambio en caso de donación promisoria. Pues bien, sobre esta base, si consideramos ahora que la norma contenida en el artículo 635 CC se corresponde con una nota que en el Derecho histórico había sido específica de la donación traditoria, y no de la promisoria, esto pensamos permite concluir que la operatividad de esa norma debe ceñirse hoy también solo a las donaciones traslativas, y no aplicarse a las obligacionales. Pues aunque es cierto que en una donación traslativa la referencia a bienes futuros carece en principio de mucho sentido, eso no fuerza sin más a concluir que el artículo 635 CC es aplicable también, o solo, a la donación obligacional, ya que no cabe suponer que nuestros clásicos incurrieran ahí en un absurdo, siendo más razonable pensar que alguna razón debió llevarles a excluir los bienes futuros como objeto de donación solo en la que operaba *traditione rei*, y no cuando operaba vía *promissione*. En todo caso, sea cual sea la razón de esa nota, lo que nos parece indudable es que en esta materia no puede atenderse solo a consideraciones de estricta lógica, sino también, en buena medida, de tipo histórico, y que estas es razonable entender llevan a concluir en el sentido dicho.

antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros» (aunque solo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada).

4. FORMA

¿Qué forma pueden o deben adoptar las donaciones obligacionales? Entender que estas, a diferencia de las donaciones traslativas, no están sometidas a exigencia de forma solemne, porque no hay en el Código Civil norma que así lo establezca para ellas de modo explícito y porque el principio general de nuestro Derecho es la libertad de forma, no parece sea idea plausible. Considerar que la forma solemne, cuando se trata de donación, es exigencia establecida en normas de carácter excepcional y por tanto de aplicación restrictiva, sería idea fruto de un modo de pensar que no resulta procedente aquí, por no advertir que lo singular de este caso es el interés que está en juego y la razón que subyace a tales normas –la protección del propio donante, procurándole una mayor reflexión acerca del acto que va a realizar–, y que ese interés está igualmente presente tanto en caso de donación traslativa como en caso de donación obligacional. La exigencia de forma solemne resulta, pues, referible también a la donación obligacional.

Pero, ¿cuál es esa forma? A nuestro entender, la respuesta a esta pregunta pasa por aplicar a la donación obligacional los mismos requisitos formales establecidos en los artículos 632 y 633 CC para la donación traslativa, aunque no porque estos preceptos sean directamente aplicables también a aquella, sino por analogía¹⁷⁷.

Lo que se traduce, más concretamente, en aplicar a la donación obligacional relativa a bienes muebles la forma prevista en el artículo 632 CC, y a la donación obligacional relativa a bienes inmuebles la

¹⁷⁷ En este sentido, FERRANDIS (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 593) ha propuesto un cuadro complejo y preciso al respecto, del modo siguiente: «a) Donación traslativa (con entrega inmediata) de cosa mueble: (...) puede hacerse verbalmente o por escrito (artículo 632, párrafos primero y segundo); b) Donación obligatoria... de cosa mueble: necesidad de forma escrita (no necesariamente pública), haciéndose constar también por escrito la aceptación del donatario (artículo 632, párrafo segundo); c) Donación de inmuebles, tanto si es traslativa (entrega inmediata) como si es meramente obligatoria: escritura pública en la que se expresarán individualmente los bienes donados y, en su caso, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; la aceptación (...) puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada (artículo 633, párrafos primero y segundo)». Este planteamiento, ahora bien, aunque sustancialmente correcto, a nuestro juicio precisa la matización hecha en el texto. Y es que si, según ya hemos apuntado repetidamente, el término de referencia propio de los artículos 632 y 633 CC (en general, del título II, libro III, del Código Civil) es la donación traslativa, no cabe entonces considerar que esos preceptos hacen referencia también a la donación obligacional y son aplicables a ella directamente, sin más. A nuestro juicio, la clave en este tema pasa por considerar que esos preceptos son aplicables a la donación obligacional por analogía.

forma exigida en el artículo 633 CC (esto último pensamos es así, aunque la donación obligacional no atribuya directamente al donatario derechos reales sino derechos de crédito y estos en principio hayan de ser considerados bienes muebles ex artículo 335 CC¹⁷⁸: aun dejando ahora a un lado la dificultad que existe para referir en sentido estricto a los derechos la clasificación que hace el Código de los bienes en muebles e inmuebles, en todo caso nos parece que, incluso desde un punto de vista intuitivo, la solución apuntada es la más adecuada).

5. REVOCACIÓN Y REDUCCIÓN

Se trata aquí de dos cuestiones singulares propias de las donaciones –la posibilidad de proceder a su revocación o a su reducción, después de haber sido hechas, cuando se dan determinadas circunstancias–, que se regulan especialmente en los artículos 644, 647, 648 y 654 CC. Pues bien, partiendo de que estas normas están situadas en el título II del libro III del Código, la pregunta que aquí se plantea es: ¿cabe la aplicación analógica de las mismas a las donaciones obligacionales?¹⁷⁹

A nuestro juicio, la respuesta ha de ser afirmativa. Y la razón, después de todo cuanto hasta este momento llevamos dicho, es clara: porque lo que en esas normas importa no es el cauce empleado –el concreto tipo de negocio donatorio celebrado: de eficacia traslativa o de eficacia obligacional– sino los intereses que están en juego –interés de los hijos, en caso de revocación por supervivencia o sobreveniencia; interés del donante, en caso de revocación porque el donatario cometa delitos contra aquel, le impute la comisión de determinados delitos o le niegue indebidamente alimentos; o interés de los legítimos, en caso de reducción por inoficiosidad–, siendo así que estos intereses concurren igual tanto en caso de dación gratuita actual como en caso de que el sujeto en cuestión se obligue a ella por causa igualmente gratuita (ya que puede exigírsele coactivamente, si cuando llega el momento no la cumple de buen grado).

Y entonces, si los intereses se dan igual en un caso y en otro, de ahí se deriva que han de ser igualmente protegidos. Por eso hay que entender que las normas apuntadas son aplicables también a la donación obligacional, aunque sin olvidar que mientras en el caso de donación traslativa esa aplicación tiene lugar de

¹⁷⁸ Quizá por esto PUIG BRUTAU afirma que la forma exigible a la donación obligacional es la que se prescribe en el artículo 632.2 CC, sin distinguir según que la obligación de dar se refiera a bienes muebles o inmuebles (1956, t. II.2, pp. 79-80, aunque partiendo de la base de entender que esa norma refleja la posibilidad de la donación obligacional).

¹⁷⁹ Apunta esta cuestión VALLET, 1978, p. 353.

forma propia –porque es en ella en la que el legislador pensaba y a la que se refería al dictar esos preceptos–, en el de donación obligacional se hace por analogía.

6. *BENEFICIUM COMPETENTIAE*

Y otro tanto ha de decirse de lo dispuesto en el artículo 634 CC –si bien, de nuevo, por analogía–: el sujeto, aunque no dé actualmente sino que defiera la entrega para un momento posterior, pero quedando ya obligado jurídicamente a ello, tiene también que reservarse «en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias».

Pues el interés que se quiere tutelar está igualmente presente, tanto en caso de donación traslativa como en caso de donación obligacional.

7. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE DAR (A TÍTULO GRATUITO) GENERADA POR EL NEGOCIO DE DONACIÓN OBLIGACIONAL

Finalmente, por cuanto hace a la obligación de dar a cargo del donante y a favor del donatario que se origina en caso de negocio de donación obligacional, tenemos que la regulación general de la misma con arreglo a la cual habrá que proceder es la que se contiene en el libro IV, título I, del Código Civil.

Aunque teniendo presente que en este punto eso no será, ni por aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 621 CC, ni por analogía. Será así, porque el efecto propio de estas donaciones es obligacional, y porque en el libro IV, título I, del Código Civil, dedicado a las obligaciones (y contratos), es donde se encuentran las normas generales referentes a ellas.

Con lo dicho, creemos que el régimen de la donación obligacional en nuestro Derecho actual ha quedado establecido suficientemente a los efectos de este trabajo.

V. CONCLUSIONES

1. Principio fundamental de nuestro Ordenamiento es el de autonomía privada, con el que se reconoce a los sujetos poder para actuar en la vida mediante la celebración de negocios con los que constituir relaciones jurídicas en los términos que consideren mejor

conviene a sus intereses. El poder que este principio confiere a los sujetos en el ámbito económico-patrimonial es extraordinariamente grande, aunque no absoluto.

Formulado en tales términos, lo dicho no plantea dificultad. Otra cosa ocurre cuando la cuestión se lleva a terreno más concreto, advirtiéndose entonces que en relación con algunos negocios hay restricciones particulares, cuya existencia suscita interrogantes. Así ocurre con el llamado «precontrato de donación» –también conocido como «promesa de donación»: «precontrato» y «promesa de contrato» son denominaciones que se suelen emplear como sinónimas–, cuya celebración, según se sostiene comúnmente, no es posible en nuestro Derecho. ¿Por qué? Aunque afirmada a menudo, se trata de una imposibilidad cuya justificación no resulta clara.

2. Para resolver eso son precisas algunas consideraciones previas sobre ciertas figuras aparente o realmente próximas –la promesa unilateral y la donación obligacional–, para poder luego dilucidar aquello con tino.

La promesa unilateral es negocio obra de un único sujeto –el promitente–, cuya sola voluntad basta para celebrarlo válidamente y cuyo efecto es generar una obligación a cargo de quien formula tal promesa y a favor del destinatario de la misma, sin requerir para ello la aceptación contractual de este. Esta promesa unilateral, ahora bien, aunque nominalmente parezca próxima a la promesa de contrato o precontrato, es figura completamente distinta, porque el precontrato o promesa de contrato es en sí mismo un negocio de carácter contractual, cuya celebración requiere por tanto el concurso de voluntades de las dos partes concernidas en la operación. La expresión «promesa de donación» se explica por cuanto la operación objetivo de este negocio es una atribución patrimonial que un sujeto quiere hacer a otro por causa de liberalidad, pero con cierto carácter de futuridad. Este carácter de futuridad, sin embargo, no quita que tal negocio sea de naturaleza contractual, por lo que no cabe identificar la promesa unilateral con el precontrato o promesa de donación.

En relación con la donación, la cuestión se cifra en determinar si esta es en nuestro Ordenamiento un negocio de eficacia traslativa (dispositiva) u obligacional. Esto es, si la atribución patrimonial gratuita en que toda donación consiste se produce como efecto directo e inmediato del negocio donatorio, sin obligación intermedia entre uno y otra, o si por el contrario tal resultado se articula de forma mediata, por la vía de una obligación interpuesta. Aunque se trata de una cuestión en la que no hay una postura del todo consolidada, hemos de considerar que la donación regulada en el título II del libro III del Código Civil es un negocio de eficacia traslativa. Lo cual

no significa, ahora bien, que la donación obligacional no sea factible en nuestro Ordenamiento, pues esta es viable llevándola al libro IV de ese mismo Código, dado que en el ámbito del Derecho patrimonial la autonomía de la voluntad es principio fundamental, y en esa sede no hay obstáculo que impida configurar negocialmente una obligación de dar a título gratuito. La eficacia de la donación en nuestro Derecho, así pues, puede ser tanto traslativa como obligacional, dependiendo de la voluntad de los sujetos. Nada obsta, por tanto, para que los sujetos, si así lo quieren, puedan celebrar donación obligacional, buscando producir una atribución jurídico-real gratuita pero no de forma inmediata sino mediata, a través de *obligatio* interpuesta, cuando el deudor cumpla esa obligación.

3. Por cuanto hace al precontrato (o promesa de contrato), constituye este una figura controvertida, de la que se discute incluso su noción. Esto ha dado pie a que, para explicarlo, se hayan elaborado en la doctrina diversas tesis.

La tesis más clásica o tradicional configura el precontrato como un contrato, en cuya virtud los sujetos se obligan a celebrar posteriormente otro contrato (contrato definitivo), que es el que realmente tiene sustancia socio-económica pero que eso no obstante no se celebra de momento. De donde resulta que el efecto propio del precontrato es solo obligar actualmente a los sujetos del mismo a emitir en un tiempo futuro las voluntades necesarias –cada uno la suya– para perfeccionar otro contrato, que es del que nacerán los derechos y obligaciones correspondientes a la operación realmente pretendida.

La segunda tesis –del «contrato básico a desarrollar»– sostiene que en el precontrato no cabe hablar de dos contratos sino de uno solo, vinculante desde el primer momento pero con la singularidad de que su contenido no se encuentra inicialmente desarrollado de modo pleno, lo que conlleva, para las partes de la relación ya nacida, una obligación instrumental añadida: cooperar para desarrollar completamente ese contrato, a fin de poderle dar cumplimiento efectivo. Para esta tesis, el precontrato es el contrato realmente querido pero en germen, delineado solo en sus bases fundamentales y precisado por ello de la ulterior colaboración de las partes para desarrollarlo –aunque ese desarrollo, se dice, no requiere prestación de nuevo consentimiento–. El tradicionalmente llamado contrato futuro no es un contrato nuevo, sino el mismo contrato ya desarrollado.

Para la tercera tesis –del «contrato con *iter* de formación complejo»–, lo característico de esta figura radica en ser un contrato único en cuya formación hay sin embargo que distinguir dos fases. Una primera, en la que se configura el contrato querido y las partes quedan vinculadas pero en la que la realización de su contenido

obligacional sustantivo queda en suspenso, a la espera de que una de las partes requiera a la otra su efectiva puesta en marcha. Y una segunda fase, a la que se pasa cuando la parte en cuestión hace tal requerimiento, procediéndose entonces a dar plena efectividad a la operación diseñada. Para esta tesis, pues, el precontrato es un contrato que se perfecciona desde que las partes convienen al respecto y cuyo objeto se determina además plenamente desde el principio, sin necesidad de desarrollo ulterior, pero cuya efectividad se limita en una primera etapa a quedar las partes vinculadas por lo acordado y facultadas —una sola, o una cualquiera de ellas— para exigir a la otra su puesta *in actu*, momento a partir del cual se procede a realizar el contenido sustantivo del mismo.

Ninguna de estas explicaciones, sin embargo, ha sido recibida acriticamente, por lo que no se ha alcanzado una noción pacífica del precontrato, ni de sus requisitos y efectos. Y es que, si bien de la doctrina y de la jurisprudencia se deriva como idea relativamente admitida la existencia de precontratos y su utilidad en determinados casos, tal coincidencia desaparece cuando se trata de precisar eso. La razón de ello posiblemente radique en que, al carecer esta figura de regulación en nuestro Derecho actual, bajo esa rúbrica se vienen a comprender supuestos distintos entre sí, a todos los cuales, a pesar de no ser iguales, se les aplica la denominación «precontrato».

Por nuestra parte, aunque no estamos del todo convencidos de que hablar del precontrato como figura con entidad propia tenga plena justificación —otra cosa es la existencia y operatividad de los varios supuestos considerados bajo esa rúbrica—, en todo caso creemos que el planteamiento omnicomprendivo apuntado resulta suficiente y válido para proceder en este estudio con resultados satisfactorios. Aunque advirtiendo también que, de los tres supuestos reseñados, los que aquí interesan más propiamente son el primero y el segundo, porque el tercero a efectos prácticos puede ser considerado como un contrato de opción, siendo esta una figura que en caso de donación no tiene sentido.

4. Por cuanto hace a los precontratos de contratos formales, en su momento sostuvieron algunos autores que la forma de esos precontratos era cuestión que debía diferenciarse de la forma de los correspondientes contratos principales, no aplicándose a aquellos la exigencia propia de estos, lo que llevó a esos autores, con base en el principio espiritualista general de nuestro Ordenamiento, a no exigir requisito ninguno de forma para la validez de aquellos, fuera cual fuera el contrato a que se refirieran. Esta postura, sin embargo, fue pronto recusada por la mayoría, considerando que, en la medida en que el precontrato deja ya a los sujetos vinculados de algún modo al

contrato proyectado, eso supondría burlar lo dispuesto en la ley y frustrar la finalidad pretendida por ella (en particular, procurar a las partes una decisión reflexiva y madura al respecto).

Por eso en el supuesto de donación, que es negocio con forma exigida *ad solemnitatem*, esa misma forma habría de requerirse también al precontrato, que sin ella resultaría tan nulo e ineficaz como aquel.

5. Por el solo hecho de ajustarse a la forma que se exige para el «contrato de donación definitivo», ahora bien, no cabe concluir haya que admitir necesariamente el precontrato de donación. Para que sea así hay que dilucidar antes si el precontrato de donación es posible o no en nuestro Derecho desde un punto de vista lógico-jurídico.

La opinión más extendida en la doctrina y en la jurisprudencia afirma que no, con base en las dos razones siguientes.

Una, porque, siendo el precontrato figura cuya operatividad se mueve en el plano obligacional, se reputa entonces que ello resulta incompatible con la donación, por ser esta un negocio cuya eficacia en nuestro Derecho se entiende es traslativa.

Y otra, por la incompatibilidad que se estima existe entre las nociones de precontrato y de donación, porque, si la donación se define como atribución patrimonial realizada por un sujeto por causa de liberalidad *–i.e., nullo iure cogente–*, y el precontrato es en sí mismo un contrato que genera para sus autores una cierta vinculación jurídica, de ahí se piensa resulta que la idea de precontrato repugna al concepto de donación.

Estas razones, ahora bien, no son atendibles.

La primera, porque, aunque la donación regulada en el libro III del Código Civil sea de eficacia traslativa, eso no impide en nuestro Derecho la donación obligacional, reconduciéndola al libro IV del Código.

Y la segunda, por su excesivo rigor dogmático, en tanto que hablar de precontrato no es inconciliable con afirmar la naturaleza negocial del «contrato definitivo». Esto es así incluso en la configuración del precontrato menos propicia en ese sentido *–la que lo entiende como contrato que obliga a celebrar otro contrato–*, ya que, aunque la celebración del negocio definitivo sea en cierta forma un acto debido, en todo caso no se puede negar que en su origen primero o raíz más profunda *–cuando se celebró el precontrato–* sí estuvieron presentes las notas de libertad y de voluntariedad, lo cual es suficiente para encajar el contrato definitivo en la idea de negocio jurídico.

Resultando así que las objeciones teóricas planteadas por la doctrina contra la viabilidad del precontrato de donación en nuestro Derecho, quedan salvadas.

Y algo semejante ocurre con la Jurisprudencia, pues si bien en principio parece radicalmente contraria al precontrato de donación, luego se advierte que su rechazo no viene por lo general determinado por estimar que esta figura sea intrínsecamente imposible, sino por otras razones: en unos casos, por entender que en nuestro Derecho la donación es negocio de eficacia traslativa y por tanto incompatible con el precontrato, que es negocio de eficacia obligacional; en otros casos, por estimar que lo querido por las partes en el supuesto litigioso había sido una donación con virtualidad traslativa actual, lo que por tanto excluye que hubieran querido celebrar un precontrato; y en otros, porque el objeto de la operación eran bienes inmuebles y los negocios en cuestión no se habían formalizado en escritura pública, por lo que eran nulos por defecto de forma.

A la vista de lo cual cabe relativizar lo dicho en tales sentencias, bien porque la objeción en que se basan —que la donación es en nuestro Derecho negocio de eficacia siempre y necesariamente traslativa— no es correcta, bien porque, aunque el defecto de que la operación adolecía era cierto —no se había cumplido con el requisito de forma solemne legalmente exigida—, se trata de un obstáculo contingente.

Solo en ocasiones muy contadas ha habido por parte del Tribunal Supremo rechazo al precontrato de donación considerado en sí mismo y sin atender a elementos añadidos. En esas ocasiones, ciertamente, el rechazo al precontrato (promesa) de donación ha sido formalmente claro y rotundo. Pero ha sido, también, casi una petición de principio, ya que la inadmisibilidad de tal precontrato simplemente se ha afirmado, sin aducir razones que la sustenten.

Lo cual causa sorpresa y desconcierto, máxime cuando esa negativa a la figura por parte de la jurisprudencia no es tan constante como se pretende, en tanto que en otros casos el Tribunal Supremo ha llegado a la solución contraria, esto es a admitir la validez y eficacia del compromiso asumido (aunque hay que reconocer que forzando en cierta medida la realidad de los hechos).

6. A la vista de todo lo cual nos encontramos con que, al menos con base en lo que resulta de la doctrina y la jurisprudencia, no existen en nuestro Derecho razones dogmáticas o de índole positiva que impidan el precontrato de donación. Otra cosa ocurre, sin embargo, si consideramos la cuestión desde el punto de vista práctico.

En términos generales, es idea asentada que para admitir un negocio no basta su mera posibilidad teórica, sino que debe existir además una razón práctica suficiente que lo justifique. Razón práctica que, cuando se habla de precontratos en general, se suele encontrar en que no puedan los sujetos, o no les interese, vincularse ya de

un modo definitivo; o que no puedan de momento determinar suficientemente el objeto del negocio definitivo; o que no cuenten actualmente con la titulación necesaria para celebrar el negocio definitivo, siendo así no obstante que esos sujetos tienen un interés atendible en vincularse ya en cierta forma en ese sentido, para dar alguna seguridad a la operación que tienen *in mente*.

Pues bien, eso sentado resulta entonces que, en el supuesto de donación, el interés apuntado no existe. Y es que, sin perjuicio de las diferencias que existen entre los varios casos referidos, todos presentan un denominador común que no se encuentra en nuestro supuesto: una imposibilidad o inconveniencia de celebrar ya el negocio realmente querido, existiendo no obstante interés atendible en vincularse actualmente de algún modo en ese sentido para el futuro. Ese denominador común, en efecto, no existe en el supuesto de donación, lo que se explica al considerar que esta es negocio cuya energía y sustancia están casi enteramente en manos del donante, en tanto que su voluntad tiene un peso decisivo tanto en la decisión de realizarla como en la determinación de su objeto. Y es que, dado que se trata de un acto de liberalidad, en su gestación no hay un proceso de confrontación entre los intereses de los sujetos concernidos hasta que estos alcanzan un punto de acuerdo al respecto, lo que hace que la donación sea obra casi exclusiva del donante.

Y de ahí se deriva entonces que, en relación con la donación, hablar de precontrato carece de sentido. Porque, dado que en ella el sujeto más propiamente concernido y más decisivo es el donante, si este quiere hacerla, ninguna razón cabe encontrar que le impida celebrarla actualmente, o que le haga aconsejable dejarla para más adelante pero vinculándose ya a ello jurídicamente. Por eso el precontrato de donación no es figura atendible: porque carece de razón de ser o sentido práctico que lo justifique.

7. Ahora bien, aunque el precontrato de donación en sentido estricto no sea figura atendible, no cabe tampoco zanjar el asunto de forma simplista obviando que, al menos en algunos de los casos que se dan en la realidad y que se califican como «precontratos de donación», los sujetos concernidos algo han querido hacer, y algo además con sentido práctico, no ilógico.

Y, así, resulta entonces razonable entender que, con independencia de la terminología empleada, lo que en ocasiones se encuentra en la vida real no son precontratos de donación sino donaciones de eficacia obligacional, si lo que los sujetos concernidos han querido hacer es una atribución patrimonial gratuita de uno a favor del otro pero dejando su materialización efectiva para un momento posterior, cuando el donante cumpla su obligación en ese sentido, de tal modo

que el efecto inmediato que se quiere surja del negocio celebrado es el nacimiento de una obligación de dar a cargo del donante y un derecho de crédito correlativo a favor del donatario.

Llegar a esta conclusión requiere, ciertamente, una labor jurídica significativa. Pero es una labor procedente, pues en el tratamiento de un negocio, sea cual sea la calificación que se le haya dado, el jurista debe atender sobre todo a la intención real de las partes, y luego traducirla a la fórmula que mejor se adapte a esa intención. Para lo cual la clave está, no en indagar a si los sujetos han calificado lo hecho como precontrato o como contrato definitivo, sino en indagar cuál ha sido el efecto práctico real y concreto que han pretendido producir. Averiguado el cual, y supuesto que lo convenido sea reconducible a un caso de donación obligacional, debe estimarse como tal, y admitirse. El principio de conservación de los negocios así lo pide.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil*, 2.^a ed., Barcelona 1972.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. VIII.2, Madrid, 1991.
- ALGUER MICÓ, José: «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado* 1935 y 1936.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945.
- ANDRÉS, Juan: *Additiones ad Speculum judiciale Guillelmi Durante*, Strassbourg 1475.
- ANTUNES VARELA, Joao de Matos: *Das obrigações em geral*, Coimbra 1970.
- ARCHI, Gian Gualberto: *Donazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII, Milano 1964.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*, Madrid-Barcelona 1998.
- «¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código Civil español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2019, núm. 772.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Lacruz*, vol. 1, Barcelona 1992.
- «La promesa de donación», en *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Rubio Torrano* (dir. Egusquiza Balmaseda y Pérez de Ontiveros Baquero), Cizur Menor 2017.
- BARASSI, Ludovico: *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1948, t. II.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, y BARDE, L.: *Droit civil. Des obligations*, 3.^a ed. 1906, t. I.
- BELLOMO, Manlio: «Donazione (Diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII, Milano 1964.
- BENEDETTI, Giuseppe: *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969.

- BERNAD MAINAR, Rafael: «En torno a la naturaleza jurídica del precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014.
- BIONDI, Biondo: «La donazione», en el *Trattato di Diritto civile italiano*, de Vassalli, XII, t. IV, Torino 1961.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: *ad* Artículo 1862 CC, en *Código Civil comentado* (dir. Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández), 2.ª ed., Cizur Menor 2016, vol. IV.
- BONILLA SANMARTÍN, Adolfo: «Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1901.
- CALVILLO MARTÍNEZ, Julio: «Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1951.
- CALVO SORIANO, Álvaro: «Tradicición y donación», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III, 1946.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, t. III *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 16.ª ed., Madrid 1992.
- *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 15.ª ed. Madrid 1993 (revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella).
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: «Donaciones no traslativas», en *Revista de Derecho Privado* 2021.
- CASTIGLIA, Giuseppe: «Promesse unilaterali atipiche», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1983.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de: «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», en *Anuario de Derecho Civil* 1950.
- *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. X, Madrid 1967.
- C. B (CASTRO Y BRAVO): «Recensión a Donisi. Il problema dei negozi giuridici unilaterali», en *Anuario de Derecho Civil* 1973.
- CORDERO LOBATO, Encarna: *ad* Artículo 1862 CC, en *Comentarios al Código Civil* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia 2013, t. IX.
- DELL'AQUILA, Enrico: *Riflessioni sul negozio giuridico unilaterale*, en *Studi Senesi* 1975.
- «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Revista de Derecho Privado* 1979.
- DE DIEGO, Felipe Clemente: *Apuntes de Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid 1913.
- *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid 1919, t. IV.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *Revista de Derecho Privado* 1971.
- DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, t. I, París 1923.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: «La promesa de donación en el Código Civil y la Jurisprudencia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1985.
- DÍAZ PAIRÓ, Antonio: *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª ed., La Habana 1948.
- DÍEZ PASTOR, José Luis: «La donación al no concebido», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI, 1952.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español,» en *Anuario de Derecho Civil* 1966.
- *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid 1993.

- DONISI, Carmine: *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli 1972.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, Madrid 1957.
- FERNÁNDEZ DE RETES, Josephus: *De donationibus*, Salmanticae 1665.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones», en *Anuario de Derecho Civil* 1958.
- «Donación traslativa y contrato de donación», en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960.
- FLOUR, Jacques, y AUBERT, Jean-Luc: *Les obligations*, París 1975.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, trad. esp., Valencia 1992.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid 1852, t. II.
- GOMAA, Nooman M. K.: *Théorie des sources de l'obligation*, París 1968.
- GÓMEZ, Antonio: *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communi et Regii*, Matriti 1768, t. II.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 13.^a ed., Madrid 1881, t. II.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: *Naturaleza y efectos de la promesa de venta*, en *Anuario de Derecho Civil* 1950, t. III, fasc. III.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Madrid 1968.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 2.^a ed., Madrid 1871.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: «Derecho de Obligaciones», en *Obras completas*, Madrid 1988, t. III.
- JORDANO BAREA, Juan B.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. Tercero, *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona 1979.
- *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed. Barcelona 1985.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *Revista de Derecho Privado* 1964.
- «La función negocial de la promesa de venta», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona 1969, t. II.
- «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado* 1973.
- *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Madrid 1978.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Estudios sobre el concepto y los efectos del precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2010, núm. 718.
- MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques: *L'acte juridique unilatéral*, París 1951.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *La promesa pública de recompensa*, Barcelona 1985.
- *Curso de Derecho civil* (Martínez de Aguirre, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán), t. II, vol. I, *Teoría general de la obligación y el contrato*, 5.^a ed. Madrid 2018.
- MARTY, Gabriel, y RAYNAUD, Pierre: *Droit civil*, t. II.1.^o, *Les obligations*, París 1962.
- MAZEAUD, Henri: *Leçons de Droit civil*, t. II.1.^o, 4.^a ed. París 1969.
- MOLINA, Luis de (S. I.): *De Iustitia et de Iure*, 1602 (pero ed. de 1943), t. II, vol. I.
- MORO LEDESMA, Sebastián: «El precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1934.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Pago de lo indebido sin error*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1946.

- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Ejecución específica e indemnización en el cumplimiento de precontratos en el artículo 708 LEC», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al Prof. Rodrigo Bercovitz* (dir. Carrasco Perera), Cizur Menor 2013, t. I.
- «Promesa de contrato, precontrato y cartas de intenciones en la jurisprudencia», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al Prof. Rodrigo Bercovitz* (dir. Carrasco Perera), Cizur Menor 2013, t. I.
- PICHARDO DE VINUESA, Antonio: *In Institutionis Iustiniani Imperatoris Commentaria*, 1657, libro II.
- POTHIER, Robert Joseph: *Traité des obligations*, en *Oeuvres*, II, 1848, par Bugnet.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, 2.º, Barcelona 1956.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, 2.º, Barcelona 1959.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, *Contratos en particular*, 2.ª ed. Barcelona 1982.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil*. t. III, vol. 2.º, *Obligaciones y contratos*, Barcelona 1966.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, *Obligaciones y contratos*, Madrid 1948.
- *Estudios de Derecho privado*, t. I, *Obligaciones y contratos*, Madrid 1948.
- *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 6.ª ed., 1968, t. IV.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Donación con reserva de facultad de disponer», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVI, 1968.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio M.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid 1982.
- «De nuevo sobre el precontrato», en *Derecho de Obligaciones y contratos. En homenaje al Prof. Ignacio Serrano García* (dir. Muñoz Espada), Madrid 2016.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. Pasquau Liaño), 2.ª ed. Granada 2009, t. III.
- SACCO, Rodolfo: voz *Affidamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Milano 1958.
- SÁNCHEZ-BLANCO, Jaime: «Sobre la naturaleza y la forma de la donación», en *Información jurídica* 1952.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed. Madrid 1899, t. IV.
- SÁNCHEZ VELASCO, Hipólito: «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI, 1952.
- SBISÀ, Giuseppe: *La promessa al pubblico*, Milano 1974.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978.
- WORMS, René: *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en Droit romain et en Droit civil français*, Paris 1891.

