

# El pacto de preferencia y las promesas de contrato en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023<sup>1</sup>

**ESTEVE BOSCH CAPDEVILA**

Catedrático de Derecho civil

Universitat Rovira i Virgili

## RESUMEN

*La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos del año 2023, elaborada por la Comisión General de Codificación por encargo del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, regula, entre los que denomina «contratos preparatorios», el pacto de preferencia, que concede al beneficiario el derecho a ser parte de modo prioritario en un contrato que, en el futuro, decida celebrar el obligado, y la opción y el precontrato, que atribuyen al beneficiario o a ambas partes del contrato, respectivamente, el derecho a decidir la celebración del contrato prometido siempre que su contenido esté suficientemente determinado. La Propuesta ofrece un esquema claro de tales figuras precontractuales, perfectamente delimitadas por lo que respecta al grado de vinculación de las partes y, con mayor o menor acierto, trata de resolver los problemas que plantea su eficacia y los remedios ante el incumplimiento.*

## PALABRAS CLAVE

*Contrato. Pacto de preferencia. Precontrato. Promesa. Opción.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación *Las propiedades claudican-tes* (PID2022-136274NB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación, y forma parte de la actividad del Grupo de Investigación Consolidado *Dret Privat Transformatiu* (2021 SGR 00170), financiado por la Generalitat de Catalunya. El autor agradece a los evaluadores de la Revista las observaciones al texto presentado, y al profesor Antoni Vaquer Aloy los comentarios a una versión previa del trabajo.

# Pact of preference and promises of contract in the Proposal for the Modernisation of the Spanish Civil Code on Obligations and Contracts for the year 2023

## ABSTRACT

*The Proposal for the Modernisation of the Spanish Civil Code on Obligations and Contracts for the year 2023, prepared by the General Codification Commission at the request of the Ministry of Justice of the Spanish Government, regulates what it calls «preparatory contracts». The pact of preference grants the beneficiary the right to be a privileged party to a contract that the obligor decides to conclude in the future. The option and the pre-contract give the beneficiary or both parties to the contract the right to decide on the conclusion of the promised contract if its content is sufficiently defined. The Proposal offers a clear outline of such pre-contractual figures, perfectly delimited with respect to the degree of binding of the parties, and attempts to resolve the problems raised by their effectiveness and the remedies for non-performance.*

## KEY WORDS

*Contract. Pact of preference. Pre-contract. Promise. Option.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El pacto de preferencia.* 1. Caracterización. 2. Las facultades del concedente del pacto de preferencia mientras no decida contratar. 3. La prioridad del beneficiario si el concedente decide concluir el contrato previsto. 3.1 La identificación del tipo contractual para el que se otorga la preferencia. 3.2 La oferta previa. 3.2.1 Referencia a los precedentes de la Propuesta: la progresiva superación de la necesidad de un acuerdo previo con un tercero como presupuesto para el ejercicio de la preferencia. 3.2.2 La oferta previa en la Propuesta. A) Configuración de la oferta previa. B) Contenido de la oferta. C) La fijación del contenido de la oferta en el propio pacto de preferencia. 4. Plazos. 4.1 Plazo de duración de la preferencia. 4.2 Plazo para la aceptación de la oferta. 4.3 Plazo del que debe disponer el obligado para contratar con un tercero en caso de que el beneficiario no acepte la oferta. 5. Aceptación de la oferta y conclusión del contrato. 6. Incumplimiento del pacto de preferencia. 6.1 Causas. 6.2 Remedios. 6.2.1 El régimen general. 6.2.2 Remedios específicos para cuando el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia». A) El alcance de la «colaboración a sabiendas en el incumplimiento». B) Los remedios. 6.3 Contratación con un tercero sin contraprestación, o a cambio de una contraprestación no dineraria. 7. Conclusiones.—III. *Las promesas de*

*contrato: el precontrato y la opción.* 1. Caracterización. 1.1 El precontrato y la opción como promesas de contratar con un contenido «suficientemente determinado». 1.2 Contrato de opción, promesa unilateral de prestación, y oferta de contrato. 2. Finalidad. 3. Forma de la promesa y circunstancias que deben constar en ella. 3.1 Forma. 3.2 Circunstancias que deben constar en el contrato de promesa. 3.2.1 Circunstancias relativas al contrato definitivo. 3.2.2 Circunstancias inherentes al propio contrato preparatorio. 4. La eficacia de la promesa: ¿obligación de contratar, o facultad de poner en vigor un contrato? 4.1 La promesa de contratar en el Código civil español. 4.1.1 ¿Promesa de vender o comprar, o promesa de vender y comprar? 4.1.2 La eficacia de la promesa. 4.2 De la promesa de compra y venta al precontrato y al contrato de opción. 4.2.1 Referencia a las opiniones de la doctrina. 4.2.2 La jurisprudencia. 4.3 La eficacia de la promesa en la Propuesta. 4.3.1 La eficacia del ejercicio de la opción. 4.3.2 La eficacia del precontrato. 4.3.3 Crítica al régimen de la Propuesta: los intereses de las partes deben permitir configurar la eficacia del ejercicio del precontrato y de la opción. 5. Remedios ante el incumplimiento de la promesa. 5.1 La discrepancia en la doctrina y en la jurisprudencia. 5.1.1 La doctrina. 5.1.2 La jurisprudencia. 5.2 El artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.3 El incumplimiento de la promesa en la Propuesta. 5.3.1 Incumplimiento de la promesa por la negativa del obligado a contratar. 5.3.2 Remedios específicos para el caso de conclusión del contrato proyectado con un tercero. A) El tercero protegido. B) Remedios cuando el tercero ha colaborado a sabiendas en el incumplimiento. 6. Conclusiones.—Bibliografía.—Jurisprudencia.

## I. INTRODUCCIÓN

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación por encargo del Ministerio de Justicia en 2023 (en adelante, PM-23 o Propuesta), regula, en los artículos 1261 a 1264, el pacto de preferencia, el contrato de opción y el precontrato<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> También se regula, en el artículo 1260, el acuerdo de intenciones, que no obliga a las partes a alcanzar el resultado de la celebración del contrato definitivo, sino únicamente a negociar un futuro contrato y a colaborar, de conformidad con las exigencias de la buena fe, en la determinación del contenido necesario para su perfección, y que se sitúa en la fase los tratos preliminares. La STS 395/2000, de 11 de abril (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 3063/2000, ECLI: ES: TS:2000:3063, RJ 2000/2434) señaló que el «acuerdo o pacto de intenciones» es «algo más que unas meras conversaciones», pero «no llega a la categoría jurídica de precontrato», sin que su incumplimiento pueda generar algo más que una responsabilidad precontractual; y la STS 371/1993, de 20 de abril (ponente Pedro González Poveda, Roj: STS 17473/1993, ECLI: ES: TS:1993:17473, RJ 1993/3104) afirmó que los acuerdos adoptados en orden a la celebración de un futuro contrato «no pueden tener otra consideración que la de actos preparatorios del contrato, de los cuales no surge acción para la otra parte por la que pueda exigir su cumplimiento»; véase LLODRÀ GRIMALT, 2021, pp. 275-305.

Mientras el pacto de preferencia atribuye una simple prioridad al beneficiario para el caso en que el obligado decida contratar, en el precontrato y en la opción sí existe la obligación de contratar, para ambas partes en el precontrato y solamente para el concedente en la opción, por lo que también se denominan, respectivamente, «promesa mutua de contratar» y «promesa unilateral».

En una primera aproximación, cabe apuntar tres notas definitivas de tales figuras:

*a)* Su función «preparatoria» de otros contratos, función que explica que, a pesar de que tanto el pacto de preferencia como la promesa encajan en la definición de contrato que ofrece el artículo 1218 de la Propuesta<sup>3</sup>, su regulación no se encuentra en la parte especial, como un tipo contractual más, sino en el capítulo dedicado a la formación del contrato<sup>4</sup>.

*b)* Tienen por objeto la conclusión del contrato proyectado o prometido<sup>5</sup>.

*c)* Son contratos preparatorios de cualquier tipo contractual, y no solamente de los contratos traslativos del dominio<sup>6</sup>.

En el presente trabajo se analiza el pacto de preferencia y las promesas de contrato conforme a la regulación de la Propuesta de Modernización del Código civil de 2023, Propuesta que, de conseguir aprobarse, supondría un indudable avance en el Derecho español de obligaciones y contratos, por su adaptación a la evolución de la jurisprudencia y a las modernas exigencias del tráfico económico y jurídico, y su alineación con las más recientes propuestas

<sup>3</sup> Establece el artículo 1218 de la Propuesta: «1. Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer las reglas que le serán aplicables. 2. Hay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, sin perjuicio de que hayan dejado algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones»; tanto en el pacto de preferencia como en la promesa las partes se vinculan para crear una relación jurídica patrimonial.

<sup>4</sup> Así lo hace también el Derecho francés, tras la Reforma de su Derecho de contratos por la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero, artículos 1123 y 1124. También la generalidad de doctrina española analiza los contratos preparatorios dentro de la teoría general del contrato, con la excepción de PUIG PEÑA, que considera el contrato de promesa y el contrato de opción como uno de los contratos de garantía (PUIG PEÑA, 1973, pp. 595 ss.).

<sup>5</sup> Aunque el pacto de preferencia o las promesas preparen un contrato traslativo del dominio, su ejercicio tendrá una eficacia meramente obligacional; si, por ejemplo, se pacta un contrato de opción de compra, el ejercicio de la opción dará lugar a la conclusión del contrato de compraventa, pero no a la adquisición inmediata del dominio del bien vendido, adquisición que requerirá de la *traditio*; véase BOSCH CAPDEVILA, 2020, pp. 74 y 86-89.

<sup>6</sup> En cambio, la mayoría de derechos de preferencia y promesas de contrato regulados en el Código civil español o en las leyes especiales recaen sobre contratos traslativos del dominio; por ejemplo, el retracto de comuneros y colindantes (arts. 1521 a 1525 CC), el tanteo y retracto arrendaticio urbano (art. 25 LAU), la promesa de compraventa (art. 1451 CC), o el contrato de opción de compra (art. 14 RH).

armonizadoras europeas del Derecho de contratos y las últimas reformas sobre la materia en algunos Estados europeos, como la llevada a cabo en Francia con la *Ordonnance nûm. 216-131, du 10 février 2016* –cuya influencia en la Propuesta ha sido evidente–, y la Ley belga de 28 de abril de 2022 sobre el libro V del Código civil dedicado a las Obligaciones.

## II. EL PACTO DE PREFERENCIA

### 1. CARACTERIZACIÓN

El apartado primero del artículo 1261 de la Propuesta establece que «El pacto de preferencia atribuye al beneficiario el derecho a ser parte de modo prioritario en un contrato que, en el futuro, decidea celebrar el obligado»<sup>7</sup>. El precepto permite extraer las siguientes notas definitorias del pacto de preferencia:

1.<sup>a</sup> Su designación como «pacto» manifiesta su origen voluntario y convencional. La preferencia no se constituye ni por disposición de la ley, ni por un negocio unilateral del obligado<sup>8</sup>, sino por un acuerdo entre las partes. El concedente no solamente consiente en conceder la preferencia, sino que la concede a un determinado beneficiario<sup>9</sup>.

2.<sup>a</sup> La denominación de «pacto» no excluye su calificación como «contrato». Puede sorprender que, mientras la promesa

<sup>7</sup> Se trata de una norma que presenta evidentes analogías con la del apartado primero del artículo 1123 del Código civil francés, tras la Reforma de 2016: «Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter»; también, en términos muy similares, el artículo 5.24. I del Código civil belga tras la reforma de 2022: «Le pacte de préférence est un contrat par lequel une partie s'engage à donner la priorité au bénéficiaire du pacte si elle décide de conclure un contrat». Otros códigos, en cambio, definen el pacto de preferencia con relación al contrato de compraventa, como el Código civil portugués, que en el artículo 414 establece que: «O pacto de preferência consiste na convenção pela qual alguém assume a obrigação de dar preferência a outrem na venda de determinada coisa».

<sup>8</sup> Como un testamento, en el que sí se podría, en cambio, constituir una preferencia adquisitiva de naturaleza real, como el derecho de tanteo y retracto; el artículo 23 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente (Ley derogada por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña) establecía explícitamente que «Los derechos de adquisición pueden constituirse por actos entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte [...]».

<sup>9</sup> A diferencia de los derechos de preferencia de origen legal, que los establece la Ley a favor de una persona designada por encontrarse en una determinada situación, y por tanto puede que en ocasiones sin ninguna relación con el obligado como, por ejemplo, el retracto de colindantes del artículo 1523 CC, en el que la preferencia se atribuye a los propietarios de las fincas colindantes, con quienes el obligado no ha entablado ninguna relación jurídica.

unilateral se denomina «contrato de opción», a la preferencia se la designa como un «pacto». La explicación puede encontrarse, en primer lugar, en el seguidismo de otros códigos europeos, que también la denominan «pacto»<sup>10</sup>; ahora bien, en algunos de ellos a continuación se califica como contrato: «Le pacte de préférence est un contrat [...]», empieza diciendo el artículo 1123 del Código civil francés. Otra posible razón podría ser que, frecuentemente, el pacto de preferencia no constituye un contrato autónomo, sino que se incorpora como una cláusula o estipulación dentro de otro contrato<sup>11</sup>. En cualquier caso, no cabe duda de que el pacto de preferencia encaja en el concepto de contrato del artículo 1218 de la Propuesta<sup>12</sup>.

3.<sup>a</sup> El pacto de preferencia concede una prioridad al beneficiario con respecto a terceros *para el caso en que el obligado quiera contratar*. Por tanto, el concedente no tiene la obligación de contratar, sino que el pacto solamente atribuye una preferencia al beneficiario si el obligado quiere concluir el tipo contractual para el que ha concedido la preferencia.

4.<sup>a</sup> El beneficiario de la preferencia tampoco está obligado a contratar. Cuando el concedente le haya notificado, si es el caso, su intención de contratar, podrá decidir si ejercita o no la preferencia, es decir, si concluye o no el contrato mediante la aceptación de la oferta emitida por el obligado<sup>13</sup>.

5.<sup>a</sup> La constitución del pacto puede hacerse a título oneroso – si el beneficiario está obligado a pagar una contraprestación –, o a título gratuito<sup>14</sup>.

6.<sup>a</sup> La preferencia puede recaer sobre cualquier contrato, sea o no traslativo del dominio. Se atribuye al beneficiario el derecho a ser *parte en un contrato*, de manera que el ejercicio de la preferencia determinará la adquisición de la posición de parte contractual, sea la de comprador, la de arrendatario, prestador de un servicio, o de cualquier otro tipo contractual para el que se haya concedido la prioridad<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> *Pacte de préférence* (art. 1223 Código civil francés y 5.24 belga), *pacto de preferencia* (art. 414 Código civil portugués), *patto di preferenza* (art. 1566 Código civil italiano).

<sup>11</sup> Por ejemplo, el artículo 564-4.5 del Código civil de Cataluña prevé que «Los propietarios y los superficiarios pueden establecer, en el título de constitución o en otro posterior, derechos de adquisición preferente, recíprocos o no [...].»

<sup>12</sup> Véase la nota 3.

<sup>13</sup> Con respecto a la oferta que emite el obligado, véase el epígrafe 3.2.2.

<sup>14</sup> Si la preferencia se ha constituido a título gratuito, estaremos ante un contrato unilateral, dado que solamente tiene obligaciones una de las partes, el promitente que, para el caso en que quiera contratar, deberá emitir la oferta al beneficiario.

<sup>15</sup> Véase el epígrafe 3.1.

## 2. LAS FACULTADES DEL CONCEDENTE DEL PACTO DE PREFERENCIA MIENTRAS NO DECIDA CONTRATAR

La constitución de la preferencia no limita las facultades del concedente mientras no tenga la intención de concluir el tipo contractual para el cual se haya concedido la preferencia –en concreto, mientras no emita la oferta al beneficiario–. Salvo que se haya pactado lo contrario al constituir el pacto, la libertad del obligado es prácticamente absoluta, tanto en el ámbito material como en el jurídico, libertad que se manifiesta en los siguientes aspectos:

1.º) El concedente de la preferencia no está obligado a la conservación material del bien. En el caso en que, por ejemplo, se haya concedido la prioridad para la compra de un bien del obligado, este puede dejar que el bien se deteriore o incluso que se destruya –siempre a salvo los límites que derivan del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (art. 7 CC)–, y la preferencia del beneficiario se podrá hacer efectiva, si es el caso, conforme a las condiciones que tenga el bien en el momento en que el obligado decida contratar, y no acorde con las que tenía cuando se pactó la preferencia; téngase en cuenta que el deterioro o destrucción del bien a quien más perjudica es al obligado, deseé o no contratar.

2.º) El obligado es libre de realizar cualquier negocio jurídico distinto de aquel para el que se haya concedido la preferencia, aunque la conclusión de tal negocio implique para el beneficiario la imposibilidad futura de poder ejercer su prioridad; así, por ejemplo, si se ha concedido una preferencia para arrendar un local, el concedente podrá enajenarlo, aunque tal enajenación implique de hecho la extinción de la preferencia arrendaticia.

3.º) El obligado también podrá gravar el bien, gravamen que no implicará necesariamente la extinción de la preferencia, pero sí un cambio respecto a la situación originaria que podrá hacer desistir al beneficiario de ejercer, si es el caso, su prioridad. Si, por ejemplo, el propietario concede una preferencia para la adquisición de un local, y posteriormente lo grava con un derecho de usufructo, la preferencia adquisitiva no se extinguirá, pero si el beneficiario la ejercita adquirirá el local no en las condiciones que tenía inicialmente –libre–, sino en las actuales –gravado con un derecho de usufructo–.

4.º) El límite a la facultad dispositiva del obligado viene determinado por la imposibilidad de concluir negocios o constituir gravámenes que puedan dar lugar, precisamente, a la conclusión con un tercero del negocio jurídico para el que se constituyó la

preferencia. Por ejemplo, si el obligado concedió una preferencia adquisitiva sobre un local, no podría posteriormente conceder a un tercero una opción de compra sobre este mismo local; lo que debería hacer el concedente en este caso es, antes de conceder la opción de compra, emitir una oferta al beneficiario en la que fije, para la adquisición del local, una contraprestación igual o inferior a la que, en su caso, se establecería posteriormente al constituir la opción.

### 3. LA PRIORIDAD DEL BENEFICIARIO SI EL CONCEDENTE DECIDE CONCLUIR EL CONTRATO PREVISTO

Es a partir del momento en que el concedente decide concluir el contrato para el cual se ha concedido la preferencia cuando se hacen efectivas sus obligaciones inherentes a tal pacto, que consisten esencialmente en ofrecer al beneficiario la posibilidad de celebrar el contrato estipulado. Este contrato estará identificado únicamente por su tipo contractual, mientras que el resto de sus elementos los fijará el obligado en la oferta que emita al beneficiario, que tendrá prioridad no solamente respecto a un determinado tercero, sino ante cualquier tercero.

#### 3.1 La identificación del tipo contractual para el que se otorga la preferencia

La identificación del tipo contractual para el que se concede la prioridad es esencial para la constitución del pacto de preferencia. Esta no se constituye para cualquier contrato que el obligado quiera celebrar en el futuro, sino exclusivamente para cuando pretenda concluir en determinado tipo contractual<sup>16</sup>.

En ocasiones, sin embargo, la modalidad de preferencia no viene identificada por un tipo contractual concreto, sino por una categoría más genérica. Así como ocurre, por ejemplo, cuando se concede una preferencia adquisitiva, sin otra especificación. Mientras que si la transmisión se pretende realizar por un contrato de compraventa no se deberían generar problemas, las dudas surgen cuando el concedente pretende llevar a cambio la transmisión del bien a cambio de una contraprestación no dineraria, o incluso sin contraprestación, caso en el que, ya sea por el carácter no fungible

<sup>16</sup> Al beneficiario le podrá interesar, por ejemplo, tener una preferencia para arrendar el bien, pero no para adquirirlo.

de la contraprestación, o por la causa gratuita del negocio, la preferencia no podrá hacerse efectiva<sup>17</sup>.

### 3.2 La oferta previa

La regla segunda del apartado segundo del artículo 1261 establece que «El obligado deberá notificar al beneficiario el contenido del contrato que pretende celebrar. Esta notificación constituirá una oferta». Por tanto, cuando el obligado pretenda contratar, deberá en primer lugar emitir una oferta al beneficiario.

#### 3.2.1 REFERENCIA A LOS PRECEDENTES DE LA PROPUESTA: LA PROGRESIVA SUPERACIÓN DE LA NECESIDAD DE UN ACUERDO PREVIO CON UN TERCERO COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE LA PREFERENCIA

Una de las novedades más destacables de la regulación del pacto de preferencia en la Propuesta radica en que, cuando el obligado decide contratar, debe emitir una oferta al beneficiario en la que establezca el precio y las condiciones en las que pretende contratar. De esta manera, la Propuesta elimina, cuando menos en un primer momento, la necesaria intervención de un tercero como requisito para el ejercicio de la preferencia.

El acuerdo con un tercero como presupuesto para poder ejercer la preferencia ha venido caracterizando la modalidad más importante de preferencia, el derecho de tanteo y retracto; así ocurría, por ejemplo, en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, con relación al traspaso de local de negocio, en la que el artículo 35 establecía en su apartado primero que «[s]in perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, se reconoce al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo, que podrá utilizar dentro de los treinta días, a partir del siguiente a aquél en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar y *el precio que le ha sido ofrecido*»<sup>18</sup>.

Sin embargo, la necesidad de un acuerdo previo con un tercero ya no es tan evidente en normas posteriores. El artículo 25.2 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos exige notificar «la

<sup>17</sup> Véase el epígrafe 6.3, en el que hacemos referencia a las consecuencias de la contratación del obligado con un tercero sin contraprestación, o a cambio de una contraprestación no dineraria.

<sup>18</sup> La necesidad de un acuerdo previo con un tercero todavía viene claramente establecida en el Código Civil de Cataluña, que en su artículo 568-1.1.b) define el tanteo como el derecho de adquisición que faculta a su titular «para adquirir a título oneroso un bien *en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente*»; en esta misma línea, el artículo 568-15.1 habla de la falta de notificación del *acuerdo de transmisión*.

*decisión de vender* la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión»<sup>19</sup>. El precepto alude, por tanto, a la «decisión de vender», y en ningún caso hace referencia, en esta fase preadquisitiva, a un hipotético acuerdo al que se habría llegado con un tercero<sup>20</sup>. En este sentido, eran claras las palabras de Díez Soto acerca las ventajas de la oferta previa: «la lesión de los intereses de los terceros resultaría minimizado, o incluso excluido, en la medida en que se articulara la posibilidad de alcanzar la finalidad perseguida por la preferencia adquisitiva antes incluso de la celebración del contrato con un tercero. Ello haría factible, por ejemplo, algo tan sencillo como que el propietario que deseara enajenar su derecho se dirigiera, en primer lugar, al titular del derecho de adquisición preferente, sin necesidad de correr con los costes y dificultades de una previa negociación con terceros»<sup>21</sup>.

Conforme a esta idea, y con la finalidad de evitar el evidente perjuicio que para el tercero supone que, después de haber alcanzado un acuerdo con el obligado, la eficacia de este acuerdo quede condicionada al no ejercicio de la preferencia por el beneficiario, diversas propuestas de regulación de la materia se han manifestado, más o menos claramente, en la línea apuntada por Díez Soto:

a) La Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PAPDC) no exige de manera expresa el acuerdo con el tercero. El artículo 3111-1.2 PAPDC establece que «El derecho de tanteo y el de retracto son facultades de un mismo derecho de adquisición preferente que faculta a su titular para adquirir la propiedad u otro derecho real sobre un bien cuando su propietario o titular *decide enajenarlo* o efectivamente lo enajena, con preferencia al adquirente y en las mismas condiciones»; y el artículo 3112-2.1 PAPDC dispone que «El derecho de tanteo opera antes de que se produzca la transmisión de la propiedad o derecho real, una vez fijadas las condiciones de la transmisión proyectada

<sup>19</sup> Asimismo, el artículo 22.2. I de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece: «[...] el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su *propósito de enajenar* y le indicará los elementos esenciales del contrato y, a falta de precio, una estimación del que se considere justo [...]. La referencia al «propósito de enajenar», y a la «falta de precio» son indicios claros de que el precepto no contempla necesariamente un acuerdo con un tercero, sino una simple intención de enajenar por parte del propietario bajo unas ciertas condiciones.

<sup>20</sup> Aunque parte de la doctrina sigue abonada a la idea de que el tanteo exige la intervención de un tercero; véase RODRÍGUEZ MORATA, 2013, pp. 820 ss., quien afirma que «En el tanteo, el tanteante se “subroga” en el puesto del tercero con quien el dueño había celebrado el contrato de compraventa, y adquiere directamente del propietario».

<sup>21</sup> DÍEZ SOTO, 2000, p. 206. Veáse esta cuestión con más detalle en BOSCH CAPDEVILA, 2021, pp. 62-66.

que el propietario o titular del derecho está obligado a notificar de modo fehaciente al tanteante»<sup>22</sup>.

b) Más claro es el Anteproyecto de ley de incorporación del contrato de arrendamiento de bienes al libro sexto del Código civil de Cataluña<sup>23</sup>, sometido a información pública por edicto de 5 de agosto de 2022, que sí reflejó de manera diáfana que no es necesario un acuerdo con un tercero para el ejercicio de la preferencia. No se estableció la obligatoriedad de la oferta previa, pero sí era conveniente si se quería evitar la procedencia del tanteo; el artículo 623-52.2 disponía que «Tampoco procede el derecho de tanteo y retracto si la parte arrendadora acredita que, en los seis meses anteriores a la venta de la vivienda arrendada a una tercera persona, ofreció, por unas condiciones iguales o menos gravosas a las de la venta, la adquisición de la vivienda a la parte arrendataria, y ésta no aceptó la oferta»<sup>24</sup>.

Las últimas regulaciones del pacto de preferencia en Estados europeos se abonan asimismo a esta idea; el apartado segundo del artículo 5.24 del Código civil belga establece que «La parte ne

<sup>22</sup> La Propuesta de la Asociación de Profesores es ambigua respecto a la exigencia o no de un acuerdo de transmisión con un tercero para que pueda actuar el tanteo. En la Exposición de Motivos se señala que «La posibilidad de ejercer el derecho de adquisición aun antes de perfeccionado el contrato con finalidad transmisiva, aunque fijadas ya las condiciones del negocio, previene los inconvenientes de desplazar a un tercero la adquisición, o incluso el contrato que le sirve de causa. Si el titular del derecho de adquisición no está interesado en ejercerlo en esta fase, el propietario queda libre para enajenar el bien en favor del tercero sin que éste corra el riesgo de sufrir los efectos del posterior ejercicio del derecho de retracto. De esta forma se produce la menor perturbación posible en el tráfico jurídico».

<sup>23</sup> Anteproyecto sometido a información pública mediante Edicto de 5 de agosto de 2022 (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 1 de septiembre de 2022), y cuya última versión es de 20 de abril de 2024 (<https://justicia.gencat.cat/ca/detalls/Article/arrendamentbens#fase-d-audiencia-i-informacio-publica>).

<sup>24</sup> La oferta previa también estaba prevista en BLANDINO GARRIDO, DE BARRÓN ARNICHES (coord.), 2022, aunque no tenía carácter obligatorio. El artículo 3-7 de la Propuesta establecía que «1. Si el propietario decide enajenar el bien, *podrá* comunicar al titular del derecho el precio por el que pretende llevar a cabo la enajenación. 2. El titular de la preferencia puede aceptar la oferta en el plazo fijado por el propietario, que no puede ser inferior a treinta días a partir del siguiente en que le notifique de manera fehaciente su voluntad de transmitir el bien y el precio, con la advertencia de que, *si no acepta la oferta, el derecho de tanteo y retracto podrá quedar extinguido* si se dan los requisitos previstos en el artículo siguiente. Si no se ha fijado plazo, este será de treinta días». En el comentario a dicho precepto señalábamos que «la oferta previa del propietario al titular de la preferencia se configura no como obligatoria, sino como potestativa. La razón es que, aún configurándose como obligatoria, sería difícil discernir si la notificación que hace el propietario del precio de la enajenación responde a su mera intención de enajenar, o si ha venido motivada por la oferta previa de un tercero, o incluso por un acuerdo (condicionado) con dicho tercero. En cualquier caso, aunque la oferta no sea obligatoria, sí es conveniente para todas las partes, por lo que será habitual que se produzca, ya que puede evitar, como se ha dicho, que tenga que intervenir necesariamente un tercero para la operatividad del tanteo; y, además, porque si se rechaza la oferta, el propietario tendrá, dentro de los márgenes marcados por la oferta, libertad para negociar con terceros» (BOSCH CAP-DEVILA, 2022, pp. 179-180).

peut conclure un contrat avec un tiers qu'après avoir donné au bénéficiaire la possibilité d'exercer son droit de préférence. A cette fin, *elle notifie au bénéficiaire les éléments essentiels et substantiels du contrat qu'elle entend conclure*».

### 3.2.2 LA OFERTA PREVIA EN LA PROPUESTA

La regla segunda del artículo 1261.2 de la Propuesta establece que «El obligado deberá notificar al beneficiario el contenido del contrato que pretende celebrar. Esta notificación constituirá una oferta».

#### A) Configuración de la oferta previa

Como dice expresamente el artículo 1261.2.2 de la Propuesta, la notificación del obligado al beneficiario se hace por medio de una oferta de contrato –sujeta por tanto a su régimen jurídico (artículos 1244 y siguientes)–, cuyo contenido no viene fijado por el acuerdo entre aquel y un tercero, sino que es el obligado quien lo fija de manera unilateral. De esta manera, como ya se ha apuntado, se evita el inconveniente que para el tercero supondría que, tras haber entablado las correspondientes negociaciones con el concedente, con la inversión de tiempo y dinero que ello supone, y después de haber conseguido alcanzar un acuerdo, resulte que este acuerdo no le aprovecharía a él sino al titular de la preferencia si este decide ejercitárla.

El hecho de que el contenido de la notificación del concedente no venga determinado por las condiciones acordadas con un tercero, no tiene por qué suponer necesariamente un perjuicio para el titular de la preferencia, dado que la Propuesta le confiere la garantía de que, si no acepta la oferta, el concedente no podrá contratar con un tercero con unas condiciones mejores que las que a él le ha ofrecido (regla tercera del art. 1261.2)<sup>25</sup>.

En cualquier caso, la decisión de contratar por parte del obligado puede surgir no solamente por propia iniciativa, sino también tras recibir una oferta de un tercero, oferta que, si le satisface, debería trasladar al beneficiario.

Resultaría conveniente para todas las partes que la notificación de la oferta se hiciese de manera fehaciente, ya sea por vía notarial o por cualquier otro medio que permita acreditar el envío, el contenido

<sup>25</sup> En este sentido, ya apuntábamos (BOSCH CAPDEVILA, 2021, p. 65) que «El hecho de que el propietario del bien notifique, no las condiciones acordadas con un tercero, sino aquellas en las que pretenda la enajenación, no tiene por qué suponer un perjuicio para el tanteante a los efectos del tanteo, siempre que, si este no ejercita la preferencia, la transmisión a un tercero se lleve a cabo en las mismas condiciones que las notificadas».

y la recepción de la notificación, como por ejemplo el burofax con acuse de recibo y certificado de texto.

### B) Contenido de la oferta

Conforme a la exigencia establecida en el artículo 1244.1 de que la oferta debe ser lo «suficientemente precisa», el artículo 1261.2.2.<sup>26</sup> establece que el obligado deberá notificar al beneficiario el *contenido* del contrato<sup>27</sup>, contenido que incluirá necesariamente la causa –entendida como la función jurídica y económica del contrato<sup>27</sup>– y el bien objeto del contrato –elementos que ya vendrán determinados al constituir el pacto de preferencia–, y que forman parte del «acuerdo suficiente» que la Propuesta exige para la existencia del contrato (art. 1218.2). Asimismo, la oferta deberá indicar el precio; a pesar de que el artículo 1239.1 de la Propuesta establezca, con relación a los contratos en general, que «no impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan fijado el precio ni el modo para su determinación [...]» siempre «que pueda entenderse implícitamente convenido el precio generalmente practicado»<sup>28</sup>, la mención del precio debe formar parte del *contenido* mínimo de la oferta previa<sup>29</sup>. Además, la oferta también debe indicar el resto de las cláusulas esenciales del contrato que no puedan resultar o determinarse por la ley o los usos aplicables<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Más preciso es el artículo 5.24.2 del Código civil belga: «La partie ne peut conclure un contrat avec un tiers qu'après avoir donné au bénéficiaire la possibilité d'exercer son droit de préférence. A cette fin, elle notifie au bénéficiaire *les éléments essentiels et substantiels du contrat* qu'elle entend conclure».

<sup>27</sup> La Propuesta prescinde del concepto de causa. Las razones alegadas, conforme establece la Exposición de Motivos, han sido el seguimiento de los orientaciones del moderno Derecho de contratos y del Derecho europeo, tomadas incluso en cuenta por el Legislador francés en su última reforma del Código civil en materia de obligaciones y contratos, y que se trata de un concepto oscuro y que no ha dejado de generar problemas, mientras que «el moderno Derecho de contratos busca, precisamente lo contrario: la claridad y simplificación del proceso de aplicación del derecho». Sin embargo, matiza la Exposición de Motivos, el hecho de que la Propuesta «haya prescindido del uso del concepto de causa no significa que dejen de tenerse en cuenta las diversas funciones que la causa ha cumplido y deba seguir cumpliendo». Respecto a la causa del contrato en el Propuesta, puede verse MORALES MORENO, 2024, pp. 106-133.

<sup>28</sup> El artículo 1239.1 establece que «No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan fijado el precio ni el modo para su determinación, ni este resultado de la ley o de los usos aplicables, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener por concluido el contrato y que pueda entenderse implícitamente convenido el precio generalmente practicado».

<sup>29</sup> Téngase en cuenta, además, que el beneficiario tiene un plazo de tiempo limitado para aceptar o no la oferta, y no se le debe obligar a pronunciarse sin conocer de manera exacta el precio de la operación.

<sup>30</sup> La redacción del artículo 1261 de la Propuesta abona esta opinión. Por un lado, porque la regla segunda del artículo 1261.1 habla de notificar al beneficiario no solamente el precio sino «el *contenido* del contrato que pretende celebrar», y, además, porque la regla tercera de dicho precepto dice que «Si el beneficiario no acepta la oferta, el obligado no podrá celebrar un contrato con un tercero a un precio inferior o en *condiciones* más

C) La fijación del contenido de la oferta en el propio pacto de preferencia

La Propuesta caracteriza el pacto de preferencia por dos notas principales: 1.<sup>a)</sup> el obligado, si desea contratar, debe emitir una oferta al beneficiario; y 2.<sup>a)</sup> si el beneficiario no acepta la oferta, el obligado no podrá celebrar un contrato con un tercero a un precio inferior o en condiciones más favorables sin realizar una nueva notificación (art. 1261.2). Teniendo presente estas características, ¿es posible que en el pacto de preferencia ya se fije el contenido de la oferta que deberá emitir el obligado para el caso en que quiera contratar? La respuesta debe ser afirmativa. No estamos ante un derecho de tanteo y retracto, en el que la oferta viene determinada por el acuerdo a que el concedente haya llegado con el tercero, sino ante un pacto de preferencia en el que, si bien se parte de la base de que los términos de la oferta los fija el propio obligado cuando pretenda contratar, nada obsta a que ya vengan pre establecidos en el pacto de preferencia, lo que en ningún caso alteraría su esencia, que radica en que el obligado es libre de emitir o no la oferta que pueda dar lugar a la conclusión del contrato.

En el caso en que ni el beneficiario ni unos eventuales terceros interesados no acepten la oferta en los términos previstos en el pacto, si el concedente desea emitir una nueva oferta en unas condiciones más favorables –por ejemplo, una rebaja en el precio–, el beneficiario seguirá conservando su preferencia; a falta de previsión explícita en el pacto, esta es la conclusión más acorde con la regulación de la preferencia en la Propuesta, uno de cuyos principios básicos es que no puede contratarse con un tercero en condiciones más favorables que las ofrecidas al beneficiario<sup>31</sup>.

---

favorables sin realizar una nueva notificación»; por «condiciones más favorables» debe entenderse, por ejemplo, las que concedan un aplazamiento o permitan fraccionar el pago del precio. La crítica a la conclusión propuesta podría venir por el hecho de que las circunstancias del beneficiario y del tercero pueden no ser las mismas, por ejemplo, en lo relativo a su solvencia económica, lo que podría hacer aconsejable en un caso y no en otro que se concediese o no un aplazamiento o que se prestasen ciertas garantías; no obstante, téngase en cuenta que el beneficiario no es un extraño que venga impuesto por la Ley, sino que ha sido aceptado voluntariamente por el obligado al constituir el pacto de preferencia.

<sup>31</sup> En la Propuesta de regulación de la teoría general del contrato elaborada por BOSCH, DEL POZO y VAQUER (2016, pp. 159-160) esta figura se denominaba «derecho de opción preferencial», con lo que se remarcaba su naturaleza mixta derecho de preferencia/derecho de opción. El artículo 39 de la Propuesta establecía: «1. El derecho de opción preferencial otorga a su titular una preferencia para el caso en que el concedente desee llevar a cabo el contrato para el cual se ha constituido el derecho. Su título de constitución debe fijar el precio de ejercicio de la preferencia y las demás circunstancias relevantes del contrato. 2. Si el concedente pretende llevar a cabo el contrato para el cual se ha constituido la preferencia, está obligado a notificarlo al titular de la opción preferencial. Dicha notificación produce los efectos de una oferta irrevocable, con el contenido establecido en el contrato constitutivo, que puede ser aceptada por el titular del derecho en el plazo pactado en el título de constitución y, en defecto de pacto, dentro de los dos meses a contar desde el día siguiente

## 4. PLAZOS

La Propuesta no contiene regla alguna con relación a los plazos, que podrían ser hasta tres: el de duración de la preferencia, el de ejercicio del derecho, y un tercer plazo dentro del cual, en caso de no ser aceptada la oferta por el beneficiario, el obligado debería contratar con un tercero para que la preferencia quedase extinguida.

### 4.1 Plazo de duración de la preferencia

La Propuesta no prevé ninguna norma respecto al plazo de duración de la preferencia, ni para fijar un plazo máximo ni tampoco para establecer uno de carácter supletorio<sup>32</sup>. Cabe entender, por tanto, que la Propuesta permite que tenga una vigencia indefinida<sup>33</sup>, lo que puede encontrar su justificación en que la preferencia no obliga al concedente a contratar, sino que la única obligación que se le impone es la de conceder prioridad al beneficiario en el caso en que se decida a contratar; por tanto, por extenso que pueda ser el plazo fijado, este podría transcurrir sin que el beneficiario tuviese ni siquiera la oportunidad de ejercitar la prioridad.

La admisión de un plazo de vigencia indefinido presenta el inconveniente de que la preferencia pueda alargarse excesivamente, pasando de generación en generación, conforme a la norma general de que los contratos producen efectos entre las partes y sus herederos<sup>34</sup>. Por ello, considero que hubiese sido más adecuado la

---

al de la notificación. 3. La aceptación de la oferta por el titular del derecho de opción preferencial, mediante notificación que debe llegar al concedente dentro del plazo, determina la conclusión del contrato».

<sup>32</sup> Tampoco se establece norma alguna en los códigos francés y belga. En el Anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales, elaborado por la Comisión presidida por el profesor PHILIPPE STOFFEL-MUNCK (julio 2022), se contiene una regulación de la preferencia en el contrato de compraventa en la que se prevé expresamente que el pacto pueda ser de duración indefinida, si bien en este caso se admite la rescisión unilateral una vez transcurrido un plazo razonable; el apartado segundo del artículo 1585 establece que «Le pacte est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans ce dernier cas, le pacte ne peut être résilié unilatéralement avant l'expiration d'un délai raisonnable et sous réserve d'un préavis conforme à l'article 1211».

<sup>33</sup> La duración indefinida se admite en el derecho de tanteo y retracto de origen voluntario en el Fuero Nuevo de Navarra y en el Código Civil de Cataluña. El apartado segundo de la Ley 462 del Fuero Nuevo de Navarra establece que «[e]stos derechos [el tanteo y retracto] pueden constituirse bien por tiempo determinado, bien por tiempo indefinido o “para perpetuo”»; y el artículo 568-13.1 del Código Civil de Cataluña permite que el derecho real de tanteo se constituya por «tiempo indefinido» para la primera transmisión.

<sup>34</sup> El artículo 1235 de la Propuesta establece que «[l]os contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que el propio contrato o la ley establezcan otra cosa».

imposición tanto de un plazo máximo de duración<sup>35</sup>, como uno de supletorio para el caso que en el pacto no se fijase plazo<sup>36</sup>.

#### 4.2 Plazo para la aceptación de la oferta

Distinto del plazo de duración de la preferencia es su plazo de ejercicio, es decir, el plazo que, una vez que el obligado decida contratar, tiene el beneficiario para aceptar la oferta que aquel le debe haber emitido. La Propuesta no fija un plazo mínimo de duración de la oferta, ni tampoco establece un plazo supletorio para el caso en que no se prevea plazo alguno.

*a)* El plazo de duración de la oferta puede ya venir fijado en el pacto constitutivo de la preferencia o, en su defecto, en la propia oferta; sin embargo, en este último caso, no debe ser tan reducido que impida de hecho un juicio ponderado del beneficiario sobre si le conviene o no aceptar la oferta.

*b)* Si no se fija plazo, ni en el pacto ni en la oferta, debe ser de aplicación el artículo 1249.3 de la Propuesta en sede de formación del contrato por oferta y aceptación, que prevé que la aceptación deberá llegar al oferente dentro del plazo «[...] que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente».

#### 4.3 Plazo del que debe disponer el obligado para contratar con un tercero en caso de que el beneficiario no acepte la oferta

Si el beneficiario no ha aceptado la oferta –ya sea por haberla rechazado o por no aceptarla dentro del plazo establecido– no se produce necesariamente la extinción de la preferencia, sino que

<sup>35</sup> Así lo hace la Propuesta de la Asociación de Profesores, que limita a treinta años la duración máxima del derecho, conforme al artículo 3113-4.1 que empieza diciendo que «[e]l derecho de adquisición preferente puede constituirse por un plazo máximo de treinta años desde la fecha de su constitución».

<sup>36</sup> En la Propuesta coordinada por BLANDINO y DE BARRÓN (2022) así se prevé en el artículo 3-3: «1. El derecho de tanteo y retracto puede tener una duración de un plazo máximo de treinta años desde la fecha de su constitución. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el plazo de duración podrá fijarse por la vida de una o dos personas determinadas existentes en el momento de constitución del derecho. Asimismo, cuando el derecho de tanteo y retracto se constituya vinculado a otro negocio jurídico, su duración puede ser la misma de este negocio jurídico. 3. El derecho puede ser objeto de prórrogas sucesivas siempre que su duración, sumada al plazo inicial, no exceda del plazo legal máximo de treinta años. 4. Si no se ha fijado plazo de duración en el título constitutivo se entiende que es de diez años a contar desde el día en que quedó constituido el derecho. Si el plazo fijado es superior al máximo legal, se reducirá en cuanto al exceso».

para dicha extinción debería requerirse, además, que el obligado contratase con un tercero—en las mismas o en condiciones más onerosas que las ofertadas—*dentro de un determinado plazo*. La oferta del concedente al beneficiario no debe considerarse de manera aislada, sino como un mecanismo de actuación de la preferencia de la que goza el beneficiario con respecto a terceros, por lo cual, si este tercero no existe, o aunque existiendo no se ha concluido el contrato en un plazo razonable, la preferencia no debería extinguirse<sup>37</sup>.

## 5. ACEPTACIÓN DE LA OFERTA Y CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

Conforme al artículo 1253 de la Propuesta, «[e]l contrato quedará perfeccionado en el momento en que surta efecto la aceptación de la oferta», efecto que se produce cuando la notificación de la aceptación llega al oferente (art. 1249.2). La Propuesta no exige que la notificación vaya acompañada del pago o de la consignación del precio, ni prevé un plazo dentro del cual se deba producir el pago, por lo que, si las partes no han pactado al respecto, sería de aplicación la regla general del apartado primero del artículo 1105 de la Propuesta, del que resulta que los efectos del contrato, y por tanto la exigibilidad de las recíprocas prestaciones, tiene lugar a partir del momento en que la aceptación llega al oferente<sup>38</sup>.

Si la oferta no es aceptada, el obligado podrá trasladarla a terceros con las mismas condiciones o en términos más onerosos que los comunicados al beneficiario, y si se concluye el contrato con el tercero con base a tales condiciones —dentro del plazo razonable al que se ha hecho referencia en el apartado anterior— la preferencia quedará extinguida.

<sup>37</sup> El apartado segundo del artículo 623-52 del Anteproyecto de regulación del contrato de arrendamiento de bienes en el Código civil de Cataluña establece, respecto a la preferencia adquisitiva del arrendatario de vivienda habitual, un periodo de 6 meses para concluir el contrato con el tercero. Este mismo plazo es el previsto en la Propuesta coordinada por BLANDINO y DE BARRÓN en el artículo 3-8.2: «La notificación del acuerdo con el tercero no procederá cuando, no habiendo aceptado el titular del derecho la oferta prevista en el artículo anterior, el acuerdo con el tercero se haga por un precio igual o superior al de la oferta, siempre que este acuerdo se produzca dentro de los seis meses siguientes al momento en que caducó dicha oferta. Si se dan estos requisitos, queda extinguido el derecho de tanteo y retracto».

<sup>38</sup> El artículo 1105 de la Propuesta establece que «La obligación que no se halle sometida a plazo de cumplimiento, ni quepa deducirlo de los usos, deberá ser cumplida sin dilación, de acuerdo con la naturaleza de la prestación».

## 6. INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE PREFERENCIA

### 6.1 Causas

El incumplimiento del pacto de preferencia se produce no porque el obligado no quiera contratar, sino porque, una vez ha decidido contratar, lo hace con un tercero sin conceder al beneficiario la oportunidad de que ejercite la preferencia conforme a lo pactado o lo dispuesto por la Ley. Este incumplimiento puede tener lugar por alguna de las siguientes causas:

1.<sup>a</sup> El obligado contrata directamente con un tercero, sin haber realizado la oferta previa al beneficiario (art. 1261.2.2.<sup>a</sup> PM-23).

2.<sup>a</sup> El obligado contrata con un tercero mientras todavía estaba vigente la oferta, al no haber transcurrido el plazo fijado o un plazo razonable para que el beneficiario acepte la oferta.

3.<sup>a</sup> Cuando el obligado, habiendo formulado la oferta al beneficiario que este no ha aceptado, contrata posteriormente con un tercero en unas condiciones más favorables que las notificadas al beneficiario (art. 1261.2.3.<sup>a</sup> PM-23).

4.<sup>a</sup> También podría haber incumplimiento cuando, no habiendo aceptado el beneficiario la oferta previa, el obligado contrata con el tercero transcurrido un plazo de tiempo excesivo desde la oferta<sup>39</sup>.

5.<sup>a</sup> Finalmente, el incumplimiento también se podrá producir, tanto si el obligado ha emitido la oferta previa al beneficiario como si no, cuando aquel contrate con un tercero a cambio de una contraprestación no fungible, o sin contraprestación<sup>40</sup>.

### 6.2 Remedios

#### 6.2.1 EL RÉGIMEN GENERAL

El pacto de preferencia es un contrato que obliga al concedente a que, si desea contratar, conceda prioridad al beneficiario emitiéndole una oferta en los términos previstos por la Ley o por el pacto. Es un contrato preparatorio de otro contrato, pero es un contrato, al fin y al cabo, por lo que puede resultar coherente que la Propuesta remita, en caso de incumplimiento, al régimen general del incumplimiento del contrato; así lo hace el artículo 1263, que establece que «Si el obligado, en virtud de un pacto de preferencia o de un

<sup>39</sup> Véase el epígrafe 4.3.

<sup>40</sup> Véase el epígrafe 6.3.

contrato de opción, incumple su obligación con el beneficiario, este podrá ejercitar los remedios del incumplimiento del contrato».

Tales remedios vienen establecidos en el apartado primero del artículo 1173, conforme al cual: «En caso de incumplimiento del contrato, podrá el contratante insatisfecho ejercitar los siguientes remedios: 1.º Exigir el cumplimiento de la obligación. 2.º Reducir el precio. 3.º Suspender el cumplimiento de su obligación. 4.º Resolver el contrato. 5.º Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido». De estos cinco remedios, dos de ellos difícilmente resultan aplicables al incumplimiento del pacto de preferencia. En primer lugar, la reducción del precio, dado que, si efectivamente se ha abonado una contraprestación para constituir la preferencia, lo que procedería sería no una simple reducción sino su completa devolución al tratarse de un incumplimiento total, para lo cual el beneficiario ejercitaría la acción de resolución del contrato. Y tampoco procede la «suspensión del cumplimiento de la obligación» del beneficiario, porque no es él quien asume obligaciones en virtud del pacto de preferencia. En cuanto al remedio consistente en la resolución del contrato, podría tener utilidad cuando el beneficiario, por la razón que fuera, no vea factible o ya no le convenga pedir el cumplimiento en forma específica y quiera reclamar la devolución de la contraprestación satisfecha al constituir la preferencia. Mayor aplicación tendrá otro de los remedios, la indemnización por los daños causados, que es compatible y acumulable con los restantes (art. 1173.2).

El remedio que mejor satisface el interés del beneficiario es «exigir el cumplimiento de la obligación», es decir, exigir el cumplimiento en forma específica del pacto. En tanto que las causas de incumplimiento del obligado tienen en común la conclusión de un contrato con un tercero, el «cumplimiento de la obligación» implicaría la resolución de dicho contrato con el tercero y la subsiguiente emisión de una oferta al beneficiario<sup>41</sup>. Sin embargo, en línea de principio, este cumplimiento en forma específica tropieza con dos inconvenientes: a) la oponibilidad del pacto de preferencia a terceros, y b) la posible resistencia del obligado a emitir prestar su consentimiento para emitir la oferta al beneficiario.

a) La oponibilidad del pacto al tercero que ha contratado con el obligado solamente es posible si el tercero es de mala fe, entendida esta como el conocimiento por el tercero de la preferencia del

<sup>41</sup> Oferta que lo razonable sería que reprodujese las condiciones acordadas con dicho tercero, condiciones que en ningún caso deberían ser más onerosas que aquellas.

beneficiario<sup>42</sup>. Tal conocimiento no derivará de la publicidad legal del pacto, dado su origen voluntario –a diferencia, por ejemplo, de la preferencia atribuida a comuneros y colindantes por los artículos 1522 y 1523 CC, respectivamente–, ni tampoco de su inscripción registral, ya que, debido a su naturaleza personal, el pacto no tiene acceso al Registro de la Propiedad<sup>43</sup>. La manera más efectiva para que el pacto sea oponible a terceros es que el obligado lo advierta cuando concluyan el contrato.

b) La segunda dificultad radica en que el obligado, una vez resuelto el contrato con el tercero, debería trasladar una oferta al beneficiario<sup>44</sup>. Ante una eventual resistencia del obligado a emitir dicha oferta, resulta muy dudoso que pueda ser de aplicación el artículo 708 LEC que permite que, por medio de una resolución judicial o arbitral firme, se condene a emitir una declaración de voluntad<sup>45</sup>.

Pero es que, además, y como se verá en el siguiente epígrafe, si resulta que el tercero es de mala fe, la Propuesta ya establece un remedio que permite el cumplimiento en forma específica del pacto de preferencia y que puede satisfacer plenamente el interés del beneficiario: la sustitución del beneficiario en el lugar del tercero en el contrato por este celebrado (art. 1263.2). Todo esto nos muestra que la remisión al régimen general del incumplimiento del contrato solo es realmente operativa cuando el beneficiario se conforma con exigir la indemnización por los daños y perjuicios causados.

#### 6.2.2 REMEDIOS ESPECÍFICOS PARA CUANDO EL TERCERO «HAYA COLABORADO A SABIENDAS EN EL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE PREFERENCIA»

El apartado segundo del artículo 1263 de la Propuesta establece que «El beneficiario también podrá reclamar contra el tercero que

<sup>42</sup> Sin embargo, en el epígrafe siguiente planteamos si es suficiente dicho conocimiento o si hace falta algún requisito más en el tercero.

<sup>43</sup> A diferencia del derecho real de tanteo y retracto; véase el artículo 568-2.1 del Código civil de Cataluña, que establece que «[...]os derechos reales de adquisición se constituyen en escritura pública y, si recaen sobre bienes inmuebles, deben inscribirse en el Registro de la Propiedad».

<sup>44</sup> Lo más razonable sería que los términos de dicha oferta viniesen determinados por el contenido del contrato concluido con el tercero, dado que, si son más onerosos para el beneficiario y este no acepta la oferta, sería preciso un nuevo acuerdo con el tercero en estas condiciones.

<sup>45</sup> Como se verá en el epígrafe III.5.2 con relación a la promesa de contratar, el artículo 708 LEC permite que, ante el incumplimiento de una obligación de hacer consistente en la emisión de una declaración de voluntad, el Tribunal condene a emitir dicha declaración y, si pasados veinte días no se ha emitido, podrá resolver tener por emitida dicha declaración. Pero hay que tener en cuenta que, a diferencia de la promesa de contratar, el pacto de preferencia no obliga a contratar y, en cualquier caso, el contenido del futuro contrato, no se encuentra predeterminado.

haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia o del contrato de opción, una indemnización por los daños sufridos, la ineficacia del contrato o su sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este»<sup>46</sup>. La Propuesta establece, por tanto, un régimen de remedios más eficaz cuando el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia», remedios que, en algunos casos, permiten superar los inconvenientes que plantea la remisión que hace el apartado primero del artículo 1263 al régimen general del artículo 1173.

A) El alcance de la «colaboración a sabiendas en el incumplimiento»

Para que se puedan aplicar los remedios del artículo 1263.2 se exige que el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia». Si el obligado no ha emitido la oferta previa al beneficiario, sino que contrata directamente con el tercero, este siempre estará colaborando, consciente o inconscientemente, en el incumplimiento del pacto de preferencia. De ahí que el artículo 1263.2 exija la colaboración «a sabiendas» en tal incumplimiento, expresión novedosa y de difícil entendimiento, respecto a la cual pueden ofrecerse, como mínimo, dos interpretaciones.

1.<sup>a)</sup> La primera interpretación, posiblemente la más razonable, equipararía el conocimiento «a sabiendas del incumplimiento» del pacto de preferencia con el conocimiento de dicho pacto por el tercero. Si este tercero es conocedor de la existencia –y la vigencia– de la preferencia, debe ser consciente de que, si contrata con el obligado, provoca que se incumpla el pacto de preferencia. Esta interpretación, que se corresponde, además, con el principio general de protección de la buena fe, tiene sin embargo el inconveniente de que, si así fuese, bastaría simplemente con que el Legislador lo hubiese dicho explícitamente, como hace el artículo 1124 del Código civil francés con relación a la promesa unilateral cuando establece que es nulo el contrato celebrado en violación de la promesa unilateral con un tercero *que conocía su existencia*<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> El precepto tiene su precedente en el apartado segundo del artículo 1123 del Código civil francés, que prevé que cuando el tercero conocía la existencia del pacto y la intención del beneficiario de invocarlo, éste también podía solicitar la nulidad del contrato o pedir al juez que sustituya al tercero en el contrato celebrado: «Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu».

<sup>47</sup> El apartado tercero del artículo 1124 establece que «Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui *en connaissait l'existence* est nul».

2.<sup>a)</sup> Si se considera que la colaboración *a sabiendas* en el incumplimiento del pacto de preferencia implica algo más que el mero conocimiento por el tercero de la preferencia, la cuestión es precisamente determinar qué más es lo que se exige. La respuesta la podríamos encontrar en el artículo 1123 del Código civil francés, que en su apartado segundo requiere, para que se pueda anular el contrato con el tercero, no solamente el conocimiento de la preferencia, sino también la *intención del beneficiario de invocarla*<sup>48</sup>; por tanto, del precepto resulta, *a sensu contrario*, que si el tercero, a pesar de saber la existencia de la preferencia, no conoce la voluntad del beneficiario de ejercitárla, no podrá ver anulado el contrato concluido.

El régimen del código civil francés ¿es trasladable a la Propuesta? Ya hemos señalado anteriormente la influencia del artículo 1123 del *Code* en el artículo 1263 de la Propuesta. Sin embargo, en el derecho francés los apartados 3 y 4 del artículo 1123 prevén un mecanismo específico para averiguar si existe o no la intención del beneficiario de invocar la preferencia, la denominada acción de interrogación, en virtud de la cual el tercero podrá solicitar por escrito al beneficiario que confirme, en un plazo que él mismo fije y que deberá ser razonable, la existencia de un acuerdo de preferencia y si tiene intención de aprovecharlo<sup>49</sup>. En cambio, la Propuesta no contempla este mecanismo, que por otra parte sería difícilmente aplicable, dado que, aun suponiendo que el beneficiario estuviese predisposto a colaborar respondiendo a la interrogación, su decisión de contratar o no vendría determinada por el contenido de la oferta que le hiciese el promitente, oferta que todavía no se habría producido; solamente en el caso en que el beneficiario tuviese clara

<sup>48</sup> Artículo 1123: «2. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu».

<sup>49</sup> Artículo 1123: «3. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. 4. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat». El precepto deja claras dos cuestiones. La primera es que, si el tercero no tiene conocimiento de la preferencia, no puede tener conocimiento de la intención del beneficiario de invocar el pacto, y por tanto no puede colaborar «*a sabiendas*» en el incumplimiento. La segunda es que, si conociendo la preferencia, interroga o interpela al beneficiario y este le contesta que sí tiene intención de ejercer la preferencia, en el caso de que el tercero contrate con el obligado habrá mala fe cualificada por su parte, y por tanto su contrato podrá ser atacado. El caso más dudoso es cuando, conociendo la preferencia, el tercero contrata sin interpelar al beneficiario; al estar prevista por ley la interrogación, el no ejercicio de esta por el tercero deberá provocar que asuma las consecuencias. Véase CHANTEPIE y LATINA, 2016, pp. 208-209, THIBERGE, 2016, pp. 68-69; DISSAUX y JAMIN, 2017, pp. 28-29.

su decisión de no ejercitar en ningún caso su preferencia, y así lo manifestase al tercero, podría este contratar sin incumplir *a sabiendas* el pacto de preferencia cuya existencia conoce. En consecuencia, y de acuerdo con la primera de las dos interpretaciones, debe concluirse que, conforme al régimen de la Propuesta, el conocimiento de la preferencia por el tercero con quien el obligado contraata, le conste o no la intención del beneficiario de ejercitárla, posibilitará la aplicación de los remedios previstos en el apartado segundo del artículo 1263 de la Propuesta para el caso de incumplimiento del pacto de preferencia. En cualquier caso, si dicho tercero conoce la preferencia, difícilmente se avendrá a contratar, ante la posibilidad de ver resuelto el contrato y tener que indemnizar los daños causados al beneficiario.

### B) Los remedios

El artículo 1263.2 de la Propuesta contempla tres remedios que el beneficiario podrá ejercer frente al tercero «que haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia»: su «sustitución» en el lugar del tercero, la resolución del contrato, y la indemnización de daños.

a) En cuanto a la sustitución del beneficiario en el lugar del tercero, la Propuesta, al igual que el Código civil francés, utiliza el término «sustitución» –y no el de «subrogación», que es el que emplea el Código civil español con relación al retracto legal (art. 1521)<sup>50</sup>, y el Código civil de Cataluña respecto al retracto convencional (art. 568-1.1.c)–. La terminología de la Propuesta es la correcta. El término «subrogación» alude a una posición jurídica, la de acreedor (por ejemplo, la subrogación del tercero *en el crédito*, artículo 1134.1 PM-23<sup>51</sup>, o en los arts. 1209 a 1212 CC). En cambio, la sustitución hace referencia a la posición de parte contractual, tanto activa como pasiva («sustitución *en el lugar* del tercero»), de manera que, tratándose por ejemplo de un pacto de preferencia para comprar un bien, el beneficiario podría «sustituir» al comprador en sus derechos y obligaciones<sup>52</sup>. Por tanto, estamos ante una cesión *ex lege* del

<sup>50</sup> Respecto a la impropiedad del término «subrogación» con relación al retracto, véase BOSCH CAPDEVILA, 2021, pp. 88-91.

<sup>51</sup> Establece dicho precepto que «El tercero que haya pagado la deuda quedará subrogado en el crédito, con sus garantías y privilegios, cuando en el momento del pago lo convenga así con el acreedor».

<sup>52</sup> Ahora bien, la Ley 514 del Fuero Nuevo de Navarra, que regula el contrato para persona que se designará, utiliza el término «subrogación» para referirse a lo que es una cesión de parte contractual. La Ley 514, que lleva por título «Contrato con facultad de subrogación», empieza diciendo que «Puede concertarse un contrato con facultad, para cualquiera de las partes, de designar posteriormente la persona que deba subrogarse en sus derechos y obligaciones, en cuyo caso deberá expresarse de forma pormenorizada, clara y comprensible las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva»; véase el comentario

contrato, en la que el consentimiento del obligado, necesario en principio para la eficacia de la cesión conforme al artículo 1211 de la Propuesta<sup>53</sup>, queda excepcionado por la disposición del artículo 1263.2. Y, como se ha apuntado anteriormente, con este remedio se logra el cumplimiento en forma específica de la preferencia, en tanto que permite al beneficiario la conclusión del contrato con el obligado en los términos acordados con el tercero (de mala fe, en el sentido que es conocedor de la preferencia).

b) La «ineficacia del contrato» entre obligado y tercero es el segundo de los remedios previstos en el apartado segundo del artículo 1262 de la Propuesta, remedio que no supone más que una aplicación del principio general de oponibilidad, en este caso de la preferencia, a los terceros de mala fe. En un principio, al beneficiario le conviene utilizar el remedio de la «sustitución» antes que el de la ineficacia, que implicaría tener que concluir un nuevo contrato con el obligado, a lo que este podría resistirse. Ahora bien, cuando la preferencia recaiga sobre un contrato traslativo del dominio y se hubiese producido ya la transmisión de la propiedad, la sustitución en el lugar del tercero en el contrato concluido entre este y el obligado, en tanto que recae en una posición meramente obligacional, no permite por sí sola satisfacer el interés del beneficiario, dado que el obligado ya no tiene el bien en su poder, sino que ha pasado a propiedad del tercero. En este caso sí es necesario ejercitar la acción para decretar la ineficacia del contrato.

c) El último remedio que prevé el apartado segundo del artículo 1263 es la reclamación al tercero de «una indemnización por los daños sufridos», indemnización que, como se ha señalado<sup>54</sup>, también podía ser reclamada al obligado conforme al régimen general de remedios, de manera que lo que este precepto aporta es que el beneficiario podrá elegir a quien pedir la indemnización.

### 6.3 Contratación con un tercero sin contraprestación, o a cambio de una contraprestación no dineraria

Si el obligado contrata con un tercero sin permitir al beneficiario el ejercicio de la preferencia conforme a lo pactado o lo

---

a dicha norma por SABATER BAYLE, 2020, pp. 2183-2186, que señala (p. 2186) que «No se trata aquí de la *subrogación legal* que tiene lugar en determinados casos establecidos en la Ley (singularmente, el del pago por tercero a que hace referencia la L. 497 FN), pero si del fenómeno subrogatorio, por el cual, de no pactarse otra cosa, el tercero asume la posición del estipulante con sus créditos y deudas, así como las prestaciones accesorias».

<sup>53</sup> Precepto que establece que «Para que sea eficaz la cesión a tercero de la posición contractual nacida de una relación obligatoria con prestaciones recíprocas, será necesario el consentimiento de la otra parte, salvo que la ley o el contrato establezcan otra cosa».

<sup>54</sup> Véase el epígrafe 6.2.1.

dispuesto por la Ley, la Propuesta prevé unos remedios que, como se ha señalado, van desde la resolución del contrato con el tercero a la indemnización de daños o la sustitución del obligado en este contrato. Tales remedios parten del presupuesto de que la contraprestación ofrecida por el tercero es dineraria. Ahora bien, la decisión de contratar por parte del obligado puede derivar también del hecho de que reciba una oferta de un tercero en la que se fije una contraprestación no fungible; por ejemplo, cuando habiéndose pactado una preferencia para adquirir un solar, un promotor ofrece al obligado la permuta del solar a cambio de dos de los pisos que allí proyecta construir. Asimismo, podría ocurrir que el obligado, a pesar de haber concedido una preferencia adquisitiva, quisiera transmitir el bien sin recibir ninguna contraprestación, o a cambio de un precio reducido por su ánimo de liberalidad (contrato mixto compraventa-donación). En estos casos se plantea la cuestión de si la preferencia queda extinguida, sin indemnización o con ella, o por el contrario el beneficiario puede, de alguna manera, ejercitar la preferencia.

La Propuesta no contempla estas situaciones, por lo que habrá que atender, en primer lugar, al propio pacto de preferencia para resolver la cuestión, de manera que en este se podría prever tanto la subsistencia como la extinción de la preferencia. En concreto, el pacto podría:

a) Establecer que el beneficiario podrá ejercitar la preferencia mediante el abono al obligado del precio de mercado del bien no fungible que un tercero ha ofrecido como contraprestación, o el valor del bien sobre el que recae la preferencia y del que se ha dispuesto a título gratuito<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> En la *Propuesta de regulación de la Teoría General del Contrato* de BOSCH, DEL POZO y VAQUER, y con relación al derecho de tanteo y retracto, se prevé esta posibilidad con carácter general, y se propone un mecanismo objetivo para la fijación del valor del bien; establece el artículo 37.2 de dicha Propuesta que «El derecho de tanteo también puede otorgar a su titular una preferencia en los contratos gratuitos, y en los contratos onerosos en los que el titular del derecho no pueda dar o no pueda hacer la contraprestación a que se haya comprometido el tercero, siempre que así se haya previsto en el título constitutivo y en éste se establezca la forma de determinar el valor del bien». En términos semejantes, el artículo 3-6.2 de la *Propuesta de regulación de los derechos de adquisición*, coordinada por BLANDINO y DE BARRÓN, prevé que «Si así se ha establecido en el título constitutivo, el derecho de tanteo y retracto se podrá ejercer en las enajenaciones inter vivos a título gratuito y en las efectuadas a título oneroso mediante una contraprestación no dineraria. En estos supuestos, a falta de previsión expresa en el título constitutivo, el precio a satisfacer será el declarado por el enajenante al hacerle la notificación correspondiente, valor que deberá corresponder con el de mercado del bien en dicho momento». Exclusivamente para cuando el bien sobre el que recae la preferencia se transmita a título gratuito, el Código Civil de Cataluña también regula un supuesto en el que se prevé que se pueda ejercer la preferencia; en concreto, para la preferencia de origen legal concedida al nudo propietario cuando el usufructuario desea transmitir a título gratuito el derecho de usufructo, si bien la contraprestación que debe abonar el nudo propietario no

b) La subrogación del tercero en la posición del concedente del pacto, de manera que la preferencia podría hacerse efectiva cuando dicho tercero pretendiese transmitir el bien, y siempre que la conociera, para lo cual debería ser advertido por el concedente<sup>56</sup>.

Si el pacto no ha previsto ninguna de las dos alternativas que se acaban de mencionar, la preferencia debería extinguirse, caso en el que se plantea la cuestión de si tal extinción supone un incumplimiento por parte del obligado, al que serían de aplicación los remedios antes reseñados, o simplemente se trata de una imposibilidad de ejercicio de la preferencia por la que no se puede exigir responsabilidad al obligado. Si el tenor del pacto no ofrece ninguna aclaración al respecto –por ejemplo, estableciendo de manera clara que la preferencia adquisitiva se concede, exclusivamente, si el obligado decide contratar a título oneroso y a cambio de una contraprestación dineraria–, considero que la preferencia se extingue sin responsabilidad del obligado y, por tanto, sin indemnización para el beneficiario. Ciento es que la regla primera del apartado segundo del artículo 1261 establece que «[e]l obligado sólo puede celebrar un contrato con un tercero tras haber dado al beneficiario la oportunidad de ejercitar su derecho preferente», y si la oferta que el obligado traslada al tercero prevé una contraprestación no fungible, o no hay contraprestación, el beneficiario no tiene realmente la oportunidad de ejercitar la preferencia. No obstante, entiendo que el pacto de preferencia lo que concede es una prioridad del beneficiario con respecto a terceros, pero de la misma manera que no obliga al concedente a contratar, tampoco le debe limitar su facultad dis-

---

se fija con referencia al precio de mercado, sino respecto al valor que fije el transmitente. Establece el artículo 561-10.1 que «Los usufructuarios que se proponen transmitir su derecho, en el caso que regula el artículo 561-9.2, deben notificarlo fehacientemente a los nudos propietarios, indicando el nombre de los adquirentes, el precio convenido, en caso de transmisión onerosa, o el valor que se da al derecho, en caso de transmisión gratuita, y las demás circunstancias relevantes de la enajenación» (véase DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2023, pp. 400-401; también GIMÉNEZ COSTA y VILLÓ TRAVÉ, «Derechos de adquisición preferente en el dominio compartido», 2021, pp. 482-485).

<sup>56</sup> En este sentido, el artículo 3.4 de la Propuesta de regulación de los derechos de adquisición, coordinado por BLANDINO, DE BARRÓN, establece que «1. El derecho de tanteo y retracto no procede en las segundas o ulteriores transmisiones, salvo en los casos siguientes: a) Si la primera transmisión se ha producido por causa de muerte. b) Si el objeto se ha enajenado a título gratuito o a cambio de una contraprestación no fungible, salvo lo dispuesto en el artículo 3.6.2. c) Si en el título constitutivo se ha establecido expresamente. 2. En los casos previstos en el apartado anterior, el adquirente quedará gravado con el derecho por el tiempo que reste de duración, salvo que se haya fijado un plazo inferior» (véase el comentario a dicho precepto de BOSCH CAPDEVILA, 2022, pp. 167-170). El Código civil de Cataluña, para el derecho de tanteo y retracto, también prevé que pueda quedar gravado el adquirente, pero exige que así lo establezca el pacto; el artículo 568-14.1 dispone que «Los derechos de tanteo, en defecto de pacto, solo pueden ejercerse respecto a la primera transmisión onerosa».

positiva, como ocurriría si se le impidiese –sin incumplir– disponer a título gratuito o a cambio de una contraprestación no dineraria<sup>57</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> El pacto de preferencia concede una prioridad al beneficiario con respecto a terceros para el caso en que el obligado quiera concluir el contrato, sea o no traslativo del dominio, para el que se ha constituido la preferencia.

2.<sup>a</sup> El obligado no tiene limitadas sus facultades sobre el bien objeto de la preferencia mientras no emita la oferta al beneficiario, sino que lo puede gravar y no está obligado a su conservación material.

3.<sup>a</sup> Si el obligado decide concluir el contrato para el cual ha concedido la preferencia, debe emitir una oferta al beneficiario en la que indique el precio y las demás condiciones esenciales del contrato.

4.<sup>a</sup> Si el beneficiario no acepta la oferta, el obligado es libre para contratar con un tercero, dentro de un plazo razonable, por un precio y en condiciones iguales o más onerosas a las notificadas.

5.<sup>a</sup> El beneficiario puede ejercitar los remedios generales del incumplimiento del contrato si el concedente del pacto incumple su obligación.

6.<sup>a</sup> El remedio que mejor satisface el interés del beneficiario es el cumplimiento en forma específica del pacto, aunque presenta inconvenientes, como su limitada oponibilidad a terceros en función de su buena o mala fe, y la posible resistencia del obligado a prestar su consentimiento para emitir la oferta al beneficiario.

7.<sup>a</sup> Cuando un tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia», la Propuesta permite al beneficiario reclamarle una indemnización por los daños sufridos, exigir la ineficacia del contrato, o sustituirle en el contrato concluido.

8.<sup>a</sup> Con la sustitución del beneficiario en el lugar del tercero (de mala fe, en el sentido que es conocedor de la preferencia) se logra el cumplimiento en forma específica de la preferencia, en tanto que permite al beneficiario la conclusión del contrato con el obligado en los términos acordados con el tercero.

9.<sup>a</sup> Un tercero colabora «a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia» cuando conoce la preferencia, tanto si le consta como si no la intención del beneficiario de ejercitárla.

---

<sup>57</sup> Si lo que pretende el obligado es defraudar el derecho del beneficiario, existen otras vías para reaccionar contra dicho fraude.

10.<sup>a</sup> Si el obligado contrata con un tercero a cambio de una contraprestación no fungible o sin contraprestación, el pacto puede prever tanto la subsistencia como la extinción de la preferencia, y sus consecuencias. Si el pacto no ha establecido nada al respecto, la preferencia se extingue sin responsabilidad del obligado y, por tanto, sin indemnización para el beneficiario.

### III. LAS PROMESAS DE CONTRATO: EL PRECONTRATO Y LA OPCIÓN

#### 1. CARACTERIZACIÓN

Los artículos 1262 a 1264 de la Propuesta regulan la promesa de contrato, que puede ser unilateral o mutua; a la primera se la denomina contrato de opción (art. 1262), y a la segunda precontrato (art. 1264). La Propuesta no sigue el esquema mantenido por cierta doctrina y jurisprudencia que configura la opción como una modalidad de precontrato en la que su cumplimiento solo puede ser exigido por una de las partes<sup>58</sup>, sino que adopta el «clásico» concepto de «promesa» utilizado por el Código civil.

##### 1.1 El precontrato y la opción como promesas de contratar con un contenido «suficientemente determinado»

El artículo 1262 de la Propuesta define el contrato de opción en los siguientes términos: «El beneficiario de un contrato de opción o de una promesa unilateral de contrato tiene derecho a decidir la celebración del contrato siempre que su contenido esté suficientemente determinado». En cuanto al precontrato, el artículo 1264 – que precisamente lleva por título «precontrato» – lo caracteriza diciendo que «[l]a promesa mutua de celebrar un contrato permite exigir su cumplimiento en los términos acordados, siempre que su contenido llegue a estar suficientemente determinado». Las analogías entre precontrato y opción son, por tanto, evidentes, como también lo es la distinción de ambas con el pacto de preferencia. Tanto la opción como el precontrato se califican como «promesas de contratar», de manera que, a diferencia del pacto de preferencia,

<sup>58</sup> Por ejemplo, la STS 1325/2006, de 14 de diciembre (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 7566/2006, ECLI: ES: TS:2006:7566, RJ 2006, 8235) distingue entre un precontrato unilateral y el bilateral. También lo hacen así algunos códigos civiles; véase la nota 60.

sí existe una obligación de contratar (para una de las partes o para las dos, respectivamente); además, el contenido del futuro contrato está en ambos casos «suficientemente determinado», mientras que en el pacto de preferencia tal contenido no se encuentra previamente establecido, sino que vendrá fijado por la oferta del obligado si este se decide a contratar<sup>59</sup>.

La diferencia entre el precontrato y la opción también es meridiana: en el primero ambas partes están obligadas a contratar, de manera que cualquiera de ellas puede exigir a la otra que cumpla con su obligación; en cambio, en el contrato de opción la facultad de exigir el cumplimiento la tiene solamente una de las partes, el optante. Es conforme a esta configuración que la Propuesta califica el precontrato como la «promesa *mutua* de celebrar un contrato» (art. 1264.1), y a la opción como «promesa *unilateral* de contrato» (art. 1262)<sup>60</sup>.

La obligación de contratar inherente a la promesa implica que la parte o las partes obligadas no deben realizar ninguna acción que pueda poner en peligro la conclusión del contrato definitivo; tratándose, por ejemplo, de una opción de compra, el concedente no solamente debe abstenerse de transmitir el bien a un tercero, sino que debe conservarlo con la diligencia debida, respondiendo de su deterioro o falta de conformidad, y siendo a su cargo los gastos de conservación. Asimismo, su naturaleza personal determina que no se pueda ceder la posición de parte contractual sin la autorización de la otra parte contratante, autorización que podrá concederse en el mismo contrato preparatorio<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> La promesa de contrato se distingue asimismo del acuerdo de intenciones, que obliga a las partes a *negociar* un futuro contrato *cuyo contenido está todavía sin determinar* (art. 1260).

<sup>60</sup> Este esquema es seguido también por diversos Códigos civiles. El Código civil de Perú, en el artículo 1414, establece que «[p]or el compromiso de contratar, *las partes* se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo», y en el artículo 1419, con relación al contrato de opción, dice que «[p]or el contrato de opción, *una de las partes queda vinculada* a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no»; el artículo 2244 del Código civil Federal de México dice que «[l]a promesa de contratar, o sea el contrato preliminar de otro, *puede ser unilateral o bilateral*»; también el Código Civil portugués, que en los artículos 410 a 413 regula el *contrato-promesa* y prevé que pueda ser unilateral o bilateral (art. 410.2: «Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral»). Quizás el código más claro al respecto es el de Guatemala, que en sus artículos 1674 a 1685 regula «[l]a promesa y la opción», y establece en el artículo 1675 que «[l]a promesa de contrato puede ser unilateral o bilateral». Asimismo, el anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales (*Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux; Commission présidée par le professeur Philippe STOFFEL-MUNCK, juillet 2022*) distingue entre la *promesse synallagmatique de vente* (art. 1587) y la *promesse unilatérale de vente* (art. 1588).

<sup>61</sup> Así resulta, por aplicación de la teoría general, del artículo 1211 de la Propuesta.

## 1.2 Contrato de opción, promesa unilateral de prestación y oferta de contrato

Si la vinculación unilateral caracteriza el contrato de opción, conviene distinguirlo de la promesa unilateral de prestación y de la oferta de contrato, en las que también solamente una de las partes de la relación se encuentra obligada. Con relación a la promesa unilateral, la diferencia es clara, ya que no obliga al promitente a contratar, sino a llevar a cabo una determinada prestación<sup>62</sup>. La similitud es más evidente, cuando menos con relación a sus efectos, entre el contrato de opción y la oferta de contrato: la vinculación unilateral del obligado y del ofertante, el poder de decisión del beneficiario y del destinatario, la fijación del contenido del futuro contrato<sup>63</sup>, y la posibilidad de su celebración si el beneficiario lo decide, aproximan notablemente ambas figuras. Sin embargo, también existen importantes diferencias entre una y otra:

1.<sup>a)</sup>) La oferta no es un contrato, sino un acto jurídico unilateral del ofertante.

2.<sup>a)</sup>) La oferta es, por regla general, revocable, por lo que la analogía entre oferta y opción debería establecerse, en su caso, con la oferta irrevocable<sup>64</sup>.

3.<sup>a)</sup>) En la oferta el contenido esencial del contrato viene fijado por los términos propuestos por el ofertante, mientras que el contenido del contrato de opción resulta, por lo general, de las negociaciones de las partes.

4.<sup>a)</sup>) Cuando se emite una oferta, la conclusión del contrato se produce por la concurrencia de dos actos jurídicos unilaterales (oferta y aceptación), mientras que en la opción, según el régimen de la Propuesta, la unilateralidad se limita al ejercicio de la opción, pero no a la conclusión del contrato, que requiere el concurso de voluntades.

<sup>62</sup>) La «promesa unilateral de una prestación», conforme al artículo 1091.2 de la Propuesta, «solo obliga en los casos previstos por la ley», en concreto, cuando se trata de una promesa pública (art. 1092), o del concurso con premio (art. 1093).

<sup>63</sup>) El artículo 1244.1 de la Propuesta empieza diciendo que «La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta siempre que sea suficientemente precisa [...].»

<sup>64</sup>) El artículo 1246 establece que «[l]a oferta será irrevocable: 1.<sup>º</sup> Cuando el oferente le hubiere atribuido este carácter. 2.<sup>º</sup> Cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla. 3.<sup>º</sup> Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar, por las declaraciones o el comportamiento del oferente, en su carácter irrevocable y hubiera actuado conforme a esa confianza».

5.<sup>a)</sup> La aceptación de la oferta con modificaciones podrá dar lugar, en algunos casos, a la conclusión del contrato<sup>65</sup>, mientras que el ejercicio de la opción no permite ninguna modificación del contenido del contrato.

6.<sup>a)</sup> El plazo para la aceptación de la oferta acostumbra a ser mucho más breve que el concedido para el ejercicio de la opción, para el cual la Propuesta no establece límite alguno<sup>66</sup>.

## 2. FINALIDAD

La utilidad del contrato de opción es evidente: confiere a una de las partes la facultad de decidir, según sus intereses, si concluye o no un contrato. Por ello, la opción no se acostumbra a conceder si no es a cambio de una contraprestación<sup>67</sup>.

En cambio, en el precontrato o promesa mutua de contratar la razón de ser ya no es tan clara. Si ambas partes están obligadas a contratar cuando así lo decida la contraparte, ¿qué sentido tiene no concluir ya el contrato definitivo? Es obvio que las dos partes pretenden que el contrato se concluya, dado que se conceden recíprocamente la facultad de compelirse recíprocamente a celebrarlo. La utilidad del precontrato puede estar en la voluntad de las partes de quedar ya vinculadas a un determinado contenido contractual, unida a la imposibilidad de concluir en este momento el contrato definitivo –ya sea por la exigencia de una determinada forma o formalidad, por la necesidad de aportar alguna documentación (por ejemplo, una certificación o autorización administrativa), o por una prohibición legal o convencional, entre otras<sup>68</sup>–.

---

<sup>65</sup> El artículo 1250 de la Propuesta dispone que «[l]a respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la respuesta que contenga modificaciones que no alteren sustancialmente los términos de la oferta constituirá aceptación, salvo que el oferente hubiera exigido expresamente una aceptación sin modificaciones o manifieste su disconformidad sin demora injustificada».

<sup>66</sup> Con relación a la oferta, el apartado tercero del artículo 1249 establece que «[l]a aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta, o si no se hubiese fijado plazo, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente».

<sup>67</sup> La existencia de contraprestación se prevé explícitamente en el artículo 1590 del anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales: «Une somme peut être convenue dans la promesse unilatérale de vente, en contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire».

<sup>68</sup> Véase el epígrafe 4.3.3.

### 3. FORMA DE LA PROMESA Y CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN CONSTAR EN ELLA

#### 3.1 Forma

La forma del contrato de promesa viene determinada por la posición que se adopte respecto a su identificación o no con el contrato definitivo<sup>69</sup>. En el primer caso, la promesa debería observar la forma exigida para el contrato prometido. Pero si se considera que el contrato resultante es un nuevo contrato<sup>70</sup>, la opción y el precontrato se sujetan al principio general de libertad de forma del artículo 1227 de la Propuesta, dada la ausencia de una norma específica al respecto<sup>71</sup>.

#### 3.2 Circunstancias que deben constar en el contrato de promesa

En el contrato de promesa, en tanto que contrato preparatorio de otro contrato, deben constar dos tipos de circunstancias: las inherentes al propio contrato preparatorio, y las que identifican el contrato definitivo.

##### 3.2.1 CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS AL CONTRATO DEFINITIVO

En la promesa debe estar «suficientemente determinado» el contenido del contrato definitivo<sup>72</sup>. Dentro de este contenido es

<sup>69</sup> Cuestión que se analizará en el epígrafe 4.

<sup>70</sup> Así es como entendemos que se deduce de la regulación de la Propuesta; véase el epígrafe 4.4.

<sup>71</sup> El Código civil portugués contiene una norma específica sobre la forma de la promesa. Si bien parte del principio de libertad de forma, exige en aquellos contratos para los cuales la ley requiere un documento, auténtico o privado, que la promesa conste en un documento firmado por la parte o partes obligadas. Establece el artículo 410 que «1- À 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, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa. 2- Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral. 3- No caso de promessa respeitante à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte».

<sup>72</sup> Utilizamos la expresión del apartado segundo del artículo 1218 de la Propuesta, que establece que «[h]ay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución [...]».

esencial la identificación del bien sobre el que se contrata, y el tipo contractual que se promete concluir. También deberá fijarse la contraprestación; tal y como se ha señalado con relación al contenido de la oferta previa que debe emitir el concedente de un pacto de preferencia<sup>73</sup>, el carácter determinante del precio en todo contrato oneroso hace que su indicación sea absolutamente necesaria, en tanto que, de otra manera, aunque pudiera existir contrato, no se podría afirmar que su contenido está «suficientemente determinado»<sup>74</sup>.

### 3.2.2 CIRCUNSTANCIAS INHERENTES AL PROPIO CONTRATO PREPARATORIO

En cuanto a las circunstancias inherentes al propio contrato preparatorio, en él deben fijarse las que delimiten la obligación de contratar, entre las que se encuentran a) el plazo; b) la «prima» para constituirlo; y c) un domicilio para practicar las oportunas notificaciones.

a) Al igual que sucede con respecto al pacto de preferencia, la Propuesta no establece la necesidad de fijar un plazo de duración de la promesa, y tampoco prevé un plazo máximo<sup>75</sup>. El respeto a la autonomía de la voluntad de las partes como justificación de tal silencio es discutible, básicamente por dos razones. La primera es la propia naturaleza de los contratos preparatorios, que «preparan» la conclusión de un futuro contrato, contrato que no puede estar pendiente o latente durante un plazo excesivo. El segundo argumento se refiere exclusivamente al contrato de opción, y es la situación de «debilidad» en que se encuentra al obligado frente al optante, situación que no se debería poder prolongar durante un largo plazo. Por todo ello, considero que sería más adecuada una norma semejante a la del artículo 14 del Reglamento Hipotecario

<sup>73</sup> Véase el apartado II.3.2.2. B).

<sup>74</sup> El artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige expresamente la constancia del precio cuando el contrato de opción de compra de un bien inmueble se pretenda inscribir en el Registro de la Propiedad: «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años».

<sup>75</sup> El artículo 1124 del Código civil francés que tampoco fija ningún plazo, a diferencia del artículo 28 del *Avant-projet Terré relatif au contrat*, que hablaba de un «plazo convenido y razonable»: «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie s'engage envers une autre à conclure, *dans un délai convenu et raisonnable*, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut».

con respecto al contrato de opción de compra de bienes inmuebles, que fija un plazo máximo de cuatro años<sup>76</sup>, plazo que podría aumentar cuando la promesa constituyese un pacto o estipulación integrado en otro negocio jurídico<sup>77</sup>, en el que su duración máxima podría ser la de este<sup>78</sup>.

La Propuesta tampoco fija un plazo supletorio de vigencia de la promesa si los contratantes no lo han determinado<sup>79</sup>. En atención a la vinculación que supone para el obligado, considero que la promesa no puede tener una duración indefinida, sino que la autoridad judicial debería fijar un plazo «razonable»<sup>80</sup>, de manera análoga a lo que dispone el artículo 1249.3 respecto a la oferta<sup>81</sup>.

*b)* Si la promesa es unilateral, lo más usual es que el obligado la haya concedido a cambio de una contraprestación, por lo que en el contrato de opción debería constar la prima pactada para su constitución, que podrá consistir tanto en una cantidad alzada, como en una suma a abonar periódicamente durante el plazo de vigencia del contrato. Si la prima satisfecha se aplica al pago del precio definitivo –particularmente en la opción de compra–, así debería hacerse constar en el contrato<sup>82</sup>.

*c)* Asimismo, es conveniente que en el contrato de promesa conste el domicilio de los contratantes, a los efectos de practicar las oportunas notificaciones, esenciales para el ejercicio del derecho. A estos mismos efectos, se puede fijar su dirección electrónica, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente del envío y recepción y del

<sup>76</sup> No es este sin embargo el límite máximo del derecho real de opción en el Código civil de Cataluña, que el artículo 568-8.1 fija en diez años.

<sup>77</sup> Por ejemplo, en un arrendamiento con opción de compra.

<sup>78</sup> Así lo prevén el artículo 14. II del Reglamento Hipotecario y el artículo 568-6.3 del Código civil de Cataluña.

<sup>79</sup> A diferencia, por ejemplo, del Código civil de Cataluña para la opción de naturaleza real, en el que, a pesar de que en el artículo 568-6.a) establezca que el título de constitución debe contener «el plazo de duración del derecho», a continuación señala que, si no se ha fijado, es de cuatro años.

<sup>80</sup> Debería atenderse a circunstancias como la complejidad de la operación prometida, o la contraprestación satisfecha por el beneficiario –a mayor prima satisfecha, mayor plazo de decisión–.

<sup>81</sup> En el Código civil italiano, el apartado segundo del artículo 1331, dedicado a la Opzione, establece que «[s]e per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice».

<sup>82</sup> El citado artículo 1590 del anteproyecto francés de reforma de los contratos especiales establece la solución contraria, es decir, que a falta de pacto la cantidad entregada se considera como arras y, por tanto, a cuenta del precio: «Une somme peut être convenue dans la promesse unilatérale de vente, en contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire. Elle est acquise au promettant si le bénéficiaire choisit de ne pas se porter acquéreur. En cas de conclusion de la vente, cette somme vautacompte, sauf clause contraire».

momento en que se hizo. También resultaría aconsejable establecer la forma en que deben llevarse a cabo dichas notificaciones.

#### 4. LA EFICACIA DE LA PROMESA: ¿OBLIGACIÓN DE CONTRATAR, O FACULTAD DE PONER EN VIGOR UN CONTRATO?

La cuestión más relevante, y a la vez más polémica, que se plantea respecto al precontrato y la opción, es la de si su ejercicio da lugar a la puesta en vigor del contrato prometido, o si, conforme a su denominación de promesa, obliga simplemente a contratar. Ni los precedentes legales, ni tampoco la doctrina y la jurisprudencia, han ofrecido una solución clara, ni mucho menos unánime, al respecto. Veamos a continuación una evolución de la cuestión, hasta llegar a la Propuesta, que tampoco resuelve de manera diáfana todas las dudas que se han planteado.

##### 4.1 La promesa de contratar en el Código civil español

El Código civil español regula la promesa de contratar en el artículo 1451 dedicado a la «promesa de vender o/y comprar». También aparece el contrato de promesa en el artículo 1862 («promesa de constituir prenda o hipoteca»), pero en este caso no estamos ante una promesa de contratar, sino ante una promesa de constituir un derecho real<sup>83</sup>.

El artículo 1451, en su primer apartado, establece que «[I]a promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato». Conforme a este precepto, en la promesa debe constar el contenido del contrato definitivo: el tipo contractual (se trata de una compraventa), la «cosa» sobre la que recae y la contraprestación (el precio). Dos son las principales cuestiones que plantea la norma. La primera, si se trata de una promesa unilateral (opción) o bilateral (precontrato). La segunda, la eficacia de la promesa.

<sup>83</sup> El artículo 1862 CC empieza diciendo que «[I]a promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes [...]. Por la propia naturaleza de la prenda y de la hipoteca, es una promesa de carácter unilateral por parte del deudor, que se obliga a prestar prenda o hipoteca en garantía de su obligación, promesa aceptada por el acreedor. A diferencia de la promesa de compraventa, no estamos ante una promesa de contratar, sino que se trata de una promesa de constituir un derecho real, derecho que no se constituye por contrato sino por un negocio jurídico unilateral por parte del propietario del bien, negocio que requerirá la entrega de la posesión del bien al acreedor o a un tercero en el caso de la prenda (art. 1863 CC), o la inscripción en el Registro de la Propiedad en la hipoteca (art. 1875. I CC).

#### 4.1.1 ¿PROMESA DE VENDER O COMPRAR, O PROMESA DE VENDER Y COMPRAR?

Los dos apartados del artículo 1451 parecen contradecirse. Si se atiende a la redacción literal del primer apartado, se trata de una promesa de comprar o una promesa de vender, pero no una promesa de comprar y vender. Ahora bien, el apartado segundo de dicho artículo establece 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»; por tanto, da a entender que se trata de una promesa bilateral<sup>84</sup>.

Los calificativos de unilateral o bilateral han de interpretarse en el sentido de si solo una o ambas partes, respectivamente, se encuentran obligadas en virtud del contrato de promesa, contrato que ya ha sido celebrado. La doctrina española se ha mostrado dividida. Mucius Scaevola consideraba que el artículo 1451 se refiere a la promesa recíproca, «en la que una parte promete vender una cosa determinada y la otra promete comprar por un precio cierto»<sup>85</sup>; de la misma opinión eran, entre

<sup>84</sup> Los precedentes del precepto tampoco ayudan mucho a clarificar la cuestión:

a) El artículo 1373 del Proyecto de Código civil de 1851 establecía que «[I]a promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a un contrato perfecto de compra y venta; pero para ser válida deberá estar hecha en escritura pública, si la venta es de bienes inmuebles». GARCÍA GOYENA dejaba claro en sus comentarios que el precepto se refería a la promesa que había sido aceptada por la otra parte, pero no aclaraba si se trataba de una promesa unilateral, bilateral o se refería a ambas; decía GARCÍA GOYENA (1852, p. 363) que la promesa «ha de ser también aceptada, porque sin esto no hay contrato ni convención, y la conformidad de que habla el artículo supone la necesidad de aceptación».

b) El artículo 1589 del Código civil francés decía que «[I]a promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix», es decir, la promesa de venta equivale a la venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes respecto a la cosa y el precio; conforme a la dicción literal, el precepto quedaba limitado a la promesa de venta, por lo que parecía seguirse la opinión de POTHIER (1762, núm. 478, p. 7) quien señalaba que la parte a la que se le hace la promesa no contrae ninguna obligación: «Le contrat de vente est un contrat syllanagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige l'une envers l'autre mais la promesse de vendre est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre qui s'engage, celui à qui la promesse est faite, ne contracte de sa part aucune obligation».

c) Sí era más claro el artículo 1548 del Código civil portugués de 1867, al referirse a la promesa bilateral: «A simple promessa reciproca de compra e venda, sendo acompanhada de determinação de preço e de especificação de causa, constitue una mera convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos geraes dos contratos; com a diferença, porém, de que, se houver signal passado, la perda dello ou a sua restituição em cobro valerá como compensação de perdas e danños».

<sup>85</sup> MUCIUS SCAEVOLA (1906, pp. 327-328) argumentaba que, si la promesa a que alude el artículo 1451 «presupone un verdadero contrato, y éste, según el artículo 1254, existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, es forzosa la concurrencia terminante de dos intereses contrapuestos para que haya causa de obligar y se originen derechos y obligaciones recíprocos».

otros, Castán<sup>86</sup>, y Maluquer de Motes<sup>87</sup>. La jurisprudencia también se ha referido en diversas sentencias al artículo 1451 como promesa bilateral de compraventa<sup>88</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina, entre ellos Manresa<sup>89</sup>, De Castro<sup>90</sup>, y García Cantero<sup>91</sup>, ha considerado que el artículo 1451 se refiere tanto a la promesa unilateral de venta, a la promesa unilateral de compra y a la promesa bilateral de compra y venta<sup>92</sup>; y otras sentencias del Tribunal Supremo también han incluido la promesa unilateral dentro del ámbito del artículo 1451<sup>93</sup>. Considero que esta última es la tesis que mejor encaja con la dicción literal del artículo 1451, lo que en los términos de la Propuesta equivaldría a decir que alcanza tanto al precontrato como al contrato de opción<sup>94</sup>; por tanto, el primer apartado del artículo 1451 se refiere a la promesa unilateral («vender o comprar»), y el segundo a la bilateral («promesa de compra y venta»). Y los efectos no serán los mismos en uno y otro caso.

<sup>86</sup> CASTÁN TOBEÑAS, 1977, pp. 41-42, señalaba que la promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada es «a la que parece aludir el citado artículo 1451 de nuestro Código».

<sup>87</sup> MALUQUER DE MOTES, 2010, p. 1589, afirmaba que el precepto «se refiere a la promesa bilateral de compra y venta entendiéndose como un contrato preliminar o pre-contrato».

<sup>88</sup> Entre otras, las STS 488/2011, de 24 junio (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 4481/2011, ECLI: ES: TS:2011:4481, RJ 2011\7370), 726/2014, de 2 diciembre (ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roj: STS 5225/2014, ECLI: ES: TS:2014:5225, RJ 2014\6247) y 195/2013, de 5 abril (ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, Roj: STS 5065/2013, ECLI: ES: TS:2013:5065, RJ 2013\6696).

<sup>89</sup> MANRESA (1919, p. 74) afirmaba que, en su opinión, no cabe duda de que el artículo 1451 se refiere a las siguientes situaciones: «1.<sup>a</sup> Promesa unilateral de venta aceptada, y en la que el aceptante resuelve hacer la compra. 2.<sup>a</sup> Promesa unilateral de compra aceptada y en la que el aceptante resuelve hacer la venta. 3.<sup>a</sup> Promesa bilateral de compra y venta, recíprocamente aceptada, y en la que cualquiera de las dos partes se decide por llevar a cabo el contrato».

<sup>90</sup> DE CASTRO (1950, pp. 1170-1171, y 1997, pp. 578-579) señalaba que «Posiblemente, conforme a los antecedentes históricos, a la jurisprudencia anterior al Código y a bastantes sentencias posteriores, parece que se admite tanto a la promesa unilateral como a la bilateral y que la poca claridad del artículo 1451 se debe sólo a no haberse distinguido claramente los dos momentos en que puede encontrarse la promesa».

<sup>91</sup> GARCÍA CANTERO, 1991, pp. 70-71.

<sup>92</sup> En este sentido, entre otros, ATAZ LÓPEZ (2013, p. 10.230), quien afirma que «[e]n el fondo, la promesa bilateral no es sino dos promesas unilaterales yuxtapuestas, por lo que si el precepto se refiere a una modalidad necesariamente habrá de referirse a ambas; lo que, por otra parte significa que, en contra de lo que la pura literalidad del precepto pudiera sugerir, ambos párrafos son aplicables a ambas modalidades de promesa»; también RODRÍGUEZ LLAMAS (2016, pp. 49-50).

<sup>93</sup> La STS 543/2008, de 17 junio (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, Roj: STS 3817/2008 – ECLI: ES: TS:2008:3817, RJ 2008\4251), sobre una promesa unilateral de compra, y la 1148/1995, de 28 diciembre (ponente: Alfonso Barcala Trillo Figueroa, Roj: STS 8155/1995, ECLI: ES: TS:1995:8155, RJ 1995\9402) sobre una promesa de venta.

<sup>94</sup> No obstante, la Propuesta parece partir de la base de que el artículo 1451 regula la promesa bilateral, ya que modifica el artículo 1451 del Código civil para hacer una remisión al artículo de la Propuesta que regula el precontrato: «Se le aplicará lo previsto en el artículo 1264 a la promesa de vender o comprar».

#### 4.1.2 LA EFICACIA DE LA PROMESA

Efectivamente, considero que el artículo 1451 CC atribuye una eficacia diferente a la promesa unilateral y a la bilateral.

*a)* Con respecto a la promesa unilateral, la norma del apartado primero del artículo 1451 –que establece que «[l]a promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato»– debe interpretarse en el sentido de que la promesa equivale a la compra o venta perfecta para el beneficiario, de manera que cuando este lo decida –ya sea el comprador o el vendedor, según a quien se hubiese concedido la facultad de opción– serán exigibles las obligaciones derivadas del contrato. El cumplimiento del «contrato» es el contrato de compraventa, y no el contrato de promesa de venta<sup>95</sup>. Por tanto, la promesa unilateral de compra o de venta equivale a un contrato de compraventa en el que su eficacia queda supeditada a la decisión de una de las partes<sup>96</sup>.

*b)* Y con relación a la promesa bilateral, el apartado segundo del artículo 1451 dispone que «[s]iempre 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». La norma permite entender que la promesa bilateral constituye una promesa de contratar cuyo incumplimiento da lugar a los remedios generales por incumplimiento contractual, esto es, el cumplimiento en forma específica o el resarcimiento por daños y perjuicios.

#### 4.2 De la promesa de compra y venta al precontrato y al contrato de opción

Junto al término «promesa» de contratar, empleado en el Código civil español y referido usualmente al contrato de compraventa, la doctrina fue progresivamente utilizando las denominaciones de «precontrato» y «contrato de opción», que pueden encontrar su

<sup>95</sup> Así también lo entiende GARCÍA CANTERO (1991, p. 72): «La ambigüedad del artículo 1451 permite entender que el ejercicio de la opción dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato prometido, es decir, *el de compraventa*», véase también ATAZ LÓPEZ, 2013, pp. 10227 ss.

<sup>96</sup> La identificación de la promesa de compraventa con la compraventa definitiva estaba implícita en el artículo 1373 del Proyecto de 1851, que en su inciso final establecía que para ser válida [la promesa de venta] «deberá estar hecha en escritura pública, si la venta es de bienes inmuebles»; ello concordaba con el artículo 1003 de dicho proyecto, que en su apartado primero disponía que debían redactarse en escritura pública «Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos».

correspondencia con la promesa bilateral, en el caso del primero, y con la unilateral en la opción<sup>97</sup>. Pero la introducción de estos dos términos –que por otra parte no han conseguido desplazar o eliminar la tradicional denominación de «promesa de contrato»– no ha servido para clarificarlos. La opinión más extendida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es la que configura la opción como una modalidad de precontrato en la que su cumplimiento solo puede ser exigido por una de las partes. Pero, al igual que sucede con la promesa de comprar y la promesa de vender del artículo 1451 del Código civil, se mantienen las discrepancias respecto a si el precontrato *obliga a concluir* el contrato definitivo, o permite exigir el cumplimiento de las recíprocas prestaciones<sup>98</sup>. A continuación, se hará una somera referencia a las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia al respecto, no sin antes poner de relieve que, como señala Albaladejo, se está lejos de llegar a un acuerdo, con una interpretación de lo más vacilante por el Tribunal Supremo que da pie a las opiniones más contrapuestas<sup>99</sup>.

#### 4.2.1 REFERENCIA A LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA

Moro Ledesma, uno de los primeros tratadistas sobre el precontrato en España, lo define como «un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato obligacional principal que se proyecta»<sup>100</sup>. Este concepto del precontrato como un contrato que obliga a contratar, distinto del contrato base o contrato definitivo, fue acogida por la doctrina española más tradicional<sup>101</sup>, como Castán Tobeñas, quien se refiere

<sup>97</sup> Aunque esta asimilación del precontrato a la promesa de contrato no ha sido aceptada por toda la doctrina. ROCA SASTRE, siguiendo a DEGENKOLB, no califica el precontrato como un contrato que promete otro contrato, sino como un contrato base en el cual las partes se obligan a su desenvolvimiento para la conclusión del contrato definitivo; afirma ROCA SASTRE (2009, pp. 398-399) que «[e]n el precontrato se contienen las bases o líneas fundamentales de un contrato futuro», y que «[e]l denominado contrato futuro o principal no es, en el fondo, un contrato o negocio jurídico, pues es el mismo precontrato ya desen- vuelto».

<sup>98</sup> Es fundamental para el estudio de esta cuestión el trabajo de Federico DE CASTRO sobre la promesa de contrato (1950, pp. 1133-1186, y 1997, pp. 545-593). Para una precisa exposición de tales teorías, véase BLANDINO GARRIDO (2022, pp. 42-52).

<sup>99</sup> ALBALADEJO (1989, p. 459) afirma que «[c]omo para construir hay que contar con el Derecho positivo y su interpretación por el Tribunal Supremo, y ésta es de lo más vacilante y da pie para las opiniones más contrapuestas, resulta que los autores encuentran apoyo en ella para las opiniones más diversas, lo que, sin embargo, a la vez, implica que no pueda opinarse en firme».

<sup>100</sup> MORO LEDESMA, 1934, pp. 82-85.

<sup>101</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, p. 271, afirma que dicha concepción tradicional «fue mayoritaria en la doctrina española de la primera mitad del siglo», con cita de SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO, VALVERDE, BORRELL, OSSORIO MORALES y CASTÁN TOBEÑAS.

al precontrato como «un contrato perfecto y obligatorio que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro»<sup>102</sup>. La objeción a esta doctrina se fundamentaba en que, si del precontrato surgía una obligación de hacer, concretamente de emitir una declaración de voluntad, se trata de una obligación inejecutable, al ser la prestación del consentimiento contractual un acto personal e incoercible directamente, de manera que el eventual incumplimiento del promitente solamente podría remediarlo con la indemnización de los daños y perjuicios causados<sup>103</sup>.

La crítica a la tesis tradicional dio lugar al cuestionamiento de la propia figura del precontrato<sup>104</sup>, y a la aparición de nuevas teorías al respecto<sup>105</sup>, entre las que ha alcanzado relevancia la del profesor De Castro, expuesta en su trabajo sobre la promesa de contrato. De Castro afirma que «El primer e inmediato efecto del ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa es dar vida actual a la relación contractual proyectada. En ese momento se fija el comienzo de la eficacia del contrato»<sup>106</sup>. Diez Picazo corrobora esta doctrina y señala con precisión que «la promesa de contrato aparece como una etapa preparatoria de un *iter* negocial complejo de formación sucesiva. La relación contractual se abre ya entre las partes desde el momento mismo en que el precontrato queda celebrado. Lo que ocurre es que las partes se reservan, bien ambas o bien una sola de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato proyectado»<sup>107</sup>. Esta es la tesis

<sup>102</sup> Así lo define CASTÁN TOBEÑAS, 1977, p. 27.

<sup>103</sup> Aunque, con posterioridad a tales opiniones, el artículo 708 LEC, introducido por la Reforma de 2000, obligó cuando menos a matizar esta crítica.

<sup>104</sup> Una de las primeras críticas al respecto fue la de ALGUER Y MICÓ (1935, pp. 321-333, 369-384 y 417-434).

<sup>105</sup> Una de ellas la de ROCA SASTRE, a la que hemos hecho referencia en la nota 97, quien señala que «aunque la voluntad contractual es incoercible [...] no puede decirse lo mismo de aquella simple actividad de desenvolvimiento de las bases contractuales convenidas en el precontrato» (2009, p. 399). Esta teoría, con ciertos matices, parece ser la seguida por CLAVERÍA GOSÁLVEZ (2004, pp. 1089-1090) quien, después de hacer referencia a las diversas opiniones de los tratadistas españoles al respecto, afirma que el precontrato «es un contrato más, que no puede ser otra cosa que *definitivo*, pero que, como sucede tantas otras veces, tiene un contenido parcialmente indefinido en el momento de su perfeccionamiento».

<sup>106</sup> DE CASTRO (1997, pp. 588-589), quien partía de la base de que «La promesa de contrato origina, por sí misma, una vinculación jurídica que vive con plena sustantividad, mientras no se exija su cumplimiento o no se extinga la relación por alguna causa» (1997, p. 584).

<sup>107</sup> DÍEZ PICAZO (2009, p. 421) quien, siguiendo a DE CASTRO, califica la relación como un *iter* negocial complejo, de formación sucesiva, que deviene a través de dos fases o etapas: «La primera fase es la promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea y se atribuye a las partes la facultad de exigirlo. La segunda fase es la que comienza con la exigencia del cumplimiento de la promesa, mediante el ejercicio de la facultad de exigir por la parte a quien tal facultad le haya sido atribuida o por cualquiera de las partes, si se ha atribuido a ambas indistintamente. El ejercicio de la facultad de exigir determina la vigencia o entrada en vigor del contrato que había sido proyectado» (2009, p. 422).

mayoritaria entre la doctrina de la segunda mitad del siglo pasado y principios del actual<sup>108</sup>.

#### 4.2.2 LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante y contradictoria, ya que mientras en algunas sentencias afirma que el precontrato solamente genera la obligación de concluir un futuro contrato, en otras considera que obliga al cumplimiento del contrato definitivo, y en algunas admite ambas configuraciones<sup>109</sup>.

La tesis tradicional aparece por primera vez en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940<sup>110</sup>, en la que se establece que la función esencial del contrato preliminar consiste en ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato<sup>111</sup>. Y, aunque no puede afirmarse que sea la mayoritaria, esta tesis no ha sido abandonada por la jurisprudencia más reciente; así, la sentencia del Tribunal Supremo 380/2009, de 21 de mayo<sup>112</sup>, se refiere al «precontrato, también llamado contrato preliminar o preparatorio, o *pactum de contrahendo*», como aquel contrato «por el cual las partes se *obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato* (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar»<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> Entre tales autores, ALBALADEJO (1989, p. 465) afirma que, habiendo de contenerse en el precontrato todos los puntos necesarios para el contrato preparado, «y encerrando el precontrato conformidad sobre ellos, es innecesario, para que el acuerdo alcance efectividad, que se otorgue un nuevo consentimiento de las partes, bastando que éstas puedan exigir que *entre en vigor* el acuerdo (precontrato) que ya celebraron»; también LETE DEL RÍO y LETE ACHIRICA (2005, pp. 598-599), quienes señalan que «el cumplimiento del contrato proyectado es susceptible de ser exigido sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes, el cual se puede lograr mediante el cumplimiento forzoso en forma específica».

<sup>109</sup> Incluso se ha acercado en ocasiones a la doctrina de ROCA SASTRE. La STS 784/2003 de 16 julio (ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Roj: STS 5073/2003, ECLI: ES: TS:2003:5073, RJ 2003\5144) señala que «la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha recogido que el precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente –sentencias de 25 de junio de 1996 y 19 de julio de 1994–»; también la STS 654/1993 de 25 junio (ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, Roj: STS 4508/1993, ECLI: ES: TS:1993:4508, RJ 1993\5384) afirma que «[e]l precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente [...]».

<sup>110</sup> RJ 1940\691.

<sup>111</sup> Añade dicha sentencia que el *pactum de contrahendo* no tiene otro objeto que «el de vislumbrar la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el del contrato definitivo, que ha de celebrarse después; ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento».

<sup>112</sup> Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Roj: STS 3067/2009 – ECLI: ES: TS:2009:3067, RJ 2009/3031.

<sup>113</sup> Con cita de las STS 375/2008, de 8 de mayo (ponente: Ignacio Gil de la Sierra Cuesta, Roj: STS 2581/2008, ECLI: ES: TS:2008:2581, RJ 2008/2959) –que señaló que «la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un “quedar obligado a obligarse”»–, STS 751/1998, de 24 de julio (ponente: Francisco Morales Morales, Roj: STS 5000/1998, ECLI: ES: TS:1998:5000, RJ 1998/6393), y

La tesis de De Castro tampoco tardó en reflejarse en la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950<sup>114</sup>, declaró que «para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato [...]» y que «[...] en el contrato de promesa de vender o comprar, por su singular naturaleza se encierra y contiene el consentimiento suficiente para perfeccionar y consumar la futura compraventa prometida». Esta línea jurisprudencial se ha ido consolidando hasta la actualidad<sup>115</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo 913/2021 de 23 diciembre<sup>116</sup>, con amplias referencias a la jurisprudencia anterior, afirmó que «la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado»<sup>117</sup>.

STS 1149/2008, de 16 de diciembre (ponente: José Ramón Ferrández Gabriel, Roj: STS 7330/2008, ECLI: ES: TS:2008:7330, RJ 2009/290); sin embargo, esta última sentencia contemplaba las dos teorías reseñadas, al fijar la función del precontrato según «el propósito empírico de quienes lo celebran –propiamente, tanto si las partes hubieran querido obligarse a celebrar un futuro contrato, prestando para ello el *facere* consistente en consentir de nuevo, como si lo deseado hubiera sido atribuir a una de ellas, o a las dos, la facultad de exigir en un momento futuro la puesta en vigor de un contrato proyectado, sin necesidad de más consentimiento».

<sup>114</sup> Ponente: Saturnino López Peces, RJ 1950/1187.

<sup>115</sup> La STS 1325/2006, de 14 de diciembre (ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 7566/2006, ECLI: ES: TS:2006:7566, RJ 2006, 8235) afirmó que el precontrato es «la primera fase del *iter contractus*; la relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado». Seguía diciendo la sentencia que en el precontrato «se distinguen dos fases, la primera es el precontrato en que se concreta el contrato comprometido y las partes tiene la obligación y el derecho de ejecutarlo y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior». Conforme a la distinción que antes se ha apuntado entre el precontrato unilateral y el bilateral, la sentencia señalaba que «el precontrato bilateral –que es el presente– implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido»; en este mismo sentido se pronunciaban, entre otras, las STS 175/2012, de 21 de marzo de 2012 (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 1694/2012, ECLI: ES: TS:2012:1694, RJ 2012/5128), y STS 726/2014, de 2 de diciembre (ponente, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roj: STS 5225/2014, ECLI: ES: TS:2014:5225, RJ 2014/6247).

<sup>116</sup> Ponente: Juan María Díaz Fraile, Roj: STS 4948/2021, ECLI: ES: TS:2021:4948, RJ 2022/256.

<sup>117</sup> Dicha sentencia aclaró el concepto y la naturaleza del precontrato: «En la sentencia 60/2008, de 30 de enero, resumimos nuestra doctrina jurisprudencial sobre la materia, que se condensa en las siguientes pautas: (i) el precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, *no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro* (sentencia de 4 de julio de 1991); (ii) *contiene ya los elementos del contrato definitivo*, cuya perfección las partes aplazan (sentencia de 3 de junio de 1994); (iii) es ya un *contrato completo*, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, “teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo” (sentencia de 23 de diciembre de 1995); (iv) “la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado” (sentencia de 11 de mayo de 1999); (v) es esencial que “no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio”; así lo declaró la sentencia de 11 de abril de 2000 en un caso de precontrato unilateral, “bastando la expresión de voluntad

### 4.3 La eficacia de la promesa en la Propuesta

La Comisión encargada de elaborar la Propuesta de 2023 debía dilucidar, con relación a la eficacia de la promesa, cual de las dos tesis apuntadas era la que seguía.<sup>118</sup> Ambas tesis han con-

del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos" (sentencias de 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993 y reiteran las de 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997). También en este sentido la STS 34/2010, de 8 febrero (ponente: Antonio Salas Carceller, Roj: STS 287/2010, ECLI: ES: TS:2010:287, RJ 2010\395), y la STS 722/2014, de 18 febrero (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 563/2015, ECLI: ES: TS:2015:563, RJ 2015\575): «La opción de compra es una especie de precontrato (como dice la sentencia de 25 noviembre 2011, reiterada por la de 1 de diciembre de 2011) entendido como una primera fase del iter contractus en el que la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado: así lo ha entendido y conceptualizado reiterada jurisprudencia: sentencias del 7 septiembre 2010, 24 junio 2011; que ha sido especialmente abundante cuando se ha referido al precontrato de opción de compra, como concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir el poner en vigor el contrato principal de compraventa: así, sentencias de 21 noviembre 2000, 5 junio 2003, 3 abril 2006, 12 mayo 2009, 7 mayo 2010, 6 abril 2011, 25 noviembre 2011».

<sup>118</sup> La dualidad de teorías con respecto a la eficacia de la promesa se ha podido apreciar en la regulación de los derechos navarro y catalán. Mientras en Navarra se deducía que el ejercicio de la promesa originaba la obligación de contratar, en Cataluña daba lugar a la puesta en vigor del contrato prometido.

a) La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo establece, en el apartado primero de la Ley 516, que «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». La doctrina, en general, considera que se acoge la concepción tradicional de la promesa como generadora de la obligación de prestar el consentimiento necesario para la perfección del negocio proyectado, tanto por su propia denominación «promesa», como por la obligación de «concluir un contrato futuro»; en este sentido, ARCOS VIEIRA (2020, p. 2190). En cuanto a la jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 199/1999 de 31 julio (AC 1999\1906), si bien parte de la base de que «la promesa de contrato que se configura en la ley 516 del FN constituye un auténtico *pactum de contrahendo*, cuya eficacia queda limitada a la obligación de las partes a concluir el contrato definitivo», matiza que «este posicionamiento del Fuero Nuevo respecto a la concepción de la promesa de contrato, no implica que no quepa configurar dicha promesa de forma distinta a los perfiles indicados, aunque sí entrañará que cuando exista duda o no se pueda establecer cuál sea la voluntad de los intervenientes en la relación deberán las partes someterse a esa regulación tipificada». Más dudosa es la cuestión de si la promesa engloba tanto la unilateral como la bilateral. La referencia de la Ley a que queda obligada la parte que «hace la promesa» parece dar a entender su carácter unilateral, más si se compara con el apartado segundo de la Ley 516 conforme al cual «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»; sin embargo, no apreciamos inconveniente para una interpretación extensiva del precepto, de manera que incluya también la promesa recíproca, como entiende ARCOS VIEIRA (2020, p. 2191), con cita de la STS 543/2008, de 17 de junio (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, Roj: STS 3817/2008, ECLI: ES: TS:2008:3817 RJ 2008\4251).

b) En cambio, en Cataluña, la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente (derogada por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, lo que originó una laguna legal respecto a los derechos de adquisición de naturaleza personal) establecía en el apartado primero del artículo 30 que «El ejercicio del derecho de adquisición de naturaleza personal supone la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de entrega del objeto y, si procede, del pago de la contraprestación», por lo

tado, como se ha señalado, con apoyo doctrinal y jurisprudencial, aunque actualmente la mayoritaria es la que considera que no es necesario la prestación de un nuevo consentimiento por parte del obligado para la consumación de la promesa de contrato, sino que únicamente se requiere el consentimiento del beneficiario. Esta tesis es la que se ha sido adoptada por la Ordenanza francesa de 2016 y por la ley belga de 2022, leyes que, en especial la primera, influyeron en la redacción de la Propuesta. El apartado primero del artículo 1124 del Código civil francés establece que «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire»<sup>119</sup>; y, en términos análogos, el artículo 5.25 del Código civil belga dispone que: «Le contrat d'option, ou la promesse unilatérale de contrat, est un contrat par lequel une partie donne à son bénéficiaire le droit de décider de conclure avec elle un contrat dont les éléments essentiels et substantiels sont établis et pour la formation duquel il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire». Sin embargo, como se verá continuación, la Propuesta no ha seguido tal doctrina.

cual, ya bajo la denominación de opción y no de promesa, su ejercicio determinaba no la obligación de concluir un contrato de compraventa, sino la puesta en vigor de tal contrato (véase BOSCH CAPDEVILA, 2004, pp. 233-234). La Ley 22/2001 distinguía la opción de naturaleza personal de la que tenía carácter real, cuyo ejercicio producía la adquisición de la propiedad del bien por parte del optante, conforme al apartado primero del artículo 29: «El ejercicio de un derecho de adquisición de naturaleza real supone la adquisición de la cosa en las mismas condiciones en que se hallaba en el momento de la constitución del derecho y la extinción de los derechos incompatibles que se hayan constituido con posterioridad sobre la cosa, sin perjuicio de lo establecido en la legislación hipotecaria» (véase BOSCH CAPDEVILA, 2004, pp. 211-216).

Por otra parte, la Propuesta de Código civil español elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, dentro del capítulo dedicado a la formación del contrato y, más en concreto, en la sección que lleva por título «De los precontratos», dedica el artículo 522-3 a la que denomina «promesa de contrato», y en su apartado primero establece lo siguiente: «La promesa de contrato es un contrato por el cual una de las partes, el promitente, otorga a la otra, el beneficiario, el derecho, durante cierto tiempo, de optar por la celebración de un contrato distinto, cuyos elementos esenciales han sido ya acordados, de tal modo que si el beneficiario ejerce la opción se entiende que el promitente ya ha consentido el segundo contrato». No cabe duda de que el precepto deja clara la naturaleza de la figura, y las consecuencias del incumplimiento, aunque de forma un tanto contradictoria; así, por una parte, se establece de manera diáfana que el ejercicio de la opción o el cumplimiento de la promesa obliga a la conclusión de un nuevo contrato –el contrato base–, pero por otra da a entender que, ante la eventual resistencia del promitente, se entiende que este ya ha consentido el nuevo contrato, sin duda sobre la base del artículo 708 LEC, al que posteriormente se hará referencia en el epígrafe 5.2.

<sup>119</sup> El mismo régimen se prevé con respecto a la promesa de venta en el artículo 1588 del anteproyecto de reforma de los contratos especiales: «La promesse unilatérale de vente ou d'achat devient vente lorsque, au plus tard à l'expiration du délai stipulé par les parties, le bénéficiaire fait connaître au promettant, dans les formes prévues au contrat, sa volonté de lever l'option en se portant acquéreur ou vendeur pour le prix convenu».

### 4.3.1 LA EFICACIA DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN

El artículo 1262 de la Propuesta establece que «[e]l beneficiario de un contrato de opción o de una promesa unilateral de contrato *tiene derecho a decidir la celebración del contrato* siempre que su contenido esté suficientemente determinado». El precepto se aparta, aparentemente, de la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia, en tanto que, por el ejercicio de la opción, no dispone expresamente que se concede al optante el derecho a exigir el *cumplimiento del contrato* o a «ponerlo en vigor», sino a «decidir la *celebración del contrato*», «*celebración*» que, en principio, requiere la prestación, por ambas partes, del consentimiento contractual; «*decidir la celebración*» no equivale a *decidir que se considere celebrado* el contrato prometido.

El artículo 1262 de la Propuesta parece estar inspirado en el artículo 1124 del Código civil francés que, tras la Reforma de 2016, empieza diciendo en su primer apartado que «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, *le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat* dont les éléments essentiels sont déterminés [...].» Hasta este inciso inicial la analogía entre ambos preceptos es evidente, y se deja claro que el ejercicio de la opción da lugar a la conclusión de un nuevo contrato. Ahora bien, ¿qué falta para la conclusión de este nuevo contrato? Mientras la Propuesta guarda silencio al respecto, el inciso final del artículo 1124 del Código civil francés añade «et pour la formation duquel *ne manque que le consentement du bénéficiaire*». Es decir, la reforma francesa del 2016 estableció claramente que el ejercicio de la opción determinaba la conclusión de un nuevo contrato, en tanto que el consentimiento del obligado se consideraba prestado al haber concluido la promesa unilateral<sup>120</sup>. En cambio, la Propuesta, cuando menos aparentemente, no llega tan lejos; al no haber establecido de manera expresa, como hace el Código civil francés, que para la formación del contrato solamente falta «el consentimiento del beneficiario», cabe entender que la «*celebración de un contrato*» requiere, en línea de principio y por aplicación de la teoría general, la prestación del consentimiento por ambas partes. Sin embargo, más adelante, cuando se trate de las consecuencias del incumplimiento de la promesa por la negativa del obligado a contratar, se matizará esta afirmación con base al artículo 708.1 LEC<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Véase FRANÇOIS, quien afirma que «L'ordonnance s'inspire des définitions doctrinales qui insistent sur le fait que le promettant a définitivement donné son consentement au contrat préparé et qu'il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire pour que le contrat soit formé, consentement qui se manifeste par la levée de l'option».

<sup>121</sup> Véase el epígrafe 5.3.1.

#### 4.3.2 LA EFICACIA DEL PRECONTRATO

Si la redacción de la Propuesta con respecto a la eficacia del ejercicio de la opción es manifiestamente mejorable (art. 1262), lo mismo ocurre con lo que dispone el artículo 1264 respecto a la eficacia del precontrato. En línea de principio, sería razonable que el régimen de la opción y el del precontrato fueran análogos, en tanto que la Propuesta configura ambas como promesas, «unilateral» la opción y «mutua» el precontrato. La traslación al precontrato del régimen del artículo 1262 relativo a la opción determinaría que las dos partes del precontrato tendrían el derecho de optar por la *celebración* de un contrato cuyo contenido esencial ya está determinado. Sin embargo, *celebración* no es el término que utiliza el artículo 1264 con relación al precontrato, sino el de *cumplimiento*, cuando dice en su primer apartado que «La promesa mutua de celebrar un contrato permite exigir *su cumplimiento* en los términos acordados, siempre que su contenido llegue a estar suficientemente determinado». Al igual que ocurre en el artículo 1451 CC con relación a la promesa de venta<sup>122</sup>, el precepto no deja claro si la conclusión de un precontrato faculta a cualquiera de las partes a exigir el cumplimiento de la promesa –lo que implicaría la conclusión de un nuevo contrato–, o el cumplimiento del contrato definitivo que ya se consideraría concluido; dicho de otra manera, la duda es si el precontrato constituye un compromiso de contratar, o se identifica con el contrato definitivo.

El artículo 1264 no es, por tanto, todo lo diáfano que resultaría deseable. Por una parte, califica el precontrato como una «promesa mutua de contratar», denominación que permite entender que el ejercicio de la promesa obliga a la conclusión de un nuevo contrato, para lo cual se requeriría la prestación de un nuevo consentimiento, lo que encaja con la apuntada configuración del derecho de opción, calificada asimismo como promesa (unilateral) y cuyo ejercicio da «derecho a decidir la celebración de un contrato». Pero esta consecuencia no la establece de manera clara el artículo 1264. Mientras que con relación a la opción el artículo 1262 establece, como decimos, que su ejercicio permite decidir la «*celebración* de un contrato», el ejercicio del precontrato «permite exigir *su cumplimiento*». La duda es si tal cumplimiento es de la promesa, o del contrato prometido. Mientras el cumplimiento de la promesa supondría la obligación de concluir el contrato definitivo,

<sup>122</sup> Una disyuntiva similar ha existido respecto a la interpretación del artículo 1451 del Código civil, cuando establece en su apartado primero que «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el *cumplimiento del contrato*»; véase el epígrafe 4.1.2.

el cumplimiento del contrato se referiría al cumplimiento de las prestaciones que le son inherentes. Tres son los argumentos que nos hacen decantar por la primera de estas teorías. 1.º) En primer lugar, la coherencia con la configuración de la opción. 2.º) Además, es el sentido que se deduce de la redacción del precepto: el sujeto de la frase es la promesa, no el contrato resultante de dicha promesa. 3.º) Y, por último, que se trata de la solución que mejor encaja con las razones que motivan a las partes la conclusión de un precontrato y no del contrato definitivo<sup>123</sup>.

#### 4.3.3 CRÍTICA AL RÉGIMEN DE LA PROPUESTA: LOS INTERESES DE LAS PARTES DEBEN PERMITIR CONFIGURAR LA EFICACIA DEL EJERCICIO DEL PRECONTRATO Y DE LA OPCIÓN

La dualidad de teorías respecto a las consecuencias del ejercicio de la opción y del precontrato debería permitir a las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, adoptar la que mejor encaje con sus necesidades en el caso concreto. Las partes deberían poder, simplemente, «obligarse a contratar» o, si ello más les conviene, aplazar la «puesta en vigor de un contrato ya concluido». Que se decidan por una u otra posibilidad dependerá de sus intereses y de diversos factores, entre ellos, precisamente, si estamos ante un precontrato o ante una opción, es decir, si la vinculación es para ambas partes, o para una sola de ellas. Si las dos partes pretenden constituir una vinculación actual, pero no concluir en este momento el contrato definitivo, seguramente no será porque no quieran concluirlo, sino porque este contrato todavía no se puede celebrar, por diversas causas, entre ellas, por ejemplo, la necesidad de que transcurra un plazo establecido –tenga este plazo origen legal<sup>124</sup>, o voluntario<sup>125</sup>–, o la exigencia de una serie de documentos o permisos que requieren una tramitación que puede alargarse más o menos en el tiempo<sup>126</sup>. Si se da este escenario, la modalidad de promesa bilateral de contratar que mejor encaja con los intereses de las partes es el «compromiso de contratar», que *obliga a concluir* el contrato definitivo. En cambio, si la vinculación es solo para una de las partes, de manera que la otra podrá decidir, en función de su conveniencia, si se concluye o no el contrato definitivo –facultad de

<sup>123</sup> Véase el epígrafe 2.

<sup>124</sup> Por ejemplo, la venta de una finca rústica adquirida por el ejercicio del derecho de retracto de colindantes, que no podrá enajenarse dentro de los seis años siguientes a su adquisición, artículo 568-20.2 del Código civil de Cataluña, o una vivienda protegida (véase el artículo 16 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda).

<sup>125</sup> Por ejemplo, cuando sobre el bien que se desea transmitir recae una prohibición de disponer impuesta por el causante durante un cierto plazo.

<sup>126</sup> Por ejemplo, la cédula urbanística en la transmisión de una vivienda.

decidir para la cual, probablemente, habrá satisfecho una prima— le convendrá que, si decide ejercer su derecho, el concedente no pueda poner obstáculos a la conclusión del contrato, por lo que le interesaría configurar la promesa como un contrato —el propio contrato definitivo— en el que su efectividad queda a resultas de su decisión<sup>127</sup>. Esta posibilidad de doble configuración de la promesa ha sido aceptada tanto por parte de la doctrina como por cierta jurisprudencia. Así, ya Rivero Hernández señalaba que, «aun dando prevalencia en términos generales a la doctrina de De Castro para lo que podríamos llamar el precontrato tipo, no se puede considerar tal formulación conceptual como válida para todos los casos», ya que, sigue diciendo, las partes unas veces querrán la terminación del iter negocial iniciado, pero en otras pretenderán únicamente prometer un contrato cuya efectividad futura no dejan sellada, siendo ambos esquemas «lícitos o protegidos»<sup>128</sup>. Y la falta de una doctrina del Tribunal Supremo claramente consolidada ha dado lugar a que el Alto Tribunal también haya aceptado la doble posibilidad de configuración del precontrato; la ya citada sentencia del Tribunal Supremo 1149/2008, de 16 de diciembre, así lo da a entender cuando, por una parte, señala que «lo que caracteriza al precontrato es que las partes, por las razones que sea, no quieren que se produzcan de momento los efectos del contrato proyectado», y señala el propósito que las partes quieren conseguir con el precontrato: «tanto si las partes *hubieran querido obligarse a celebrar un futuro contrato*, prestando para ello el *facere* consistente en consentir de nuevo, como si lo deseado hubiera sido atribuir a una de ellas, o a las dos, la *facultad de exigir en un momento futuro la puesta en vigor de un contrato* proyectado, sin necesidad de más consentimiento».

## 5. REMEDIOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA

Si el ejercicio de la opción o del precontrato determinase la puesta en vigor del contrato base, el incumplimiento del obligado no implicaría un incumplimiento de la promesa, sino ya del contrato

<sup>127</sup> Ello ha llevado a algunos autores a dar una denominación distinta a cada una de estas modalidades. Así, BOSCH, DEL POZO y VAQUER (2016, pp. 136-139) distinguen el *compromiso de contratar*, como «contrato en virtud del cual las partes se obligan a concluir, dentro del plazo previsto, el contrato definitivo» (artículo 33.1 de su Propuesta), del *precontrato*, como «contrato en el que el cumplimiento de las recíprocas prestaciones queda en suspenso hasta el momento en que cualquiera de las partes decide, dentro del plazo previsto, dar efectividad al contrato» (artículo 34.1). En términos semejantes, véase los artículos 2-20.1 y 2-21.1 de la *Propuesta de Regulación de los derechos de adquisición* coordinada por BLANDINO GARRIDO y DE BARRÓN ARNICHES (2022, pp. 142-150).

<sup>128</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 1987, p. 274.

definitivo, al que se le aplicaría el régimen general de remedios del incumplimiento contractual. Pero, como se ha señalado<sup>129</sup>, en la Propuesta el ejercicio de la promesa genera una obligación de contratar para el promitente, por lo que deben analizarse los remedios ante un eventual incumplimiento de la promesa por la negativa del obligado a concluir el contrato prometido.

## 5.1 La discrepancia en la doctrina y en la jurisprudencia

Al igual que sucede con relación a la cuestión de la eficacia del ejercicio de la promesa, doctrina y jurisprudencia han discrepado respecto a los remedios frente a su incumplimiento.

### 5.1.1 LA DOCTRINA

La doctrina se ha encontrado dividida. Para la concepción que se puede calificar como de más tradicional, la prestación del consentimiento para la conclusión del contrato definitivo es un acto personalísimo e incoercible, que ante la negativa a prestarlo solamente puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios; así, Mezquita del Cacho señala que «No se puede consentir en consentir, obligarse a consentir en el futuro, pues la voluntad contractual no puede ser impuesta, sino que ha de ser libre en cada momento, y mucho menos puede ser suplida por un mandato judicial»<sup>130</sup>. Otros autores, en cambio, consideran que, en caso de resistencia del concedente a otorgar voluntariamente el contrato definitivo, el Juez puede condenar a estimarlo concluido; en este sentido Castán Tobeñas afirma que «si el concedente se resiste a otorgar el contrato definitivo, puede el Juez, supletoriamente, como en los demás casos de promesa de contrato, dar efectividad a éste»<sup>131</sup>. Y según otra opinión, se admite que la voluntad de las partes pueda determinar las consecuencias del incumplimiento; Rivero Hernández señala que «no todos los precontratos responden a un mismo propósito y voluntad de las partes», sino que a partir de la pretensión de que el contrato prometido exista o tenga vigor en el futuro, pero no

<sup>129</sup> En el epígrafe 4.3.

<sup>130</sup> MEZQUITA DEL CACHO (1951, p. 81). En esta misma línea, PUIG PEÑA (1973, p. 600) afirma que «parece más general la tendencia doctrinal consistente en admitir en este supuesto sólo las consecuencias propias del incumplimiento de obligaciones de *hacer* hechos personalísimos, o sea que el supuesto se traduce en la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Y entienden que el caso es una obligación de hacer hechos personalísimos por cuanto que el *consentimiento* es lo más personal que se conoce, y el Juez no puede sustituir en la prestación de aquél».

<sup>131</sup> CASTÁN TOBEÑAS (1977, p. 53); también es de esta opinión ROCA SASTRE (2009, p. 431).

ahora, sucesivamente pueden querer: «a) que la voluntad del juez supla, en su caso, la voluntad de un contratante renuente al otorgamiento; o bien b) que el contrato de promesa se entienda puesto en vigor y ejecutable como contrato definitivo a partir de un cierto momento; o, en el extremo opuesto, c) que la voluntad individual sea infungible, resolviéndose la negativa a declararla en una indemnización de daños»<sup>132</sup>.

### 5.1.2 LA JURISPRUDENCIA

La ya citada sentencia del Tribunal Supremo 654/1993, de 25 de junio, expuso de manera clara las dos principales posiciones respecto a las consecuencias del incumplimiento de la promesa<sup>133</sup>: «El precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente: debiéndose, por esta especialidad, quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: *entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento*, o a la emisión de una declaración de voluntad, en lo que consiste la obligación del futuro contrato, ya que esto es un acto estrictamente personal y no coercible, quedando viva únicamente la posibilidad de una indemnización por los daños y perjuicios causados; o bien entender, con la más reciente jurisprudencia de esta Sala, que al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer, *una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento*; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo»<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> RIVERO HERNÁNDEZ (1987, p. 273).

<sup>133</sup> Véase citas de sentencias anteriores en ambos sentidos en PUIG PEÑA (1973, pp. 600-601), o en ALBALADEJO (1989, pp. 467-468).

<sup>134</sup> Entre las sentencias que adoptaron la posición más clásica, cabe citar la STS de 9 de julio de 1940 (RJ 1940/691), que afirmó que el incumplimiento del *pactum de contrahendo* no puede «producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer»; asimismo, la STS 523/1991, de 4 de julio (ponente: Jaime Santos Briz, Roj: STS 3879/1991, ECLI: ES: TS:1991:3879, RJ 1991/5325), que declaró que «en caso de incumplimiento [del precontrato], y dado que, como prestación del consentimiento para el contrato definitivo, es una prestación personalísima a la que no puede ser obligado el contratante incumplidor, tal incumplimiento se transforma en indemnización de daños y perjuicios, previa cumplida prueba de los mismos». Y entre las que siguieron la segunda de las teorías, la STS 939/1989, de 13 de diciembre (ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, Roj: STS 9798/1989, ECLI: ES: TS:1989:9798, RJ 1989/8824) señaló que «desde la Sentencia de 11 de noviembre de 1943

## 5.2 El artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001 avaló, aparentemente, la teoría que admite la sustitución de la voluntad del obligado por una declaración judicial, al establecer en el apartado primero de su artículo 708 que «Cuando una resolución judicial o arbitral 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, por medio de auto, *resolverá tener por emitida la declaración de voluntad*, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad».

El efecto práctico del artículo 708 LEC es que posibilita el cumplimiento en forma específica de la obligación de contratar ante la resistencia de una de las partes a concluir el contrato definitivo. ¿Cómo se consigue este cumplimiento? El precepto parte de la base de que, si el obligado se niega a contratar, el beneficiario ejercerá la correspondiente acción judicial, en la que se condenará al obligado a cumplir, es decir, a emitir una declaración de voluntad para concluir el contrato. Si transcurrido el plazo legal de veinte días (art. 548 LEC) el obligado no cumple voluntariamente, el cumplimiento en forma específica de la obligación de contratar podría lograrse de dos maneras. Una primera posibilidad, discutible por la propia naturaleza del consentimiento contractual, sería que la autoridad judicial emitiese una declaración de voluntad sustitutoria, sobre la base del consentimiento ya prestado anteriormente (al concluir el contrato preparatorio)<sup>135</sup>. No lo hace así el artículo 708 LEC, que prevé que el Tribunal dictará un auto en el que

---

ya se señala la diferencia entre contrato preliminar y el que se celebre en cumplimiento del mismo, permitiéndose desde la de 1 de julio de 1950 *el cumplimiento forzoso, con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez*, circunscribiendo el derecho a indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir –SS. de 2 de febrero de 1959 y 26 de marzo de 1965».

<sup>135</sup> Con mayor o menor precisión o rigor, así lo hacen algunos códigos civiles. El artículo 1418 del Código civil de Perú dice que «La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte, alternativamente el derecho a: 1. Exigir judicialmente la celebración del contrato. 2. Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar. En uno y otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios»; el artículo 2247 del Código civil Federal de México empieza diciendo que «Si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez [...]», y en términos análogos se expresa el artículo 1683 del Código civil de Guatemala: «Si el promitente se negare a otorgar la escritura para dar forma legal al contrato prometido, en su rebeldía lo hará el juez [...]».

«resolverá tener por emitida la declaración de voluntad». Con independencia de que jurídicamente sea o no posible la declaración de voluntad ajena sustitutoria, el precepto no decreta el cumplimiento específico de la obligación –la prestación del consentimiento– por un tercero –sea el Juez u otra persona–, sino que simplemente declara que tal consentimiento ya ha sido prestado por el obligado y que, por tanto, no hace falta reiterarlo. En consecuencia, el Juez emite una sentencia declarativa<sup>136</sup>.

Se aprecia, por tanto, una contradicción en el artículo 708.1 LEC. Si atendemos al inciso inicial, la condena a emitir una declaración de voluntad da a entender que debe prestarse un nuevo consentimiento contractual, con lo cual parece adherirse a la teoría clásica conforme a la cual la promesa obliga a contratar. En cambio, la resolución del Tribunal de «tener por emitida la declaración de voluntad» abona la teoría contraria, en tanto que viene a declarar que el consentimiento del obligado ya se ha prestado y que por

<sup>136</sup> En el Código civil portugués y en el Código civil italiano el incumplimiento del promitente también se remedia mediante una resolución judicial, aunque no aparece tan claro que tal resolución tenga un mero carácter declarativo. El apartado primero del artículo 830 del Código civil portugués establece que «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». Similar es la norma del artículo 2932 del Código civil italiano, conforme al cual «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 ottenerne una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». En el Derecho francés no es la autoridad judicial, sino que es la propia Ley la que dispone la irrelevancia de la negativa del concedente para concluir el contrato prometido, porque considera que aquel ya ha prestado su consentimiento al concluir el contrato de promesa, consentimiento que es irrevocable. El artículo 1124 del Código civil, en sus dos primeros apartados redactados tras su reforma por la Ordenanza nº 2016-131 de 10 de febrero de 2016, establece que «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis». La regulación vigente se aparta de la jurisprudencia anterior, que tras la sentencia de la Sala 3.<sup>ª</sup> de lo Civil del Tribunal de Casación de 15 de diciembre de 1993 consideraba que el ejercicio de la opción por parte del beneficiario una vez revocada la promesa por parte del promitente excluía cualquier concurso de voluntades sobre el contrato prometido, de modo que este último no podía ser objeto de ejecución forzosa alguna, sino que solamente podía dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Aunque desde 2008 el Tribunal de Casación había admitido la validez de la cláusula de la promesa en virtud de la cual el incumplimiento de la promesa por parte del promitente puede dar lugar al cumplimiento en forma específica mediante el reconocimiento judicial del contrato (en concreto la sentencia de la Sala Tercera de 27 de marzo de 2008), y que por ello dicha cláusula se había generalizado en muchos contratos, existe un sector de la doctrina francesa que, aferrado a la jurisprudencia tradicional, habla incluso de la inconstitucionalidad de la ejecución forzosa de las promesas unilaterales de venta por considerar que no puede obligarse a una persona a consentir un contrato, y que considerar el contrato celebrado a pesar de la retractación del promitente consumaría un ataque desproporcionado al principio de libertad contractual; véase FABRE-MAGNAN, 2015 (pp. 826-828).

tanto no es necesario prestar un nuevo consentimiento para que el contrato definitivo se entienda concluido<sup>137</sup>.

### 5.3 El incumplimiento de la promesa en la Propuesta

El incumplimiento de la opción o del precontrato se produce cuando el obligado no cumple su promesa, es decir, cuando ante el requerimiento de la otra parte se niega a concluir el contrato definitivo. Tal incumplimiento puede tener lugar por la simple negativa del obligado a contratar, o por haber celebrado el contrato prometido con un tercero –probablemente, en unas condiciones más ventajosas que las establecidas en la promesa–.

El artículo 1263 regula, de manera unitaria para el pacto de preferencia y la opción, los remedios del incumplimiento, remitiendo a los remedios generales y previendo una norma especial para el incumplimiento en el que ha colaborado un tercero<sup>138</sup>. En cuanto al precontrato, el apartado segundo del artículo 1264 simplemente remite al régimen general del incumplimiento del contrato, si bien le debe ser también aplicable, por analogía, el régimen especial previsto para la opción en caso de contratación del obligado con un tercero. Por ello, los apartados que siguen abordan, de manera unitaria, los remedios del incumplimiento tanto en la opción como en el precontrato.

#### 5.3.1 INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA POR LA NEGATIVA DEL OBLIGADO A CONTRATAR

En los apartados anteriores se ha puesto de manifiesto que doctrina y jurisprudencia han discrepado respecto a si, cuando el obligado se niega a concluir el contrato definitivo, el único remedio posible es la indemnización de los daños y perjuicios causados, o cabe también un cumplimiento específico mediante una resolución de la autoridad judicial. Ante tal polémica, lo deseable hubiese sido que la Propuesta zanjase la cuestión en uno u otro sentido<sup>139</sup>. No ha

<sup>137</sup> En esta misma línea, CARRASCO PERERA (2024, p. 129) pone de relieve la contradicción del artículo 708.1 LEC: «Si un “precontrato” es *perfecto* y contiene todos los elementos esenciales y accidentales del acuerdo en cuestión, este precontrato no puede ser *judicialmente ejecutado* mediante la ejecución de una sedicente condena a emitir una declaración de voluntad. Y por eso se equivoca ostentosamente el artículo 708.1 LECiv, pues si el precontrato es perfecto, la sentencia que lo haya declarado así será declarativa de la existencia del contrato o de condena a su cumplimiento, pero es un imposible lógico que se trate de un título ejecutivo judicial que condene a *emitir de nuevo la misma declaración* negocial que se ha dado por existente o presupuesta en la sentencia».

<sup>138</sup> Véase el epígrafe II.6.2 con relación a los remedios para el incumplimiento del pacto de preferencia.

<sup>139</sup> Como hizo, por ejemplo, la *Propuesta de regulación de la Teoría General del contrato* de BOSCH, DEL POZO y VAQUER (2016), que en el artículo 33 y con relación al que denominan «compromiso de contratar», después de establecer como remedio general la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, establece en el

sido así, sino que tanto el apartado primero del artículo 1263 con relación a la opción como el apartado segundo del artículo 1264 respecto al precontrato remiten a los «remedios derivados del incumplimiento del contrato».

De los cinco remedios que contempla el apartado primero del artículo 1173, no satisfará al beneficiario ni la simple reducción del precio –reclamará su restitución íntegra–, ni la suspensión del cumplimiento de su obligación –la obligación de pagar una prima ya se habrá satisfecho, si es el caso, al concluir la promesa<sup>140</sup>. La resolución del contrato podrá interesar al beneficiario para exigir la devolución de la prima que, en su caso, hubiese abonado. Por tanto, la alternativa queda prácticamente reducida a los dos remedios a los que doctrina y jurisprudencia ha venido haciendo referencia. Por una parte, a) la indemnización de los daños y perjuicios, remedio que puede operar autónomamente o acumulado a otros como la resolución –por el incumplimiento–, o el cumplimiento específico –por el retraso en el cumplimiento y los costes de tramitación–. Y b), el otro remedio es «exigir el cumplimiento de la obligación», es decir, el cumplimiento en forma específica. Las dudas se hubiesen resuelto si la Propuesta hubiera concretado cómo puede llevarse a cabo dicho cumplimiento específico; ante su silencio, cabe entender que existe una tácita remisión al artículo 708.1 de la LEC, lo que permitiría que, por medio de una sentencia judicial, se tenga por prestado el consentimiento del obligado a la conclusión del contrato definitivo.

En cualquier caso, el necesario auxilio judicial que requiere el ejercicio de estos remedios revela que hubiese sido más satisfactorio para el beneficiario la consideración del contrato preparatorio no como una obligación de contratar, sino como un contrato definitivo pendiente de su puesta en vigor por quien corresponda.

### 5.3.2 REMEDIOS ESPECÍFICOS PARA EL CASO DE CONCLUSIÓN DEL CONTRATO PROYECTADO CON UN TERCERO

Cuando el incumplimiento se haya producido por haber concluido el obligado el contrato prometido con un tercero, el cumplimiento en forma específica de la promesa ya es más difícil. No basta con que se emita una resolución judicial declarando prestado

---

apartado cuarto que es válido el pacto entre las partes en que estas «acuerdan que, en caso de negativa injustificada de una de las partes a prestar el consentimiento para concluir el contrato definitivo, la autoridad judicial o un tercero designado por las partes otorgará este consentimiento».

<sup>140</sup> Véase el epígrafe II.6.2.1.

el consentimiento del obligado, sino que, previamente, debería también resolverse el contrato con el tercero, lo que no siempre será posible.

A) El tercero protegido

El contrato del obligado con el tercero no podrá resolverse cuando este se encuentre protegido, protección que dependerá de su buena o mala fe, determinada en función de su ignorancia o conocimiento de la promesa. Así lo dispone el apartado tercero del artículo 1124 del Código civil francés, que establece que «Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers *qui en connaissait l'existence* est nul», precepto que, para que el contrato sea nulo, se limita a exigir que el tercero tenga conocimiento de la existencia de la promesa, sin necesidad de que exista una «*collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers*»<sup>141</sup>.

Como en otro lugar se ha señalado<sup>142</sup>, a pesar de que el apartado segundo del artículo 1263 no requiere literalmente el simple conocimiento de la promesa, sino que exige que el tercero «haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento» del contrato de opción, debe partirse de la base de que el conocimiento por el tercero de la existencia de la opción –y de que se encuentra vigente– implica dicha «colaboración a sabiendas en el incumplimiento»<sup>143</sup>. En cualquier caso, lo que no permite el artículo 1263.2 es equiparar al conocimiento efectivo la simple posibilidad de conocimiento; por tanto, aunque el contrato de opción se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad (lo que será posible en la opción de compra si se dan los requisitos previstos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario), si el tercero desconoce la promesa no le serán de aplicación los remedios previstos en el apartado segundo del artículo 1263, sin perjuicio de que, por aplicación de los principios generales en materia hipotecaria, sí le pueda ser oponible dicho contrato y decretarse la resolución de su adquisición.

<sup>141</sup> Lo que el tercero debe conocer es la «existencia» de la promesa unilateral, y no la intención del beneficiario de confiar en ella, correspondiendo al beneficiario la prueba de dicho conocimiento, como señalan CHANTEPIE y LATINA (2016, p. 217).

<sup>142</sup> Véase el epígrafe II.6.2.2, A).

<sup>143</sup> Si realmente existe algún caso en el que, conociéndose la existencia de la promesa, la conclusión del contrato con el obligado no implica una «colaboración a sabiendas» en el incumplimiento, estaríamos ante uno de los casos en los que la doctrina francesa habla de *hypothèses d'école*, es decir, casos de laboratorio, que quizá podría darse cuando el tercero hubiese interrogado al optante respecto a su intención de ejercitarse o no la opción y obtuviese una respuesta negativa, o cuando tuviese fundados motivos para creer que el derecho no se ejercería.

*B)* Remedios cuando el tercero ha colaborado a sabiendas en el incumplimiento

Si el tercero no tiene conocimiento de la promesa, la regla general es que ya no será posible el cumplimiento en forma específica de la obligación de contratar. En cambio, si es conocedor de la misma, el apartado segundo del artículo 1263 prevé que el beneficiario podrá reclamar al tercero «una indemnización por los daños sufridos, la ineficacia del contrato o su sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este». De estos tres remedios, dos de ellos –la indemnización y la ineficacia– ya resultaban de aplicación conforme a la remisión de los artículos 1263-1 y 1264-2 al régimen general de remedios del artículo 1173 de la Propuesta. La utilidad de la primera se encuentra en que se concede al beneficiario la posibilidad de solicitar la indemnización tanto al obligado como al tercero. La «ineficacia» del contrato entre promitente y tercero permite su anulación<sup>144</sup>, y posibilita la posterior conclusión del contrato entre el obligado y el beneficiario; constituye, por tanto, un paso previo para el cumplimiento de la promesa en forma específica.

En cuanto a la «sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este», parece de entrada un remedio pensado para el incumplimiento del pacto de preferencia, en tanto que dicha «sustitución» o «subrogación» –como se denomina impropiamente en el artículo 1521 CC– es el mecanismo para hacer efectivo el retracto. ¿Puede actuar también este remedio en caso de incumplimiento del derecho de opción? No parece muy probable, dado que la opción se ejercita conforme a las condiciones establecidas en el título constitutivo, que pueden ser distintas de las convenidas entre promitente y tercero. Obviamente, no interesaría al optante su «sustitución en el lugar del tercero» si las condiciones son más onerosas que las establecidas, escenario que será el más frecuente y que habrá llevado al promitente a incumplir su promesa; solamente en el extraño caso en que dichas condiciones fueran más beneficiosas, podría ser un remedio útil para el optante<sup>145</sup>.

<sup>144</sup> En cambio, el apartado tercero del artículo 1124 del Código civil francés establece «Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul». Algunos autores consideran que hubiera sido preferible decir que el contrato era susceptible de ser anulado, en tanto que podría ocurrir que el beneficiario prefiriese que se le abonara una indemnización; véase CHANTEPIE y LATINA (2016, p. 218).

<sup>145</sup> Siempre teniendo en cuenta que no será un remedio efectivo si, cuando la opción recaiga sobre un contrato traslativo del dominio, se ha producido ya la transmisión de la propiedad; véase el epígrafe II.3.2.

## 6. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> La «promesa de contrato» puede ser unilateral (opción) o bilateral (precontrato), según conceda la facultad de decisión a una o a ambas partes, respectivamente.

2.<sup>a</sup> La dualidad promesa unilateral / promesa bilateral o mutua tiene su precedente en el artículo 1451 CC, que en su apartado primero se refiere a la promesa unilateral («vender o comprar») y en el segundo a la bilateral («promesa de compra y venta»).

3.<sup>a</sup> En la promesa debe estar «suficientemente determinado» el contenido del contrato definitivo, en concreto, es esencial la identificación del objeto sobre el que se contrata, el tipo contractual, y la contraprestación.

4.<sup>a</sup> La parte o las partes obligadas por la promesa no deben realizar ninguna acción que pueda impedir la conclusión o la eficacia del contrato definitivo conforme a las condiciones establecidas en la promesa.

5.<sup>a</sup> El alcance de la facultad de decisión del beneficiario de la promesa ha sido interpretado por parte de un sector de la doctrina y jurisprudencia como la facultad de exigir la conclusión del contrato definitivo, mientras que otro sector ha considerado que el ejercicio de la promesa pone en vigor un contrato ya concluido.

6.<sup>a</sup> Los intereses de las partes les deberían permitir, en función del propósito que pretendan conseguir, atribuir una u otra eficacia a la promesa.

7.<sup>a</sup> En la opción, en que la vinculación es solo para una de las partes, al beneficiario le conviene que, si ejercita su derecho, el concedente no pueda poner obstáculos a la conclusión del contrato, por lo que le interesa configurar la promesa como un contrato en el que su puesta en vigor queda a resultas de su decisión; así lo permite, para la promesa de vender o comprar, el apartado segundo del artículo 1451 CC.

8.<sup>a</sup> Si, por el contrario, la promesa es mutua, encaja mejor con los intereses de las partes su configuración como una obligación de concluir el contrato definitivo, contrato querido por ambas partes pero que no se habrá podido concluir al pactar la promesa por razones ajenas a su voluntad.

9.<sup>a</sup> La Propuesta concede al beneficiario el derecho a decidir la celebración del contrato definitivo, lo que requerirá, para ambas partes, la prestación de un nuevo consentimiento contractual.

10.<sup>a</sup> La promesa está sujeta al principio general de libertad de forma, sin que deba observar la forma exigida para el contrato prometido.

11.<sup>a</sup> La Propuesta concede libertad a las partes para determinar la duración de la promesa, sin fijar un plazo máximo, lo que, aunque justificado en el respeto a la autonomía de la voluntad, contraviene la propia naturaleza de los contratos preparatorios, que «preparan» la conclusión de un futuro contrato que no puede estar pendiente o latente durante un plazo excesivo, y puede prolongar la situación de debilidad en que se encuentra al obligado frente al optante, situación que no debería poder alargarse más allá de un plazo razonable.

12.<sup>a</sup> El incumplimiento de la promesa se puede producir por la negativa del obligado a contratar, o por haber celebrado el contrato prometido con un tercero.

13.<sup>a</sup> La Propuesta no prevé cómo conseguir, ante la eventual resistencia del obligado, el cumplimiento en forma específica de la promesa –la conclusión del contrato prometido–, por lo que se precisará del auxilio judicial conforme al artículo 708 de la LEC.

14.<sup>a</sup> El artículo 708.1 LEC establece los mecanismos para lograr el cumplimiento en forma específica de la promesa de contratar. Mientras su inciso inicial parece adherirse a la teoría clásica, en tanto que condena a emitir una declaración de voluntad, seguidamente establece que, ante la resistencia de una de las partes a prestar el consentimiento contractual, el Tribunal puede resolver tener por emitida la declaración de voluntad, con lo que, implícitamente, está reconociendo que no es necesaria la prestación de un nuevo consentimiento para que el contrato definitivo se entienda concluido.

15.<sup>a</sup> Si se ha incumplido la promesa porque el obligado ha concluido el contrato prometido con un tercero, al beneficiario no le convendrá el remedio consistente en su sustitución en el contrato en el lugar del tercero, ya que las condiciones convenidas entre promitente y tercero le serán, supuestamente, menos beneficiosas que las establecidas en el título constitutivo de la promesa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, Barcelona, 1989.
- ALGUER Y MICÓ, José: «Para la crítica del concepto de precontrato», *Revista de Derecho Privado*, 1935, núm. 265 (pp. 321-333), 266 (pp. 369-384) y 267 (pp. 417-434).
- ARCOS VIEIRA, María Luisa: «Ley 516», en *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. por E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira), Cizur Menor, 2020, pp. 2188-2191.

- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez Cano), tomo VII, Valencia, 2013, pp. 10227-10234.
- BLANDINO GARRIDO, M.ª Amalia, y DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (coord.): *Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación*, Valencia, 2022.
- BLANDINO GARRIDO, M.ª Amalia: *El precontrato y la opción*, Cizur Menor, 2022.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Opción, tanteo y retracto: la regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Barcelona – Madrid, 2004.
- «Precontrato de opción y derecho real de opción», *Revista de Derecho Civil*, 2020-4, pp. 51-98.
- «El derecho de tanteo y retracto. Teoría general», en *Los derechos de adquisición* (coord. por E. BOSCH, M. P. Sánchez, M. A. Blandino y P. De Barrón), Cizur Menor, 2021, pp. 39-93.
- «Artículo 3-4» y «Artículo 3-7», en *Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación* (coord. por M. A. Blandino Garrido y P. De Barrón Arniches), Valencia, 2022, pp. 167-170 y 176-180.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 4.ª edición, Cizur Menor, 2024.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral. Tomo cuarto. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, décima edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid, 1977.
- CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto: «Notas sobre el denominado precontrato», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. I, Murcia, 2004, pp. 1081-1091.
- DE CASTRO, Federico: «La promesa de contrato, algunas notas para su estudio», *Anuario de Derecho Civil*, 1950-IV, pp. 1133-1186; también en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, tomo I, 1997, pp. 545-593.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 7.ª edición, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023.
- DÍEZ PICAZO, Luís: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo I, 6.ª edición, Cizur Menor, 2009.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Ejercicios y efectos de los retractos legales*, Madrid, 2000.
- DISSAUX, Nicolas y JAMIN, Christophe: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris, 2017.
- FABRE-MAGNAN, Muriel: «De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente», *Recueil Dalloz*, 2015, 14, pp. 826-828.
- FRANÇOIS, C.: «Présentation des articles 1123 à 1124 de la nouvelle sous-section 3 “Le pacte de préférence et la promesse unilatérale”», en *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, (<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect3-pacte-prefrence-promesse>).

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), tomo XIX, Madrid, 1991, pp. 63-77.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana y VILLÓ TRAVÉ, Cristina: «Derechos de adquisición preferente en el dominio compartido», en *Los derechos de adquisición* (coord. por E. Bosch, M. P. Sánchez, M. A. Blandino y P. De Barrón), Cizur Menor, 2021, pp. 457-503.
- LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier: *Derecho de obligaciones*, vol. I, Cizur Menor, 2005.
- LLODRÀ GRIMALT, Francesca: «La carta de intenciones», en *Los derechos de adquisición* (coord. por E. Bosch, M. P. Sánchez, M. A. Blandino y P. De Barrón), Cizur Menor, 2021, pp. 275-305.
- MALUQUER DE MOTES, Carlos: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010, pp. 1588-1589.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.ª: «Artículo 1451», en *Comentarios al Código Civil*, tomo X, Madrid, 1919, pp. 66-76.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El pacto de opción y el derecho que lo origina», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 273, febrero 1951, pp. 73-94.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El contrato y sus requisitos en la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023: el objeto y la causa», *Revista de Derecho Civil*, 2024-4, pp. 97-137.
- MORO LEDESMA, Sebastián: «El precontrato. Notas para su estudio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 110, febrero 1934, pp. 81-96.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código civil*, tomo XXIII, Madrid, 1906.
- POTHIER, Robert-Joseph: *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, tome 2, Paris-Orleans, 1762.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil Español*, IV-2, *De los contratos en particular*, Madrid, 1973, pp. 595-607.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Del precontrato y la promesa de venta», en *Derecho de obligaciones. Volumen segundo. Teoría General del Contrato*, por J. L. Lacruz, A. Luna, J. Delgado y F. Rivero, 2.ª edición, Barcelona, 1987, pp. 269-282.
- ROCA SASTRE, Ramón M.ª: «Contrato de promesa», en *Estudios de derecho privado*, por R. M.ª Roca Sastre y J. Puig Brutau, vol. I, Cizur Menor, 2009, pp. 389-432.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: «Artículo 1451», en *Código civil comentado* (dir. por A. Cañizares. P. De Pablo, F. J. Orduña y R. Valpuesta), vol. IV, 2.ª edición, Cizur Menor, 2016, pp. 49-50.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico: «Artículo 25 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 6.ª edición, 2013, Cizur Menor, pp. 809-857.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Ley 514», en *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. por E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira), Cizur Menor, 2020, pp. 2183-2186.
- THIBERGE, Mathieu: «Article 1123», en *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article* (dir. por T. Douville), Issy-les-Moulineaux, 2016, pp. 66-69.

**JURISPRUDENCIA**

- STS de 9 de julio de 1940 (RJ 1940\691).
- STS de 1 de julio de 1950 (ponente: Saturnino López Peces, RJ 1950\1187).
- STS 939/1989, de 13 de diciembre (ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, Roj: STS 9798/1989, ECLI: ES: TS:1989:9798, RJ 1989/8824).
- STS 523/1991, de 4 de julio (ponente: Jaime Santos Briz, Roj: STS 3879/1991, ECLI: ES: TS:1991:3879, RJ 1991/5325).
- STS de 20 de abril de 1993 (ponente Pedro González Poveda, Roj: STS 17473/1993, ECLI: ES: TS:1993:17473, RJ 1993/3104).
- STS 654/1993, de 25 junio (ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, Roj: STS 4508/1993, ECLI: ES: TS:1993:4508, RJ 1993/5384).
- STS 1148/1995, de 28 diciembre (ponente: Alfonso Barcala Trillo Figue-roa, Roj: STS 8155/1995, ECLI: ES: TS:1995:8155, RJ 1995\9402).
- STS 751/1998, de 24 de julio (ponente: Francisco Morales Morales, Roj: STS 5000/1998, ECLI: ES: TS:1998:5000, RJ 1998/6393).
- STS 395/2000, de 11 de abril (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 3063/2000, ECLI: ES: TS:2000:3063, RJ 2000/2434).
- STS 784/2003, de 16 julio (ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodrí-guez, Roj: STS 5073/2003, ECLI: ES: TS:2003:5073, RJ 2003\5144).
- STS 1325/2006, de 14 de diciembre (ponente. Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 7566/2006, ECLI: ES: TS:2006:7566, RJ 2006, 8235).
- STS 375/2008, de 8 de mayo (ponente: Ignacio Gil de la Sierra Cuesta, Roj: STS 2581/2008, ECLI: ES: TS:2008:2581, RJ 2008/2959).
- STS 543/2008, de 17 de junio (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, Roj: STS 3817/2008, ECLI: ES: TS:2008:3817 RJ 2008/4251).
- STS 1149/2008, de 16 de diciembre (ponente: José Ramón Ferrández Gabriel, Roj: STS 7330/2008, ECLI: ES: TS:2008:7330, RJ 2009/290).
- STS 380/2009, de 21 de mayo (ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Roj: STS 3067/2009, ECLI: ES: TS:2009:3067, RJ 2009/3031).
- STS 34/2010, de 8 febrero (ponente: Antonio Salas Carceller, Roj: STS 287/2010, ECLI: ES: TS:2010:287, RJ 2010\395).
- STS 488/2011, de 24 junio (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 4481/2011, ECLI: ES: TS:2011:4481, RJ 2011\7370).
- STS 175/2012, de 21 de marzo de 2012 (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 1694/2012, ECLI: ES: TS:2012:1694, RJ 2012/5128).
- STS 195/2013, de 5 abril (ponente: Francisco Javier Orduña Moreno, Roj: STS 5065/2013, ECLI: ES: TS:2013:5065, RJ 2013\6696).
- STS 722/2014, de 18 febrero (ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Roj: STS 563/2015, ECLI: ES: TS:2015:563, RJ 2015\575).
- STS 726/2014, de 2 de diciembre (ponente: Francisco Javier Arroyo Fies-tas, Roj: STS 5225/2014, ECLI: ES: TS:2014:5225, RJ 2014/6247).
- STS 913/2021, de 23 diciembre (ponente: Juan María Díaz Fraile, Roj: STS 4948/2021, ECLI: ES: TS:2021:4948, RJ 2022\256).