

LOS ACUERDOS Y CONTRATOS PREPARATORIOS EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 2023¹

Carolina Mesa Marrero

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

TITLE: *Preparatory agreements and contracts in the Proposal of the modernization of the Civil Code on obligations and contracts of 2023.*

RESUMEN: La Propuesta revisada de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, publicada en 2023, introduce modificaciones y novedades de gran calado en relación con la Propuesta de 2009. En el marco de las disposiciones relativas a la formación del contrato cabe destacar las normas destinadas a regular los acuerdos y contratos preparatorios; en particular, se incorporan determinados acuerdos precontractuales frecuentes en la práctica, como el acuerdo de intenciones, el pacto de preferencia, el contrato de opción, y el precontrato. El objeto de este trabajo es realizar un primer análisis de las normas que recogen esas figuras jurídicas y abordar las cuestiones fundamentales que plantea su regulación.

ABSTRACT: *The revised Proposal for the modernization of the Civil Code on obligations and contracts of 2023, introduce relevant modifications and innovations in relation the Proposal of 2009. In the context of the provisions relating to the formation contract, it is worth highlighting the rules about the preparatory agreements and contracts; in particular, certain pre-contractual agreements frequent in practice are included, such as the agreements of intentions, the preferent pact, the option agreement, and the precontract. The purpose of this paper is to make an initial analysis about the rules that introduce preparatory contracts and to address the main issues raised by the regulation.*

PALABRAS CLAVE: contratos preparatorios, acuerdo de intenciones, pacto de preferencia, contrato de opción, precontrato.

KEY WORDS: *preparatory contracts, letter of intent, preference agreement, option contract, precontract.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ACUERDO DE INTENCIONES. 3. EL PACTO DE PREFERENCIA. 4. EL CONTRATO DE OPCIÓN. 5. REMEDIOS APLICABLES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UN PACTO DE PREFERENCIA O UN CONTRATO DE OPCIÓN. 6. EL PRECONTRATO. BIBLIOGRAFÍA.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, 2021-2023, en su modalidad de Generación del Conocimiento, 2022, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español» (Referencia PID2022-138909NB-I00), IPs. M.ª Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez.

Este trabajo constituye una reelaboración de mi intervención en el Congreso Internacional «Derecho de Contratos: perspectivas de futuro. Diálogos sobre la Propuesta de Modernización del Código civil», celebrado los días 5 y 6 de diciembre de 2024, en la Universidad Católica de Lisboa, y se recoge también en el libro que publica las contribuciones presentadas.

1. INTRODUCCIÓN

La Propuesta revisada de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada por el Ministerio de Justicia el 31 de julio de 2023 (en adelante, PMR), introduce modificaciones y novedades de gran calado con relación a la Propuesta de modernización de 2009; entre otras cabe destacar las normas que por primera vez regulan «los acuerdos y contratos preparatorios»². Bajo esta rúbrica y en el marco de las disposiciones que se ocupan de la formación de los contratos – concretamente en la Sección cuarta del Capítulo II del Título Segundo del Libro IV– los artículos 1260 a 1264 PMR acogen determinados acuerdos precontractuales que se utilizan con frecuencia en la práctica y se caracterizan por ser preparatorios de otros contratos: el acuerdo de intenciones, el pacto de preferencia, el contrato de opción, y el precontrato. Evidentemente, no es una lista cerrada, y por tanto pueden existir en el tráfico jurídico y económico otros contratos preparatorios que no recoge esta Propuesta³, y que podrían admitirse también al amparo del principio de libertad contractual (*ex* artículo 1219 PMR)⁴.

Parece que el planteamiento de la PMR es incluir figuras jurídicas que en el Código civil tienen una regulación insuficiente –como la promesa de contrato⁵– o no están reguladas –como el acuerdo de intenciones, el pacto de preferencia y el contrato de opción–. Se trata de instrumentos negociales relevantes en la fase precontractual que han sido objeto de especial atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia, cuyas aportaciones, en buena medida, se incorporan a la Propuesta. Además, conviene señalar que este tipo de acuerdos precontractuales gozan de amplio reconocimiento en

² La Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, publicada en 2009, no regulaba los acuerdos y contratos preparatorios, aunque sí dedicaba una norma a la figura del precontrato o promesa de contrato (artículo 1259).

³ Cabe mencionar, por ejemplo, los acuerdos de exclusividad o los acuerdos de confidencialidad; respecto a estos últimos, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «La responsabilidad precontractual», en A. M. Morales Moreno (Dir.), *Estudios de Derecho de Contratos*, coord. por E. Blanco Martínez, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 378, destaca que en las transacciones comerciales de relevancia económica es frecuente que las partes hayan celebrado un acuerdo expreso de confidencialidad que prevea las consecuencias de su incumplimiento, en cuyo caso «estaríamos ante una genuina responsabilidad contractual».

⁴ Este principio se consagra en el artículo 1219 PMR: «1. Cada persona es libre de contratar y de elegir a la otra u otras partes contratantes con los límites impuestos por el principio de no discriminación. 2. Las partes podrán establecer del modo que tengan por conveniente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico».

⁵ El Código civil solo regula algunas modalidades de promesa de contrato: la promesa de vender o comprar (artículo 1451), y la promesa de constituir prenda o hipoteca (artículo 1862).

los países del *common law*⁶, y su importancia es creciente en los ordenamientos del ámbito continental⁷. En este punto cabe resaltar que la regulación prevista en la PMR, al menos respecto a ciertas figuras, se inspira en las soluciones de otros ordenamientos europeos, principalmente de los códigos civiles reformados de Francia y Bélgica⁸.

Por otra parte, ha de destacarse que los contratos preparatorios o preliminares se sitúan en el marco de la formación progresiva o sucesiva del contrato, o sea, cuando el proceso de formación se produce mediante un *iter* negocial complejo⁹; esto sucede generalmente porque las partes implicadas necesitan tiempo para recabar datos, reflexionar y debatir las condiciones del negocio que pretenden celebrar, de manera que el acuerdo contractual se va perfilando poco a poco, especialmente cuando presenta cierta complejidad y/o trascendencia económica¹⁰. La formación del contrato se plantea entonces desde un punto de vista dinámico, es decir, como desarrollo de

⁶ Sobre las distintas figuras utilizadas en los ordenamientos de países del *common law*, MARÍN NARROS, H. D., *Estudios de los principales acuerdos precontractuales*, Bosch, Barcelona, 2012; ZURITA HERRERA, P., *Los acuerdos y contratos preparatorios de otros contratos*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 99-116.

⁷ Entre los países del *civil law*, algunos ordenamientos reconocen determinados acuerdos y contratos de carácter preparatorio. Además de los códigos civiles de Francia y Bélgica, a los que me refiero en la siguiente nota, en Italia, el artículo 1351 del *Codice civile* regula el precontrato o *contratto preliminare*, y en su artículo 2932 se prevé la ejecución forzosa del precontrato; también se contempla la *minuta*, figura que guarda similitudes con el acuerdo de intenciones. En Portugal, el Código civil reconoce la figura del pacto de preferencia (artículos 410 a 423 CC). Y en el ámbito iberoamericano, resulta de interés destacar el Código civil de la Nación Argentina (de 2014), que regula distintos actos y contratos preparatorios, entre los que cabe mencionar las cartas de intenciones, la promesa de contrato, el contrato de opción y el pacto de preferencia; *vid.* ZURITA HERRERA, P., *Los acuerdos y contratos preparatorios...*, *op. cit.*, pp. 118-119, y 131-133.

⁸ En Francia, la reforma de su *Code* civil en materia de Derecho de contratos se lleva a cabo a través de la *Ordonnance* 2016-131, de 10 de febrero de 2016, ratificada por la *Loi* nº 2018-287 de 20 de abril de 2018; dicha reforma incorpora el pacto de preferencia y la promesa unilateral. En Bélgica, la reforma del *Code* civil en esta materia, operada por la *Loi* de 28 de abril de 2022, incluye también las figuras del pacto de preferencia y el contrato de opción.

⁹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 199-200, destaca que, en ocasiones, «los contratos constituyen operaciones de una cierta envergadura y las partes contratantes necesitan de un período de tiempo para deliberar o para discutir las condiciones y para establecer, partiendo de sus iniciales posiciones, el acuerdo al que llegan. Puede decirse entonces que el contrato se va formando *ex intervallo temporis*. [...]». En estos casos, «se puede hablar de una formación progresiva o sucesiva del contrato. La formación del contrato no es entonces consecuencia de un solo acto, sino de una serie de actos, en los cuales pueden intervenir no solo las mismas partes, sino también otras personas que las auxilian o que coadyuvan con ellas a la consecución o logro de la finalidad perseguida».

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RAMS ALBESA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil II*, edición revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F., Dykinson, Madrid, 2007, p. 379, señala que, en el marco de los tratos preliminares, «no es infrecuente que el planteamiento de una operación económica requiera, además, que los posibles contratantes lleven a cabo una serie de gastos [...], ni que los que se proponen contratar se intercambien notas, memorias, borradores y minutas de posibles estipulaciones, al objeto de ir perfilando el compromiso que van a adquirir y sus posibles consecuencias».

una serie de actos que pueden conducir a la celebración del contrato¹¹.

En ese contexto de formación progresiva o sucesiva del contrato, la principal dificultad que plantea la regulación de este tipo de acuerdos se encuentra en la variedad de supuestos que pueden configurarse en la práctica como acuerdos y contratos de carácter preparatorio, por lo que resulta difícil establecer límites entre figuras que son tan heterogéneas¹². A pesar de ello, se ha hecho un esfuerzo por identificar en la Propuesta diversas situaciones, más o menos frecuentes, en que las partes utilizan ciertos instrumentos negociales con la finalidad de preparar la celebración del contrato definitivo.

En las páginas que siguen se pretende realizar un primer análisis de las normas que introducen los acuerdos y contratos preparatorios, a fin de abordar las cuestiones fundamentales que plantea su regulación; asimismo, conviene poner de relieve hasta qué punto se incorporan a la Propuesta los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia, así como las soluciones previstas en algunos ordenamientos europeos.

2. EL ACUERDO DE INTENCIONES

La primera regla, prevista en el artículo 1260 PMR, regula el llamado acuerdo de intenciones, figura que destaca en la práctica por su uso frecuente en el ámbito de las relaciones entre empresas¹³. De entrada, cabe señalar que dicha norma utiliza la expresión «acuerdo de intenciones», en lugar de la más conocida «carta de intenciones»¹⁴ (*letter of intent*) procedente del Derecho anglosajón¹⁵, que suele

¹¹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 200; PARRA LUCÁN, M^ª A., «La formación del contrato como proceso», en M.^ª A. Parra Lucan (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2014, pp.58 y ss., subraya que «en el Derecho comparado y en las propuestas armonizadoras se contempla la formación de los contratos desde un punto de vista dinámico, como secuencia de actos que conducen a un resultado, la perfección del contrato [...]. Esta perspectiva se aleja de la visión puramente estática del contrato reflejada en el Código civil francés y los que, como el español, siguieron su influencia».

¹² Como observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Formación y perfección del contrato», en *Curso de Derecho Civil II*, AA.VV., Colex, Madrid, 2023, p. 412, los contratos de carácter preparatorio «son de alcance, contenido y eficacia muy diverso, en función de las causas y la intención con que los contratantes han recurrido a ellos».

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Ibidem*, p. 407.

¹⁴ La jurisprudencia que analiza este tipo de acuerdos viene declarando que la calificación dada por las partes al documento suscrito –utilizando la expresión carta de intenciones– no condiciona la interpretación y valoración judicial, sino que habrá que estar a lo que resulte de su contenido [SSTS (1^ª) 4 junio 1991 (Roj: STS 3879 /1991), y 25 junio 2014 (Roj: STS 3845/2014), entre otras].

emplearse para aludir a un documento unilateral o bilateral en el que una o ambas partes declaran su compromiso o intención de comenzar o continuar una negociación que podría culminar en un acuerdo definitivo¹⁶. Con la expresión acuerdo de intenciones parece que la Propuesta se refiere a un documento contractual suscrito por las partes que quieren implicarse en el proceso de negociación sobre un futuro contrato.

En ocasiones, el proceso de negociación puede iniciarse a partir de una oferta o declaración unilateral de intenciones, que recibe después la aceptación expresa o tácita de la otra parte. Sin embargo, puede suceder que la declaración unilateral de intenciones no reciba respuesta de la otra parte; en ese caso, a falta de aceptación, hay que entender que dicha declaración no será vinculante para el declarante¹⁷. En este sentido, el artículo 1091.2 PMR establece que «La promesa unilateral de una prestación solo obliga en los casos previstos por la ley», lo que implica que la voluntad unilateral solo puede dar lugar a obligaciones exigibles en los casos expresamente previstos por el legislador.

Volviendo a la regla del artículo 1260.1 PMR, el acuerdo de intenciones se define como aquél que «obliga a las partes a negociar un futuro contrato cuyo contenido está todavía sin determinar en los términos establecidos en el apartado siguiente». Por

¹⁵ Sobre esta figura en los países del *Common law*, vid. ZURITA HERRERA, P., *Los acuerdos y contratos preparatorios...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; también se refiere a otra figura similar: «*lock-in agreements, contracts to negotiate o agreements to negotiate*».

¹⁶ CARRASCO PERERA, A., «Las cartas de intenciones y el proceso contractual», en J. M. Álvarez Arjona y A. Carrasco Perera (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, 5ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2019, p. 108; también sobre esta figura, y del mismo autor, *Derecho de Contratos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 69-93; LLODRÁ GRIMALT, F., «La carta de intenciones», en E. Bosch Capdevila, M.ª P. Sánchez González, A. Blandino Garrido (Dir.), *Los derechos de adquisición*, coord. por Barrón Arniches, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 288 y ss. Otros autores consideran que se debe distinguir entre la carta de intenciones unilateral y el acuerdo de intenciones; en este sentido, GONZÁLEZ GOZALO, A., «La formación del contrato», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Tratado de Contratos*, vol. 1, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 900, afirma que la carta de intenciones unilateral es «un documento de toma de contacto entre las futuras partes contractuales [...]. Constituye una propuesta contractual en sentido amplio, una invitación a contratar que una de las partes envía a la otra con el propósito de manifestarle su intención seria de entablar negociaciones [...]. En cambio, los acuerdos de intenciones son negocios jurídicos bilaterales [...]». En la misma línea, ZURITA HERRERA, P., *Los acuerdos y contratos preparatorios...*, *op. cit.*, pp. 186-187, estima que la locución «acuerdo de intenciones», empleada en la PMR, no es exacta «en la medida en que exige dos partes, por lo que parece que la denominación cartas o actos de intenciones hubiera sido más exacta».

¹⁷ En este sentido, CARRASCO PERERA, A., {Las cartas de intenciones y el proceso contractual}, *op. cit.*, p. 110, señala que «si la Carta no se acepta, porque el remitente no ha requerido el concurso de la firma del destinatario y su reenvío posterior a aquél, y si la Carta contiene en algunos extremos compromisos que pueden ser vinculantes, la declaración unilateral como tal no vincula al declarante, a falta de aceptación. Ésta puede ser tácita. De hecho, sin ninguna dificultad cabe inferir la aceptación cuando se inicia el proceso negociador en los términos diseñados por el autor de la Carta».

tanto, este tipo de acuerdo precontractual supone dar trascendencia a las negociaciones que se van a desarrollar¹⁸, y que pueden o no conducir a la celebración de un futuro contrato¹⁹. Cabe afirmar entonces que el acuerdo de intenciones se sitúa en la fase previa de los llamados tratos preliminares en un sentido amplio²⁰, pero se diferencia del concepto estricto de estos porque el acuerdo sí crea una verdadera relación jurídica vinculante y exigible entre las partes, en cuanto se obligan a «negociar un futuro contrato». En cambio, los tratos preliminares no generan ninguna vinculación contractual²¹, aunque pueden dar lugar a responsabilidad en ciertas situaciones²², tal y como se establece en los artículos 1241 a 1243 PMR²³. En consecuencia, el acuerdo de intenciones es un contrato preparatorio, distinto del contrato definitivo que, en su

¹⁸ Como observa Díez-PICAZO, L., «La existencia del contrato», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, (2009), nº 39, p.186, en las cartas de intenciones «las partes se ponen de acuerdo exclusivamente sobre determinados puntos de una negociación que queda abierta. En ellas, las partes se comprometen a negociar, a desarrollar la negociación de acuerdo con los criterios de la buena fe, a no llevar a cabo negociaciones paralelas con terceras personas, a mantener una absoluta confidencialidad sobre las informaciones que se han recibido y a algunos otros extremos parecidos».

¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Formación y perfección del contrato», *op. cit.*, p. 407, pone de relieve que «se trata de documentos en los que se fijan las bases para la negociación sobre la celebración futura de un contrato; sobre dichas bases se desarrollarán las negociaciones que pueden desembocar finalmente en la firma del contrato definitivo».

²⁰ La STS (1ª) 3 junio 1998 (Roj: STS 3626/1998) se refiere al alcance del documento litigioso que las partes denominaron «compromiso de intenciones», y señala que «sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima proyectada, sin que su libertad contractual para alcanzar acuerdos posteriores se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza». Asimismo, la STS (1ª) 25 junio 2014 (Roj: STS 3845/2014), estima que es correcta la interpretación de la Audiencia Provincial sobre el documento litigioso al considerar que no tenía la naturaleza de contrato o precontrato, ya que solo existieron simples tratos preliminares o negociaciones previas; la sentencia recurrida califica la carta de intenciones como «un compromiso de iniciar negociaciones [...]»; y añade que «la intención de las partes no fue cerrar un contrato sino fijar un punto de inicio para sucesivos tratos o negociaciones [...]».

²¹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 201, subraya que los tratos preliminares -que pueden consistir en conversaciones, negociaciones, manifestaciones escritas, redacción de proyectos, etc.- «no constituyen *per se* ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. No puede decirse que entre las partes se cree una relación jurídica originada por la voluntad de iniciar los tratos o las conversaciones. Sin embargo, tampoco puede decirse que los tratos o conversaciones sean en sí mismas irrelevantes. [...] es clara su trascendencia en orden a la formación de la voluntad contractual y en orden a la interpretación del contrato». Además, siguiendo al mismo autor, «como consecuencia del comportamiento observado por las partes en las negociaciones que preceden al contrato, puede surgir para ellas una determinada responsabilidad [...]».

²² Sobre los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que la ruptura unilateral de las negociaciones contractuales pueda considerarse fuente de responsabilidad, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La responsabilidad precontractual», *op. cit.*, pp. 366 y ss.

²³ En efecto, los artículos 1241 a 1243 PMR contemplan la responsabilidad que puede surgir por el incumplimiento de los deberes que incumben a las partes en la fase precontractual, esto es, los deberes de lealtad en el desarrollo de los tratos, de confidencialidad y de información.

caso, se podrá celebrar si las partes alcanzan un compromiso satisfactorio.

Por otra parte, respecto al contenido del acuerdo de intenciones, hay que señalar que, si bien no hay un contenido típico, es evidente que debe constar con claridad el compromiso de negociar sobre el asunto concreto que interesa a las partes, además de fijar las bases o puntos fundamentales de la negociación²⁴. En este sentido, la doctrina alude a un «contenido propio» del acuerdo de intenciones, pues hay ciertas cláusulas esenciales relativas al proceso de negociación que han de incorporarse al acuerdo; entre otras cuestiones, debe determinarse el marco temporal para negociar, incluir una cláusula de exclusividad y un pacto de confidencialidad, así como la obligación de facilitar información y de cooperar en el proceso de negociación²⁵. En definitiva, es fundamental delimitar las perspectivas del proceso de negociación, fijando los aspectos a debatir sobre los que sería imprescindible alcanzar algún tipo de acuerdo para tratar de culminar con éxito la negociación.

Como antes mencioné, el acuerdo de intenciones obliga a negociar un futuro contrato, pero no conlleva la obligación de celebrar el contrato; así lo expresa el citado artículo 1260.2 PMR: «El acuerdo de intenciones no obliga a alcanzar el resultado de la celebración del contrato definitivo». En este punto conviene recordar que las partes son libres para entablar negociaciones y para abandonarlas o romperlas en cualquier momento²⁶ (ex artículo 1241.1 PMR), incluso si se encuentran en una fase avanzada²⁷;

²⁴ MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, p. 30, Aranzadi, Pamplona, 1998, subraya que el acuerdo de intenciones permite «contractualizar las bases por las que discurrirá la negociación de un eventual contrato futuro. No obliga a las partes a realizarlo, sino solo a negociarlo siguiendo unos criterios preestablecidos por ellos [...]».

²⁵ Sobre el contenido propio de la carta de intenciones, CARRASCO PERERA, A., «Las cartas de intenciones y el proceso contractual», *op. cit.*, pp. 114-116; el autor afirma que cualquier otra cláusula que en la carta se refiera a la sustancia del contrato proyectado es «un contenido impropio» de la carta, del que se debe prescindir porque ese contenido «es normalmente innecesario y no pocas veces peligroso. Son declaraciones sobre la forma y contenido del contrato final, las cuales, para evitar que puedan generar compromisos no queridos en esta fase, se deshacen en indeterminaciones, se someten a condiciones potestativas, se les apone una cláusula de *non binding*».

²⁶ En este sentido, la STS (1ª) 3 junio 1998 (Roj: STS 3626/1998), se refiere a la libertad contractual de las partes para alcanzar acuerdos vinculantes para ellas, pero no para exigirse el cumplimiento de lo que todavía no existe», y reconoce que pueden «desistir de sus tratos»; asimismo, la STS (1ª) 15 octubre 2011 (Roj: STS 6635/2011), declara que «las partes, del mismo modo que son libres de entablar negociaciones dirigidas a la formación de los contratos, también lo son para, una vez iniciadas, abandonarlas en cualquier momento, sin responder por ello. Sin embargo, quienes intervienen en los llamados tratos previos han de acomodar su comportamiento a la buena fe, esto es, al modelo de conducta admisible en la situación de que se trate. La buena fe opera como un imperativo que condiciona y, al fin, limita aquella libertad».

²⁷ GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La responsabilidad precontractual», *op. cit.*, pp. 368-369, subraya «la idea de que la ruptura de los tratos preliminares por quienes están inmersos en ellos es, en principio, lícita, por constituir una manifestación del principio de libertad contractual. [...]», de modo que es posible

de modo que la ruptura de las negociaciones no supone, en principio, incumplir el acuerdo de intenciones. En todo caso, la norma comentada añade que el acuerdo de intenciones sí obliga «a colaborar de conformidad con las exigencias de la buena fe en la determinación del contenido necesario para su perfección». Por consiguiente, cabe afirmar que se contractualiza el deber de negociar de buena fe que ya es *per se* un deber legal que afecta a todas las fases de la vida del contrato; así lo expresa con carácter general el artículo 1220 PMR: «Los contratos deben ser negociados, celebrados y ejecutados de conformidad con las exigencias de la buena fe»²⁸. En esta fase previa, la obligación de colaborar con arreglo a la buena fe impone a las partes otros deberes específicos, tales como el de información, de confidencialidad, y de lealtad, que establecen los artículos 1241 a 1243 PMR²⁹.

En suma, el acuerdo de intenciones obliga contractualmente a cooperar en un proceso de negociación que podría o no culminar en la celebración del contrato definitivo. Cabe recordar en este punto que se considera contrario a la buena fe «entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo» (artículo 1241.2 PMR)³⁰. Evidentemente, la infracción de los deberes especiales de conducta exigibles durante la fase precontractual constituye una actuación contraria a la buena fe, que dará lugar al resarcimiento por el daño causado, tal y como dispone la regla precitada³¹.

Al hilo de lo expuesto, cabe señalar que la regla sobre el acuerdo de intenciones no

apartarse de las negociaciones en cualquier fase en que estas se encuentren; en la misma línea, GONZÁLEZ GOZALO, A., «La formación del contrato», *op. cit.*, p. 901, señala que «las partes son enteramente libres, siempre que actúen conforme a los postulados de la buena fe, para interrumpir las negociaciones antes de concluir el contrato proyectado, sin que ello suponga incumplimiento alguno del acuerdo alcanzado».

²⁸ El deber de actuar conforme a la buena fe en todas las fases del *iter* contractual se consagra también en los principales textos del moderno Derecho de contratos; vid. arts. 1:1201 PECL, III.-1:103 DCFR.

²⁹ La PMR sigue en esta materia las pautas de los principales textos del moderno Derecho de contratos que regulan los mencionados deberes de conducta en la fase de negociaciones. Sobre este tema, vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Lealtad en el periodo precontractual (la conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)», *ADC*, fasc. II (2010), pp. 575-636.

³⁰ En la Propuesta de Modernización del Código civil de 2009 (artículo 1245.4), también se mencionaba este supuesto de conducta contraria a la buena fe.

³¹ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La responsabilidad precontractual», *op. cit.*, pp. 368-369, señala que la violación de esos deberes de actuación derivados de la buena fe puede producirse por varias razones; entre otras, «se incurrirá en responsabilidad si una de las partes sigue los tratos con conciencia de que no quiere llegar a un acuerdo [...]. También existirá responsabilidad cuando se sabe que a consecuencia de las negociaciones se va a causar un daño al otro, por ejemplo, haciéndole incurrir en gastos inútiles o con el solo fin de bloquear sus negociaciones con terceros». En todo caso, como observa la autora, «para que la ruptura de negociaciones pueda ser fuente de responsabilidad no es precisa siempre la actuación dolosa»; en este punto menciona algunas resoluciones judiciales que parecen exigir una actitud culposa o negligente del causante del daño.

aborda la cuestión de su incumplimiento. No obstante, como ya se ha comentado, este tipo de acuerdo es un contrato preparatorio que obliga a las partes a negociar un futuro contrato, por lo que es evidente que su inejecución supone un verdadero incumplimiento contractual que dará lugar a los remedios previstos para estos supuestos (artículos 1173 y siguientes PMR). Así, cuando el incumplimiento deriva de una conducta contraria a la buena fe como es la de iniciar las negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo –quizás para impedir que la otra parte contrate con un tercero– la parte perjudicada podrá exigir la indemnización por los daños que dicho incumplimiento le haya causado. En este sentido, el artículo 1241.3 PMR precisa que «La indemnización consistirá en colocar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones», de modo que reconoce la indemnización del interés en la confianza o interés negativo, que trata de devolver al contratante perjudicado a la posición en la que estaría de no haberse iniciado las negociaciones³². Cabe apuntar que es habitual también que el propio acuerdo de intenciones recoja las consecuencias de su incumplimiento³³, en cuyo caso estas prevalecerán sobre las previstas por el legislador, en la medida en que no incurran en contrariedad con normas imperativas o principios del ordenamiento³⁴.

En otro orden de cosas, ha de destacarse que el artículo 1260.3 PMR admite que «las partes pueden atribuir carácter vinculante a los acuerdos parciales que lleguen a alcanzar» durante el proceso de negociación; parece que se pretende facilitar así que las negociaciones puedan conducir finalmente a la celebración del contrato. En este punto cabe plantearse qué valor tienen los acuerdos parciales si el proceso de negociación sobre todos los términos del negocio no culmina con éxito³⁵. Es evidente

³² En la misma línea se expresaba el artículo 1245.5 de la Propuesta de 2009, en relación con el alcance de la indemnización por la ruptura de tratos: «la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones». Respecto a los gastos o partidas que pueden incluirse dentro del interés negativo, GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Ibidem*, p. 371, menciona «tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de oportunidades de contratar con un tercero»; con todo, la autora admite que «queda abierta la cuestión de decidir qué tipo de oportunidades han de ser estas alternativas y, en definitiva, si a la postre no se está reconociendo así un resarcimiento integral o por el interés positivo, aunque sea por una vía oblicua».

³³ GONZÁLEZ GOZALO, A., «La formación del contrato», *op. cit.*, p. 833, estima que en el acuerdo de intenciones «los propios negociadores pueden establecer las consecuencias de su incumplimiento (desde cláusulas que exoneran de responsabilidad hasta penas convencionales)».

³⁴ Los referidos límites a la libertad contractual se recogen en el artículo 1219.2 PMR.

³⁵ Sobre esta cuestión se pronuncia la STS (4ª) 9 marzo 1998 (Roj: STS 1555/1998), que analiza un supuesto de negociación de un convenio colectivo en el sector aéreo; durante el proceso negociador las partes habían alcanzado acuerdos parciales sobre determinados aspectos, pero no lograron un acuerdo sobre el texto final del convenio. El Alto Tribunal señala que en un proceso de negociación se van produciendo «acuerdos en aspectos parciales de esa finalidad de alcanzar pactos que persiguen los

que los acuerdos parciales alcanzados por las partes no implican que ya exista el contrato si falta un acuerdo global sobre todos los extremos que lo componen³⁶; en todo caso, para evitar los problemas que puede plantear esta cuestión resulta conveniente que las perspectivas de la negociación queden claramente definidas en el acuerdo de intenciones³⁷.

3. EL PACTO DE PREFERENCIA

El pacto de preferencia es una figura poco conocida en el Derecho español, aunque sí hay pronunciamientos jurisprudenciales que han admitido este contrato atípico con fundamento en la autonomía de la voluntad (ex artículo 1255 CC)³⁸; en cambio, otros países de nuestro entorno sí reconocen este contrato de carácter preparatorio en sus respectivos códigos civiles³⁹. En esa línea, la PMR se ocupa del pacto de preferencia en

interesados en la negociación, pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados, carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores. [...] en ningún momento, la empresa negó la existencia de dichos pactos, ni la validez previa de los mismos, condicionada [...] al acuerdo global».

³⁶ Al respecto, PARRA LUCÁN, M.^ª A., «Promesa de compraventa, precontrato y cartas de intenciones en la jurisprudencia», en A. Carrasco Perera (Dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz, T. I*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2013, p. 431, señala que «las negociaciones en las que las partes se imponen deberes de confidencialidad o de no contratar con terceros durante un tiempo no obligan a más de lo pactado y los acuerdos alcanzados sobre aspectos concretos de una negociación abierta no pueden vincular si no se alcanza el acuerdo final».

³⁷ CARRASCO PERERA, A., «Las cartas de intenciones y el proceso contractual», *op. cit.*, pp. 126-127, aborda la cuestión relativa a la eficacia de los acuerdos parciales alcanzados durante el proceso de negociación, y considera que «la primera dificultad se halla en determinar la existencia misma de un proyecto global que pueda servir para delimitar el contorno de lo que constituye el contrato proyectado»; en este sentido, sostiene que «quien pretende la no vinculación en absoluto debe probar que el horizonte de la negociación emprendida confluía en un complejo de acuerdos parciales que constituyen un contrato como unidad de sentido. Si esto se prueba, debe valer la regla de que la falta de acuerdo sobre todo el contrato como unidad libera a cada una de las partes de la vinculación que pudieran haber conseguido en la negociación de acuerdos parciales. Ninguno de ellos está constreñido a soportar compromisos obligatorios sobre extremos que para él no tienen ningún interés independiente». En definitiva, «la Carta de intenciones constituye un medio contundente de probar cuál era en el horizonte esperado de la negociación la composición del contrato como un todo».

³⁸ MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual, op. cit.*, p. 107, menciona varias decisiones judiciales que reconocen esta figura, al amparo de la autonomía privada, aunque no utilizan expresamente la denominación pacto de preferencia. En este sentido, la STS (1^ª) 25 abril 1992 (Roj: STS 3434/1992), declara que «la relación obligacional que se creó y quedó debidamente perfeccionada, no encaja en la figura del retracto convencional, que es la denominación que utiliza el Código civil, [...]. En realidad, se trata de un pacto surgido de los principios de autonomía y libertad que rigen la contratación y autoriza el art. 1255 con relación al 1091 del Código civil [...]»; la sentencia explica que el negocio obligacional pactado en este caso generaba una «adquisición preferencial», pues en virtud de dicho negocio «los integrantes de la Comunidad estaban facultados para comprar la planta dedicada a garajes, en caso de su enajenación a tercero y en las condiciones convenidas [...]».

³⁹ Así, el Código civil de Portugal, prevé este tipo de acuerdo precontractual en los artículos 411 a 423; en Francia, su *Code civil* regula el pacto de preferencia en el artículo 1123; y en Bélgica, se regula en el

su artículo 1261, regla en la que se aprecia la influencia de las reformas francesa y belga⁴⁰.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 1261.1 PMR, «el pacto de preferencia atribuye al beneficiario el derecho a ser parte de modo prioritario en un contrato que, en el futuro, decida celebrar el obligado». Por consiguiente, se trata de un contrato de carácter preparatorio por el que una de las partes –el promitente– se obliga a dar prioridad a la otra –el beneficiario– para ser parte en un contrato en caso de que este llegue a celebrarse⁴¹. De modo que este pacto –que puede ser oneroso o gratuito– no obliga a celebrar un futuro contrato, pero implica la atribución al beneficiario de un derecho preferente para ser parte de un determinado contrato, siempre que el sujeto obligado decida su celebración⁴². Hay que hacer notar que la norma comentada no indica a qué tipo de contratos puede vincularse el pacto de preferencia, por lo que se deduce que su ámbito de aplicación sería cualquier contrato en el que las partes tengan un interés común⁴³. Tampoco se hace referencia a un plazo de vigencia del pacto, pero lo lógico es que las partes fijen en su acuerdo un periodo de tiempo durante el cual el beneficiario podría ejercitar, en su caso, el derecho de preferencia para ser parte del futuro contrato.

artículo 5:24 *Code civil*. En la doctrina francesa califican esta figura de creación antigua de la práctica cuya validez, antes de la reforma, había sido plenamente admitida con el fundamento de la libertad contractual, FLOUR, J., AUBERT, J. L., SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 18^a ed., París Lefebvre Dalloz, 2024, p. 356.

⁴⁰ El artículo 5.24 del *Code civil* belga define el pacto de preferencia en los siguientes términos: «*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. [...]*». En la misma línea, el *Code civil* francés en su artículo 1123, primer párrafo, dispone que «*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*». Sobre la regulación de esta figura en el *Code* francés tras la reforma, FLOUR, J., AUBERT, J. L., SAVAUX, E., *op. cit.*, pp. 356 ss., y G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3^a ed., París, Dalloz, pp. 258 ss.

⁴¹ Sobre el pacto de preferencia en la PMR, BOSCH CAPDEVILA, E., «Notas sobre el pacto de preferencia, el precontrato y la opción en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», en *La modernizzazione della Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti, Atti del III Congresso Ius Civile Salmanticense*, Edizioni Schientifiche Italiane, 2024, p. 320, destaca dos notas que caracterizan esta figura: «En primer lugar, su origen voluntario, es decir, la preferencia se atribuye por la voluntad del concedente, quien consiente en vincularse con un determinado beneficiario; la diferencia es importante con respecto a los derechos de preferencia de origen legal [...]. Y la segunda característica esencial es que, a diferencia del contrato de opción, no obliga al concedente a contratar, sino que la eficacia del pacto se produce para el caso en que aquel quiera contratar».

⁴² Como apunta MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual, op. cit.*, p. 107, «el promitente no se obliga a perfeccionar el contrato definitivo, ni siquiera queda determinado su contenido, solamente ve restringida su libertad de elección del futuro contratante. [...] el beneficiario será la futura parte contractual preferida a cualquier otra, siempre y cuando el promitente decida concluir ese específico contrato definitivo».

⁴³ ZURITA HERRERA, P., *Los acuerdos y contratos preparatorios...*, *op. cit.*, p. 149.

El régimen jurídico aplicable a esta figura se contiene en el artículo 1261.2 PMR que establece una serie de reglas de carácter supletorio, pues se aplicarán «salvo disposición legal o contractual en contrario». Así pues, las partes podrán establecer en el pacto de preferencia las estipulaciones que estimen conveniente, siempre que no vulneren los límites generales de la libertad contractual; a falta de disposición contractual en contrario, el pacto se regirá por las reglas previstas en la norma citada. De conformidad con la primera regla, «el obligado solo puede celebrar un contrato con un tercero tras haber dado al beneficiario la oportunidad de ejercitar su derecho preferente». Por consiguiente, si el obligado decide finalmente celebrar el contrato proyectado, el pacto suscrito excluye en principio la posibilidad de que un tercero sea parte contratante, salvo que el obligado hubiera informado previamente al beneficiario de su intención de celebrar el contrato y este tuviera la oportunidad de ejercitar su derecho preferente.

A tal fin, la segunda regla contenida en el artículo 1261.2 PMR impone al obligado el deber de «notificar al beneficiario el contenido del contrato que pretende celebrar», y añade que «esta notificación constituirá una oferta»; por tanto, esa oferta podrá o no ser aceptada por el beneficiario. En este punto cabe señalar que la norma no hace referencia a un plazo para manifestar la conformidad con la oferta, pero es posible que las partes sí lo hayan previsto en el propio pacto; de no ser así, la aceptación podrá expresarse dentro de un plazo que resulte razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso, tal y como dispone el artículo 1249.3 PMR⁴⁴.

Finalmente, si el beneficiario rechaza la oferta o bien no comunica la aceptación dentro del plazo fijado, el obligado ya podría contratar con un tercero, pero no podrá hacerlo «a un precio inferior o en condiciones más favorables sin realizar una nueva notificación» (artículo 1261.2, 3ª PMR). Evidentemente, esta regla tiene como finalidad impedir que el obligado pueda burlar el derecho de preferencia atribuido al beneficiario para ser parte en el contrato, de modo que una rebaja del precio o cualquier mejora en las condiciones de la oferta inicial conlleva la obligación de realizar una nueva notificación al beneficiario.

Por otra parte, la cuestión del incumplimiento se aborda en el artículo 1263 PMR, que regula de forma conjunta los remedios aplicables tanto en caso de incumplimiento de

⁴⁴ Este precepto dispone que «La 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. [...]».

un pacto de preferencia como de un contrato de opción, de modo que este aspecto se expone en otro apartado después de analizar la figura de la opción.

4. EL CONTRATO DE OPCIÓN

El contrato de opción es una figura muy utilizada en la práctica, con diversas finalidades⁴⁵, que se caracteriza por ser un contrato instrumental o preparatorio de otro contrato⁴⁶. El Código civil español no contiene una regulación general de la opción, pero se prevé en la legislación hipotecaria, concretamente el artículo 14 del Reglamento hipotecario permite la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de opción de compra de un bien inmueble si se cumplen los requisitos previstos en dicho precepto⁴⁷.

Con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia estiman que el contrato de opción es aquél en cuya virtud una de las partes –obligado o concedente de la opción– atribuye a la otra –beneficiario– un derecho que le permite decidir, dentro de un plazo preestablecido y unilateralmente, la puesta en vigor de un determinado contrato⁴⁸. Pues bien, en esa línea la PMR dispone en su artículo 1262 que «El beneficiario de un

⁴⁵ Al respecto, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 229, señala que el contrato de opción cumple dos posibles finalidades. En primer lugar, asegura al beneficiario una mayor amplitud en la deliberación y decisión acerca de la conveniencia de la conclusión del contrato proyectado, sin el aprecio que puede producir el peligro de ver frustrada su expectativa por el hecho de que la otra parte contrate con un tercero. La opción permite además un claro fin especulativo, pues da al beneficiario la posibilidad de concertar a su vez con otra u otras personas un contrato sobre el bien respecto del cual la opción le ha sido concedida». Asimismo, se afirma que la opción puede cumplir también una función de garantía; en este sentido, BOSCH CAPDEVILA, E., «Precontrato de opción y derecho real de opción», *RDC*, vol. VII (julio-septiembre, 2020), núm. 4, p. 53.

⁴⁶ El contrato de opción puede aplicarse en relación con cualquier otro contrato, aunque su uso más frecuente se da en el contrato de compraventa; *vid.*, BLANDINO GARRIDO, M.ª A., *El precontrato y la opción*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 72 y ss.; CAÑIZARES LASO, A., «Contrato de opción de compra», en A. M. Morales Moreno (Dir.), *Estudios de Derecho de Contratos*, coord. por E. Blanco Martínez, BOE, Madrid, 2022, pp. 158-161; BOSCH CAPDEVILA, E., *Ibidem*, pp. 51-98.

⁴⁷ El citado precepto del Reglamento Hipotecario dispone lo siguiente: «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 hubiera convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años». Como subraya la doctrina, esa inscripción registral determina su oponibilidad frente a terceros, pero no implica necesariamente la naturaleza real del derecho de opción; BOSCH CAPDEVILA, E., «Precontrato de opción y derecho real de opción», *op. cit.*, pp. 76 y ss.; CAÑIZARES LASO, A., «Contrato de opción de compra», *op. cit.*, pp. 158-161.

⁴⁸ *Vid.*, por todos, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 229. En términos similares se expresa también la jurisprudencia recaída sobre la opción de compra; *vid.*, SSTS (1ª) 17 junio 2008 (Roj: STS 3817/2008), 17 marzo 2009 (Roj: STS 1264/2009) y 3 febrero 2020 (Roj: STS 308/2020), entre otras muchas.

contrato de opción o promesa unilateral de contrato tiene derecho a decidir la celebración del contrato siempre que su contenido esté suficientemente determinado»⁴⁹.

A tenor de lo dispuesto en la norma citada, hay que destacar que el contrato de opción y la promesa unilateral de contrato se consideran figuras equivalentes. Por consiguiente, la opción es una modalidad de precontrato o promesa de carácter unilateral⁵⁰, ya que se concede a una de las partes la facultad de exigir la eficacia del contrato proyectado y la otra parte queda vinculada a aceptar ese futuro contrato, si el beneficiario decide ejercitar el derecho de opción⁵¹. Dado que se trata de un tipo de precontrato, la opción se configura, siguiendo la tesis elaborada por DE CASTRO⁵², como una etapa preparatoria de un *iter* negocial complejo en la que se acuerda el contrato proyectado y se atribuye la facultad –en este caso, a uno de los contratantes– de exigir su vigencia en un momento posterior; y una segunda etapa en la que se ejercita aquella

⁴⁹ La definición del contrato de opción que recoge la PMR se inspira en los Códigos civiles reformados de Francia y Bélgica. Así, el artículo 1124 del *Code civil* francés dispone 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*»; con todo, el interés principal del precepto es regular la cuestión de la violación de la promesa unilateral por parte del promitente, cuestión que no era clara en la práctica anterior a la reforma y que ahora se recoge en los dos párrafos siguientes del mismo artículo, según G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations...*, *op. cit.*, p. 257. Por su parte, en Bélgica, el artículo 5.25 *Code civil* establece 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*».

⁵⁰ Tal y como sostiene la doctrina mayoritaria; en este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato», *ADC* (1950), p. 1167, señalaba que «los términos de opción y precontrato o promesa de contrato no son distintos; que es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción»; en la misma línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Formación y perfección del contrato», *op. cit.* p. 418, subraya que «parece clara la identidad de función y de funcionamiento entre el contrato de opción y la promesa de contrato; al menos en alguna de sus manifestaciones: tanto aquél como este conceden al beneficiario la facultad de pedir el otorgamiento del contrato definitivo»; una posición opuesta es la que mantiene BLANDINO GARRIDO, M.ª A., *El precontrato y la opción*, *op. cit.*, p. 65, pues estima que «la opción no puede considerarse una modalidad del precontrato, ni resulta equiparada a la promesa unilateral». Por su parte, la jurisprudencia sobre la opción de compra califica la figura como «el más típico precontrato unilateral»; *vid.*, SSTS (1ª) 5 junio 2003 (Roj: STS 3878/2003), 17 marzo 2009 (Roj: STS 1264/2009), 24 marzo 2011 (Roj: STS 1656/2011), y 3 febrero 2020 (Roj: STS 308/2020), entre otras.

⁵¹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 230.

⁵² DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato», *op. cit.*, p. 1169, estima que, en esta relación jurídica, que puede desembocar en la relación contractual definitiva, «hay que distinguir dos momentos: 1º. Promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo [...], 2º. La exigencia de cumplimiento de la promesa, que origina la vigencia del contrato que fuera proyectado».

facultad para dar plena eficacia al contrato⁵³.

Como antes expuse, el derecho concedido al beneficiario para decidir la entrada en vigor del contrato proyectado requiere que «su contenido esté suficientemente determinado» (artículo 1262 PMR); por tanto, no basta con fijar genéricamente el contrato futuro, sino que han de constar sus elementos esenciales⁵⁴. No obstante, cabe recordar que la ausencia de algún elemento del contrato no impide, al menos en principio, la existencia del contrato definitivo, si se puede recurrir a las fuentes de integración contractual: la ley, los usos o la buena fe (*ex* artículo 1258 CC)⁵⁵; una regla similar se establece también en el artículo 1231 PMR⁵⁶. Además, la Propuesta facilita la existencia del contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, aun cuando hayan dejado algún aspecto pendiente de determinación (artículo 1218.2 PMR)⁵⁷. Y en esta misma línea, otra norma de la Propuesta prevé la posibilidad de que las partes no hayan fijado el precio o que otras cláusulas del contrato hayan quedado abiertas, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener por concluido el contrato, de modo que la indeterminación de alguno de los elementos esenciales no impide la perfección del contrato (artículo 1239 PMR). Las reglas mencionadas siguen la tendencia del moderno Derecho de contratos que, como apunta la exposición de motivos de la PMR, «trata de evitar los obstáculos que puedan impedir la perfección del contrato»⁵⁸.

⁵³ Siguiendo esta tesis, CAÑIZARES LASO, A., «Contrato de opción de compra», *op. cit.*, p. 153, destaca que «hay un solo contrato con dos momentos diferentes y la relación jurídica desde el primer momento es de naturaleza contractual»; en cambio, BLANDINO GARRIDO, M.ª A., *El precontrato y la opción*, *op. cit.*, p. 93, mantiene una posición distinta pues afirma que existen «dos contratos distintos, el contrato de opción y el contrato definitivo, aunque funcionalmente vinculados».

⁵⁴ Como observa DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato», *op. cit.*, p. 1174, «el contrato proyectado tiene que estar determinado, esto es, han de haberse convenido todos los requisitos necesarios para la posible validez del contrato».

⁵⁵ Este precepto se refiere, en primer lugar, a la perfección del contrato, y, en segundo término, a la integración del contenido contractual. Respecto a esta segunda parte, como apunta GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario al artículo 1258 CC», en A. Domínguez Luelmo (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1374, se establece «una norma de integración del contenido contractual que las partes han dejado incompleto –pero no en aspectos esenciales, lo que impediría la perfección–, bien porque no previeron la cuestión, bien porque prefirieron omitir su regulación. De este modo el precepto comentado constituiría la otra cara del art. 1255: este limitaría la autonomía de la voluntad de los contratantes; el comentado la completaría cuando resultase insuficiente».

⁵⁶ Bajo la rúbrica «Integración del contrato», este precepto dispone que «Los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

⁵⁷ En términos similares se expresaba el artículo 1242 de la Propuesta anterior de 2009, pues admitía la existencia del contrato si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, aun cuando quedase algún punto pendiente de negociaciones.

⁵⁸ En este sentido cabe mencionar las reglas previstas en los instrumentos del moderno Derecho de contratos; así, los artículos 4:101 a 4:103 DCFR, y los artículos 2:101 a 2:103 PECL. Sobre los contratos

En otro orden de cosas, conviene recordar que el derecho de opción ha de ejercitarse necesariamente dentro de un plazo de tiempo determinado, pues se trata de un contrato preparatorio de otro contrato, por lo que no sería razonable que el beneficiario de la opción pueda decidir indefinidamente la celebración del contrato definitivo⁵⁹. En este sentido, la jurisprudencia recaída en esta materia destaca «el carácter esencialmente temporal del derecho de opción», de modo que su ejercicio queda sometido a un plazo predeterminado⁶⁰. Asimismo, respecto a la opción de compra, conviene recordar que el plazo para el ejercicio de la opción es uno de los requisitos previstos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato, que fija una duración máxima de cuatro años. Sin embargo, la regla prevista en el citado artículo 1262 PMR no alude a un plazo para el ejercicio de la opción, aunque es obvio que este requisito esencial debe especificarse en el contrato. En caso contrario, y si esta cuestión da lugar a controversia, cabe señalar que la omisión del plazo no impide la eficacia del contrato de opción, aunque la doctrina estima que corresponderá a los tribunales fijar por vía interpretativa su duración⁶¹. Con todo, quizás sería oportuno incluir en la regla de la Propuesta una referencia al plazo para el ejercicio del derecho de opción.

Volviendo a la norma comentada, el efecto principal del contrato de opción o promesa unilateral es, como antes mencioné, la atribución a una de las partes de un derecho que le permite decidir la puesta en vigor del contrato proyectado; cabe señalar que este derecho puede concederse gratuitamente o a cambio de una contraprestación, y en este último caso surgen obligaciones para ambas partes. Por lo que se refiere a las obligaciones que genera para el concedente de la opción, ha de destacarse que no solo queda vinculado a la celebración del contrato proyectado, en caso de que el

con términos abiertos y los acuerdos suficientes en los textos citados, *vid.* DÍEZ GARCÍA, H., *Contratos incompletos y acuerdos suficientes*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 136 y ss.

⁵⁹ BOSCH CAPDEVILA, E., «Precontrato de opción y derecho real de opción», *op. cit.*, p. 71, destaca que «la constitución de un derecho de opción genera una situación de incertidumbre, no tan solo para el concedente, sino también para los terceros [...]. Por ello, el plazo para el ejercicio de la opción no debería ser excesivo. No hay que olvidar que estamos ante un contrato preparatorio de otro contrato, contrato que no puede estar en situación de pendencia durante mucho tiempo, más si dicha pendencia depende de la voluntad exclusiva de una de las partes del contrato».

⁶⁰ La STS (1ª) 3 febrero 2020 (Roj: STS 308/2020), declara que «la vigencia de la opción únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza pues de no ser así quedaría a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar la compraventa».

⁶¹ Así lo apunta TORRES LANA, J. A., *Contrato y derecho de opción*, *op. cit.*, p. 146, y señala que «para llevar a cabo esta interpretación e inferir la intención presunta de los contratantes respecto al plazo, los Tribunales pueden ayudarse del dato, muy frecuente, de que la opción se haya insertado en otro contrato temporal; por ejemplo, en un arrendamiento. [...]».

beneficiario ejercite su derecho⁶², sino que, además, le impide contratar con un tercero sobre el mismo objeto y contenido durante el plazo previsto para el ejercicio de la opción⁶³. Ahora bien, una vez expirado ese plazo, caduca la opción, y por tanto el concedente quedará liberado de las obligaciones contraídas⁶⁴.

Al hilo de lo expuesto sobre las obligaciones a cargo del concedente, es interesante mencionar la STS (1ª) 3 febrero 2020⁶⁵, en relación con un contrato de opción de compra; el Tribunal recuerda que «en la primera etapa (la que surge con la celebración del precontrato), el concedente u optatario queda obligado a no disponer del bien ofrecido [...] y mantener la oferta, absteniéndose de realizar cualquier actuación que pudiera frustrar la finalidad del contrato, así como el cumplimiento de cualquier otra obligación que eventualmente, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, hayan acordado las partes para dicha etapa del *iter* negocial [...]». Tal y como declara esta sentencia, el concedente queda obligado, entre otras cosas, a mantener la oferta y a no realizar actos que impidan la efectividad de la opción; por consiguiente, durante el plazo de vigencia fijado por las partes no es posible revocar el derecho de opción concedido al beneficiario. En este punto la opción se aproxima a la oferta irrevocable⁶⁶, aunque no deriva de una declaración unilateral de voluntad, como sucede en la oferta de contrato, sino de un contrato preliminar que es fruto del acuerdo de las partes. A propósito de esta cuestión, cabe mencionar la regla del Código civil francés sobre la figura de la opción ya que indica expresamente que la revocación de la promesa, durante el plazo de tiempo previsto para su ejercicio, no impedirá la formación del

⁶² La STS (1ª) 23 abril 2010 (Roj: STS 2155/2010), declara que «el efecto que produce es que, si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el precedente proceso». Esta doctrina se reitera en las SSTs (1ª) 3 febrero de 2020 (Roj: STS 308/2020) y 25 octubre 2021 (Roj: STS 3870/2021), entre otras.

⁶³ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 230, subraya que «la opción no vincula al concedente únicamente a aceptar el contrato proyectado o prefigurado, si el beneficiario decide concluirlo, sino que también le impone una obligación de tipo negativo: la obligación de no celebrar contratos incompatibles con terceros durante el plazo de vigencia de la opción»; en la misma línea, TORRES LANA, J. A., *Contrato y derecho de opción*, *op. cit.*, p. 108; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Formación y perfección del contrato», *op. cit.*, p. 420.

⁶⁴ Como subraya la STS (1ª) 3 febrero 2020 (Roj: STS 308/2020), «para que el ejercicio de la opción de compra desencadene los efectos señalados, enervando su caducidad, es preciso que se cumpla el requisito de la tempestividad, esto es, que se ejercite durante su vigencia [...]». En la misma línea se pronuncia la STS (1ª) 25 octubre 2021 (Roj: STS 3870/2021).

⁶⁵ Roj: STS 308/2020.

⁶⁶ Cabe señalar que la Propuesta admite la posibilidad de retirar la oferta irrevocable si se cumplen determinadas condiciones; así, el artículo 1245.2 PMR dispone que «Aun cuando fuere irrevocable, la oferta podrá retirarse, siempre que la retirada llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta».

contrato prometido⁶⁷.

Finalmente, hay que apuntar que la regla de la Propuesta no hace referencia a una forma determinada para que el beneficiario exprese su voluntad de celebrar el contrato proyectado. En este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que se requiere una declaración de voluntad del optante, dirigida a la otra parte, notificando su decisión de dar eficacia al contrato proyectado⁶⁸.

5. REMEDIOS APLICABLES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UN PACTO DE PREFERENCIA O DE UN CONTRATO DE OPCIÓN

Bajo la rúbrica «Incumplimiento y remedios», el artículo 1263 PMR regula de forma conjunta los remedios que puede ejercitar el contratante perjudicado ante el incumplimiento de un pacto de preferencia o de un contrato de opción. Aunque la función y el contenido de ambas figuras es muy diferente, lo cierto es que tanto el pacto de preferencia como el contrato de opción tienen por regla general carácter unilateral, dado que las obligaciones nacen a cargo de una sola de las partes –el promitente o concedente– lo que explica el tratamiento conjunto de los remedios aplicables.

Ante el incumplimiento de la obligación, la norma comentada dispone, por un lado, los remedios que el beneficiario puede ejercitar frente al obligado, y por otro lado, reconoce que también podrá reclamar «contra el tercero que haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento»; esta última previsión alude a un supuesto concreto de incumplimiento producido cuando el obligado celebra con un tercero –que actúa de mala fe– un contrato que impide la eficacia del derecho de preferencia o del derecho de opción.

De entrada, conforme a lo dispuesto en el artículo 1263.1 PMR, si el obligado incumple la obligación a su cargo, el contratante insatisfecho «podrá ejercitar los remedios del incumplimiento del contrato». Esos remedios son los previstos en el artículo 1173 PMR, esto es, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio, suspender el cumplimiento de su obligación, resolver el contrato, y exigir indemnización de los

⁶⁷ El segundo párrafo del artículo 1124 del *Code civil* francés establece que «*La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis*».

⁶⁸ Sobre los requisitos para entender ejercitada la opción, BLANDINO GARRIDO, M. ^a A., *El precontrato y la opción*, *op. cit.*, pp. 139-141. En el caso enjuiciado en la STS (1^a) 23 abril 2010 (Roj: STS 2155/2010), el Alto Tribunal subraya que la optante, a través del requerimiento notarial, efectuado dentro del plazo para el ejercicio de la opción, declara en «términos indiscutibles» su voluntad de ejercitarla.

daños ocasionados por el incumplimiento. Cabe señalar que no hay un criterio de preferencia entre los remedios indicados, de modo que el contratante perjudicado podrá elegir, en principio, el remedio que mejor se adapte a sus propios intereses, siempre que concurren los requisitos exigidos para su aplicación. Además, esta norma admite la posibilidad de acumular los remedios que no sean incompatibles entre sí, y aclara que la indemnización es siempre compatible con los demás remedios (*ex artículo 1173.2 PMR*).

A la vista de los diferentes remedios que tiene a su disposición el contratante insatisfecho en caso de incumplimiento del pacto de preferencia o del contrato de opción, parece que la indemnización de daños y perjuicios se perfila en principio como el remedio más adecuado⁶⁹; además, como antes mencioné, esta acción tiene la particularidad de que puede ejercitarse de forma independiente o bien como complemento de otro remedio⁷⁰. No obstante, en algunos supuestos de incumplimiento el contratante perjudicado podría exigir otros remedios, como el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, dependiendo de las circunstancias que concurren en cada caso. Así, en el contrato de opción, una vez que el optante decide ejercitar su derecho y por tanto la puesta en vigor del contrato definitivo, la falta de colaboración por parte del concedente permitirá al beneficiario reclamar judicialmente la ejecución forzosa del contrato. Conviene recordar que la opción es una modalidad de precontrato, y si el contenido del contrato proyectado está suficientemente determinado –como exige el citado artículo 1262 PMR– cabe el cumplimiento específico de carácter forzoso; en tal caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 708 LEC, el juez puede tener por emitida la declaración de voluntad del contratante obligado. Me remito en este punto al siguiente apartado en el que se aborda la ejecución forzosa del precontrato.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de exigir la resolución del contrato, conviene recordar que este remedio solo procede cuando el incumplimiento es esencial o relevante⁷¹ (*ex artículo 1181.1 PMR*). Sobre esta cuestión se pronuncia la citada

⁶⁹ En este sentido, por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento del contrato de opción, la doctrina sostiene que la pretensión indemnizatoria parece ser el remedio más adecuado en estos supuestos; *vid.* TORRES LANA, J. A., *Contrato y derecho de opción*, *op. cit.*, p. 111; BLANDINO GARRIDO, M.^ª A., *El precontrato y la opción*, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁷⁰ La Propuesta de Modernización regula la indemnización de daños y perjuicios en los artículos 1187 a 1194. La compatibilidad de la pretensión indemnizatoria con otros remedios se reconoce expresamente en el artículo 1173.2 PMR; también se establece respecto a otros remedios como la reducción del precio y la resolución del contrato (artículos 1179 y 1184.2 PMR, respectivamente).

⁷¹ En este sentido se viene pronunciando la jurisprudencia, exigiendo así que el incumplimiento tenga entidad suficiente; entre otras muchas, las SSTS (1^ª) 16 septiembre 2024 (Roj: STS 4392/2024), y 28

sentencia del Tribunal Supremo (1ª) 3 febrero 2020⁷², en relación con un contrato de opción de compra, pues analiza si el incumplimiento de la obligación a cargo del concedente de entregar la finca libre de cargas –después de ejercitado el derecho de opción, pero antes de la celebración y formalización del contrato de compraventa– tiene entidad suficiente para provocar la resolución del contrato. En este sentido, el Alto Tribunal declara que «el incumplimiento desencadenante de un efecto resolutorio ha de ser un incumplimiento básico, esencial, que frustre la función del contrato celebrado [...] como es el caso de que el vendedor no haya liberado de cargas hipotecarias que están inscritas en el Registro de la Propiedad; puede haber pagado las deudas, como obligación personal, pero el derecho real de garantía que goza de la protección registral, es incumplimiento de la obligación de entregar la cosa libre de cargas y gravámenes, como estaba previsto en el contrato».

Como antes mencioné, el artículo 1263 PMR dispone en su segundo apartado que el beneficiario podrá reclamar también «contra el tercero que haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia o del contrato de opción», por lo que dicha regla se aplica únicamente si el tercero implicado actuó de mala fe, o sea, conocía la existencia del contrato previo entre el obligado y el beneficiario, y a pesar de ello colabora en su incumplimiento. En tales supuestos, el contratante perjudicado por el incumplimiento tiene a su alcance los siguientes remedios: «una indemnización por los daños sufridos, la ineficacia del contrato o su sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este». Esta regla se inspira en la norma del Código civil belga que prevé de forma conjunta el incumplimiento de un pacto de preferencia o de un contrato de opción con la complicidad del tercero⁷³.

noviembre 2022 (Roj: STS 4402/2022). Cabe apuntar que, en la opción de compra, la resolución es un remedio idóneo no solo cuando el concedente incumple la obligación de no celebrar un contrato incompatible con un tercero durante el plazo de vigencia de la opción, sino también a causa del incumplimiento de otras obligaciones relevantes. El artículo 1181.1 PMR deja claro que no todo incumplimiento permite ejercitar la pretensión resolutoria; en este sentido, dispone que «Cualquiera de las partes de un contrato sinalagmático podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, haya de considerarse esencial». La norma acoge la exigencia de la esencialidad o relevancia del incumplimiento, de acuerdo con la jurisprudencia recaída en esta materia.

⁷² Roj: STS 308/2020.

⁷³ En efecto, según dispone el artículo 5:26 *Code civil* belga, en caso de incumplimiento de un pacto de preferencia o un contrato de opción con la colaboración del tercero, el contratante perjudicado tiene a su disposición los siguientes remedios: la indemnización de los daños, la inoponibilidad del contrato y la sustitución del tercero en el contrato celebrado. Por su parte, el *Code civil* francés, en caso de incumplimiento del pacto de preferencia con la complicidad del tercero, dispone que el beneficiario puede instar la nulidad del contrato o solicitar la sustitución en el lugar del tercero (artículo 1123); y si se trata del incumplimiento del contrato de opción o promesa unilateral con la colaboración del tercero de mala fe, se prevé la nulidad del contrato (artículo 1124).

Desde luego, el negocio concluido entre el obligado y el tercero cómplice provoca un daño efectivo al beneficiario de un pacto de preferencia o un derecho de opción. En estas situaciones quizás podría considerarse que estamos ante un contrato en daño de tercero⁷⁴, si bien aquí el tercero perjudicado es el titular del derecho de opción o del derecho preferente. Por ello, entre las consecuencias jurídicas previstas en la norma, además de la indemnización de daños, y la ineficacia del contrato –por su inoponibilidad respecto al tercero perjudicado⁷⁵–, se admite incluso la sustitución en el lugar del tercero –cómplice en el incumplimiento– en el contrato celebrado por este con el obligado⁷⁶, de modo que el beneficiario tiene la posibilidad de elegir entre los remedios indicados el que mejor se adapte a sus intereses.

6. EL PRECONTRATO

La regulación de los acuerdos y contratos preparatorios en la PMR se cierra con la figura del precontrato que describe el artículo 1264.1 en los siguientes términos: «La promesa mutua de celebrar un contrato permite exigir su cumplimiento en los

⁷⁴ Como observa Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, pp. 292-293, la figura del contrato en daño de tercero alude a «aquellas hipótesis en que, al celebrar un contrato, y precisamente a causa de la celebración del contrato, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona, y ello tanto si el contrato se realiza precisamente con este específico propósito, es decir, si existe coincidencia de ambos contratantes con tal finalidad como si es solo uno de ellos quien desea la producción del daño». Respecto a las consecuencias jurídicas que puede producir este tipo de contrato, el autor estima que «el designio o propósito de las partes, que existe en el contrato en daño de tercero, debe de algún modo repercutir en el tratamiento del contrato. [...]». En este sentido, señala que «en aquellos casos en que ambos contratantes se conciertan para ocasionar un daño al tercero, el contrato tiene causa ilícita y que, por consiguiente, esta circunstancia acarrea la nulidad del mismo [...]. En todos aquellos casos en que no exista un concierto de las partes para ocasionar un daño, sino en que el daño haya sido buscado solo por una de ellas y resulte desconocido para la otra, (...) y también en todos aquellos casos en que, aun cuando la causa sea ilícita, la nulidad no ofrezca un remedio suficiente para proteger el interés lesionado, debe entenderse que el tercero que sufre el daño dispone de una acción de resarcimiento o de indemnización frente al culpable».

⁷⁵ Como observa LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 533, el concepto de inoponibilidad «puede entenderse como una ineficacia relativa, es decir, solo respecto de ciertos sujetos, cuya posición jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato –válido– por otras personas». De modo que «este contrato se dice que les es inoponible, [...], o que no les afecta, o que no les perjudica».

⁷⁶ Sobre esta opción, ZURITA HERRERA, P., *Los acuerdos y contratos preparatorios...*, *op. cit.*, p. 205, apunta que se podría considerar «como una forma de subrogación personal por la que el beneficiario sustituye al tercero en el contrato celebrado con el deudor incumplidor. Si pensamos en el pacto de preferencia, la sustitución consistiría en una sanción que emplazaría al afectado en la situación en la que se hubiera encontrado si hubiera ejercido su derecho de preferencia. En cuanto al contrato de opción, es probable que el beneficiario se sienta inclinado a recurrir a esta sanción en lugar de optar por la inoponibilidad si el contrato celebrado en violación de su opción contenía condiciones más favorables que las de la promesa que pactó».

términos acordados, siempre que su contenido llegue a estar suficientemente determinado»⁷⁷. A tenor de lo dispuesto en esta norma, el precontrato o promesa de contrato es un contrato preparatorio que inicia un *iter* negocial complejo de formación sucesiva, y permite a las partes dejar para un momento posterior, por razones muy diversas, la efectividad o vigencia del contrato definitivo⁷⁸. Por tanto, la relación contractual se crea entre las partes desde el momento en que se celebra el precontrato, aunque la exigencia de su cumplimiento se aplaze a un momento posterior⁷⁹.

La configuración jurídica de esta figura ha sido muy controvertida⁸⁰, pero la tesis mayoritaria en la doctrina, como ya mencioné en un apartado anterior, considera que el precontrato es solo una etapa preparatoria y en la relación contractual constituida hay que distinguir dos momentos o fases distintas: la promesa de contrato, en la que las partes acuerdan el contrato proyectado y se reconocen recíprocamente la facultad de exigir su vigencia en un momento posterior; y la exigencia de cumplimiento de la promesa, que determina la vigencia del contrato preparado⁸¹. De este modo se concluye que la vinculación entre las partes, en una y otra etapa, tiene un alcance diferente⁸².

⁷⁷ Cabe recordar que la Propuesta de Modernización de 2009 se ocupaba de esta figura en su artículo 1259, al disponer que «Una o ambas partes pueden facultar a la otra parte o a cualquiera de ellas para decidir, en el plazo o condiciones estipuladas, mediante comunicación al otro contratante la entrada en vigor del contrato prometido. Si este estuviera sujeto por ley a especiales requisitos de forma, de capacidad o de poder, serán aplicables a la promesa».

⁷⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 217, destaca que «la formación de un contrato puede en ocasiones producirse mediante un *iter* negocial complejo, de formación sucesiva, que se inicia con la celebración de un contrato preliminar o preparatorio, al que se denomina también precontrato o promesa de contrato y al cual sucede en un momento posterior el contrato definitivo».

⁷⁹ TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Precontrato y contrato preparatorio», en E. Llamas Pombo (Dir.), *Acciones civiles*, t. II, ed. La Ley, Madrid, 2013, p. 1076, señala que «las partes tratan, a través de un acuerdo o contrato preliminar, de asegurar una situación futura de modo que nazca ya una relación o vínculo contractual entre ellas, aunque el contrato no se ponga aún en vigor». Esta idea se recoge también en las decisiones del Tribunal Supremo sobre el precontrato; así, la STS (1ª) 17 junio 2008 (Roj: STS 3817/2008), declara que «mediante el precontrato las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar el contrato definitivo y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro. Fijan sus elementos, pero aplazan su perfección y adquieren la obligación de establecer el contrato definitivo en virtud de la relación jurídica obligacional nacida del precontrato, por lo que pueden reclamar su cumplimiento de la otra parte».

⁸⁰ Sobre el tema, *vid.* Díez-PICAZO, L., *Ibidem*, pp. 218-222, que recoge las distintas teorías elaboradas para explicar la configuración jurídica del precontrato.

⁸¹ Es la tesis elaborada por DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato», *op. cit.*, p. 1160, que explicaba así el funcionamiento de la relación creada desde el momento en que se celebra el precontrato.

⁸² Como apunta Díez-PICAZO, L., *Ibidem*, p. 221, en la primera etapa, «se crea inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, del que nace la peculiar facultad, de uno o ambos interesados de poner en

En este punto conviene recordar que el precontrato y el contrato de opción -al que me referí anteriormente- son figuras estrechamente conectadas, pues en ambas hay una voluntad negocial para posponer, por motivos diversos, la eficacia del contrato proyectado⁸³. Mientras que en el precontrato o promesa bilateral la facultad de exigir la vigencia del contrato en los términos acordados queda sujeta a la voluntad de cualquiera de las partes, en la opción -precontrato unilateral- la eficacia del contrato depende exclusivamente de la decisión del optante.

Llegados a este punto, cabe destacar que la exigencia del cumplimiento de la promesa requiere que los elementos y el contenido del contrato proyectado ya estén fijados en el precontrato o, al menos, sean determinables. En este sentido se ha venido expresando la jurisprudencia al afirmar que «el precontrato es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos», y resulta esencial «que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio»⁸⁴. Este planteamiento jurisprudencial se acoge en el artículo 1264 PMR, pues la facultad atribuida a ambas partes para exigir el cumplimiento del contrato, en los términos acordados, se condiciona a que «su contenido llegue a estar suficientemente determinado»; es decir, que no sea necesaria una actividad posterior entre las partes para concretar elementos esenciales del contrato. En todo caso, como ya comenté anteriormente, hay que recordar que se admite la existencia del contrato aun cuando se haya dejado pendiente algún aspecto de este (*ex* artículo 1218.2 PMR).

Por lo demás, la regla del artículo 1264 PMR no hace referencia a otros requisitos para la validez del precontrato. En todo caso, dado que esta figura se presenta como una etapa preparatoria en el proceso de formación sucesiva de un contrato, es evidente que han de concurrir los mismos requisitos de capacidad y, en su caso, de forma, que la

vigor y en funcionamiento el proyectado contrato. Sin embargo, todavía no pesan sobre ellos los deberes ni les son concedidos los derechos que constituyen el contenido típico de la relación obligatoria en su fase definitiva».

⁸³ BLANDINO GARRIDO, M.^º A., *El precontrato y la opción*, *op. cit.*, p. 25, subraya la conexión entre ambas figuras «en cuanto se insertan en el fenómeno de la formación progresiva o sucesiva del contrato, dando lugar a la posposición de la celebración o de la efectividad del contrato definitivo [...]. Los motivos de esta dilación en el nacimiento o eficacia del contrato proyectado pueden ser diversos: imposibilidad o dificultad material o jurídica, conveniencia, etc.».

⁸⁴ Así lo destacan, entre otras, las SSTs (1^ª) 11 abril 2000 (Roj: STS 3063/2000), 13 octubre 2005 (Roj: STS 6126/2005), 30 enero 2008 (Roj: STS 222/2008), y 23 diciembre 2021 (Roj: STS 4948/2021). Además, se afirma que este rasgo característico de la promesa de contrato permite distinguir la figura comentada de los tratos preliminares, que no generan ninguna vinculación contractual entre las partes intervinientes; tal y como declara la STS 3 junio 1998 (Roj: STS 3626/1998), «el precontrato es el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos».

ley exija para la validez del contrato definitivo⁸⁵.

Respecto al ámbito de aplicación de la promesa de contrato, en principio, todo tipo de contrato puede ser preparado a través de esta figura; la compraventa, la permuta, el arrendamiento o un contrato de distribución, son, entre otros, algunos ejemplos de su aplicación en la práctica. Precisamente, en relación con la promesa de vender o comprar que actualmente regula el artículo 1451 CC, la Propuesta dispone que se aplicará a esta modalidad contractual el régimen del precontrato⁸⁶.

Finalmente, por lo que se refiere al incumplimiento de la promesa por una de las partes, el artículo 1264.2 PMR reconoce que en tales supuestos la parte perjudicada podrá ejercitar «los remedios derivados del incumplimiento del contrato». De modo que la norma se remite a los remedios previstos en los artículos 1173 y siguientes de la Propuesta, confirmando así que el precontrato es un auténtico contrato. En este sentido, es importante mencionar el artículo 708 LEC, que no se deroga en la Propuesta, y se refiere a supuestos en que la sentencia condena a la emisión de una declaración de voluntad; específicamente, la norma prevé la ejecución forzosa del precontrato cuando uno de los obligados a celebrar el contrato principal o definitivo se niega a hacerlo de modo voluntario⁸⁷. Conforme a lo dispuesto en esta regla procesal, la falta de ejecución voluntaria permitirá que el juez tenga por emitida la declaración de voluntad de la parte incumplidora, toda vez que están predeterminados los elementos esenciales del futuro contrato (artículo 708.1 y 708.2 en su primer párrafo)⁸⁸. Por consiguiente, en supuestos de incumplimiento del precontrato, tanto

⁸⁵ Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 226; LACRUZ BERDEJO, L., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., pp. 385-386.

⁸⁶ Conforme a lo dispuesto en la PMR, se propone una nueva redacción del artículo 1451 CC, en los siguientes términos: «Se le aplicará lo previsto en el artículo 1264 a la promesa de vender o comprar».

⁸⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 708 LEC», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, 2ª ed., 2000, pp. 3687-3709; GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas cuestiones», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 2, coord. por Cabanillas Sánchez, 002, p. 1881-1902; PARRA LUCÁN, M.ª A., «Promesa de compraventa, precontrato y cartas de intenciones en la jurisprudencia», op. cit., pp. 430-431.

⁸⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 708.1 LEC, «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, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. [...]». Y el artículo 708.2, primer párrafo, establece lo siguiente: «Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico». Como observa GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Ibidem*, pp. 1885-1887, ambas reglas «no contemplan supuestos de hecho sustancialmente diferentes, sino que guardan entre sí más bien una

bilateral como unilateral, la resolución judicial sustituye la declaración de voluntad del contratante incumplidor⁸⁹; además, en caso de indeterminación de algunos elementos no esenciales, el órgano judicial los determinará en la propia resolución en que tiene por emitida la declaración, cumpliendo así una función de integración del contrato principal⁹⁰.

En este punto conviene recordar que la eficacia de la promesa de contrato dependerá en cada caso del objetivo perseguido y de la voluntad expresada por las partes⁹¹, por lo que es preciso atender a los acuerdos alcanzados a fin de valorar las obligaciones contraídas y las consecuencias de su incumplimiento. Así, se ha planteado si la voluntad de las partes –manifestada de forma expresa o tácita– permitiría excluir la ejecución específica del precontrato, por ejemplo, mediante la inclusión de cláusulas de arras penitenciales (artículo 1454 CC) o de penas convencionales (artículo 1152 CC)⁹². A

relación de mayor a menor generalidad. Ambos se refieren a situaciones en las que en el contrato-promesa se encuentran determinados los elementos esenciales del contrato prometido [...]». De modo que esta regla procesal, en los apartados mencionados, contempla una situación de precontrato en el que están predeterminados los elementos esenciales del contrato principal; pero en el supuesto del artículo 708.2, primer párrafo, falta por determinar elementos no esenciales del negocio principal, que sí están previstos en el supuesto del artículo 708.1. LEC.

⁸⁹ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Ibidem*, p. 1887, estima que el citado artículo 708.1 LEC, «contempla en general el incumplimiento del precontrato, tanto bilateral o sinalagmático, como unilateral, así como todas aquellas situaciones de incumplimiento de negocios autónomos realizados en una determinada fase del *iter* negocial y que tienen como objeto principal la celebración de un segundo negocio». Otra opinión sostiene DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Ibidem*, pp. 3698-3699, al entender que el artículo 708.1 LEC «incide básicamente en la figura del contrato de opción»; teniendo en cuenta que la consumación de la opción requiere en todo caso la colaboración del concedente, si esta obligación se incumple el juez podría dar por emitida la declaración de voluntad.

⁹⁰ A este supuesto se refiere el primer párrafo del citado artículo 708.2 LEC, al disponer que «el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico». La STS (1ª) 8 febrero 2010 (Roj: STS 287/2010), analiza un precontrato en el que las partes habían acordado la cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, y declara que en el precontrato suscrito quedaron determinados sus elementos esenciales, mientras que la indeterminación solo afectaba a ciertos elementos no esenciales «que en caso necesario podría fijar el tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 708.2 LEC atendiendo a lo que resulte usual en el mercado o en el tráfico jurídico».

⁹¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, destaca que «en la práctica, no todos los precontratos responden a un mismo propósito y voluntad de las partes [...]. En efecto, las partes quieren que el contrato prometido exista o tenga vigor en el futuro, pero no ahora; y 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».

⁹² En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato...», *op. cit.*, p. 1890, se refiere a los casos en que la voluntad de las partes sea la de excluir la ejecución específica del precontrato, y apunta que esa voluntad puede ser expresa o tácita. A juicio de la autora, «algunos de los problemas más interesantes y conflictivos del contenido del contrato preliminar pueden suscitarse precisamente a la hora de deducir de determinadas cláusulas del mismo la existencia

propósito de esta cuestión, es interesante mencionar la sentencia del Tribunal Supremo (1ª) 19 febrero 2025⁹³, referida a un caso en el que resulta acreditado que las partes habían celebrado un precontrato o promesa de venta con arras penitenciales en los términos del artículo 1454 CC –como se indicaba en el propio contrato– y no una compraventa con arras confirmatorias. Pues bien, el Tribunal estima que la sentencia dictada en grado de apelación incurre en un error patente en la valoración de la prueba, pues los documentos suscritos muestran que las partes acordaron expresamente que «si no se firmaba la escritura en la fecha prevista (momento en el que el actor pagaría el precio), cada parte podía desvincularse, el actor perdiendo las cantidades entregadas y la demandada devolviéndolas duplicadas. En las posteriores novaciones se prorrogó la fecha máxima de firma y se aumentó la cuantía de las arras, pero no se alteraron su naturaleza ni sus efectos. [...]». En suma, las partes pactaron los efectos jurídicos aplicables para el caso de que la escritura –de la compraventa futura– no se otorgara por causa imputable al actor, puesto que «anticipadamente ya señalaron una fecha y las consecuencias de no otorgar la escritura en la fecha convenida».

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 708.2 LEC en su segundo párrafo, cabe señalar que el cumplimiento forzoso del precontrato no será posible cuando no estén determinados, ni sean determinables, los elementos esenciales del contrato proyectado, pues en tal caso «no hay un precontrato en sentido técnico o propio⁹⁴, aunque la parte perjudicada podrá reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados al ejecutante.

BIBLIOGRAFÍA

BLANDINO GARRIDO, M.ª A., *El precontrato y la opción*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2022.

de una voluntad tácita de excluir su ejecución específica»; y estima, con carácter general, que «la respuesta ha de ser afirmativa, tanto en el caso de que el precontrato se acompañe de arras penitenciales, como si se le inserta una cláusula penal del tipo descrito».

⁹³ Roj 726/2025. El Alto Tribunal casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y en consecuencia, confirma la resolución de instancia, que desestimó la demanda interpuesta al entender que las partes habían celebrado una promesa de venta con arras penitenciales, y quien había incurrido en incumplimiento contractual fue el actor al no cumplir con las obligaciones de pago establecidas en el contrato, por lo que debía soportar las consecuencias del incumplimiento que, conforme a los acuerdos alcanzados y a lo previsto en el artículo 1454 CC, son la pérdida de las cantidades pagadas.

⁹⁴ Como subraya GARCÍA RUBIO, M.ª P., «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato...», *op. cit.*, pp. 1901-1902, «porque si todos o algunos de los elementos esenciales del negocio o contrato están indeterminados no hay negocio jurídico autónomo, sino meros actos precontractuales de menor o mayor relevancia, pero que no son capaces de constituir fuente directa de la obligación de celebrar un negocio futuro. En consecuencia, no serían tampoco susceptibles de ejecución forzosa consistente a esa celebración».

BOSCH CAPDEVILA, E.,

- «Notas sobre el pacto de preferencia, el precontrato y la opción en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», en *La modernizzazione della Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti, Atti del III Congresso Ius Civile Salmanticense*, Edizioni Schientifiche Italiane, 2024, pp. 319-331.
- «Precontrato de opción y derecho real de opción», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (julio-septiembre, 2020), núm. 4, pp. 51-98.

CAÑIZARES LASO, A., «Contrato de opción de compra», en A. M. Morales Moreno (Dir.), *Estudios de Derecho de Contratos*, coord. por E. Blanco Martínez, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2022, pp. 147-165.

CARRASCO PERERA, A.:

- «Las cartas de intenciones y el proceso contractual», en J. M.ª Álvarez Arjona y A. Carrasco Perera (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, 5ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 107-161.
- *Derecho de Contratos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2010.

CHANTEPIE, G., LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3ª ed., Dalloz, París, 2024.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Lealtad en el periodo precontractual (la conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II (2010), pp. 575-636.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», *Anuario de Derecho Civil* (1950), 4, pp. 1133-1186.

DÍEZ GARCÍA, H., *Contratos incompletos y acuerdos suficientes*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2022.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- «La existencia del contrato», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (2009), nº 39, pp. 177-194.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1986.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 708 LEC», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, 2ª ed., 2000, pp. 3687-3709.

FLOUR, J., AUBERT, J.L., SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 18ª ed., Lefebvre-Dalloz, París, 2024.

GARCÍA RUBIO, Mª P.:

- «La responsabilidad precontractual», en A. M. Morales Moreno (Dir.), *Estudios de Derecho de Contratos*, coord. por E. Blanco Martínez, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2022, pp. 359-391.
- «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, fasc. IV (2010),

pp. 1621-1642.

- «Comentario al artículo 1258 CC», en A. Domínguez Luelmo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1373-1374.
- «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas cuestiones», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 2, coord. por A Cabanilla Sánchez, 2002, pp. 1881-1902.

GONZÁLEZ GOZALO, A., «La formación del contrato», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Tratado de Contratos*, 4ª ed., coord. por N. Moralejo Imbernon y S. Quicios Molina, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 827-929.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, volumen primero*, 4ª ed., Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007.

LLODRÁ GRIMALT, F., «La carta de intenciones», en *Los derechos de adquisición*, coord. por E. Bosch Capdevila, M.ª P. Sánchez González, A. Blandino Garrido y De Barrón Arniches, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 275-305.

MARÍN NARROS, H.D., *Estudios de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*, J.M. Bosch, Barcelona 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Formación y perfección del contrato», *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. I, Teoría general de la obligación*, coord. por P. De Pablo Contreras, C. Martínez De Aguirre, M.ª A. Parra Lucán, M. A. Pérez Álvarez, Colex, Madrid, 2023, pp. 389-421.

MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Thomson Aranzadi, Navarra, 1998.

PARRA LUCÁN, Mª A.:

- «La formación del contrato como proceso», en M.ª A. Parra Lucan (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 57-105.
- «Promesa de compraventa, precontrato y cartas de intenciones en la jurisprudencia», en A. Carrasco Perera (Dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz, T. I.*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 423-433.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Precontrato y contrato preparatorio», en E. Llamas Pombo (Dir.), *Acciones civiles, t. II*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 1073-1167.

TORRES LANA, J. A., *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid, 1987.

ZURITA HERRERA, P., *Los acuerdos y contratos preparatorios de otros contratos*, Colex, Madrid, 2024.

Fecha de recepción: 18.07. 2025

Fecha de aceptación: 24.09.2025