

## La recepción de los acuerdos y contratos preparatorios en la propuesta reformada para la modernización de obligaciones y contratos

Pedro Zurita Herrera. Profesor sustituto interino. Departamento de Derecho Civil.  
Universidad de Granada

**SUMARIO:** 1. Los acuerdos y contratos preparatorios en el moderno Derecho de contratos. 2. Los acuerdos y contratos preparatorios en la propuesta reformada para la modernización de obligaciones y contratos. 3. Bibliografía

### 1. Los acuerdos y contratos preparatorios en el moderno Derecho de contratos

A pesar de las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los países del *common law* y los que se adscriben al *civil law*, tradicionalmente ambos compartieron durante mucho tiempo la escasa atención prestada a la fase de negociaciones contractuales y, muy especialmente, desatendieron la regulación de aquellos acuerdos que a menudo pueden preceder a la celebración de un contrato, es decir, a los acuerdos y contratos preparatorios de otros contratos o acuerdos precontractuales. No obstante, esta “ausencia normativa” no impidió su uso en la práctica comercial, tal y como han ido poniendo de manifiesto tanto la jurisprudencia como los estudios doctrinales que han tratado directa o tangencialmente los acuerdos preparatorios y que, a su vez, han influido en lo que hemos venido en denominar el moderno derecho de contratos. Es más, a la postre, los acuerdos y contratos preparatorios de otros contratos han ido incorporándose a los ordenamientos jurídicos que significativamente han ido modernizándose recientemente.

Si hacemos un recorrido histórico, comprobaremos cómo la jurisprudencia y la doctrina de los países del *common law* han recogido términos como *letters of intention*, *letters of intent*, *head of agreement*, *memorandum of understanding*, *letters of understanding*, *memorandum of intent*, *commitment letters*, *agreements to negotiate*, *lock-in agreements*, *contracts to negotiate*, *agreements with open terms*, *agreements subject to contract*, entre otros, para hacer referencia a estos acuerdos que tienen su sede en la fase de negociaciones contractuales<sup>1</sup>.

En el caso de los ordenamientos continentales o del *civil law*, ha habido algunas figuras tradicionales recogidas en los códigos decimonónicos, entre las que cabe destacar el precontrato o contrato destinado a celebrar un futuro contrato<sup>2</sup>. Más allá de esta figura,

---

<sup>1</sup> R. Cranston, «“Banking Law – Commitment Letters”», *Australian Law Journal*, 1988, 286 ss.; Lake R. B. y U. Draetta, *Letter of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms*, Second edition (New Hampshire: Butterworths, 1994), 3-5; A. Stewart y J. Knowler, «When is an agreement not a contract? The uncertain status of heads of agreement and other preliminary commercial arrangements.», *Commercial Law Quarterly* 18, n.º 2 (2004): 21 ss., <https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/agispt.20043751>; Leon E. Trakman y Kunal Sharma, «The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith», *Cambridge Law Journal* 73, n.º 3 (2014): 598-628, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/camblj73&i=602>; Harvey Temkin, «When Does the “Fat Lady” Sing? An Analysis of “Agreements in Principle” in Corporate Acquisitions», *Fordham Law Review* 55, n.º 2 (1 de enero de 1986): 125, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol55/iss2/1>; Paula Giliker, «Contract Negotiations and the Common Law: A Move to Good Faith in Commercial Contracting?», *Liverpool Law Review* 43, n.º 2 (agosto de 2022): 175-202, <https://doi.org/10.1007/s10991-022-09299-2>.

<sup>2</sup> En España, hasta la fecha la figura del precontrato como tal no está preceptuada en el CC, aunque sí lo está la promesa de compraventa u opción de compra, *ex art. 1451*, que puede describirse como un precontrato perfecto unilateral. Indirectamente, el precontrato también estaría reconocido a través del art. 708 LEC ya que, al regular la condena a la emisión de una declaración de voluntad, positiviza la doctrina del Tribunal Supremo en torno a las figuras del precontrato impropio o imperfecto (art. 708.2.II) y del precontrato propio o perfecto (art. 708.1 y 708.2.I). *Vid.* A. González Gozalo, «La formación del contrato», en *Tratado de contratos*, ed. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Nieves Moralejo Imbernón, y María

hace ya tiempo que las creadas en la práctica contractual anglófona no han pasado desapercibidas para la doctrina y jurisprudencia de los países del *civil law*, como la española, que las fueron incorporando paulatinamente en su terminología con nombres como cartas o acuerdos de intenciones, acuerdos con términos abiertos, pactos de preferencia y opción de compra, por citar las más frecuentes.

En España, la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos revisada de 2023 (en adelante PMDOCR), toma como punto de partida el texto de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentada en el año 2009 y lo actualiza. En el nuevo texto, se incluye, dentro del Capítulo II “La formación del contrato” del Título II “De los contratos”, la Sección Cuarta “Los acuerdos y contratos preparatorios”, en la que se pone de relieve la influencia del moderno Derecho de contratos y de las recientes modificaciones en materia de obligaciones y contratos operadas en los países de nuestro entorno.

## **2. Los acuerdos y contratos preparatorios en la propuesta reformada para la modernización de obligaciones y contratos**

En esta sección figuran el acuerdo de intenciones, el pacto de preferencia, el contrato de opción y el precontrato.

Los artículos destinados al contrato de opción y al precontrato, nos permiten diferenciar con claridad los acuerdos de intenciones de las dos variantes del precontrato perfecto, esto es, la promesa unilateral de contrato o contrato de opción y la promesa bilateral de contrato o precontrato<sup>3</sup>.

El cierre de la sección y de las previsiones previstas por la PMDOCR para la fase de negociaciones se lleva a cabo mediante el precepto destinado al precontrato. A tenor del artículo 1264, con la rúbrica de *Precontrato*,

*La promesa mutua de celebrar un contrato permite exigir su cumplimiento en los términos acordados, siempre que su contenido llegue a estar suficientemente determinado.*

*El incumplimiento de la promesa por una de las partes dará, a la otra, derecho a ejercitar los remedios derivados del incumplimiento del contrato.*

En España, se han generado diversos planteamientos en torno a esta figura y, de entre todos ellos, la teoría de Castro y Bravo, parece ser la inspiradora de este artículo ya que, de su lectura, se podría deducir que éste representa la primera fase de un *iter* negocial de

---

Susana Quicios Molina, 3ª ed., *Tratados* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 902 ss.; Ángel Carrasco Perera, «Las cartas de intenciones y el proceso contractual», en *Adquisiciones de empresas*, ed. José María Álvarez Arjona, 5ª ed. (Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019), 161; María Paz García Rubio, «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, 2002 (Derecho civil, derecho de obligaciones)*, ISBN 84-470-2110-6, págs. 1881-1902 (Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Civitas, 2002b), 1883-84, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=809087>.

<sup>3</sup> La distinción de las dos variantes de precontrato perfecto tiene sus orígenes en la propia definición que otorgó doctrina alemana al precontrato, contrato preliminar, *pactum de contrahendo* o *Vorvertrag* en su creación. En efecto, lo concibió como un contrato que permite que ambas partes o una de ellas se comprometan a celebrar más tarde otro, el llamado contrato principal, de manera que su objeto sería la celebración de un contrato posterior (Werner Flume, *El negocio jurídico*, Clásicos Contemporáneos (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998), 719 ss.; Basil S. Markesinis, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2ª ed. (Oxford: Hart, 2006), 78; Andreas von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Crítica del derecho. Arte del derecho 79 (Granada: Comares, 2007), 151.) En relación con las dos vertientes del precontrato perfecto, a nivel nacional se han pronunciado autores como González Gozalo, «La formación del contrato», 902 ss.; Carrasco Perera, «Las cartas de intenciones y el proceso contractual», 161; García Rubio, «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la ley de enjuiciamiento civil», 1883-84.

dos etapas. En la primera, mediante la promesa mutua de celebrar el contrato, o precontrato, se celebra el contrato proyectado y se autoriza a las partes a exigir su cumplimiento; en la segunda fase, si no se produce el cumplimiento espontáneo se autoriza para ejercitar los remedios del incumplimiento, entre ellos la facultad de exigir el cumplimiento del contrato convenido.

En cuanto al contrato de opción, su diseño en el *art. 1262 PMDOCR* da voz al planteamiento doctrinal y jurisprudencial que equipara esta figura con la promesa unilateral de contrato, pues tenor del precepto citado: *El beneficiario de un contrato de opción o de una promesa unilateral de contrato tiene derecho a decidir la celebración del contrato siempre que su contenido esté suficientemente determinado.*

Se podría decir que, tal y como sucedía con el precontrato, la promesa unilateral de contrato es la primera fase *iter* negocial en el que hay que distinguir dos momentos. En el primero, las partes acuerdan la concesión del derecho de opción al beneficiario, y el concedente da su consentimiento al contrato proyectado, del que no podrá desdecirse en tanto en cuanto dure la opción<sup>4</sup>. En un segundo momento, el beneficiario decide la celebración del contrato pactado.

Del pacto de preferencia se ocupa el *artículo 1261*, según el cual:

*“1. 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.*

*2. Salvo disposición legal o contractual en contrario, el pacto de preferencia está sujeto a las siguientes reglas:*

*1.ª El obligado sólo puede celebrar un contrato con un tercero tras haber dado al beneficiario la oportunidad de ejercitar su derecho preferente.*

*2.ª El obligado deberá notificar al beneficiario el contenido del contrato que pretende celebrar. Esta notificación constituirá una oferta.*

*3.ª Si el beneficiario no acepta la oferta, el obligado no podrá celebrar un contrato con un tercero a un precio inferior o en condiciones más favorables sin realizar una nueva notificación, de conformidad con la regla 2”.*

Es un pacto que atribuye a su beneficiario el derecho a ser parte de modo prioritario en el contrato futuro que decida celebrar el obligado por dicho pacto. Nos recuerda, pues, al derecho de adquisición preferente previsto legalmente para los derechos reales, y lo hace extensible a cualquier tipo de contrato.

Las consecuencias por incumplimiento del pacto de preferencia y del contrato de opción se regulan conjuntamente en el *artículo 1263: Incumplimiento y remedios*, que preceptúa lo siguiente:

*“1. Si el obligado, en virtud de un pacto de preferencia o de un contrato de opción, incumple su obligación con el beneficiario, este podrá ejercitar los remedios del incumplimiento del contrato.*

*2. El beneficiario también podrá reclamar contra el tercero que haya colaborado a sabiendas en el incumplimiento del pacto de preferencia o del contrato de opción, una indemnización por los daños sufridos, la ineficacia del contrato o su sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este”*

Es una norma mediante la cual el beneficiario podrá ejercitar los remedios del incumplimiento del contrato e, incluso, podrá dirigirse contra el tercero colaborador consciente de la relación previa existente, para reclamar una indemnización por los daños

---

<sup>4</sup> Sobre el plazo como elemento esencial del contrato de opción se han pronunciado las SSTS de 8 de octubre de 1993, RJ 1993/7314, de 11 de abril de 2000, RJ 2000/2434, de 5 de junio de 2003, RJ 2003/5018, de 17 septiembre de 2010, RJ 2010\8865, entre otras.

sufridos, la ineficacia del contrato o su sustitución en el lugar del tercero en el contrato celebrado por este<sup>5</sup>.

Finalmente, el artículo 1260 PMDOCR norma los acuerdos de intenciones desde un planteamiento en el que se hacen eco tanto la obligación de negociar de buena fe, como la libertad contractual, ya que afirma que:

*“1. El acuerdo de intenciones obliga a las partes a negociar un futuro contrato cuyo contenido está todavía sin determinar en los términos establecidos en el apartado siguiente. 2. El acuerdo de intenciones no obliga a alcanzar el resultado de la celebración del contrato definitivo, pero sí a colaborar de conformidad con las exigencias de la buena fe en la determinación del contenido necesario para su perfección. 3. Las partes pueden atribuir carácter vinculante a los acuerdos parciales que lleguen a alcanzar”.*

Parece que el citado precepto esté inspirado en el *Projet Catala*, que formó parte de los trabajos preparatorios de la reforma del Code civil francés que culminó con la Ordenanza de 2016 y la posterior de ratificación de 2018. Según dicta el art. 1104-1 del citado proyecto, *“Les parties peuvent, par un accord de principe, s’engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination”*. Efectivamente, el diseño dispuesto para los acuerdos de intenciones es muy similar al del acuerdo de principio que se describe en este texto francés, donde la libertad de negociación y la buena fe operan como sus ejes vertebradores.

La obligación de negociar a menudo ha sido contestada en el Derecho comparado, al entender que los términos del acuerdo son demasiado inciertos y que resulta imprevisible estimar los daños generados por su incumplimiento. En el caso de la PMDOCR esta supuesta incertidumbre es solventada por lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo 1260 PMDOCR, donde se nos informa que las partes tan solo se obligan a colaborar de buena en la consecución del contrato definitivo, pero siguen pudiendo ejercer su libertad de no contratar, sin temor a que se les exijan responsabilidades en caso de que no se alcance el contrato por razones ajenas al incumplimiento de esa obligación de colaboración o a otras específicamente pactadas en el acuerdo.

### 3. Bibliografía

- Carrasco Perera, Ángel. «Las cartas de intenciones y el proceso contractual». En *Adquisiciones de empresas*, editado por José María Álvarez Arjona, 5ª ed., 107-061. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019.
- Cranston, R. «“Banking Law – Commitment Letters”». *Australian Law Journal*, 1988, 286 ss.
- Flume, Werner. *El negocio jurídico*. Clásicos Contemporáneos. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- García Rubio, María Paz. «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, 2002 (Derecho civil, derecho de obligaciones)*, ISBN 84-470-2110-6, págs. 1881-1902, 1881-1902. Civitas, 2002b. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=809087>.
- Giliker, Paula. «Contract Negotiations and the Common Law: A Move to Good Faith in Commercial Contracting?» *Liverpool Law Review* 43, n.º 2 (agosto de 2022): 175-202. <https://doi.org/10.1007/s10991-022-09299-2>.

---

<sup>5</sup> El Tribunal Supremo ha concedido el cumplimiento forzoso al dilucidar casos relativos a la promesa de venta, entre otras, en las sentencias de 24 diciembre de 1992, RJ 1992\10657, de 8 de julio de 1993, RJ 1993/6115, de 18 de diciembre de 2003, RJ 2003/9300, y de 9 marzo de 2015, RJ 2015\1115, ECLI:ES:TS:2015:1403.

- González Gozalo, A. «La formación del contrato». En *Tratado de contratos*, editado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Nieves Moralejo Imbernón, y María Susana Quicios Molina, 3ª ed., 827-929. Tratados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Lake, R. B., y U. Draetta. *Letter of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms*. Second edition. New Hampshire: Butterworths, 1994.
- Markesinis, Basil S. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2a ed. Oxford: Hart, 2006.
- Stewart, A., y J. Knowler. «When is an agreement not a contract? The uncertain status of heads of agreement and other preliminary commercial arrangements.» *Commercial Law Quarterly* 18, n.º 2 (2004): 21-32. <https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/agispt.20043751>.
- Temkin, Harvey. «When Does the “Fat Lady” Sing? An Analysis of “Agreements in Principle” in Corporate Acquisitions.» *Fordham Law Review* 55, n.º 2 (1 de enero de 1986): 125. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol55/iss2/1>.
- Trakman, Leon E., y Kunal Sharma. «The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith.» *Cambridge Law Journal* 73, n.º 3 (2014): 598-628. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/camblj73&i=602>.
- Tuhr, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Crítica del derecho. Arte del derecho 79. Granada: Comares, 2007.