

## Informe de Investigación

**Título: Doctrina sobre el Precontrato.**  
**Subtítulo: En Materia Civil y Laboral**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Civil.	<b>Descriptor:</b> Obligaciones y contratos.
<b>Palabras clave:</b> Historia del Precontrato, Derecho Romano y Germánico, El precontrato del Trabajador Deportivo, Las promesas, los contratos preliminares y el precontrato, Requisitos esenciales del contrato de trabajo.	
<b>Fuentes:</b> Doctrina.	<b>Fecha de elaboración:</b> 05 – 2011.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a)FORMACIÓN HISTÓRICA DEL PRECONTRATO.....	2
En el Derecho Romano.....	2
En la tradición jurídica germánica.....	5
b)EL PRECONTRATO (Trabajador Deportivo).....	7
La renovación de contrato, la prórroga automática y la cláusula de opción.....	7
c)LAS PROMESAS, LOS CONTRATOS PRELIMINARES Y EL PRECONTRATO.....	8
El precontrato.....	11
d)LA PROMESA UNILATERAL Y EL PRECONTRATO.....	13
La promesa unilateral.....	13
El precontrato .....	17
e)REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	20
A. - Elementos contractuales.....	21
B. - Capacidad.....	22
C. - Consentimiento .....	28

#### 1 Resumen

El presente informe trata sobre el precontrato. Apareciendo únicamente sobre el precontrato laboral, en relación al trabajador deportivo, se realiza este informe con doctrina civil sobre el precontrato y una explicación *in fine* del contrato laboral, exponiendo sus elementos básicos.

## 2 Doctrina

### a) **FORMACIÓN HISTÓRICA DEL PRECONTRATO**

[Román]<sup>1</sup>

#### **En el Derecho Romano**

En el primitivo Derecho romano, al igual que en otras legislaciones arcaicas, la convención de las partes, el acuerdo de voluntades entre los particulares, no genera, en principio, por sí mismo, obligaciones. Para que el *pactum duorum plurimumve in idem placitum et consensum* (D. 2,14,1,2) diese lugar al nacimiento de relaciones jurídicas obligatorias, dignas de protección por el ordenamiento jurídico civil, debía presentarse acompañado de un segundo elemento esencial y necesario: la *causa civilis*. Sólo incidentalmente son considerados por el Pretor los *nuda pacta*, y éstos, no obstante, nunca producen acción, aunque sí pueden ser una fuente de excepciones: *Nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem* (D. 2,14,7,4).

Aparece claro, por otra parte, que los romanos ni construyeron un concepto genérico y abstracto de contrato, ni tampoco asumieron el principio de libertad contractual con la suficiente amplitud de criterios para facilitar la libre configuración del contenido de los mismos, ni siquiera se permitió en su sistema la libre creación de figuras jurídicas atípicas en el ámbito negocial. Ya que, como ha puesto de manifiesto F. Schulz, en el Derecho romano clásico se conocieron únicamente una serie de contratos tipo, los cuales, con ciertas restricciones, podían ser adaptados por las partes para la representación de sus respectivas finalidades negociales.

En este entorno es donde cobrará importancia, por otra parte, la *stipulatio*. Por eso es muy gráfica, además de exacta, la impresión de E. Betti cuando dice: «La característica más sobresaliente de la construcción romana en relación al contrato, es que resulta la antítesis de la construcción moderna».

También conviene recordar que la doctrina romana acerca de los contratos está siempre sometida a la incertidumbre y a una gran oscilación, a diferencia de lo que veremos ocurre en la dogmática jurídica moderna en este sentido.

Por todo esto, es especialmente difícil buscar un apoyo firme en las fuentes romanas en relación al precontrato, que ciertamente aparecerá como tal figura jurídica en las construcciones dogmáticas de la segunda mitad del siglo pasado. No obstante, los estudiosos de este tema han realizado un loable esfuerzo por hallar algunas manifestaciones que pudieran servir de antecedentes, si no de la categoría genérica del precontrato, sí, al menos, de alguna de sus especies, bajo la cual pueda presentarse en el ámbito jurídico.

Modernamente, la doctrina española (C. Valverde, R. M. Roca Sastre, F. de Castro, A. M. Borrell, J. Castán, A. de Cossío, D. Espín, L. Díez Picazo, etc.) propugna, salvando las correspondientes distancias, que el actual concepto de precontrato debe encontrar un antecedente importante en el llamado *pactum de contrahendo* del Derecho romano. Y sustenta que el contenido de este pacto

innominado es el de obligarse a la realización de un futuro contrato, mediante la concurrencia de las voluntades de las partes en torno a una obligación de hacer: *facere oportere*. Esta dirección doctrinal tuvo un éxito extraordinario, y fue aceptada, expresa o tácitamente, por la mayoría de los tratadistas que se han ocupado del estudio de este tema. En cambio, parece claro que el *pactum de contrahendo*, como acertadamente ha puesto de relieve Roca Sastre, careció de una regulación legal en el Derecho romano, cosa que no debe extrañarnos, por otra parte, teniendo en cuenta las connotaciones propias de ese sistema jurídico.

El término *contrahere* sirvió para designar la constitución de un determinado vínculo jurídico, con una base estable, tanto en los usos jurídicos como en los extrajurídicos. En cambio, la expresión *contractus* tuvo una esfera de aplicación más limitada y nunca se utilizó fuera del ámbito propio del Derecho de obligaciones, porque no es más que una elipsis conceptual, un sinónimo de *negotium contractum*, o *contractas negotii*. Además, *contrahere* era un fonema de amplio significado, que se utilizó al principio para referirse a la conclusión de los esponsales y del mismo matrimonio (*contrahere nuptias*), más tarde para indicar una acción ilícita, o también para aludir a un negocio que sirve como medio de extinción de una relación jurídica obligatoria (*solutio*), y, en general, para designar a cualquier negocio, ya sea obligacional o real, civil o pretorio. Será después, cuando, al agrupar sus significaciones, se entienda, en sentido amplio, que *contrahere* expresa la conclusión de un contrato, y en sentido estricto, la conclusión de un negocio. Por esto, lo que nos interesa destacar aquí es que la alusión al *pactum de contrahendo* deberá comprenderse como una mención al acuerdo de voluntades de las partes para contraer o contratar. Y, como señala A. Alabiso, también se conoció este pacto en el Derecho romano clásico bajo la denominación de *pactum de ineundo contractu*.

Se ha dicho, desde otra perspectiva, que había que acudir al único contrato formal clásico: al contrato verbal, para hacer obligatorias aquellas convenciones que no coincidieran con el tipo exacto de los contratos o pactos con acción en el ámbito civil o pretorio. Así muchos autores que se han ocupado del estudio de estas cuestiones fijan su atención preferentemente, a la hora de buscar antecedentes en las fuentes romanas, en el *pactum de vendendo et de emendo*, promesa de vender y comprar; en el *pactum de pignorando*, promesa de constituir prenda o hipoteca, y, sobre todo, en el *pactum de mutuo dando*, pacto de conceder un préstamo, o pacto de abrir una cuenta corriente de crédito en el Derecho romano, citándose constantemente en apoyo de estas argumentaciones el fragmento del Digesto (45, de verb. oblg., 1,68), en el cual Paulus dice: *Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio, quod si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes?, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.*

En el precitado texto se comprenden dos supuestos distintos: En el primero la persona a quien se hace la promesa estipula una pena para el caso en que luego no se le concediese ningún préstamo; esta sanción haría funciones de señal, y también se conoció en la tradición jurídica germánica, bajo la denominación de *Rengel*, ya que además cumplía la función de permitir el arrepentimiento —dinero de arrepentimiento— y por su entrega el hipotético prestamista podía liberarse de la obligación de celebrar el contrato. Por tanto, en este caso, el interés de las partes sólo aparecería suficientemente protegido cuando las arras tuviesen un valor equivalente al de las prestaciones que los contratantes pensaban conseguir con la conclusión del contrato en cuestión. En el segundo, por el contrario, se recoge una estipulación incierta tanto en lo que se refiere a su propio contenido como en la determinación de su valor patrimonial. A la cual, muy probablemente, se le negaría acción en el sistema romano.

Como puede verse, la cuestión no aparece demasiado clara. Tanto S. Moro como J. Alguer nos

recuerdan la viva polémica que se mantuvo, a propósito del precitado fragmento de Paulo en relación al mencionado texto de Juliano para demostrar la imposibilidad del precontrato de mutuo. El texto, como se ha podido comprobar, no es suficiente para llegar hasta esa pretendida imposibilidad, puesto que Juliano no argumentará abstractamente acerca del mutuo, ni sobre la posibilidad o no de conceder un crédito; únicamente intentará deslindar el ámbito jurídico correspondiente al negocio considerado, diferenciándolo así de otras figuras jurídicas afines que, en este caso, en opinión de J. Alguer, serían una donación modal en atención al mutuo y un negocio fiduciario con pacto de restitución de los bienes en idéntica especie.

Más interesante nos parece la consideración del tipo de acción que pueda derivar de esta especial figura negocial, porque, en el Derecho romano clásico, la opinión predominante fue la de ser objeto de obligación y, por tanto, de condena no sólo al *id quod interest*, sino también al *contrahere*, alegándose en apoyo de esta tesis el texto de la ley 68 (D. de verb. Oblg., 45,1).

En cualquier caso, lo que sí aparece claro es que, a través de todas estas vías, se está buscando un pacto innominado que tenga un válido encaje dentro del sistema contractual que rigió en el Derecho romano y que contenga la obligación de hacer un futuro contrato: *facere oportere*.

En este contexto es donde se planteará el segundo problema fundamental a considerar. Como ha dicho Alguer, y posteriormente Distaso, se intentará la aproximación entre las fuentes romanas y la moderna doctrina del precontrato, reflexionando, precisamente, sobre el eventual alcance de esta obligatio faciendi (facere, consistente en un *contrahere*). O, planteando de otro modo esta cuestión, los tratadistas del tema se preguntarán si, en estos casos, la acción se dirigía a la consecución del *facere* o sólo al *interest*. Considerándose, en base al ya citado fragmento de Paulo (D. 45, de verb. oblig., 1,68), que, a estos efectos, únicamente debía ser tomado en cuenta el *interest*, ya que éste es el auténtico objeto de la obligatio. Lo cual es también defendido alegando el texto de Celso (D. 42, de re iud., 1,13,1), que dice así: *Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat, et facias ne quod ex ea re damnum stipulator ita habeatur facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in ómnibus faciendi obligationibus*. Pero, como puede verse, dicho texto es de aplicación general para todo tipo de obligaciones de hacer derivadas de una *stipulatio*.

Es así como, poco a poco, la obligatio faciendi va abriéndose paso en el sistema contractual romano, puesto que, como ha explicado Degenkolb, apoyándose en las fuentes, existieron una serie de acciones en relación al *facere* derivadas de los *pacta adiecta* y de los *bonae fidei negotia*. Pero, en el Derecho clásico, antes de que estas acciones sean sancionadas expresamente en el Derecho justiniano, aunque ciertamente se permitió al acreedor accionar *ad factum*, el deudor podía liberarse del cumplimiento específico mediante el pago de una determinada suma de dinero; con lo cual, en realidad, se mantiene el principio de incoercibilidad del *facere*, en cuanto a la ejecución del contenido de las prestaciones a que las partes se habían obligado, siguiendo la regla *nemo praecise ad factum cogi potest*.

Como ha puesto de manifiesto K. Larenz, el Derecho romano no conoció la coacción específica para el cumplimiento de las obligaciones hasta la llamada época postclásica; por eso no debe extrañarnos que, en el Derecho romano clásico, si se producía el incumplimiento de prestaciones de cosas la sentencia ejecutiva sólo se refiriese a una eventual indemnización en dinero. La condena del deudor al cumplimiento específico de la prestación a la que se había obligado es, pues, el resultado de una larga evolución histórica.

A nuestro juicio, lo único que aparece con claridad, después de todo lo expuesto, es que



efectivamente podemos recurrir a las fuentes romanas buscando sugerencias que nos ayuden a comprender mejor la categoría del precontrato, que se elabora propiamente en la dogmática moderna, para así poder penetrar mejor en la configuración esencial de esta especial figura, apoyándonos en la inevitable continuidad de la tradición jurídica. Con todo, no debemos olvidar que las categorías y definiciones elaboradas por los juristas romanos, como muy acertadamente apunta Perelman, descansan fundamentalmente en una serie de principios de justicia racional, aunque de un modo casuístico. Lo cual, si bien dificulta mucho la aproximación concreta, máxime tratándose de un tema como el nuestro, no ha sido obstáculo para que tales principios hayan tenido gran importancia en la posterior formación del Derecho de los pueblos cristianos del Continente europeo.

### **En la tradición jurídica germánica**

La creación de relaciones jurídicas obligatorias en la tradición germánica suponía el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, Pero, en contraste con el sistema romano más espiritualizado, en los derechos germánicos se exigía siempre el signo exterior formal que les otorgase eficacia jurídica propia y relevancia en el ámbito jurídico.

Esta tradición germánica influyó decisivamente en la formación de lo que más adelante sería el Derecho de obligaciones español, como señalan E. de Hinojosa y L. G. de Valdeavellano. Con todo, hemos de reconocer con el profesor Alguer, que las fórmulas de los primitivos derechos germánicos eran aún menos abstractas y dúctiles que las categorías elaboradas por los jurisconsultos romanos, lo cual ciertamente supone un serio reparo inicial en el intento de conectar la moderna teoría del precontrato con algunas de las figuras jurídicas que se desarrollaron en la tradición germánica. El propio J. Alguer, a pesar de su discrepancia, alabó los meritorios esfuerzos de Kaubes y de S. Moro en este sentido.

Según S. Moro, en la tradición jurídica germánica aparece con claridad la idea de que la promesa hecha y aceptada es una fuente jurídica de obligaciones; señalando que, en estos casos, el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, sólo disponía de medios coercitivos para instar el cumplimiento cuando existía como responsable una persona, una cosa o un patrimonio. Lo cual efectivamente suponía una grave limitación.

En los derechos germánicos, las promesas que se habían hecho constar en documentos públicos o que se habían realizado ante un Jurado o ante un concejo eran siempre ejecutables; en los supuestos de incumplimiento, estas promesas adoptaban el carácter de ejecutivas.

De este modo, era común en la tradición jurídica germánica, como afirma O. v. Gierke, que el promitente vinculase toda su personalidad en garantía de fidelidad. El deudor entregaba su persona y, en caso de inejecución, quedaba bajo el poder ejecutivo del acreedor. Es muy significativo en este sentido el modelo de fides jacta que se desarrolló entre los francos.

Por eso puede afirmarse que bajo la fórmula de wadiatum y wadia (del verbo gótico vidam, que significa ligar, sujetar, etcétera) se establecen compromisos de responsabilidad patrimonial en estos derechos para el caso de incumplimiento. El objeto de esa responsabilidad que había de estar determinado sería una cosa mueble o inmueble que, desde el momento de constitución, quedaba sujeta a la potestad del acreedor, quien, si se producía el incumplimiento, podría tomarlo en su poder. En estos supuestos, como pondrá de manifiesto H. Brunner, se exigían ciertas



formalidades jurídicas: la entrega simbólica al acreedor, por parte del deudor, de un objeto de escaso valor económico, normalmente una varita (festuca) o bien una espiga u otra cosa cualquiera. En estos casos, uno y otro realizaban una promesa solemne (mit Hand und Mund), mediante un apretón de manos y unas palabras solemnes. Todo lo cual hacía nacer esa eventual responsabilidad a la que quedaba sujeto el patrimonio idealmente vinculado.

Como dice H. Planitz, el voto de fidelidad aparecía rodeado de gran simbolismo. Se prestaba normalmente mediante una señal con los dedos o con la lengua, con la mano o con la boca, o mediante un apretón de manos (palmata), constituyendo así una forma de juramento que ligaba al acreedor y al deudor. De este modo, el no cumplimiento de la misma era considerado como un quebrantamiento de la fidelidad y traía consigo la responsabilidad jurídico-penal del deudor. Por eso, la wadiatio —el contrato wadiado (Wettvertrag), según estima el germanista citado— estaba garantizada por las mismas consecuencias jurídicas que la promesa de fidelidad, aunque no fuera originariamente un contrato de responsabilidad; ésta se produciría, en estos casos, como una consecuencia del incumplimiento. En este contexto, aparece muy vivamente la observación que hace E. de Hinojosa acerca del papel fundamental que jugó el apretón de manos entre los pueblos germánicos. Este acto solemne equivalía a la promesa jurada y tuvo gran transcendencia y difusión en toda la Edad Media.

También ha de ser tenido en cuenta que, mediante el pago de una cantidad (llamada Launegild entre los longobardos y arha por los demás pueblos germánicos), se aseguraba de una manera formal la celebración de un contrato posterior. Igualmente son destacables las denominadas Vertragschuluss für Weinkauf, en las que terminaba el contrato con el pago de lo debido en compañía de los testigos de la operación.

Más adelante se produce la fusión entre deuda y responsabilidad, estableciéndose, al mismo tiempo, una cierta coincidencia de estas figuras en la wadia. Lo cual no obsta para que el sentido originario de ésta vaya acercándose al de las arras. Es entonces cuando es posible la admisión de una figura jurídica difusa precontractual que sirva de garantía para el futuro contrato. Con todo, pensamos que, en la mayor parte de estos supuestos, el contrato ya se ha celebrado y lo que aparece diferido en el tiempo es simplemente su ejecución, para la cual sí se establece una garantía.

De otra parte, como sostiene S. P. Leicht, en el fondo existe una clara relación entre esta teoría de la wadiatio que acabamos de exponer y el desenvolvimiento de lo que, en la tradición jurídica germánica, se denominó convenientia (también conocida por el nombre de stantia), que era un acuerdo de voluntades mediante el cual el vendedor se comprometía con el comprador a reservarle una cosa (objeto del contrato) para la celebración efectiva del contrato en un determinado tiempo. Así, aunque como dice S. Moro, al no coincidir en estos supuestos la entrega de la cosa con la conclusión del contrato hay un margen típico que nos permite referirnos al precontrato, lo más importante es que paulatinamente la voluntad de las partes va creando el contrato con independencia de los formalismos.

Todas estas figuras jurídicas a que nos referimos en realidad guardan, como dice Alguer, más relación con la categoría jurídica que modernamente conocemos como derecho de opción que con el sentido que se ha dado a la concepción jurídica del precontrato. Cuestión ésta a la que más adelante nos referiremos.

De todos modos, no hay que dejar de lado lo que han puesto de relieve entre nosotros S. Moro y J. Alguer, y últimamente E. Bucher en el ámbito de la doctrina jurídica suiza, de que una concepción

del precontrato, aparte de ciertas semejanzas fugaces, al menos en el sentido y con las características esenciales que se ponen de relieve en relación a esta categoría en el Derecho moderno, es algo que efectivamente excede con mucho de las primitivas concepciones contractuales que nos ha deparado la tradición jurídica germánica. Ciertamente, el antiguo Derecho de obligaciones no conoció como tal esta especial y compleja figura jurídica, pero no hay que minus-valorar las construcciones precedentemente descritas, pues en ellas se encierra un cúmulo de ideas jurídicas sugerentes que permitirán indudablemente madurar posteriores concepciones que ponen de manifiesto las necesidades prácticas a las que intentar dar respuesta el precontrato.

### **b) EL PRECONTRATO (Trabajador Deportivo)**

[Jiménez]<sup>2</sup>

El precontrato en la relación jurídica del trabajador deportivo, es un negocio preparatorio en el que se establecerán los linchamientos de una futura relación laboral. Es susceptible de modificarse posteriormente cuando se perfeccione el contrato laboral deportivo definitivo.

Pese a que no obliga en definitiva a ninguna de las partes, ya que tanto por la prohibición legal de la Federación Internacional de Fútbol Asociado en el caso de jugadores con contratos aun no expirados, como por el hecho de que no es posible restringir la libertad contractual y laboral, máxime que son derechos constitucionales plenamente reconocidos, como también en el hecho de que es un evento a futuro, del cual solo se han dado proyecciones; lo cierto es que es posible exigir el cumplimiento de montos resarcitorios o la indemnización pactada en caso de su incumplimiento.

### **La renovación de contrato, la prórroga automática y la cláusula de opción**

Con la renovación de contrato en materia deportiva no hay mayores complicaciones pese, a que, el análisis de derecho comparado no arroja una luz clara.

El problema se resuelve por un sencillo ejercicio lógico. Tenemos que el contrato deportivo nunca se presume por tiempo indefinido, desde su nacimiento hay una unidad determinada o determinable; si hay un silencio respecto a la voluntad de las partes pues se da por terminada la relación laboral. Ahora, si las partes tuviesen el deseo de prorrogarlo, y hubiese obscuridad en cuanto a su temporalidad, se utilizará como criterio esclarecedor la unidad de tiempo fijada inicialmente.

Empero, utilizando un criterio protector hacia el trabajador deportivo, tal y como es el espíritu de la normativa laboral, entendamos que cualquier violación a la temporalidad de la relación dada unilateralmente por la parte patronal, se atenderá en el tanto beneficie al deportista; siendo ésta deducible de los signos que evidencien la voluntad que tuvo éste, de seguir utilizando al jugador.

Lo anterior nos lleva a tratar con recelo entonces la disposición de los numerales 26 y 27 del Código de Trabajo, que pretenden que la renovación automática se considere siempre por tiempo

indefinido, sin importar la modalidad de contrato que le antecede.

Incluimos el comentario en este apartado, del tema referente a la cláusula de opción de la que generalmente escuchamos hablar en los medios de comunicación cuando finaliza una temporada. Como es imperativo en la materia laboral deportiva, no puede existir disposición alguna que restrinja los derechos de un deportista a la hora de contratar.

Lo que expresa esta cláusula es, en pocas palabras, una opción para que en el momento de realizar las contrataciones, el club a quien le favorece ésta, sea quien tenga la primera opción a la hora de negociar. Aquí resaltamos la importancia de la publicidad de los contratos deportivos, ya que esto permitirá a los clubes conocer y respetar la disposición.

### **c) LAS PROMESAS, LOS CONTRATOS PRELIMINARES Y EL PRECONTRATO**

[Casafont]<sup>3</sup>

Un concepto de la "promesa" que aspire a traducir su naturaleza y su concreta significación jurídica, en términos de diferenciarla netamente de otros fenómenos y entidades que se desenvuelven en el plano de la voluntad, es difícil lograrlo, pues ni en los Códigos se encuentra una regulación unitaria de la misma, ni los expositores que he podido consultar suministran de ella una definición que permita caracterizarla con diáfana claridad. En los ordenamientos legales —como sucede en nuestros Códigos Civil y Mercantil— se hace mención de las "promesas" aisladamente y con ocasión de algunos contratos, principalmente del de compraventa, y en el campo doctrinal se alude igualmente a las "promesas" al ser considerada la estructura de ciertas entidades jurídicas con las cuales se identifican. Así se advierte que en la moderna "Doctrina del Negocio Jurídico" y particularmente en la categoría de los negocios jurídicos unilaterales como declaraciones de voluntad con sustantividad propia, son configurados algunos como verdaderas "promesas"; que en el terreno del Derecho Mercantil y con referencia a los títulos de crédito, las manifestaciones de voluntad en ellos contenidas son consideradas como "promesas de pago" como ocurre con el "Pagaré" que según nuestro Código de la materia es una "promesa incondicional de pago de una cierta cantidad de dinero" (artículo 799); que aun fuera de las relaciones jurídicas patrimoniales, en las de tipo puramente familiar se dice igualmente de las "promesas" como es ejemplo la "promesa recíproca de matrimonio" o esponsales; que incluso, tratándose de la "oferta de contrato", puede decirse de ella como "promesa unilateral no aceptada", y que se llega, en suma, para no citar otros casos, a admitir en el ámbito de las promesas, las de "vínculo unilateral aceptada" y las de "vínculo bilateral o sinalagmáticas", dándose en las últimas, como declaraciones recíprocas de voluntad obligatorias, un marcado aspecto contractual que permite conceptualizarlas como "precontratos".

Se confirma, con lo anterior, la dificultad de obtener un concepto genérico de la "promesa", con elementos y características propias que la determinen como una categoría de declaraciones de voluntad, sin que pueda estimarse que toda manifestación de voluntad que se dirija a producir efectos jurídicos, constituya una "promesa". Lo que de seguro puede afirmarse es que las "promesas" son declaraciones de voluntad, unilaterales o bilaterales, dirigidas a la producción de efectos de Derecho, y lo cierto también que, como tengo referido, resultan admitidas tanto en la Doctrina como en los ordenamientos jurídicos positivos, por lo que, con finalidad práctica, es lo indicado examinar tales supuestos para una posible delimitación de esas figuras.





Apreciada la "promesa" con relación a los negocios jurídicos unilaterales, es dable aceptar que algunos de éstos, como declaraciones unilaterales de voluntad con sustantividad propia y fuente de obligaciones, constituyen verdaderas "promesas", entre otras, la llamada "promesa pública de recompensa", las "promesas de pago" contenidas en ciertos títulos-valores principalmente en los al portador, en los cuales el emitente contrae una obligación por su sola manifestación de voluntad, conforme la teoría de la creación. Se trata, en consecuencia, de promesas unilaterales con virtualidad de causa o fuente de obligaciones, sin que precise el concurso de otra voluntad.

Distinta es la situación que se presenta respecto a la "oferta de contrato" ya estudiada, como declaración de voluntad de una de las partes dirigida a la otra para celebrar con ella un contrato. Si esa oferta o propuesta, al revestir carácter vinculante por haber fijado un plazo el proponente o por mediar uno legal, lo que entraña que por sí sola obliga, ¿sería dable conceptuarla como una "promesa" en cuanto declaración de naturaleza recepticia? Indudablemente se trata de un ofrecimiento serio, vinculativo, para celebrar un contrato y, en tal sentido, de "una promesa", mas por requerir la aceptación del destinatario ya que es una parte integrante del contrato, para que éste se perfeccione, no sería impropia su calificación de "promesa no aceptada".

Diversamente de la oferta de contrato tenida como "promesa no aceptada" y por ello antecedente de aquel, puede darse una "promesa de contrato aceptada" sin constituir de momento el contrato principal a que se dirige, aunque revista carácter contractual o más bien precontractual, como sucede con la "opción", que es una "promesa de vínculo unilateral aceptada", cuya naturaleza examinaré por aparte.

Finalmente puede concebirse la "promesa de vínculo bilateral recíprocamente aceptada", en la que se dan declaraciones mutuas de voluntad de carácter vinculativo para ambas partes, que si bien participa de la nota contractual por la coincidencia de voluntades, no es propiamente el contrato principal a que la misma se encamina y que los promitentes desean celebrar, manteniendo por lo tanto su carácter preparatorio que autoriza para considerarla como un convenio preliminar o precontrato.

Se infiere de lo expuesto la posible existencia de diversas especies o variedades de la "promesa", siendo elemento diferenciador el modo como la voluntad del destinatario de la misma se produce. Esto puede verse con mayor claridad con referencia a un determinado contrato, por ejemplo al de compraventa, y apreciar respecto al mismo las figuras preparatorias de la "oferta de venta", la "promesa unilateral de venta aceptada" y la "promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada", sin que ninguna de ellas, desde luego, constituya el verdadero contrato que se proyecta. La primera, oferta o propuesta, es una "promesa unilateral de vender no aceptada": en ella la declaración de voluntad del promitente u oferente, es simplemente conocida por el destinatario quien no ha expresado su voluntad en orden a su aceptación, ya que de hacerlo y en forma congruente con la misma, daría lugar a la conclusión o nacimiento de la entidad contractual, conforme yase vio al examinar la oferta o propuesta como declaración unilateral, antecedente o parte integrante del contrato. La aceptación de la oferta, surte por lo tanto el efecto de configurar el contrato, al producirse, mediante la concurrencia de voluntades, el acuerdo o consentimiento, siendo de consiguiente la oferta por sí sola una "promesa de vender no aceptada", si bien conocida por el destinatario, sin que, huelga decirlo, tal conocimiento importe aceptación. En cambio, en la "promesa unilateral de venta aceptada", que es el caso de la "opción de venta", no puede afirmarse lo propio, que sea simplemente conocida por el destinatario, ya que de parte de éste existe también una expresión de voluntad en orden a aceptar dicha promesa, no para que se configure con ella el contrato principal que se proyecta, sino para que se produzcan los efectos propios de la promesa

que serían, entre otros, la adquisición del derecho o facultad por el optante de decidir posteriormente sobre la conclusión del contrato definitivo a que se contrae la promesa, y para que ésta obligue al promitente. Tal aceptación por el destinatario, como declaración de voluntad, deviene como una adhesión o conformidad con la promesa, y no como una aceptación de naturaleza que permita afirmar que haya consentido en realizar el contrato principal de compraventa, es decir, de adquirir por un precio el dominio del bien a que se refiere la promesa. Habrá en tal supuesto un contrato preparatorio o precontrato, pero no un verdadero contrato de compraventa.

De igual modo cabe observar respecto a la última variedad de promesa señalada, la "bilateral recíprocamente aceptada" con relación a una compraventa, que por sí sola entraña un compromiso mutuo de celebrar un futuro contrato de compraventa que de momento los promitentes no quieren o no pueden verificar, vinculándose de esa suerte para la ulterior conclusión del contrato -definitivo, y al darse en ella la nota de una conformidad de voluntades o acuerdo, que no es el consentimiento de dicho contrato principal, deviene, tal coincidencia de declaraciones de voluntad en la promesa recíproca, que importa aceptación por ambos promitentes, como un convenio preliminar o precontrato.

Las dos especies de promesas últimamente reseñadas, sean la "unilateral aceptada" y la "bilateral recíprocamente aceptada", son las que realmente integran la categoría de los llamados contratos preparatorios, previos o preliminares o, con técnica moderna, "precontratos". Es oportuno añadir, que dichas promesas, como figuras prenegociales, al igual que la oferta o propuesta de contrato, no se circunscriben a la compraventa como con error estiman algunos, ello debido a la mayor frecuencia de ese tipo contractual en el ámbito de los negocios y lógicamente de la más acentuada intensidad de aquellas, equivocación en que incide nuestro Código de Comercio como ya señalé, al disciplinar la oferta contractual en la compraventa mercantil, pues bien pueden darse promesas respecto a otros tipos contractuales, como el arrendamiento o locación, el préstamo, el depósito e incluso en el de sociedad, o dicho de modo más concreto, que las promesas "unilateral aceptada" y "bilateral recíprocamente aceptada" como contratos preparatorios, pueden serlo, en cuanto vinculantes, para la celebración de futuros "contratos unilaterales reales" y de "contratos bilaterales consensuales". La doctrina moderna, en efecto, acepta la posibilidad y el valor de las "promesas recíprocas" referidas a futuros contratos unilaterales reales, por más que respecto a éstos precise para su conclusión como requisito de esencia, la tradición o entrega de las cosas objeto de los negocios, como tal es la naturaleza del préstamo en lo civil según nuestro régimen jurídico, siendo por tanto válida la "promesa" de efectuar un préstamo, y admite igualmente la eficacia de las promesas recíprocas o contratos preliminares de "contratos principales consensuales", como el caso de la promesa recíproca de compraventa, planteándose, sin embargo, el discutido problema de su asimilación o identificación con el contrato principal a que se dirigen, atendida su consensualidad y concurrencia de idénticos elementos, como es prueba de ello la existencia de las dos conocidas tendencias, radicalmente divergentes: la francesa que las equipara por darse en ellas los mismos elementos del contrato principal, como se advierte de la promesa recíproca de compraventa en la que se contienen tales requisitos de sustancia —consentimiento, cosa y precio — propios de la compraventa verdadera, con la fórmula que propugna de que "prometo vender y prometo comprar" equivale a "compro y vendo", y la italiana que, con mejor sustento, al considerar el elemento volitivo que es esencial, las separa o distingue por cuanto, como con fundada razón aduce, si lo que han querido las partes es celebrar un convenio preparatorio con una promesa recíproca, no es autorizado reputarla como el contrato definitivo, por más que en ambas figuras se den los mismos elementos esenciales, por respeto a la voluntad de los contrayentes que es en materia contractual, la suprema ley.



Las diversas variedades de "promesas" como figuras prenegociadas, se ofrecen reconocidas en nuestros ordenamientos jurídicos, aunque no en forma sistemática como ya observé respecto a la oferta de contrato con arreglo a las disposiciones pertinentes de los Códigos Civil y Mercantil, y sí en cambio a virtud de preceptos aislados. Independientemente de la "oferta, contractual" ya estudiada, puede verse dicho reconocimiento legal de las otras promesas, la "unilateral aceptada" y la "bilateral recíprocamente aceptada", con motivo de la compraventa civil, de conformidad con los artículos 1054 y 1055 del Código Civil que disponen, por su orden: "Tanto en el caso de "promesa de venta" como en el de "promesa recíproca de compraventa", la propiedad se transmite desde el día de la venta y no desde el día de la promesa", y "La "promesa de venta" y "la recíproca de compra-venta" cuyo cumplimiento no se hubiere demandado dentro de un mes contado desde que es exigible, caduca por el mismo hecho".

Se contraen ambos textos de nuestro Código Civil, como se advierte, a la "promesa de venta" y a la "promesa recíproca de compraventa", determinando que el efecto primordial de la compraventa — sea la transmisión del dominio de las cosas vendidas— no tiene lugar en el momento de las promesas sino en el de la conclusión del contrato principal a que las mismas se dirigen, sea de la verdadera "compraventa". Con ello deja establecida la sustancial diferencia entre las promesas, principalmente entre la "recíproca de compraventa" y el futuro y verdadero contrato de "compraventa" a que la misma se dirige, lo que es de importancia por cuanto la primera, por envolver un acuerdo de partes respecto a cosa y precio al prometer una vender y la otra comprar quedando ambos promitentes obligados, sería dado a pensar que tal convenio, referido a los elementos reales del contrato —cosa y precio—, devendría en rigor como una venta perfecta con sujeción al artículo 1049 del mismo Código al preceptuar que "La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio", lo que no es así por la apuntada circunstancia del no transferimiento del dominio señalado por la ley en las promesas, que lleva a la consecuencia lógica, de la falta de nacimiento en las mismas, de las obligaciones recíprocas propias del verdadero contrato de compraventa.

Mas, si no es dudoso que nuestra ley practica un deslinde, como queda visto, entre las promesas de venta —incluso la bilateral aceptada o recíproca de compraventa— y el contrato principal de compraventa, atendido el efecto transmisor del dominio que opera con el último, cabría pensar si al aludir a la "promesa de venta" lo hace con referencia tan solo a la "promesa unilateral de venta aceptada" que según las explicaciones dadas configura la "opción" que encierra un acuerdo entre el promitente o persona que la concede y la otra parte, el optante, que adquiere la facultad de decidir sobre la conclusión del contrato -principal de compraventa, o si también comprende la "oferta o propuesta de venta", por ser ésta en rigor una promesa, sobre todo cuando al darse entre ausentes, reviste carácter vinculante por razón de un término o plazo, bien fijado por el proponente o, en su defecto, por la ley. Entiendo que con la expresión "promesa de venta" utilizada por el comentado artículo 1054 del Código Civil, se comprenden tanto la "promesa unilateral aceptada" u "opción" con su específica configuración ya señalada, como la "oferta o proposición de venta" obligatoria que, con la aceptación del destinatario que entraña la correlativa declaración de voluntad, da lugar, mediante el resultado del acuerdo o consentimiento, a la perfección de la compraventa.

### **El precontrato**

Con el examen y comentarios precedentes acerca de las "Promesas" y su especial configuración jurídica, se ha perfilado el concepto del "Precontrato" como un convenio preliminar o preparatorio



por el cual se asume la obligación de celebrar otro contrato, sea como declaración de que se quiere un contrato futuro. Por su característica de contrato previo es, al decir de CASTAN (Op. cit., pág. 24): "Una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitiva".

La figura del "precontrato", tan solo por su modalidad de ser preparatorio, difiere del contrato futuro que constituye su objeto o finalidad, porque se advierte, de su estructura que deriva de la definición transcrita y que responde a su verdadero concepto, que en rigor es un contrato, por darse en el mismo todos los elementos de éste, con el acuerdo de partes del que surge una obligación de hacer, consistente en la celebración del futuro contrato.

Son en efecto, señalados por la Doctrina como elementos del precontrato, los mismos requisitos de sustancia y forma exigidos para el contrato principal que por su medio las partes declaran querer, entre ellos y con el acuerdo que presupone la capacidad, el objeto con la prestación posible, lícita, determinada o determinable, y el plazo que igualmente es esencial en el mismo, supuesto que genera una obligación a término, ante la imposibilidad legal de asumir una obligación indefinidamente.

La utilidad del instituto jurídico de referencia, como contrato preliminar, es la misma que justifica la celebración y admisión de las promesas, por su carácter preparatorio, de modo prevalente la "bilateral o recíproca" en que las partes se vinculan para realizar un futuro contrato, el cual no concluyen de momento, ya por no desearlo o en razón de no poderlo hacer por falta de algún elemento o requisito que, aunque no esencial, resulte necesario conforme la voluntad de los interesados, para concertar definitivamente el contrato principal.

La posibilidad conceptual del precontrato no ofrece duda, dando lugar a su expreso reconocimiento, por la utilidad que presta, en algunas legislaciones modernas, como en la italiana vigente con arreglo al artículo 1351 del Código Civil al disponer: "El contrato preliminar será nulo si no se hiciera en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo". No es aventurado decir de un reconocimiento virtual de la figura, en nuestro ordenamiento jurídico, atendida su naturaleza preparatoria," con la admisión en el mismo y por el precitado artículo 1054 del Código Civil, de las "promesas", principalmente de la "recíproca de compraventa" que entraña un convenio preliminar, un acuerdo de carácter obligatorio o vinculante encaminado a la perfección de un contrato principal de compraventa, sea en rigor de un precontrato.

Ha sido cuestión debatida en la doctrina y la jurisprudencia extranjera que importa señalar, con referencia al contrato futuro que es objeto del precontrato, si para su definitiva conclusión precisa que las partes otorguen un nuevo consentimiento, punto que se conexiona con el aspecto de la ejecución forzosa por incumplimiento cuanto a la posibilidad, ante éste de que los tribunales puedan condenar a los efectos propios del contrato principal, a instancia de la parte no incumpliente del precontrato. En el particular, la construcción jurídica moderna que considera el precontrato como un "contrato base" fin el que las partes han convenido de momento en unas bases contractuales cuyo ulterior y normal desarrollo quede concluido el contrato principal proyectado, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de las mismas, se ofrece de todo punto fundada, pues si el contrato preliminar o precontrato ha de contener los elementos esenciales del principal que constituye su objeto, no se advierte la razón de que las partes tengan que expresar nuevamente su voluntad para la perfección del futuro contrato, siendo suficiente a esta finalidad desenvolver aquellas bases precontractuales, por cuyo incumplimiento, deviene lógico y admisible que el Juez pueda condenar a los resultados del contrato principal proyectado. Por lo

mismo, juzgo acertada con relación a las "promesas de compraventa" que con carácter obligatorio contemplan los mencionados artículos 1054 y 1055 de nuestro Código Civil, al ser en rigor precontratos, la regla que se contiene en el número 1066 del mismo Cuerpo de leyes que equivale a admitir que por la vía judicial pueda suministrarse, ante el incumplimiento de dichas promesas, el resultado que hubiera proporcionado el contrato principal a que las mismas se dirigen, y por la cual "En la venta y en la promesa obligatoria de venta, si el dueño de la cosa se negare a llevar adelante el contrato, o no quisiere llenar las formalidades legales, tendrá derecho el acreedor por que el Juez, en nombre del renuente, formalice el convenio, otorgue la escritura y le haga entrega de la cosa".

Por lo demás, en el aspecto de la responsabilidad por el incumplimiento "voluntario e imputable", vale decir "culposo" de las promesas vinculantes, la que se produce respecto a la "oferta o propuesta de contrato", como ya se vio, ofrecería carácter extra-contractual, en tanto que la motivada por las citadas promesas "unilateral" y "bilateral o recíproca" aceptadas, devendría de índole contractual, por no ser el precontrato otra cosa que "un contrato que tiene por objeto la celebración de un futuro contrato". Este punto de vista de responsabilidad lo admite nuestro tratadista Brenes Córdoba (Op. cit., pág. 370) con referencia a la "promesa de venta" al decir que "Si el dueño, violando la promesa, traspasara la propiedad a un tercero, el estipulante tendrá acción personal contra el prometiende para exigirle en ese caso el pago de daños y perjuicios", y así resulta aceptado por la jurisprudencia extranjera, conforme se indica en estos comentarios en la sección: "Legislación Comparada, Jurisprudencia nacional y extranjera sobre el valor jurídico de los Actos Prenegociales".

#### **d) LA PROMESA UNILATERAL Y EL PRECONTRATO**

[Ramírez]<sup>4</sup>

##### **La promesa unilateral**

##### **Antecedentes.**

Esta figura fue concebida por el austríaco Siegel en 1874, quien encontró en ella una nueva fuente compromisoria.

Juzgaba el tratadista que hay algunas manifes-, taciones unilaterales de voluntad que sin necesidad de aceptación ni contraprestación, generan vínculos a cargo de su emitente.

Tal es la **promesa unilateral** que se refleja, entre otras, en la promesa pública de recompensa, cuya finalidad es recuperar u obtener informes de un objeto —incluso un sujeto— cuyo destino se ignora. Se estima que el prometiende resulta obligado a cumplir su oferta desde que la hizo pública, sin interesar que a ese momento no existiese un aceptante o mediara una contraprestación.

La figura creó desde el inicio mucha controversia por opinarse que siempre se estaba ante materia convencional y que, aun aceptándola como fuente autónoma, resulta indispensable aplicar las

normas generales de la contratación, pues si se trataba de obligaciones que pudiéramos calificar de "no contractuales", aunque sí voluntarias, ello indicaba desde ya una ambivalencia en el término, no ajena a cierta sospecha jurídica.

*"En efecto —dice Messineo— desde el punto de vista social, se advierte la repugnancia por el hecho de una obligación que nae sin más de una declaración unilateral de voluntad y sea vinculante, **aun cuando no se acepten** por aquel a quien está dirigida (destinatario) o favorezca." "Sin embargo que desde el punto de vista técnico-jurídico no haya nada anómalo en la promesa unilateral y de ello se han encargado de demostrarlo la práctica y la doctrina de los títulos de crédito." (Los subrayados aparecen en bastardillas en el original).*

En todo caso, opinan los Mazeaud *"hay que guardarse de no confundir la promesa unilateral con el contrato unilateral. El contrato unilateral es una convención, un acuerdo, productor de obligaciones con cargo a una sola de las partes; es unilateral en sus efectos, pero bilateral o plurilateral en su formación. Por el contrario la promesa unilateral no exige ningún acuerdo; resulta de una voluntad aislada y es unilateral tanto en su formación como en sus efectos"*.

La palabra promesa viene de "pormissum", promesa u oferta. En su virtud uno se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa. *"Es —manifiesta De Diego— una declaración de voluntad seria y definitiva de constituirnos deudor hacia otros; por ella nos imponemos una obligación de hacer o no hacer en provecho de otro"*.

La posición clásica es contraria a esta teoría a pesar —dice Castán— que el Derecho Romano admitió algunas excepciones al principio general de que las obligaciones deben ser producto de la voluntad concordada. (La pölicitario y el votum).

Ampliando el anterior concepto, podemos decir que existen tres posiciones:

a) **La tradicional.** La promesa unilateral no es vinculante; no genera obligaciones por sí sola; requiere de alguna manera un segundo sujeto que la acepte convirtiéndola en compulsiva. La fuente voluntaria de obligaciones por excelencia es el contrato. La promesa aunque reflejo de una voluntad unilateral, realmente necesita un sujeto que expresa o tácitamente acepte el compromiso, funcionando entonces y cuando menos como un contrato, al que se parece sospechosamente.

b) **La de Siegel.** Surge como secuela de la teoría del negocio jurídico, de modo que vincula en los términos y forma que ha deseado comprometerse el promitente.

Esta tesis se extremó al punto de considerar que la promesa podía sustituir al contrato ya que éste se desdobra en dos negocios unilaterales o promesas que las partes se hacen recíprocamente.

c) **La ecléctica.** Mantiene al contrato en la categoría de fuente principal voluntaria de obligaciones, pero admite que algunas figuras pueden aceptarse como promesas unilaterales, lo cual en todo caso opera como excepción porque realmente no hay un verdadero ajuste de voluntades al modo clásico, sino que el compromiso unilateral surge sin que la contraparte eventual haya aceptado la prestación. La promesa unilateral se admite entonces como una necesidad de orden comercial.

### **Tipicidad.**

Nuestro código no la desarrolla de manera directa. Sin embargo en otras legislaciones como la italiana sí se le ha tipificado. Veamos los casos que son objeto de reglamentación.

**a) Promesa de pago.**

Aparece involucrada en ciertos títulos valores como el pagaré en que una persona se obliga a cancelar incondicionalmente una suma determinada en-fecha futura. El título no necesita detallar el negocio causal a pesar que se encuentra subyacente, pues es obvio que nadie ofrece un pago sin mediar una razón. Hay entonces un compromiso unilateral de cancelación sin que interese la causa generadora.

Esta particularidad de los documentos de crédito sólo puede entenderse plenamente si recordamos sus fundamentos doctrinales que rematen en el interés de su **circulación**, ya que no fueron creados para regular las relaciones de los **interesados directos**, para quienes están las figuras contractuales ordinarias. **El tercero recibe el documento en su condición de promesa incondicionada de pago.**

Precisamente en el hecho de que el título pase a extraños es que vemos con claridad que la promesa unilateral es vinculante por la sola manifestación de quien la hizo.

**b) Reconocimiento de deuda.**

Supongamos que un débito surge de manera imprecisa por ser resultado de ciertas relaciones que sólo comprometen moralmente, como sería una deuda declarada prescrita. Si en esas circunstancias el deudor acepta unilateralmente la obligación, quedará comprometido de pago por su sola expresión volitiva. El compromiso adquiere vida, actualizándose por esa manifestación ^y sin que haya sido compelido a tal efecto.

"La función práctica, dice Messineo, del reconocimiento de la deuda reside en el hecho de que unilateralmente —o sea, independientemente de la aceptación de! acreedor— el deudor establece la certeza de la existencia de la deuda a su cargo; ésto en beneficio del acreedor". No se trata, agrega, de ausencia de prueba del débito, sino aceptación de la misma por acto volitivo del deudor que acepta el gravamen.

**c) Promesa pública.**

En ésta el promitente resulta vinculado desde que hace pública su oferta. Supongamos la pérdida de un portafolio con documentos personales, lo que motiva que su propietario avise en el periódico que dará una recompensa de quinientos colones a quien lo devuelva. Desde ese momento está obligado de cumplimiento con cualquiera que le lleve el citado maletín. Si la oferta tiene plazo, el oferente no puede revocarla durante el término.

No hay persona determinada a quien se dirige la promesa. Cabe estipular que, en todo caso, ella debe ser de algún modo cumplida por aquel a quien corresponda la carga, a fin de obtener el beneficio. En el ejemplo es necesario que se entregue a satisfacción el portafolio, pues de lo contrario tendríamos una manifestación de voluntad ineficaz al faltar el sujeto que aprovecha la oferta.

El artículo 1989 del Código Civil italiano tipifica esta figura exponiendo: "*que vincula por sí, independientemente de la aceptación, apenas hecha pública*", lo que en mi criterio no contradice lo anteriormente expuesto ya que el numeral italiano lo que resalta es que el promitente queda obligado desde que da publicidad a su oferta, sobreentendiendo que si nadie responde no surte efectos jurídicos; pero el acto de voluntad individual mantuvo su estructura, cual ocurre con un testamento no aceptado, convirtiéndose la voluntad expresa en presunta, pero manteniendo validez el acto volitivo aunque no produzca los efectos deseados.



No debe confundirse la **promesa pública** con la **oferta al público** ya que la primera vincula sin aceptación y de producirse ésta, sus efectos se retraen a la fecha de la promesa; en tanto la oferta pública, que pudiera hacerse en una vitrina o en un supermercado, es una policitud abierta para un contrato ulterior, requiriendo forzosamente la aceptación y generando efectos hacia el futuro.

### **Crítica a la promesa unilateral.**

Especialmente los franceses la han negado porque estiman que para surtir efectos es indispensable medie un aceptante que cumpla el requisito que justifique la recompensa. Dicen los tratadistas Mazeaud: *"No existe deudor sin acreedor. ¿Se resolverá entonces que la voluntad del deudor puede tornar a una persona en acreedora sin saberlo ella e incluso contra su voluntad? Eso es evidentemente imposible. Pero los partidarios de la promesa unilateral exigen para que el compromiso sea eficaz, una aceptación del acreedor. Entonces siguen siendo necesarias dos voluntades complementarias para darle eficacia al vínculo de derecho. Se está muy cerca de la tesis clásica del contrato"*.

La promesa, agregan, es una simple variante del acto jurídico unilateral, del mismo modo que el contrato no es sino una variedad de la convención. La promesa resulta el acto jurídico unilateral que crea una obligación.

Estiman que la ventaja de la tesis de Siegel es teórica porque aparenta hacer nacer la obligación antes de toda aceptación, pero ello no es sino a cambio de que el deudor pueda comprometerse a la ligera, sin comprender la trascendencia de su acto.

Si el contrato documental, escriturado, es a veces difícil de interpretar ¿qué decir de la promesa unilateral?

Manifiestan los citados autores que entre la promesa unilateral y el contrato sólo hay una diferencia importante: cuando el acreedor acepta la promesa, su derecho de reclamo retrae sus efectos al día del compromiso. Si es una oferta de recompensa, hay derecho de reclamo desde la fecha en que se hizo pública. En el contrato el crédito se perfecciona *"desde la aceptación y no produce efectos sino para el futuro"*.

Ni siquiera tratándose de títulos valores puede independizarse totalmente la oferta incondicionada de pago con la necesidad de una aceptación expresa o tácita de quien recibe el documento. La circunstancia de que el nombre del futuro endosatario no se conozca al crear el instrumento no impide, ciertamente, que al efectuarse ese traspaso se acepta al deudor con su promesa. El promitente tiene como sobreentendido, desde el inicio, que está obligado de pago con quien resulte tenedor legítimo del documento. Se produce así una figura convencional de cierta complejidad.

Aun en la estipulación a favor de tercero, para la verdadera eficacia del compromiso es necesaria la aceptación del beneficiario. Aunque el contrato es entre estipulante y promitente, lo cierto es que sus efectos triangulados sólo nacen con la ratificación del tercero.

Para Díez Picazo y Gullón, el problema consiste en si realmente la voluntad unilateral puede ser fuente de obligaciones. Estiman que lo existente no es una policitud **sino una declaración unilateral** por la que se asume desde entonces una obligación. "En realidad una relación obligatoria exige dos sujetos: acreedor y deudor. La voluntad de uno de ellos no puede hacer nacer



una obligación, por tanto esa declaración unilateral puede ser revocada. Si la aceptación ha recaído, ya no estamos ante una promesa unilateral, que es el problema planteado".

Exponen que la jurisprudencia española se ha movido restrictivamente en ese campo admitiendo la voluntad unilateral sólo excepcionalmente "*reducida en la práctica a la promesa de recompensa al público en su modalidad de concursos con premio y en la emisión de títulos valores (p. ej., pagaré al portador)*".

## **El precontrato**

### **(La promesa de contratar)**

Ocurre a veces que determinadas personas desean realizar un contrato (venta, arriendo, sociedad), pero no inmediatamente sino en fecha futura porque en ese momento no tienen las posibilidades económicas o la disponibilidad del bien. Entonces, a fin de concretar derechos realizan un acto prenegocial que se conoce por diversas denominaciones promesa de contrato, contrato de promesa, pacto de contrahendo, contrato preliminar e, incluso, compromiso.

Consiste en un contrato que tiene por objeto realizar otro. Tal es su única finalidad, por así decirlo, lo cual lo tipifica y diferencia de los contratos ordinarios.

El negocio prometido se llama **contrato principal**.

Entonces, si los interesados se reúnen acordando que para dentro de tres meses formarán una sociedad, este acto inicial es el precontrato; en tanto la sociedad, cuando se estructure definitivamente, será el contrato principal.

No debe confundirse este pacto previo con la promesa simple de contratar (promesa no aceptada), que es la policitación u oferta dirigida a una persona para ver si el negocio le es conveniente.

Una cosa es acordar formar una sociedad en un plazo determinado (precontrato) y otra ofrecer a una persona la calidad concreta de socio en una empresa que se integrará con su aceptación (contrato).

¿Qué es entonces un precontrato?

Castán lo define: "*Una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva y en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitivo*".

Moro Ledezma: "*Es un contrato que obliga a celebrar otro contrato; por tanto, un contrato presente que obliga a la celebración de otro futuro*".

Don Pablo Casafont Romero dice que el precontrato es "*un convenio preliminar o preparatorio por el cual se asume la obligación de celebrar otro contrato, sea como declaración de voluntad de que se requiere un contrato futuro*". Como tal convenio es preliminar de otro que se proyecta en el tiempo, resulta imperativo que tenga "*los mismos requisitos de sustancia y forma exigidos por el contrato principal que por medio de las partes declaran querer, entre ellos y con el acuerdo que*

*presupone la capacidad, el objeto de la prestación posible, lícita, determinada o determinable, y el plazo que igualmente es esencial en el mismo, supuesto que genera una obligación a término ante la imposibilidad legal de asumir un compromiso indefinidamente".*

Conforme lo expone el licenciado Casafont, reflejando parte de la doctrina, el precontrato es un contrato base que debe contener los elementos del pacto futuro.

En estas circunstancias se ha determinado que no debe involucrarse en la promesa negocial, la ejecución de alguno de los elementos del compromiso principal, como pagar parte o la totalidad del precio, pues entonces ya no estaríamos ante una promesa de contratar sino ante un contrato con plazo.

Empero esta tesis (precontrato y contrato como negocios jurídicos autónomos que requieren consentimientos separados) no es unánime.

Se objeta que si la finalidad del precontrato es la celebración de un contrato futuro y que desde el inicio deben detallarse los elementos del definitivo, ello lo convertiría en una figura inútil, porque si "A" desea vender una finca a "B", identificándose el inmueble y su precio ¿para qué un nuevo consenso?

Se estima que la **relación contractual** —el vínculo de fondo— nace con el precontrato y las partes únicamente se reservan el derecho de exigir en el futuro el cumplimiento del pacto. El precontrato es, simplemente, **el medio jurídico** para poner en funcionamiento oportuno el contrato principal, por lo que, en tanto no advenga la fecha prevista sus efectos quedan enervados.

Manifiestan Diez Picazo y Gullón: *"Por virtud del precontrato se atribuye a las partes, a una o a ambas, la facultad de exigir la puesta en práctica del contrato proyectado en cualquier momento, a menos que se haya establecido un plazo." "La construcción del profesor De Castro es la que explica acertadamente el precontrato. En el precontrato la relación "contractual" se abre ya a las partes en el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que se reservan, ambas o bien una de ellas, la facultad de exigir, la de determinar a su voluntad el momento de su exigibilidad. el precontrato crea un vínculo obligatorio, pues, del que nace la peculiar facultad de poner en vigor y en funcionamiento el proyectado contrato, pero todavía no pesan sobre las partes los deberes que constituyen el contenido típico de la relación obligatoria en su fase definitiva".*

La eficacia de esta tesis se probaría, como siempre, en los casos de incumplimiento pues si efectivamente la relación contractual existe desde el precontrato, puede pedirse al Juez la ejecución forzada de lo convenido.

La jurisprudencia nacional y en parte la española se inclinan por esta teoría. Realmente nuestro artículo 1054 —o más Concretamente el 1066 del Código Civil y por lo menos en cuanto a promesas negociables bilaterales— así lo prevé.

Consecuentemente y en principio, el juez puede sustituir la voluntad del incumpliente para ejecutar el contrato, con lo que se robustece la tesis del doctor De Castro.

No cabe entonces concebir el precontrato y el contrato como figuras independientes, pues si los elementos de configuración del negocio principal están presentes en el preparatorio, realmente existe una relación contractual 'ab initio' cuya ejecución se difiere al futuro.

Citan los tratadistas españoles sentencias de su país por las que se estima que si nos basamos en la teoría original del precontrato, el incumplimiento únicamente daría base a un reclamo de daños y perjuicios, lo cual encontraría explicación sólo si el negocio futuro fuere indeterminado. En tal supuesto sí sería indispensable un nuevo pacto, y su negativa a otorgarlo inhibiría al juez a sustituir la voluntad del interesado, precisamente por ser imprecisa e indeterminada. (S.s. de 1 de julio de 1950, 21 dic. 1955 y 26 marzo de 1965).

Por el contrario, si las prestaciones están predeterminadas y los interesados se reservan únicamente su ejecución futura, en caso de incumplimiento es permisible el reclamo de ejecución forzada del pacto.

### **Precontratos unilaterales y bilaterales**

Dentro de las promesas de contratar, éstas pueden ser unilaterales o bilaterales.

"Lo que de seguro puede afirmarse, dice don Pablo Casafont, es que las promesas son declaraciones de voluntad unilaterales o bilaterales, dirigidas a la producción de efectos de derecho".

#### **a) El precontrato unilateral: La opción.**

En este contrato preparatorio tenemos que una parte ofrece a otra que acepta, realizar un negocio futuro, pero el compromiso es a cargo exclusivo del oferente.

Supongamos una venta futura. "A" ofrece a "B" venderle una finca, concediéndole un plazo de tres meses para que determine si compra. Esta promesa involucra simplemente un plazo otorgado exclusivamente en favor de la otra parte para que ésta estudie la oportunidad de pactar en firme. ¿Qué es lo que ha aceptado "B"? El término para contratar, pero sin compromiso de pago u otra contraprestación. No estamos ante la venta definitiva sino la oferta que se hace de realizarla en el plazo concedido, el cual debe ser respetado por el vendedor, quien si traspasa a un tercero en esas condiciones incurre en responsabilidad.

El precontrato unilateral por excelencia es la opción. Castán la define así: "*Convenio por el cual una parte concede a otra por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad, que se deja exclusivamente a su arbitrio de decidir respecto a la celebración de un contrato principal*".

El profesor Cossío opina que en la opción el objeto de la figura prenegocial no es necesariamente la celebración del contrato principal, sino **la irrevocabilidad de la oferta**. El promisorio acepta esa oferta irrevocable sin que sea imprescindible que el contrato definitivo se lleve a cabo pues precisamente lo que se negocia es la opción de cumplimiento o no. En todo caso si se acepta el negocio definitivo se conjuga la oferta con su aceptación, quedando agotado el precontrato y sustituido por el definitivo. (Diez Picazo y Gullón).

Conforme a lo expuesto puede ocurrir que el optante decida no llevar a cabo el negocio, lo que no crea compromiso alguno a su cargo ya que la obligación era del promitente de respetar el plazo. Si el optante acepta, se produce el negocio definitivo. Si el promitente no honra el término, surge a su cargo responsabilidad de orden personal ya que sólo media el compromiso unilateral de respetar el término y por ello no puede perseguirse el bien con acciones reales o anulatorias.



### **b) El precontrato bilateral.**

Ocurre cuando dos partes se comprometen recíprocamente como en un negocio jurídico bilateral ordinario, de modo que ambos quedan compulsados a su respectiva prestación. Una otorga un plazo y la otra se compromete, a su advenimiento, a celebrar el contrato prometido.

Incluso cuando hablamos de opción, la misma se desarrolló como precontrato gratuito, como compromiso unilateral; pero nada impide que pudiera pactarse como bilateral al exigirse una contraprestación al optante. *"Mas, con relación al indicado carácter unilateral del contrato (de opción), dice el licenciado Casafont, tal clasificación no resulta rigurosamente exacta, pues si por lo general revista esa modalidad, nada impide, y ésto es frecuente en la vía negocia!, que la otra parte asuma la obligación de pagar cierta cantidad de dinero o prima u otra prestación, dando lugar a la llamada 'opción remunerada' supuesto en el cual es de evidencia que existen obligaciones recíprocas, sin que sea atendible aducir que ello no altera la esencia unilateral del contrato, pues a mi juicio, al producirse también obligación a cargo del optante de pagar la retribución convenida por el derecho de! adquirente, y a! asumir de esa suerte el contrato bilateral, la circunstancia sería relevante a los fines, ante un incumplimiento de esa obligación, de poder exigir al promitente la ejecución forzosa o de ejecutar la acción resolutoria en su caso, con aplicación, en nuestro régimen jurídico de la regla del artículo 692 del Código Civil".*

Aparte de la opción remunerada, también se habla de la **promesa de venta con recíproca de compra**, por la cual los pactantes se otorgan plazos y condiciones que deben cumplimentar recíprocamente. Uno se compromete a vender y otro a comprar, bajo sanción de resolver con daños y perjuicios o bien ejecutar forzosamente la transacción.

El plazo para reclamar el incumplimiento de esta figura, conforme al artículo 1055 ibídem, es de un mes desde que es exigible, plazo de caducidad y no de prescripción.

Aunque estimo que el término es corto, refleja cuando menos un acierto del legislador de 1888 para evitar que los términos queden abiertos o sujetos a la precripción ordinaria.

Por otra parte y como expusimos, el artículo 1066 ibídem establece que el incumplimiento a la promesa otorga derecho de persecución sobre el bien y si el dueño de la cosa se niega a finalizar el contrato o no quiere llenar las formalidades legales, tendrá derecho el acreedor para que el Juez, en nombre del renuente, formalice el convenio, otorgue la escritura y haga entrega de la cosa.

Diremos, finalmente, que si bien tanto la opción como la promesa de venta se relacionan con el contrato de compraventa, nada impide que se realicen con cualquier otra figura negocial. Puede así hablarse de opción para arrendar, para formar una sociedad, etc. Igualmente los compromisos bilaterales prenegociales pueden referirse a una locación o una sociedad futura.

### **e) REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO**

[Cabanellas]<sup>5</sup>

## A. - Elementos contractuales

### Nociones previas

410. El encauzamiento jurídico del trabajo persigue con tesón su rescate del régimen de fuerza en que las relaciones laborales, despreciadas por la legislación, se desarrollaron desde la esclavitud a la Revolución industrial. Para consolidar ese proceso, el legislador asume el papel de regulador principal mediante un complejo de disposiciones imperativas y, aun respetando relativamente la autonomía de la voluntad, moldeando el contrato de trabajo en sus líneas generales.

A tal objeto, con apariencia algo paradójica, se pretende asegurar la libertad de las partes mediante una rigidez mínima en cuanto a garantías y contenido.

Ese panorama de conjunto que ofrece en la actualidad la contratación laboral se refleja inevitablemente en los elementos estructurales entre acreedor y deudor de trabajo. GALLART bosqueja la situación diciendo que la índole especial del contrato de trabajo se revela en "los sujetos de la relación, que han de ser precisamente patronos y trabajadores; en la causa del contrato, que para el obrero es obtener una remuneración con qué atender a sus necesidades vitales y las de su familia, y para el patrono es conseguir la aportación, a la obra productora, de la energía y fuerza física del trabajador, pero previa la renuncia de éste a la participación que pudiera corresponderle en el objeto producido; en la jerarquía que establece, pues en el contrato de trabajo existe siempre una relación de dependencia que es lo que ha hecho hablar, a algunos escritores alemanes, del elemento señorial de este contrato; en la forma, lo que ha determinado a algunos a calificarlo de contrato de adhesión"; y a otros, a catalogarlo de simple estatuto jurídico derivado de las convenciones-leyes, de los pactos colectivos de trabajo.

La valoración personal, familiar y profesional del trabajador, y en ocasiones del patrono, determinan, a través de la edad, el sexo, la nacionalidad, la situación de familia y la militar, estados de derecho que, en ocasiones, disminuyen la capacidad de contratar, otras convierten en ilícito el objeto del convenio; en alguna oportunidad resultan más onerosas las obligaciones del patrono; y, aun en otras, interrumpen el ejercicio del vínculo contractual y mantienen el contrato en suspenso, pero con ciertas obligaciones para las partes, como ocurre en la conservación del empleo para el trabajador requerido por sus deberes militares.

### Requisitos contractuales

411. En la técnica jurídica, *requisito* es toda circunstancia o condición necesaria para la existencia o ejercicio de un derecho, para la validez y eficacia de un acto, para la exigencia de una obligación. Referidos al contrato, los requisitos designan los presupuestos personales, reales y formales que deben concurrir para su perfección y eficacia.

Según sus grados imperativos o circunstanciales, se distingue entre requisitos esenciales, naturales y accidentales, clase esta última en que no existe propiamente la necesidad que los requisitos requieren. Esenciales son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la discutida causa. Naturales, los propios de cada convenio, como la prestación de servicios y el salario en la contratación laboral. Los accidentales los configuran la condición, el plazo, el modo y las cláusulas específicas.

En otra biopsia de los elementos contractuales, sus requisitos se subdividen en comunes: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa; especiales: bilateralidad, onerosidad, índole personalísima y otros caracteres; y particulares o especialísimos: subordinación, profesionalidad, exclusividad y estabilidad. Los primeros se analizarán en los distintos apartados de este capítulo; los segundos se han consignado ya (§ 352); los terceros se tratarán en el capítulo inmediato.

## **Elementos del contrato de trabajo**

412. Con DE LITALA, puede afirmarse que los elementos esenciales del contrato de trabajo son los mismos que corresponden a los demás contratos y que han delineado los civilistas. El contrato de trabajo aporta otros peculiares. La suma de unos y otros permite trazar este cuadro de elementos: á) sujetos de la relación jurídica; de una parte el trabajador, y de la otra el patrono; b) capacidad, distinta a la del Derecho Común; c) consentimiento de las partes, para formalizar la relación de trabajo; d) vínculo de dependencia o subordinación: el que presta el servicio debe estar, directa o indirectamente, bajo la dirección del que lo recibe; e) prestación personal, por el trabajador, de un esfuerzo físico o intelectual; f) salario, retribución económica por parte del patrono o empresario de los servicios prestados por el trabajador; g) licitud del trabajo objeto del contrato; h) exclusividad en cuanto a trabajar para un solo patrono y en virtud de un solo contrato de trabajo; i) profesionalidad, que los servicios se presten por un trabajador con calidad de tal, y que éste convierta esa actividad en su medio de vida.

Por su parte, CIMBALI estructura así el contrato, en el que ha de concurrir: un elemento subjetivo, las personas contratantes, que deben ser capaces; un elemento objetivo, el objeto lícito, y suficientemente determinado; y un elemento productivo, el consentimiento. Dos de los elementos señalados son estáticos y el tercero dinámico, precisamente el creador del vínculo jurídico.

Frente a esos lincaamientos, compartidos por la mayoría, no dejan de surgir actitudes de rebeldía técnica, que condenan todos los requisitos expresados con respecto al contrato de trabajo. Se expresa que el consentimiento está casi siempre viciado por la necesidad y debilidad pactante del trabajador; la capacidad derriba los límites civiles y consiente que los menores contraten eficazmente; el objeto resulta de determinación dudosa entre la propia persona del trabajador, su fuerza de trabajo o su producción; y la causa se impugna al igual que en la teoría general de los contratos. Sin embargo, subsisten todos esos elementos, como se verá, aun con parciales modificaciones: la capacidad no se exige con el rigor común; el consentimiento se afirma también por las garantías legislativas que se brindan al trabajador hoy día; el objeto es siempre determinado o determinable; y hasta la misma causa se presenta con vigor propio en el contrato de trabajo.

## **B. - Capacidad**

### **Concepto y caracteres**

413. En el campo estrictamente jurídico, la capacidad es la aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo. También la suficiencia para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas determinadas. Más en concreto aquí, la habilidad o potestad para contratar, para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad, o aptitud de obrar válidamente por uno mismo, constituye la regla jurídica; y la incapacidad, la excepción, que debe constar

expresamente en la ley u otra norma.

Capacidad se diferencia de personalidad: la segunda indica la posibilidad de ser sujeto de derechos; la primera, la de obrar válidamente. Abolida la esclavitud y suprimida la muerte civil, la personalidad se le reconoce a todo hombre o mujer desde el nacimiento hasta la muerte. La capacidad, con regulación muy variable en el tiempo y en el espacio, no se le puede otorgar ni a los niños ni a los locos, aparte otras categorías.

En principio, la capacidad laboral se adecúa a las disposiciones generales del Derecho Común, aunque con características especiales. Destacan, en primer término, la igualdad contractual reconocida a hombres y mujeres en el Derecho de Trabajo y el establecimiento de una mayoría de edad anticipada con respecto a la civil.

La diferente posición de las partes en el contrato de trabajo lleva a establecer reglas distintas de capacidad para el trabajador y para el patrono. El primero compromete, o puede comprometer, aparte intereses puramente patrimoniales, como los relativos al salario, su propia persona física y moral; mientras el empresario, al contratar, pone en juego importantes intereses económicos y poderes de dirección que no permiten adelantar su mayoría de edad laboral. Otra circunstancia peculiar, en cuanto a capacidad, proviene de la índole personalísima de la prestación laboral, que exige la acción del mismo trabajador y excluye la obligación por representante legal. No cabe desconocer que, en la práctica, la presión paterna en los hogares necesitados conduce a prestaciones más o menos forzosas de los jóvenes trabajadores.

Según dispone el artículo 6o del Código Civil argentino: "La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero". Por el contrario, la "capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República" (art. 1o). Esas reglas provocan conflictos legales con los ordenamientos jurídicos, cual los europeos, en que predomina el jus sanguinis\ en virtud del mismo, las leyes nacionales de origen son las que regulan, de manera obligatoria, la capacidad de las personas, aunque residan en el extranjero.

### **Capacidad jurídica laboral de los patronos**

414. Capacidad jurídica es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto o parte, por sí o por representante, en las relaciones jurídicas; ya como titular de derechos o facultades, ya cual obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber. La capacidad de obrar implica la posibilidad de realizar actos con eficacia jurídica. La primera constituye el género, por pertenecer hoy a todos; la segunda configura la especie, porque han de reunirse cualidades físicas, como cierta edad; condiciones espirituales, como la salud mental, y no estar incurso en incapacidades o prohibiciones establecidas por el Derecho positivo.

La capacidad jurídica, que es una, se regula por los principios del Derecho Civil. La capacidad de obrar, tan distinta como las esferas jurídicas, varía de una a otra rama del Derecho y hasta dentro de sus distintas instituciones. Se demuestra así, en lo más amplio, por la citada circunstancia de adelantarse la mayoría para la contratación laboral; y, en lo más específico, por ser diferente la capacidad para poder trabajar y para poder jubilarse. La diversidad existente en cuanto a la capacidad de obrar conduce a que nadie pueda poseerla en todos los ámbitos: bastará para

comprobarlo que, al alcanzar la mayoría de edad, existen ya numerosos empleos o puestos en que no cabe pedir el ingreso, pór haberse excedido la edad máxima reglamentaria.

### **Incapacidad y prohibiciones**

415. Como reverso de la capacidad, la incapacidad es el defecto o falta total de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. La prohibición se caracteriza por el vedamiento establecido por ley o autoridad con facultades para restringir la acción de los demás. Las incapacidades suelen fundarse en causas permanentes o de conveniencia absoluta; en tanto que las prohibiciones se adaptan más a lo circunstancial y permiten excepciones y hasta derogación.

Concretando la apuntada diferencia, se agrega que la incapacidad puede suplirse, en tanto que las prohibiciones poseen carácter absoluto mientras subsisten. Así, una mujer tiene plena capacidad jurídica si es mayor de edad, pero le está prohibida la ejecución de determinados trabajos, por razones de moralidad, riesgo o naturaleza de la prestación. Esa prohibición no puede sino acatarse, salvo penetrar en lo ilegal.

Por otra parte, la incapacidad restringe el ejercicio del derecho; la prohibición limita el goce, el derecho mismo. Las incapacidades se fundan en circunstancias subjetivas de ciertas personas, que obligan a la ley a retardar o suspender la aptitud para realizar actos jurídicos válidos. Las prohibiciones, que algunos autores denominan incapacidades especiales, se basan principalmente en razones de moralidad<sup>3</sup>. Se consideran así prohibiciones las que pesan sobre mujeres y menores y les impiden trabajar en determinadas industrias, nocivas para la salud o la moral.

El artículo 54 del Código Civil argentino declara que tienen incapacidad absoluta: "1o Las personas por nacer; 2o los menores impúberes; 3o los dementes; 4o los sordomudos que no saben darse a entender por escrito". Pese a que ese precepto se aplica en principio a lo laboral, experimenta modificaciones. En la contratación del trabajo subsiste la incapacidad absoluta de las personas por nacer (los concebidos y no nacidos, más en concreto) y para los impúberes; en los primeros, por imposibilidad natural; en los segundos, por prohibición legal. Resulta importante el problema relativo a los dementes y a los sordomudos; ya que éstos pueden trabajar, por no existir prohibición para hacerlo y existir innumerables tareas que pueden aprender y practicar; mas para contratar deben valerse de sus representantes, sean los padres, tutores o curadores especiales.

### **Capacidad laboral de los patronos**

416. La capacidad laboral de los patronos, en cuanto a la contratación, coincide con la impuesta para ejercer una industria o comercio; es decir, sujeta a las normas civiles y mercantiles. La limitación relativa de la capacidad se basa no sólo en la enajenación patrimonial que para el empresario significa el abono del salario a los trabajadores de él dependientes, sino en la responsabilidad de la jefatura empresaria, engranaje de la producción nacional, con ejercicio continuo de la potestad directiva, organizadora y la disciplinaria eventual.

Los conceptos de propiedad y patronato laboral se escinden, por cuanto un menor de edad, de resultas de una sucesión, puede ser dueño de una industria, pero no por ello es patrono, cuyas funciones ejercerá el representante legal del menor. El empresario ha de ser mayor de edad y encontrarse en el uso de sus derechos civiles. En la realidad, aduciendo un mandato tácito y un uso, se convalidan los contratos de servicios laborales por parte de un menor, en carácter patronal, si actúa en nombre de la empresa y el acto no es invalidado por quien cuente con la capacidad de



obrar por aquél.

### **Capacidad de las personas jurídicas**

417. Cuando una persona abstracta interviene en un contrato laboral, sólo puede hacerlo desde el lado patronal; ya que el trabajo, como prestación activa, únicamente puede realizarse por las personas físicas. Es decir, que existe incapacidad absoluta para que una persona de las denominadas jurídicas sea trabajador (o trabajadora, si se prefiere). Pero, como patrono (o patraña) no existe obstáculo legal para que estas personas estipulen, con sujeción a las leyes civiles o mercantiles aplicables en cada caso. Así, el artículo 35 del Código Civil argentino dispone que "las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido". La facultad de adquirir bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones se les reconoce también a las personas jurídicas por el Código Civil español (art. 38).

La posición de las personas jurídicas en el contrato de trabajo es indicada por el artículo 8o de la Ley Federal del Trabajo de México, en cuanto define que trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Igualmente, la LCT argentina establece en su artículo 25 que el trabajador es una persona física, mientras que en su artículo 26 incluye a las personas jurídicas entre los posibles empleadores.

### **Capacidad de la mujer casada**

418. La incapacidad jurídica, más o menos absoluta a que la mujer casada estuvo sometida hasta iniciarse el siglo XX, le afectó relativamente poco para el trabajo, porque no era excesiva la población femenina empleada en talleres y fábricas. Y, o bien se trataba de solteras, que planteaban menores cuestiones al respecto, o las más de las casadas, en faenas agrícolas sobre todo, trabajaban conjuntamente con el marido, y con ello expresaba éste su consentimiento.

La progresiva incorporación de la mujer a los empleos y a las fábricas, exigida o alentada para suplir al hombre durante la primera conflagración mundial, suscitó problemas diversos, unas veces por no contar con la autorización marital que las leyes civiles imponían para convalidar los contratos celebrados por las casadas; y en otras ocasiones por aducir éstas causas o pretextos de imposibilidad, como la ausencia o la separación conyugal de hecho. Fue éste el primero de los aspectos que superó la jurisprudencia francesa, al declarar unánime que el mandato doméstico de la casada le permitía contratar libremente su trabajo, no sólo en el supuesto de separación legal, sino simplemente en la de hecho. La subsistencia propia y el eventual mantenimiento de los hijos en caso de abandono justificaban ampliamente esa interpretación.

Donde no se encuentra todavía reconocida la plena capacidad jurídica de la casada -en la Argentina sucedió así hasta 1926 y en Francia hasta 1937-, pueden plantearse dos situaciones: la contrato laboral de la mujer casada sin autorización marital y sin que la ley reconozca a aquélla capacidad de obrar; T contrato de la casada contra expresa oposición del marido, pero estando aquélla habilitada legalmente para estipular sus servicios. En el primero de los supuestos solía recurrirse al consentimiento tácito del marido que no se había opuesto al trabajo de su mujer o a una costumbre laboral contra la ley civil. En el segundo de los casos ha de estarse a la legislación en vigor. Si ésta, como el Código Civil mexicano, tiene prevista la situación, es eficaz la oposición del marido cuando se funde en causas graves y justificadas, siempre que subvenga a todas las necesidades del hogar. De insistir la mujer, la decisión fundada corresponderá al juez, de acuerdo

con la situación concreta.

Actualmente, en la Argentina, el artículo 32 de la LCT declara expresamente que la mujer casada puede celebrar contrato de trabajo sin autorización del marido. El artículo 35 de la misma Ley establece que los menores emancipados por matrimonio gozarán de plena capacidad laboral, disposición extensible a las mujeres menores casadas.

### **Los menores y su capacidad contractual**

419. De acuerdo con los códigos civiles, la mayoría de edad se fija hacia los 21 ó 22 años. Hasta entonces existe incapacidad para contratar personalmente, salvo la emancipación del menor de edad, que ve anticipada su mayoría por un acto expreso del padre, que lo habilita para regir su persona y bienes como si fuera mayor, excepto algunas restricciones en cuanto a inmuebles y enajenaciones. Por lo tanto, el menor de edad -el menor por antonomasia- no puede, según las leyes civiles, concertar su contrato de trabajo.

Esa prohibición absoluta y la escasa práctica de la emancipación filial provocaron serios conflictos jurídicos al reclutar la pujante industria, desde fines del siglo XVIII, a los jóvenes trabajadores, e incluso a los niños aún, por la superbaratura de esa mano de obra. Unas veces por el inmediato concurso del padre, otras por la presentación que de los hijos se hacía a los futuros patronos, cuando no apremiantes necesidades de los menores abandonados o abusivas ficciones de mayoría que los empresarios aceptaban, la prohibición civil se desconocía, se burlaba y hasta... en algún caso se cumplía.

Como ese estado de cosas era insostenible, el legislador se avino a reconocer la realidad de que si los menores, por su desarrollo físico, estaban en condiciones de trabajar, deberían también tener reconocido el derecho para contratar por sí sus servicios. Se llegó así, en la generalidad de los países, a establecer una mayoría de edad laboral, fijada entre los 16 y los 18 años. Junto a ello se mantiene una incapacidad absoluta, no siempre respetada, para que trabajen los niños y adolescentes, antes de una edad que fluctúa entre los 12 y los 14 años. Entre esta prohibición de trabajar y aquella libertad para contratar los propios servicios los mismos menores, subsiste un lapso -comúnmente de 4 años- en que los menores pueden trabajar, pero deben contar con la autorización paterna o del representante legal que la supla.

La sanción, ante la contravención de las prohibiciones laborales existentes para los menores, consiste en la nulidad del contrato de trabajo, con multas u otras medidas contra los patronos inescrupulosos; pero con obligación de remunerar al menor por los servicios prestados.

Como norma, el menor capaz para contratar sus servicios debe serlo también para ejercer las acciones y derechos privados de su contrato. Cual consecuencia de lo anterior, puede exigírsele el cumplimiento de los deberes inherentes al contrato y queda sujeto a la responsabilidad procedente de sus actos y acciones. Pero ocurre muchas veces que las leyes sustantivas laborales no están acordes con las adjetivas; y si las primeras conceden esa capacidad condicionada para contratar, las segundas omiten el resorte legal, pues no le permiten litigar; le niegan el ejercicio de las acciones que le correspondan derivadas de su contrato de trabajo.

En el lapso, casi siempre comprendido entre los 14 y 18 años, en que el representante legal debe consentir el contrato de trabajo del menor, se plantea el problema conexo de sí, por su parte, debe el menor prestar su consentimiento para trabajar o si ha de hacerlo por estricta obediencia filial, aun

no queriendo. Al respecto opina DE LITALA que "la función de la patria potestad es función de tutela y de prevención, y no puede transformarse en una facultad de especulación o de aprovechamiento del menor. El padre o el tutor, por consiguiente, no puede comprometer la personalidad y actividad del hijo contra la voluntad y con desconocimiento de éste. Para las prestaciones personales, el menor, carente de capacidad jurídica, pero provisto de capacidad natural, debe integrar el consentimiento o la promesa preventiva del padre con el propio consentimiento".

Es el jefe de familia el que debe determinar la conveniencia de que sus miembros trabajen, causa por la cual la ley deja siempre abierta la posibilidad de una rectificación para el caso de que si, una vez concedida la autorización, se modifican las circunstancias, pueda revocarse ésta. Ahora bien, siendo necesaria la autorización o consentimiento del menor para la prestación de servicios, debería, por igual principio, requerirse dicho consentimiento para la revocación o rescisión del contrato. Pero no es así; en aquel primer caso hay una prestación personal de servicios, mientras la revocación de la autorización concedida entra totalmente en la esfera de la patria potestad; nadie mejor que el padre o tutor puede determinar, iniciada la prestación de servicios, si ella conviene o no al menor, si es lesiva para sus intereses físicos o morales o, incluso, si contraría su vocación profesional.

El artículo 280 del Código Civil establece que los padres no pueden hacer contrato de locación de servicios de sus hijos adultos, o para que aprendan algún oficio sin asentimiento de ellos. Resulta así que para tales actos es necesario conjuntamente el asentimiento de los padres y de los hijos adultos, requisito extensible al contrato de trabajo, en general, dentro de los límites que establece la LCT y que se verán seguidamente. La revocación de la autorización paterna elimina uno de los requisitos esenciales para la continuación de la validez del contrato. Pero también se ha resuelto que los menores que requieren autorización para su empleo, también la requieren para renunciar al mismo.

Conforme al artículo 32 de la LCT los menores desde los dieciocho años pueden celebrar contrato de trabajo. De la misma capacidad gozan los mayores de catorce años y menores de dieciocho que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos; cuando esta categoría de menores ejerza cualquier tipo de actividad en relación de dependencia, se los presume suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales para todos los actos concernientes a esa actividad. También gozan de plena capacidad laboral los menores emancipados por matrimonio (art. 35 LCT).

El artículo 33 de la LCT dispone que los menores, desde los catorce años, están facultados para estar enjuicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, con la intervención promiscua del ministerio público.

Cuestión distinta, aunque vinculada, a las precedentes, es la de las atribuciones de los menores respecto de los bienes adquiridos con su trabajo. El artículo 34 de la LCT establece que los menores desde los dieciocho años de edad tienen la libre administración y disposición del producido del trabajo que ejecuten y de los bienes de cualquier tipo que adquieran con ello, estando a tal fin habilitados para el otorgamiento de todos los actos que se requieran para la adquisición, modificación o transmisión de derechos sobre los mismos. Hasta esa edad resulta de aplicación el artículo 287, inciso lo, del Código Civil, en cuanto dispone que el usufructo de los bienes adquiridos mediante el trabajo, empleo, profesión o industria de los hijos corresponde a éstos, aunque vivan en casa de sus padres.

### **Quebrados o fallidos y sujetos a interdicción**

420.El comerciante que haya causado su quiebra o la sufre puede contratar sus servicios como trabajador, pero no puede pactar en calidad de patrono, ya que únicamente se encuentra privado de la administración de sus bienes, y no incapacitado además para trabajar, hecho que no perjudica a sus acreedores y necesario tal vez para subsistencia del quebrado.

Distinto es el caso del sujeto a interdicción civil, el estado de una persona declarada judicialmente incapaz, con privación de ciertos derechos, por razón de delito o por otra causa prevista en la ley. También se emplea esta locución para señalar la suspensión de oficio, o la prohibición que se hace a una persona para continuar en el ejercicio de su empleo, cargo o profesión. En esta acepción última es más frecuente en la actualidad hablar de inhabilitación, a fin de adaptarse a la terminología habitual en los códigos criminales. La interdicción civil constituye una restricción de la capacidad de obrar; el sujeto a aquella no sólo puede trabajar, sino que puede revestir carácter patronal, si bien tales facultades las ejercerá el representante legal.

El artículo 152 bis del Código Civil argentino prevé diversas categorías de personas susceptibles de ser inhabilitadas judicialmente: quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; los disminuidos en sus facultades que no han llegado a la demencia; los que por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. En todos estos casos, la inhabilitación implica la pérdida de la facultad de disposición de bienes por actos entre vivos y la de realizar los actos de administración que restrinja la sentencia de inhabilitación; no se limita, sin embargo, la facultad de celebrar contrato de trabajo y de cumplirlo.

### **C. - Consentimiento**

#### **Definición y aspectos generales**

421.Consentir -del latín consentiré, de cum, con, y sentire, sentir- expresa compartir un sentimiento o el parecer; permitir una cosa o condescender a que se haga. De ahí que el consentimiento es el acuerdo deliberado, consciente y libre de la voluntad, respecto a un acto externo, querido espontáneamente, sin cortapisas ni vicios que anulen o destruyan la voluntad. La inteligencia, como se ha dicho, delibera; la conciencia, juzga; la voluntad, resuelve.

La coincidencia de voluntades, el acuerdo personal que el consentimiento concreta, significa el elemento más substancial, al punto de haberse calificado con exactitud y elegancia como el alma del contrato<sup>6</sup>. Contra error deslizado en el Código Civil francés (art. 1.118), el consentimiento debe prestarse tanto por el obligado como por el acreedor de la prestación, por exigirse de ambas partes tanto en los contratos unilaterales como bilaterales. No existe igual unanimidad con relación a si el consentimiento debe lograrse sobre los puntos esenciales del contrato o si ha de abarcar todas y cada una de sus cláusulas. El Código suizo de las Obligaciones corta por lo sano al declarar que "si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales del contrato, se estima concluido, aun cuando hayan hecho reservas sobre puntos secundarios", cuya regulación se entrega a los jueces (art. 2°).

Supone el consentimiento los elementos siguientes: a) pluralidad de sujetos, porque la contratación consigo mismo no se admite en el convenio de trabajo; b) capacidad, porque nada vale jurídicamente la voluntad del que no puede obligarse ni aceptar ajenas obligaciones; c) voluntad, que exprese la conformidad contractual y el resultado de las voliciones singulares; d) declaración, por la insuficiencia vincular del consentimiento interno o psicológico, aunque puede ser tácita o expresa la misma; e) concordancia entre la voluntad interna y la declarada, cuya discrepancia divide a la doctrina, si bien los prácticos se inclinan por la preferencia de la declaración para consolidar las situaciones jurídicas, a menos de prueba en contrario.

Se manifiesta el consentimiento por ofertas o propuestas de una parte o de ambas, que acepta la otra. Es expreso el que se concreta mediante palabras o escritos que no ofrezcan dudas; y tácito es el derivado de hechos o actos que autoricen presumirlo. Para su validez, el consentimiento debe ser libre y voluntario; se presume voluntario y libre mientras no se pruebe lo contrario; esto es, haberlo conseguido por error, arrancado con violencia u obtenido por dolo, engaño o ardid. A menos de preceptos particulares, las reglas generales del consentimiento en lo civil rigen en lo laboral.

### **El consentimiento en el contrato de trabajo**

422. Expresa o tácitamente, el consentimiento es requisito esencial del contrato de trabajo; si falta, puede haber trabajo, pero no contrato. Si la voluntad individual de las partes presenta esa importancia para crear el vínculo contractual, no reviste la misma trascendencia para la regulación concreta, para establecer las distintas cláusulas de la estipulación. Se debe esto a que la voluntad del legislador, al servicio de la justicia y para equilibrar la posición del trabajador, traza los derechos y obligaciones principales del contrato de trabajo, sin permitir derogaciones ni ante el acuerdo dual del acreedor y deudor de trabajo. Por esa razón, el consentimiento resulta eficaz para iniciar o para rescindir por mutuo acuerdo el contrato de trabajo; pero no para modificar las cláusulas esenciales de la relación jurídica, fijadas previamente por el legislador o en los pactos colectivos de condiciones de trabajo.

El artículo 45 de la LCT dispone que el consentimiento debe manifestarse por propuestas hechas por una de las partes del contrato de trabajo, dirigidas a la otra y aceptadas por ésta, se trate de ausentes o presentes; no altera esta regla lo que surge en forma general de la ley civil. El artículo 46 de la LCT es una aplicación en materia laboral de principios generales del Derecho de los Contratos; dispone que bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el anunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos.

Una modalidad específica de manifestación del consentimiento en la contratación laboral es contemplada en el artículo 47 de la LCT. Establece que en los casos de contrato por grupo o por equipo, se entenderá reservada al delegado o representante del grupo de trabajadores o equipo, la facultad de designar las personas que lo integran y que deban adquirir los derechos y contraer las obligaciones que se derivan del contrato, salvo que por la índole de las prestaciones resulte indispensable la determinación anticipada de los mismos.



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Román García, A. (1982). El Precontrato. Estudio Dogmático y jurisprudencial. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid. España. Pp. 31-44.
- 2 Jiménez Risco, E. (Enero-Abril 2004). La relación jurídica del trabajador deportivo (Caso de futbolistas y entrenadores de Fútbol). Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho-Colegio de Abogados. Revista Número 103. San José, Costa Rica. Pp. 97-99
- 3 Casafont Romero, P. (Diciembre, 1967). El valor jurídico de los actos prenegociados. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Escuela de Derecho. Revista Número 10. Pp. 42-50.
- 4 Ramírez Segura, M. (Diciembre, 1980). La Promesa Unilateral y el Precontrato. Revista Judicial. Año V. Número 18. San José, Costa Rica. Pp. 13-18.
- 5 Cabanellas de Torres, G. (2001). Compendio de Derecho Laboral. Tomo I. Cuarta Edición. Actualizada por José N. Gómez Escalante. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Pp. 377-388.