

# **El Contrato Preparatorio o Promesa de Trabajo**

**Consuelo González Cortés**

**Profesora de la Facultad de Derecho. Cátedra Derecho Civil IV-Contratos y Garantías y Práctica III.**

## **CONTENIDO**

INTRODUCCION

I.- GENERALIDADES

II.- DEFINICION

III.- ANTECEDENTES DELCONTRATO PREPARATORIO

IV.- CARACTERISTICAS

V.- REQUISITOS LEGALES

VI.- EFECTOS

VII.-PROMESA DELCONTRATO DE VENTA DE LA COSAAJENA

VIII.- LA GARANTIA DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS

VIII.1.- CONCEPTO DE ARRAS

VIII.2.- VENTAJAS DE LAS ARRAS

IX.- LA CESION DEL CONTRATO PREPARATORIO

X.- LA PROMESA UNILATERAL DE VENTA

X.1.- NATURALEZA JURIDICA

X.2.- CARACTERES

XI.- LA OPCION O PACTO DE PREFERENCIA

XI.1.- CONCEPTO

XI.2.- DIFERENCIA CON LA VENTA DEFINITIVA

XI.3.- DIFERENCIA CON LA PROMESA UNILATERAL DE VENTA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## **INTRODUCCION**

No es fácil dar un conocimiento completo sobre un tema que tiene gran vivencia práctica, como es el referido a la "Promesa de Contrato" o "Contrato Preparatoria". Reconocemos la veracidad de la doctrina, al entender que el contrato preparatorio, llamado también contrato preliminar, es un contrato que sólo produce el efecto de obligar a las partes a celebrar un futuro contrato, requiere en consecuencia el consentimiento de las partes.

Para la conclusión de un contrato las partes normalmente realizan una serie de actividades preparatorias al contrato definitivo, actividades que la doctrina denomina instrumentales.

Precisamente dentro de estas actividades preparatorias o instrumentales, encaja lo que se denomina el contrato preliminar, entendiéndose como tal un acuerdo bilateral o unilateral de emitir en el futuro una determinada manifestación de voluntad contractual.

En otras palabras, puede definirse el contrato preparatorio "como un contrato mediante el cual, las partes se obligan a concluir un contrato futuro". De la definición transcrita se desprende con claridad la naturaleza instrumental del contrato preliminar en relación con el definitivo, ya que, al primero le han dado vida las partes para asegurarse la conclusión del segundo.

Los motivos económicos y jurídicos que justifican este tipo de contratos son numerosos. Según Messineo el preliminar sirve para vincular a una parte (es decir al promitente) si el preliminar es unilateral; o bien a ambas partes (si el preliminar es bilateral), es un momento en que no es posible material o jurídicamente estipular en el definitivo, o cuando las partes no encuentren conveniente o no tienen intención de estipular el definitivo; esto, de un modo especial, cuando se trata de un contrato traslativo (o también constitutivo) de derechos reales. En efecto, es posible que la cosa que es objeto del contrato no esté disponible inmediatamente, o que de ella (si es una cosa inmueble) no se conozcan los datos catastrales, o que las partes no tengan posibilidad de celebrar un acto regular y completo, o que se trate de una cosa futura (ejemplo un edificio en construcción). En otra hipótesis el preliminar puede servir para no comprometer definitivamente a una de las partes o a ambas, si la situación en vista de la cual se deberá estipular el contrato definitivo no llegara a realizarse.

Objeto del contrato preparatorio es la obligación que asumen las partes de un "hacer" (facere) determinado, que consiste en manifestar en el futuro un consentimiento para la conclusión de otro contrato (el definitivo).

Podemos entonces afirmar que el contrato preparatorio es un contrato común, ya que en él existe un acuerdo de voluntades (convención) entre dos personas para constituir un vínculo jurídico (la obligación a un "facere" futuro) y con causa lícita, estamos dentro de los presupuestos de la relación contractual tal como lo define el artículo 1.133 y 1.141 del Código Civil. La peculiaridad consiste en que "los efectos jurídicos normales del contrato y que las partes persiguen, no se producen todos inmediatamente, se producen tan sólo algunos, porque las partes lo quieren así".

A través de la presente investigación, he analizado detalles de interés para este tema, afianzándome en los contenidos legales de nuestro derecho positivo, pretendiendo aclarar cualquier posible ambigüedad que exista sobre la materia.

## **I. GENERALIDADES**

En el tráfico de los bienes, básicamente el de los inmuebles, se ha venido utilizando un tipo de contrato de actualidad práctica, que en la doctrina ha recibido diferentes denominaciones, así: "Promesa de Contrato"; "Precontratos"; "Contratos Preparatorios"; "Contrato de Promesa"; o "Ante Contrato", "Tratos Preliminares".

En la legislación venezolana, a diferencia de otras, no están regulados los contratos preparatorios o promesa de contratos.

En diferentes tipos de contratos, consensual o real, puede proceder el ante contrato y es aceptable el preliminar de arrendamiento, de contrato de obra, de transporte, pero su aplicación tiene mayor frecuencia cuando se refiere a contratos traslativos o que sean constitutivos de derechos reales o traslativos de ellos.

## **II. DEFINICION**

Muchos estudiosos del derecho, en lo referente a la materia contractual, han dado distintas definiciones. Entre éstas veamos algunas: Antonio Barrel y Soler, en su obra Derecho Civil Español, sostiene, que son contratos preparatorios los que tienen por objeto ponerse en condiciones de celebrar otros definitivos que son los que en realidad interesan a los que los celebran.

El jurista mejicano Rafael Rojina Villegas, en su obra Derecho Civil, Contratos, lo define: como el contrato por virtud del cual una parte o ambas se obligan en cierto tiempo a celebrar un contrato a futuro determinado.

Marcelo Planiol y Jorge Ripert, en el Tratado de Derecho Civil Francés, consideran el contrato preparatorio como una manera de formación progresiva del contrato. Para Francisco Messineo el precontrato es un contrato obligacional, por ser fuente de obligaciones; y no hay que considerarlas como ventas sometidas a condición o a un plazo.

### **III. ANTECEDENTES DEL CONTRATO PREPARATORIO**

Al estudiar el Derecho Romano, encontramos, que en éste se reconocía el contrato preparatorio como fuente de obligaciones civiles.

En el Derecho Justiniano, el pactum de contrahendo aparece como un puente entre el pacto y el futuro contrato, esta concepción fue abandonada en el sistema de derecho común, con la imposición del principio del consentimiento, según el cual era suficiente el consentimiento de las partes para que surgiera, a cargo de su patrimonio, la obligación a una determinada prestación.

En el derecho germano, se considera al pre-contrato, como un contrato que se concluye para preparar otro contrato, o sea un contrato actual que promete un contrato futuro.

Modernos tratadistas alemanes han adoptado la concepción que sobre el contrato preparatorio creó Degenkolb, sirviéndose como de gran ayuda los trabajos elaborados por Rothy Adler.

### **IV. CARACTERÍSTICAS**

Conforme a la definición que da el artículo 1.133 del Código Civil Venezolano, las características del contrato preparatorio son:

- a) Es un contrato, ya que es un convenio entre dos o más personas para constituir un vínculo jurídico.
- b) Es autónomo, porque cada uno de los contratantes tiene el derecho de exigir que el otro se preste a la estipulación del contrato definitivo.
- c) Es un contrato que prepara la celebración de otro contrato.
- d) Es un contrato principal, porque subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención y con independencia al contrato prometido.
- e) Puede ser un contrato bilateral o unilateral, según se obliguen ambas partes o una sola a celebrar un futuro contrato.
- f) Es un contrato que produce efectos personales. No es traslativo, ni constitutivo de derechos reales, las partes quieren dar vida a un contrato obligatorio y aplazan los efectos reales (traslativos o constitutivos) del contrato definitivo.

### **V. REQUISITOS LEGALES**

A diferencia de otros países, en Venezuela, no están regulados los contratos preparatorios y, en consecuencia, no se establecen requisitos de forma. Pero para la utilidad de éste, es necesario que el contrato preparatorio contenga los elementos esenciales del contrato definitivo al cual le sirve de preparación, para que se distingan ambos contratos.

Los requisitos exigidos para la existencia de un contrato son: Consentimiento de las partes, objeto del contrato y causa lícita, estos mismos requisitos son exigibles en el precontrato.

Es necesario dejar claro que para la promesa de contrato rigen las disposiciones establecidas en la ley sobre la capacidad, y en consecuencia haya que tomar en cuenta las incapacidades para comprar y vender establecidas en el Capítulo II, artículos 1.481 y 1.482, del Código Civil, e igualmente las normas sobre incapacidades de menores, inhábiles y entredichos.

Desde el punto de vista doctrinario, hay autores que han negado la existencia del precontrato, apoyándose en la idea de que éste no se puede distinguir del contrato que prepara, o bien, como éste engendra una obligación de hacer será incoherente y por tanto ineficaz.

Messineo ha sostenido al respecto "que negar la posibilidad y la utilidad del contrato preliminar, implicaría una negación más radical, la de poder concebir un contrato con eficacia meramente obligatoria; lo que estaría fuera de la realidad y en contra de la constante tradición en materia contractual".

Según Kummerow, el contrato preparatorio debe contener los elementos esenciales del futuro contrato, y debe además expresar perfecta y claramente la voluntad de las partes de prestar en el futuro, el consentimiento para la transmisión de la propiedad, si es un traslativo de propiedad, y cumplir todas las demás obligaciones conectadas con el contrato definitivo. Debe quedar claramente expresado que no se trata de un contrato condicionado.

## **VI. EFECTOS**

El contrato preparatorio tiene por objeto preparar un contrato futuro que ahora no se quiere o no se puede realizar, y desde el punto de vista jurídico, la obligación que engendra es un "hacer" o sea prestarse a la celebración de un contrato futuro. No es un contrato constitutivo ni traslativo de derechos.

Mediante el precontrato las partes difieren los efectos reales del contrato definitivo.

Así, mediante el contrato preparatorio de venta, no se crea "una venta obligatoria, sino sólo una relación obligatoria".

En el contrato preparatorio no hay entrega de la cosa, sino el derecho de exigirla, es un contrato que por su naturaleza no traslativo no constitutivo de derechos reales, las partes lo utilizan porque precisamente desean limitar sus obligaciones y remitirse a un futuro contrato; es, conforme lo dice Messineo, un contrato incondicionalmente incompleto en sus efectos y entra en los límites normales de la libertad contractual.

Es conveniente señalar, que si entre la fecha de la promesa y la confirmación se enajena la cosa a un tercero, el promitente queda obligado a resarcir los daños y perjuicios.

## **VII. PROMESA DE CONTRATO DE VENTA DE LA COSA AJENA**

Nuestro Código Civil, en el Capítulo III, Artículo 1.483, establece que la venta de la cosa ajena es anulable; sin embargo la promesa de venta de la cosa ajena, aunque sea civil, es admisible, porque tiene un contenido meramente obligatorio, ya que la obligación que nace del contrato preparatorio es una relación obligatoria de hacer y no de dar, y así ella tiene un contenido obligatorio.

La promesa de venta de la cosa ajena "implica la consecuencia de que el promitente asuma la obligación de adquirirla para el otro contrayente".

## **VIII. LA GARANTIA DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS**

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato preparatorio, se pueden constituir los distintos tipos de garantías que permite nuestra Ley entre otros: hipotecas, fianza, anticresis, prenda, arras; pero la más común de las garantías que se constituyen en estos casos, es la denominada por la doctrina prenda irregular, según la cual se deposita en un banco una suma de dinero en garantía de las obligaciones que contrajo el deudor, bajo la condición de que no se le entregue al acreedor, sino cuando presente éste último el documento de venta, debidamente protocolizado. La otra garantía muy frecuente son las arras.

También es común establecer en los contratos preparatorios una predeterminación de los daños y perjuicios mediante una cláusula penal o más conveniente que las arras.

### **VIII.1 CONCEPTO DE ARRAS**

Se entiende por arras la suma de dinero o la cosa que da uno de los contratantes de una obligación, para garantizarle una indemnización en caso de incumplimiento del contrato, o en un momento diverso, para garantizar su ejecución y el resarcimiento de los daños exigibles, de producirse el incumplimiento.

El ordenamiento jurídico venezolano establece en el Artículo 1.263 del Código Civil lo siguiente: A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención.

Si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de lo que haya dado.

De acuerdo a lo anterior, las arras desempeñan la función de cláusula penal, en nuestro ordenamiento positivo, ya que el texto indicado las considera como una garantía de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento, dejando al mismo tiempo al acreedor la facultad de exigir el incumplimiento de la obligación. (Segundo aparte del art. 1.263).

Por lo tanto el acreedor que ha pactado arras en un convenio ante el incumplimiento del deudor tiene las siguientes alternativas: 1) Pedir el cumplimiento de lo pactado, y si esto no fuese posible, solicitar el pago de la totalidad de los daños, según el artículo 1.167 ejusdem. 2º-) Pedir la resolución del convenio y el pago de los daños que en este caso quedarían limitados al monto de las arras estipuladas.

De Ruggiero, en su obra: *Instituzioni de Diritto Privato*, Volumen 2, considera a las arras de la siguiente manera: "lo que en la conclusión de un contrato una parte da a la otra en el entendimiento que ésta podrá hacerla suya para el caso de que la obligación asumida por el deudor no sea cumplida".

### **VIII.2 VENTAJAS DE LAS ARRAS**

La constitución de las arras como garantía, presenta ventajas que podemos señalar:

1. Se elimina el riesgo de la insolvencia sobrevinida del garante, propio de las garantías personales.
2. Se evita caer en el campo de aplicación de las normas que prohíben pactos comisorios, lo cual es de suma importancia práctica, porque en su caso, no será necesario intentar juicio

para hacer efectivo el derecho con las consiguientes ventajas de evitar los riesgos que implica cualquier proceso. La necesidad de anticipar, gastos, las demoras procesales, etc.

3. Se adquiere la propiedad de la garantía (¡suma de dinero), lo que permite disponer de ellas desde el momento de la entrega y excluye todo riesgo que se pretenda alegar la comisión del delito de apropiación indebida.
4. Exonera de la carga de probar la existencia y monto del daño causado por el incumplimiento o retardo, ventaja apreciable, aún cuando en cambio las arras impliquen una limitación del monto del resarcimiento que deba exigirse. (Código Civil, art. 1.276).

Además es un contrato gratuito y oneroso y no traslativo de propiedad u otro derecho.

Pese a la ventajas señaladas, hay que ser muy prudente al establecer el monto de las arras, porque constituye la predeterminación de los daños y perjuicios y "la demanda por la resolución del contrato circunscribe el quantum de los daños a la cantidad limitada por la seña confirmatoria" y la jurisprudencia ha sido coincidente en tal sentido.

## **IX. LA CESION DEL CONTRATO PREPARATORIO**

Puede ocurrir en oportunidades variadas que debido a razones de carácter económico, o por cualquier otro motivo, es necesario ceder el contrato preparatorio, por ejemplo: la cesión de una opción a terceros cuando el contrato pueda ser cedido y sirva para ser posible su circulación, en su integridad.

Para la doctrina se presentan dudas sobre la validez de la cesión del contrato preparatorio.

Messineo sostiene: La cesión del contrato no procede si da lugar a otro contrato, con novación de las obligaciones originales.

Por su parte, Planiol y Ripert afirman que el beneficiario de la promesa puede cederla como otro crédito cualquiera, salvo cuando se ha pactado, o de la naturaleza de la cosa se desprende, que es un contrato estrictamente personal y dicen que así lo admite la jurisprudencia.

## **X. LA PROMESA UNILATERAL DE VENTA**

Se considera a la promesa unilateral de venta como un compromiso contraído por el propietario de una cosa y por el cual se obliga a venderla a una persona en el caso de que ésta quiera adquirirla, por un precio determinado.

### **X.1. NATURALEZA JURÍDICA**

Siempre que nos encontremos frente a una promesa unilateral de venta, nos damos cuenta que este contrato engendra obligaciones para el promitente, por lo cual es un contrato unilateral, pero puede ser bilateral, si se pacta una remuneración para el promitente.

### **X.2. CARACTERÍSTICAS**

La principal característica en la promesa unilateral de venta, consiste en que ésta sólo produce efectos personales, no crea hechos reales de ninguna especie.

La promesa de venta y compra es válida y obligatoria desde que ha mediado conformidad en cuanto a la cosa y al precio, siendo exigible su cumplimiento.

La promesa de venta no transfiere, ni para porvenir remoto, la propiedad de la cosa prometida, y sólo encierra la obligación futura de consentir, quien la contrae, la transferencia del dominio que ostenta sobre el mismo.

## **XI. LA OPCION O PACTO DE PREFERENCIA**

No todos los contratos pasan por la etapa previa de una promesa de comprar o vender, es decir, por una opción, figura ésta que se refiere a un acuerdo preliminar mediante el que una persona se obliga a vender y otra a comprar.

A esto se le ha denominado opción o contrato de preferencia, en nuestro medio es muy conocido y básicamente se utiliza con frecuencia en las operaciones inmobiliarias.

### **XI.1 CONCEPTO**

Se entiende que existe una opción cuando una persona confiere su derecho a un tercero para que éste adquiera un determinado bien, reservándose el derecho a ejercer la opción durante la vigencia del contrato o al final del mismo.

La jurisprudencia ha sostenido que la opción de venta es un contrato consensual y que la opción de venta legítima y oportunamente ejercida por el comprador, tiene el efecto de transferir a su provecho la propiedad de la cosa objeto del contrato, y la sentencia que pueda recaer tendrá un efecto exclusivamente declaratorio.

Eugene Nigón afirma que " la opción es un contrato por el cual una persona llamada promitente se compromete a ceder a otra persona llamada beneficiario, mediante determinadas condiciones, un bien cualquiera, sin que el beneficiario quede comprometido. Sin embargo, el beneficiario presta su adhesión a esta oferta que se propone utilizar cuando pueda o cuando tenga interés".

Desde el punto de vista jurídico, la opción no es una compraventa, no es un contrato traslativo de propiedad, traslativo de derechos, la obligación, por consiguiente, en la parte que confiere la opción no es una obligación de dar, sino de hacer, y cuando la persona recibe la opción, es decir, el titular de la opción pide cumplimiento a esa obligación, es la de una obligación de hacer, es un derecho de crédito por parte del oferido y una obligación de hacer por parte del oferente. Ese derecho de crédito es susceptible de ser cedido.

### **XI.2. DIFERENCIA CON LA VENTA DEFINITIVA**

Existen diferencias entre la opción y la venta. La opción es un contrato preparatorio que engendra una obligación de hacer o sea prestarse a un futuro contrato, mientras que la compraventa es contrato definitivo, que engendra una obligación de dar.

### **XI.3 DIFERENCIA CON LA PROMESA UNILATERAL DE VENTA.**

Messineo distingue la promesa unilateral de la opción afirmando: "que aunque es una cláusula en virtud de la cual, a una de las partes se le concede el poder, derecho potestativo, de exigir o no, la ejecución de un vínculo ya asumido por la contraparte mediante contrato. El pacto de opción es, por el contrario, un caso de contrato unilateral vinculante".

Alonso Moya mantiene que "el contrato de opción se diferencia de la promesa unilateral de comprar o vender por dos motivos fundamentales: En la opción el promitente concede a otro una

facultad, de modo exclusivo, en la promesa unilateral de vender la oferta se dirige ordinariamente a todos, además mientras la opción es un contrato, la promesa no aceptada es una declaración unilateral de voluntad".

Por su parte Badenes sostiene: "que cuando la promesa de venta es aceptada se produce una venta sinalagmática con obligaciones para ambas partes, bien distintas del contrato de opción en que sólo el optante puede reclamar la celebración del contrato principal o bien, causar una promesa de venta unilateral, en cuyo caso su afinidad con el contrato de opción es indudable".

## CONCLUSIONES

1. El contrato preliminar es un acuerdo bilateral o unilateral de emitir en el futuro una determinada manifestación de voluntad contractual.
2. Mediante el precontrato las partes se obligan a concluir un contrato futuro.
3. En el contrato preliminar existe un acuerdo de voluntades (convención) entre dos o más personas para constituir un vínculo jurídico (la obligación a un futuro).
4. La peculiaridad del contrato preliminar consiste en que los efectos jurídicos normales del contrato y que las partes persiguen, no se producen todos inmediatamente, sólo se producen algunos, porque las partes lo quieren así.
5. El contrato preparatorio no transmite el dominio, en él falta la causa jurídica, que constituye de conformidad con la intención de las partes el fin jurídico.
6. En nuestro ordenamiento positivo las arras son una fijación contractual de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento de la obligación y cuando el acreedor pida la resolución del contrato, por lo tanto cumplen una función semejante al de la cláusula penal.

## BIBLIOGRAFIA

- ⇒ AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Contratos y Garantías, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- ⇒ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974.
- ⇒ GELMAN, Rafael. Contratos y Garantías, Editado por Librería Roberto Borreco. Tribunales de Maracaibo. Maracaibo, Venezuela, 1986.
- ⇒ GOLDSCHMIDT, Roberto. Nuevos Estudios de Derecho Comparado, 1962.
- ⇒ KUMMEROW, Gert. La función resarcitoria de las arras, Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo. 1985.
- ⇒ MESSINEO, Francisco. Doctrina General del Contrato, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976.
- ⇒ PLANIOL y RIPERT. Tratado Elemental del Derecho Civil. Tomo X. Ediciones Cultural S.A. La Habana, 1979.
- ⇒ CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, Editorial Romar. Caracas, 1987.