

Comisión n° 4, Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

## **LOS PACTOS PRELIMINARES SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. DUDAS E INTERROGANTES ANTE SU FUTURA APLICACIÓN.**

**Autores:** Esteban Javier Arias Cáu y Daniel Edgardo Moeremans\*

### **Resumen:**

*El método y por consiguiente la regulación del contrato preliminar adolece de defectos conceptuales y de técnica legislativa que exigen una interpretación dentro del amplio marco de la autonomía privada de las partes.*

### **Conclusiones**

Proponemos que las “XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil” declaren que:

#### *Lege lata*

- 1) El art. 994 del CCyC, en su primer párrafo, no debe interpretarse restrictivamente, admitiéndose que las partes pacten un futuro contrato preliminar (de segundo grado) o definitivo.
- 2) El plazo contenido en el art. 994 del CCyC, en su segundo párrafo, debe interpretarse en sentido amplio o extensivo.
- 3) En nuestro concepto, la “promesa de contratar” (art. 995, CCyC) no es una especie distinta del “preliminar de contrato”, por lo cual debería referirse a ambos indistintamente, pues como surge del articulado *ambos obligan a un facere o hacer*.
- 4) El art. 995 del CCyC permite la celebración de un contrato preliminar o promesa de contrato que no tenga la forma prevista para el definitivo, si éste es sólo formal solemne relativo, es decir si la solemnidad es prescripta bajo pena de nulidad efectual (art. 969, segundo párrafo).

#### *Lege ferenda*

- 1) Propiciar la modificación del art. 994 del Código Civil y Comercial suprimiéndose el vocablo “definitivo” de su primer párrafo.
- 2) Propiciar la eliminación de la limitación temporal anual o menor a un año, dejándose la cuestión librada a la autonomía de las partes, puesto que no se advierte su función práctica.

---

\* Esteban Javier Arias Cáu. Profesor Adjunto Derecho Civil III (Contratos), Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS. Secretario de la Sede Jujuy, del Instituto “Noroeste”, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Daniel Edgardo Moeremans. Profesor Asociado Derecho Civil III (Contratos), Universidad Nacional de Tucumán.

3) En una futura reforma, aconsejamos se agregue al art. 995 del CCyC el párrafo siguiente, “en el sentido de que no son válidos, salvo que respeten la forma prevista legalmente”.

## 1. Introducción

El proceso de formación de los contratos o *iter* contractual constituye una serie de pasos, necesarios o contingentes, desarrollados por la doctrina y ahora receptados expresamente por el legislador en el cual las partes contractuales tienen herramientas “conceptuales acordes con la diversidad de formas y usos con que se manifiesta la autonomía privada en la actualidad<sup>1</sup>”. Recordemos que el Código Civil y Comercial posee una teoría general del contrato que resulta aplicable tanto a la contratación civil como comercial, y aplicable subsidiariamente a la de consumo.

## 2. El contrato preliminar

### 2.1 Noción

El contrato preliminar no se encontraba regulado en el Código Civil derogado. Sin perjuicio de ello, las partes en ejercicio de su autonomía privada podían celebrar, en lugar de un contrato definitivo, un *preliminar* o promesa de contrato<sup>2</sup>. En efecto, las partes en lugar de celebrar el contrato definitivo podían obligarse contractualmente a celebrar *a posteriori* el contrato definitivo o principal. Ello era posible, ya sea que cada una de las partes se obligue (preliminar bilateral), bajo determinadas condiciones o durante un tiempo determinado, a celebrarlo; ya sea que solo una de las partes se obligue a requerimiento de la otra parte (preliminar unilateral).

Estos contratos en los cuales las partes —o solo una de ellas— adquirirían el derecho de exigir a la otra la celebración del contrato principal o definitivo, recibía diferentes denominaciones por la doctrina: “antecontrato<sup>3</sup>”, “promesa de contrato”, “*Vorvertrag*”, “contratos de conclusión”, (*Abschließungsvertrag*), “negocios de creación de contratos” (*Geschäftsterrichtungsvertrag*), “preliminary promise”, contratos preliminares, “*pactum in contrahendo*”, “*pactum de ineundo contractu*”, precontrato, contrato preliminar o contrato preparatorio.

Por ello, de este contrato preliminar, la doctrina alemana deduce un “deber de conclusión” (*Abschlusspflicht*) y como figura jurídica encuentra su fuente en el principio de autonomía de la voluntad<sup>4</sup>.

### 2.2 Problema terminológico

De las diferentes denominaciones citadas, se advierte un problema terminológico, y que corresponde dilucidar.

Por ello, a los efectos que el concepto quede claro, lo llamaremos sencillamente *contratos preliminares*<sup>5</sup>, pues las denominaciones de “ante-contrato”, “precontrato”,

---

<sup>1</sup> ARIZA, Ariel, “Contratos preliminares”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. V, p. 687.

<sup>2</sup> ZAGO, en *Comentarios Código Civil y Leyes Complementarias*, t. 7, p. 221

<sup>3</sup> BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 32: “El ejemplo típico lo constituyen las promesas de contratos reales”.

<sup>4</sup> BROX, *Allemeines Teil des BGB*, Carl Heymanns Verlag KG, München 1994, p. 97.

“promesa de contrato” o “contratos preparatorios” pueden llevar al intérprete a la confusión de pensar que nos estamos refiriendo al período precontractual o de las tratativas previas.

Por otra parte, el vocablo *promesa* de contrato, también puede llevar a su turno a la confusión en que cayó un sector de la doctrina francesa —y también parte de la nuestra— al considerar que no existía diferencia entre los contratos preliminares bilaterales con los contratos definitivos obligatorios, pues en ambos en última instancia se está prometiendo algo. Así, Borda<sup>6</sup> refiere que la promesa bilateral es un verdadero contrato<sup>7</sup>, perfectamente exigible por cualquiera de las dos partes, postura que según comenta Zago ha sido recibido en algún fallo, donde se estableció que cuando se trata de un acto bilateral en el que una de las partes, por ejemplo promete tomar en arrendamiento, en verdad no hay una promesa de contrato, sino un contrato de locación definitivo<sup>8</sup>. Para este último autor, entonces, la exigencia del cumplimiento de la promesa bilateral depende de la posibilidad de cumplirla en los hechos, pues si no fuera posible, por ejemplo por venta de la cosa prometida por el que la ofreció en locación, el futuro locatario podría exigir la indemnización, aplicando por analogía la solución del art. 1187 del Cód. Civil. En los mismos términos, para el supuesto que que ha prometido ser locatario se negase luego a celebrar el contrato definitivo. Comenta que siendo la promesa unilateral una oferta en los términos del art. 1150 del Cód. Civil podría ser revocada antes de su aceptación<sup>9</sup>.

### 2.3 Posibilidad lógica y jurídica de la existencia de un preliminar de contrato

En doctrina, se ha discutido si el preliminar de contrato es posible lógicamente dentro de la ciencia jurídica y en la aplicación práctica de los institutos jurídicos. La tesis afirmativa (teoría tradicional)<sup>10</sup> a la cual adherimos, sin perjuicio de casos particulares, sostiene que la obligación puede consistir en un hacer y en el caso de promesa de contrato, la obligación es un *facere* otro contrato: esto es, dar nacimiento a

---

<sup>5</sup> Seguimos en esto la terminología del jurista tucumano LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1975, p. 82.

<sup>6</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 8ª edición actualizada por Alejandro BORDA, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, t. I, n° 609.

<sup>7</sup> En igual sentido, Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, 2ª edición actualizada y aumentada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, t. I, p. 500 cuando expresa, que la promesa de locación es perfectamente posible, ya que no se trata de un contrato real, sino consensual. La promesa bilateral, en la cual una parte se obliga a entregar una cosa en locación y la otra a ocuparla, es un verdadero contrato de locación. La promesa unilateral, en cambio, constituye una obligación causada por una voluntad unilateral, que resulta revocable hasta tanto ha sido aceptada; luego de este acto quedará perfeccionada en su obligatoriedad.

<sup>8</sup> Capel.Mdes, sala II, 1/10/85, ED 118-500, citado por ZAGO, en Com. *Código Civil y Leyes Complementarias*, t. 7, p. 221. Si fuera cierto que la promesa bilateral de locación sería idéntica al contrato definitivo, enajenada la finca arrendada por parte el promitente-locador, el promitente locatario podría exigirle al adquirente que respete el plazo locativo que se estableció en la promesa bilateral, si ello se hubiera fijado. Si en cambio, se lo considera como un preliminar de contrato, el promitente-locatario sólo tendría una acción de resarcimiento porque el cumplimiento de la promesa ya no sería jurídicamente posible, en cuyo caso se transformaría la obligación en la de resarcir los daños y perjuicios.

<sup>9</sup> No compartimos la opinión de Zago en cuanto a la naturaleza jurídica de la llamada promesa de locación. Tal como veremos, mientras la oferta es un acto jurídico unilateral, el preliminar de contrato es un verdadero contrato y por lo tanto un acto jurídico bilateral. Además, en cuanto a la facultad de revocación, si bien es la regla, el propio Código Civil admitía excepciones, como cuando renunció a la facultad de revocarla o cuando se obligó durante cierto tiempo.

<sup>10</sup> Véase al respecto, MURILLO, María L., *Forma y Nulidad del Precontrato, con especial referencia a la legislación Iberoamericana*, Colección Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), Navarra, 1993, p. 73 y ss.

otro contrato. En consecuencia de este contrato nacen obligaciones de hacer ya sea para una (preliminar unilateral) o para ambas partes (preliminar bilateral) que se concretan en hacer una manifestación de voluntad; y en caso de resistencia del obligado, en la ejecución por otro de la declaración de voluntad prometida (art. 629 Cód. Civil).

La tesis negativa, en cambio, tiene fundamento en el hecho de la supuesta imposibilidad de que alguien se obligue a consentir y esta dificultad se agravaría cuando se sostiene la eventualidad que —por vía de ejecución directa o en especie de la obligación— se coaccione al remiso y se le sustituya en su voluntad. En concreto: esta teoría sostiene que el contrato preliminar no es posible, pues querer o declarar querer un contrato futuro, es querer o declarar esa posterior entidad jurídica en la plenitud de su significación. Pero calificada esa manifestación de voluntad como incoercible e infungible el contrato preliminar desaparece en cuanto se pretenda hacer cumplir forzosamente la obligación.

Otra teoría que se ha propuesto es la de indemnización de perjuicios que acepta la existencia del preliminar de contrato pero niega la posibilidad de que se coaccione al remiso y se le sustituya en su voluntad. También se ha esbozado la teoría de la cooperación, según la cual el contrato y por lo tanto el *facere* a que se obligan las partes, es simplemente desarrollar lo que ya habían acordado en el contrato preliminar. Por otro lado, se ha afirmado lo superfluo de la obligación de hacer que se supone forma parte del contenido del precontrato, promesa de contrato o contrato preliminar, siendo considerado como un rodeo inútil<sup>11</sup>. Estas teorías las veíamos presentarse en nuestro derecho privado, especialmente cuando se discutía la naturaleza del boleto de compraventa<sup>12</sup>. Con relación al Código de Vélez, nosotros considerábamos al preliminar o promesa de contrato como un contrato perfectamente válido, en general, cuya inobservancia acarrea que la voluntad del deudor sea suplantada por el juez en caso de incumplimiento (conf., art. 623 Cód. Civil).

#### 2.4 Nuestro concepto

El contrato preliminar es usualmente definido como el contrato que obliga a la conclusión de otro contrato<sup>13</sup>. Completando esta definición López de Zavalía sostiene que el contrato preliminar “es un contrato (puro o condicional), jurídicamente contingente, que obliga a la conclusión de otro contrato (definitivo o preliminar) que regulará los intereses de las mismas partes sustanciales<sup>14</sup>”.

Tomar partido por esta definición doctrinaria tenía las consecuencias siguientes: a) Al afirmarse que el preliminar es un contrato, se lo distingue de las tratativas previas o “*pour parler*” que no son contratos y que pueden generar responsabilidad precontractual, configurándose su naturaleza normativa y que requiere para su perfeccionamiento el consentimiento de las partes contratantes<sup>15</sup>; b) Se sostiene que el

---

<sup>11</sup> MURILLO, María L., *Forma y Nulidad del Precontrato, con especial referencia a la legislación Iberoamericana*, Colección Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), Navarra, 1993, p. 88 y ss.

<sup>12</sup> Ampliar en MOEREMANS, Daniel E., “El antecontrato”, en *Derecho de los contratos. Técnica de la contratación actual*, libro homenaje a la escritora Beatriz A. Maury, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 26.

<sup>13</sup> Conf., ARIZA, Ariel, “Contratos preliminares”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. V, p. 685 y ss.: “Los contratos preliminares son aquellos que tienen por objeto la celebración de un contrato definitivo”.

<sup>14</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1975, p. 82 y ss.

<sup>15</sup> Hablar de consentimiento, nos permite distinguirlo del supuesto de oferta irrevocable por renuncia a la facultad de retractación (art. 1150 1º supuesto del Cód. Civil), aunque en la práctica pueden llegarse a

contrato preliminar puede ser puro o condicional, al igual que todo contrato<sup>16</sup>; c) Se dice que es jurídicamente contingente, pues no es jurídicamente necesario para llegar al fin querido por las partes; d) El preliminar obliga a la conclusión de otro contrato, que puede ser preliminar de segundo grado<sup>17</sup> o definitivo; e) El preliminar puede ser de primer grado, pues obliga a la conclusión de un contrato definitivo; o de segundo grado, es decir obliga a la conclusión de otro preliminar (discutido con relación a los llamados boletos provisorios); f) El contrato previsto por el preliminar debe estar destinado a regular los intereses de las mismas partes sustanciales; g) El preliminar puede ser unilateral o bilateral, según que una sola o ambas partes queden obligadas a concluir el futuro contrato. El preliminar, sea unilateral o bilateral<sup>18</sup>, siempre requiere a los efectos de su conclusión, la actividad y consentimiento de ambas partes, pues se trata de un contrato..

### **3. El preliminar y la promesa de contrato en el código civil y comercial. algunos interrogantes**

Corresponde, pues, adentrarnos en la regulación del proceso de formación del contrato, conforme la nueva regulación y el método<sup>19</sup> seguido por el Código Civil y Comercial.

#### *3.1 Texto legal: El preliminar*

---

similares resultados. También con ello señalamos que se deben reunir los demás *elementos* de los contratos tanto generales como particulares del tipo de contrato que se pretende celebrar.

<sup>16</sup> Sin embargo, ello se remarca a los efectos de no confundir el contrato preliminar con el contrato condicional. No puede estructurarse el preliminar como si fuera un contrato definitivo bajo la condición de que se preste un nuevo consentimiento, pues el acontecimiento que se prevé *in conditione* es incoercible. Además no podría funcionar un contrato que contuviera nada más que una modalidad sin relación jurídica principal a la cual accediera, y a ello quedaría reducido el preliminar, si el contrato definitivo fuera puesto *in conditione* y no en *obligatione*.

<sup>17</sup> Conlleva por lo tanto una limitación tanto a la libertad de conclusión cuanto a la de configuración. Bajo este aspecto, se diferencia tanto del llamado contrato normativo cuanto del llamado contrato marco y del contrato de prelación. Por contrato normativo, la doctrina designa a aquél que no obliga a contratar, sino que obliga, en caso de celebrarlo, a hacerlo con un contenido determinado. Es, entonces, éste tipo de contratación no un *pactum de contrahendo* sino de modo *contrahendu*; es decir, si se contrata (se preserva la libertad de conclusión) debe hacerse con un contenido determinado (se restringe la libertad de configuración). Ejemplo del contrato normativo es el contrato colectivo de trabajo. Una variante del contrato normativo es el contrato marco (*Rahmenvertrag*). Cuando las partes entran en relaciones negociables pueden pactar que en los futuros acuerdos que celebren deben hacerse bajo ciertas condiciones, sin necesidad que éstas sean negociadas nuevamente. Lo que hace el contrato marco es “imponer” una parte del contenido de los futuros contratos. Sin embargo, a diferencia del contrato preliminar, no obliga todavía a nada, es decir no obliga a celebrar un nuevo contrato. Sólo en caso de que las partes decidan contratar, juegan los contratos marco un rol. Es decir, limitan al igual que el contrato normativo la libertad de configuración, más no la libertad de conclusión.

<sup>18</sup> En el preliminar unilateral el beneficiario dependerá o no la conclusión del contrato previsto. En este supuesto la posición del beneficiario es similar a la del destinatario de una oferta irrevocable (art. 1150, Cód. Civil), pero ello no significa que no haya diferencias. En la oferta basta la actividad del destinatario para concluir el contrato a través de la aceptación (acto jurídico unilateral); en cambio, en el preliminar es necesaria una nueva declaración de voluntad de las partes para concluir el contrato definitivo (acto jurídico bilateral). También se diferencia el preliminar del contrato de opción, por el cual se otorga a una parte el derecho de hacer valer una relación contractual a través de una declaración de voluntad unilateral. Es el llamado derecho de opción. Se dice que el derecho de opción es un derecho de conformación (*Gestaltungsgrecht*), mientras que en el preliminar surge una pretensión (*Anspruch*).

<sup>19</sup> KITAINIK, Nicolás, “Contratos preliminares”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 575: “Resulta aceptable la decisión metodológica de tratar esta cuestión junto con la formación del consentimiento y no como supuestos de contratos”.

El Código Civil y Comercial, al igual que el Proyecto de 1998, regula la figura de los contratos preliminares, en la Sección 4 bajo el Título “Contratos preliminares”, en los arts. 994 y 995, considerándolo como “categoría general, distinguiendo como especies a la promesa de contrato (art. 995) y al contrato de opción (ar. 996)<sup>20</sup>”. El art. 994 dispone: “*Disposiciones generales.* Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares<sup>21</sup> que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento”.

### 3.2 De los contratos preliminares: Inconsistencias detectadas

En primer lugar, la norma remarca la naturaleza *contractual del preliminar* ya desde su denominación, por lo cual se trata de un verdadero contrato que tiene la particularidad que obliga a la celebración de otro contrato. Por ello, el contrato preliminar debe contener *todos* los elementos generales de los contratos y los particulares del tipo<sup>22</sup> del contrato definitivo que se pretende celebrar; que dicho sea de paso, puede no ser un negocio futuro definitivo sino *otro preliminar* de grado superior.

En este sentido la norma pareciera *limitar* la posibilidad de pactar sólo un preliminar del llamado de “primer grado”, cuando también se puede, en virtud del principio de la autonomía privada, prever la celebración no de un contrato definitivo, sino de otro preliminar, que será sí un preliminar de grado superior<sup>23</sup> al originariamente pactado hasta llegar al contrato definitivo. Por ello, *de lege ferenda*, eliminaríamos la referencia a “definitivo” o le agregaríamos los vocablos “preliminar o definitivo”.

En segundo lugar, la norma establece una limitación *temporal*, cuyo sentido y alcance no logramos comprender. En efecto, se prescribe que el plazo de vigencia de las promesas previstas es de “un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento”.

Esta redacción nos mueve a realizar las reflexiones siguientes. Por un lado, si el preliminar es producto del principio de la autonomía privada (art. 958<sup>24</sup>), ¿por qué limitar su vigencia máxima a un año y no dejar librado la cuestión a la libertad de configuración de las partes? Por otro lado, si hubiera un fundamento en la seguridad jurídica<sup>25</sup>, ¿no sería contradictoria la limitación con la facultad de las partes de renovarlo anualmente? Por ello, concluimos que esta limitación temporal<sup>26</sup> debería

---

<sup>20</sup> Conf., ARIZA, Ariel, “Contratos preliminares”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. V, p. 686.

<sup>21</sup> KITAINIK, Nicolás, “Contratos preliminares”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 575: “(objeto, causa, y particularidades que permitan identificar la clase de contrato definitivo a celebrar)”.

<sup>22</sup> ARIZA, Ariel, “Contratos preliminares”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. V, p. 686: “Elementos esenciales particulares son las obligaciones nucleares que permiten reconocer como tal a un contrato típico”.

<sup>23</sup> Los primeros comentaristas no se han detenido en este detalle, tanto lógico como jurídico, y por ende posible en el tráfico contractual.

<sup>24</sup> Receptada expresamente en el art. 958 del CCyC, que regula la libertad de conclusión y de configuración con amplitud, con el único límite impuesto por “la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

<sup>25</sup> ARIZA, Ariel, “Contratos preliminares”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. V, p. 686: “apunta a establecer una pauta de certeza que impida la indefinición en el tiempo”.

<sup>26</sup> Otra doctrina ha estimado interesante la decisión del legislador: KITAINIK, Nicolás, “Contratos preliminares”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Hammurabi,

eliminarse, dejándose la cuestión librada a la autonomía de las partes, puesto que no se advierte su función práctica.

### 3.3 La promesa de contrato

El art. 995 del CCyC posee el epígrafe “*La promesa de celebrar un contrato*”, y reza: “Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer”.

Ya desde el epígrafe, se nos presenta un primer interrogante: ¿La promesa de celebrar un contrato es una figura distinta en su especie al preliminar de contrato? Hemos mencionado que cierta doctrina asimila la “promesa de contrato bilateral” al contrato definitivo. Empero, desde que el artículo en análisis menciona —a nuestro entender, en forma correcta— que sólo genera una obligación de hacer, se lo asimila al preliminar. Luego si “contrato preliminar” es igual a “promesa de contrato” nos preguntamos para qué se utiliza una terminología diferente.

En efecto, ¿Por qué no directamente el art. 994 del CCyC estableció que el contrato preliminar o promesa de contrato es un contrato que obliga a la celebración de un contrato futuro? En nuestro concepto, la “promesa de contratar” no es una especie distinta del “preliminar de contrato”, por lo cual debería referirse a ambos indistintamente, pues como surge del articulado *ambos obligan a un facere o hacer*.

Además, conforme una buena técnica legislativa, si existiera una limitación a la vigencia del mismo, debería recaer en ambos. ¿O es que se podría celebrar un contrato preliminar sólo por un año y dicha limitación no sería aplicable a la “promesa de contratar”, que es conceptualmente lo mismo?

El segundo interrogante surge sobre la forma solemne absoluta (art. 969, CCyC<sup>27</sup>). El art. 995 menciona que el futuro contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. La solución es correcta. Si un contrato es solemne absoluto, el preliminar de ese contrato o promesa de contrato que no respete la forma solemne absoluta prevista será un pacto desnudo; es decir, desprovisto de acción pues *no se podría obtener a través de un preliminar lo que se le niega a un contrato definitivo*.

En cambio, distinto es el supuesto de que el contrato preliminar respete la forma prevista para el contrato definitivo. En este supuesto no vemos inconveniente en que el preliminar o promesa de contratar sean perfectamente válidos, pues respetarían la forma prevista para el contrato definitivo. Por ello, aconsejamos se agregue una salvedad a la norma, “en el sentido de que no son válidos, salvo que respeten la forma prevista legalmente”.

El artículo *sub análisis* permite la celebración de un contrato preliminar o promesa de contrato que no tenga la forma prevista para el definitivo, si éste es sólo formal solemne relativo, es decir si la solemnidad es prescripta bajo pena de nulidad efectual (art. 969, segundo párrafo), es decir para que produzcan sus efectos propios, valiendo como contrato en que las partes se obligan a otorgar la forma exigida por la ley. Cabe acotar que el Código Civil y Comercio elimina la clasificación de contratos

---

Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 575: “Interesante resulta la decisión del legislador de fijar en el plazo de un año el máximo de vigencia de los mismos...”

<sup>27</sup> El referido artículo prescribe que: “Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha...”

consensuales y reales, por lo que no se reeditará la discusión si los segundos podían ser también objeto de un contrato preliminar. Por último en forma correcta se prescribe que es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer, tal como lo mencionamos más arriba.