

Comisión nº4, Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

## LOS CONTRATOS PRELIMINARES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Autor:** Julieta Belén Trivisonno\*

### **Resumen:**

*El nuevo Código Civil y Comercial revaloriza la utilidad del contrato preliminar, receptándolo en sus dos variantes: el bilateral o promesa y el unilateral u opción. Así, se pone fin en nuestro Derecho a las discusiones en torno a su naturaleza jurídica y admisibilidad. Se exige que el preliminar contenga los elementos esenciales particulares del contrato definitivo -contribuyendo a asegurar la ejecución forzada- y se fija un plazo máximo de vigencia, transcurrido el cual no puede exigirse el cumplimiento del preliminar. Se regulan expresamente los efectos derivados del incumplimiento del preliminar bilateral, optando por la remisión al régimen de las obligaciones de hacer. Se destaca que en el marco del Código el boleto de compraventa no es concebido como un contrato preliminar.*

### **1. Introducción: la formación progresiva del contrato**

El camino hacia la celebración de un contrato puede ser tanto breve –formación inmediata- como prolongado –formación continuada-. En este último supuesto adquiere relevancia el período de las tratativas previas dirigidas a la celebración del contrato y, en consecuencia, algunos aspectos tales como los deberes de conducta derivados del principio de buena fe, la virtualidad de los acuerdos parciales, la responsabilidad derivada de la interrupción injustificada de las negociaciones y los contratos preliminares, entre otros.

Así, la formación continuada del contrato presenta mayor complejidad técnica y se manifiesta como un fenómeno frecuente en materia de contratos discrecionales<sup>1</sup>, cuestión lógica si se piensa que esta categoría por definición supone la posibilidad de negociar el contenido contractual.

En este marco, el objetivo del presente aporte será el de abordar el análisis de las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación relativas a la figura del contrato preliminar.

### **2. Los contratos preliminares**

---

\* Jefe de Trabajos Prácticos, Derecho Civil III – Contratos, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. La presentación de esta ponencia es avalada por la Dra. Sandra A. Frustagli (Profesora Asociada de Derecho Civil III en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario).

<sup>1</sup> ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, 2da. Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 295.

El contrato preliminar ha sido definido como aquel negocio por medio del cual una de las partes o ambas se obligan a celebrar en un momento ulterior el contrato definitivo<sup>2</sup>. Así, el objeto de este contrato no es más que una obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato definitivo. La terminología utilizada por la doctrina para hacer referencia a esta figura ha sido sumamente variada. Sin embargo, existe cierto consenso en distinguir entre dos especies de contrato preliminar: a) la promesa o preliminar bilateral, en el que ambas partes quedan obligadas y, b) el contrato de opción o preliminar unilateral en el que una de las partes posee el derecho o facultad de aceptar la promesa realizada por la otra.

Algunas voces han cuestionado la categoría misma del preliminar bilateral por entender que al existir acuerdo de ambas partes sobre los elementos esenciales se trata en realidad de un contrato definitivo<sup>3</sup>. Sin embargo, la figura resulta perfectamente posible en el marco de la autonomía privada, dado que la voluntad de las partes consiste justamente en quedar obligadas a celebrar el contrato en el futuro y es a tal fin que prestan el consentimiento. Como bien se ha señalado, el preliminar “es una figura en la que el tiempo cobra un rol especial”<sup>4</sup>, y agrego, permite satisfacer el legítimo interés de las partes de no quedar obligadas en forma definitiva y en lo inmediato.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pone fin a estos cuestionamientos, receptando la figura del contrato preliminar entre los arts. 994 a 996 pertenecientes a la Sección Cuarta, Capítulo 3 (“Formación del consentimiento”) ubicado en el Título II “Contratos en General” del Libro Tercero de los “Derechos Personales”. De este modo, se revaloriza la utilidad que cumple el contrato preliminar en tanto permite, entre otras cosas, satisfacer el interés de las partes de comprometerse provisionalmente mientras se aguarda la regularización de alguna situación, asegurar el control de los hechos sobrevinientes en virtud de los cuales pueda cambiar el juicio de conveniencia acerca del negocio, evitar que las partes se graven con las cargas fiscales<sup>5</sup>, o simplemente lograr una vinculación inmediata y directa entre las partes cuando resulta dificultoso concluir el contrato definitivo o existe un impedimento para ello<sup>6</sup>.

Las nuevas normas del Código Civil y Comercial, que analizaremos a continuación, traducen lo dispuesto en el Proyecto de 1998 (arts. 934 a 936) y por ende el pensamiento de Alterini.

a. El art. 994 del nuevo Código se ocupa de delinear algunas cuestiones generales concernientes a todo tipo de contrato preliminar. Se exige, en primer lugar, que los mismos contengan el acuerdo de las partes sobre los elementos esenciales particulares que permiten identificar el contrato futuro, de lo contrario el negocio no será apto para exigir el otorgamiento del contrato definitivo<sup>7</sup>. La cuestión no es menor, dado que tiene relación directa con la posibilidad de demandar judicialmente el cumplimiento específico de la promesa ante la negativa de la contraparte. Se asegura de

---

<sup>2</sup> BIANCA, C. Massimo, *Derecho Civil. El Contrato*, Tomo 3, 2da. Edición, Universidad del Externado de Colombia, 2007, p. 202 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos. Edición Actualizada*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 133; ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, cit., p. 306; NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 210.

<sup>3</sup> NICOLAU, Noemí L., cit., p. 212.

<sup>4</sup> ARIZA, Ariel C., cit., p. 687.

<sup>5</sup> BIANCA, C. Massimo, cit., p. 203.

<sup>6</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, cit., p. 134; APARICIO, Juan Manuel, *Contratos/1*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 333; NICOLAU, Noemí L., cit., p. 211.

<sup>7</sup> ARIZA, Ariel C., Comentario a los artículos 994 a 996, en Código Civil y Comercial. Comentado, Tomo V, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 693.

esta forma que pueda obtenerse la ejecución forzada de la obligación de celebrar el contrato preliminar, en tanto se evita que la promesa no sea exigible por hallarse incompleta en lo fundamental y no sea susceptible de ser integrada por el legislador o el juez.

Además, la exigencia relativa a la presencia de los elementos esenciales particulares despeja toda duda acerca de la admisión de esta modalidad contractual como contrato previo. Es decir, aunque las partes hayan llegado a un acuerdo sobre los elementos esenciales particulares, el mismo tendrá un claro carácter preliminar, sin que pueda alegarse que las partes han celebrado un contrato definitivo tendiente a producir sus efectos propios.

**b.** Asimismo, el art. 994 coloca un plazo máximo de vigencia de un año a los contratos preliminares o el menor que las partes hubiesen estipulado. De este modo, se reconoce la utilidad de la figura y se la regula, pero se opta por establecer un límite temporal a su vigencia que se relaciona directamente con la seguridad jurídica<sup>8</sup>.

Como surge de la literalidad de la norma, se trata de un plazo de vigencia aplicable a todo tipo de preliminar, vencido el cual ya no resulta exigible el otorgamiento del contrato definitivo. Igual criterio sigue el Código Civil y Comercial en materia de contrato por persona a designar, estableciendo una suerte de plazo de caducidad para ejercer el derecho de designar a la persona que asumirá la posición contractual<sup>9</sup>.

Nada impide que las partes, con base en la autonomía de la voluntad, una vez transcurrido el plazo máximo legal o el plazo menor estipulado, acuerden prorrogar la vigencia del preliminar. Así lo reconoce expresamente el segundo párrafo del art. 994. De acuerdo al sentido mismo de la norma y sus términos, entendemos que el plazo máximo de vigencia también resultaría aplicable a la prórroga y que no sería posible pactar en forma anticipada la prórroga automática del plazo máximo legal.

Cabe exceptuar de la aplicación de este plazo máximo legal el caso de la opción de compra que en el contrato de leasing posee el tomador a su favor, dado que en este supuesto, la opción constituye un elemento del tipo legal y no un contrato previo.

**c.** Por su parte, los artículos siguientes contemplan las dos clases de contrato preliminar: 1) el contrato preliminar bilateral (art. 995), en el cual ambas partes se comprometen a celebrar el contrato futuro y, 2) el contrato preliminar unilateral (art. 996) o contrato de opción, en el que una de las partes posee el derecho o facultad de aceptar la promesa realizada por la otra.

En lo que respecta al preliminar bilateral, resulta de gran importancia destacar que el Código, luego de reconocer la utilidad de la figura, se ocupa de regular los efectos que se derivan del incumplimiento del contrato preliminar, cuestión que ha originado diversidad de opiniones en el ámbito de la doctrina<sup>10</sup>. Así, se opta por tornar aplicable el régimen de las obligaciones de hacer y por ende es viable la ejecución de la obligación por un tercero (art. 777)<sup>11</sup>. Es decir, al demandarse judicialmente el cumplimiento del preliminar, el contrato definitivo podrá ser otorgado por un juez en

---

<sup>8</sup> ARIZA, Ariel C., cit., p. 686 y 687.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ, Carlos A., *Comentario al artículo 1029*, en Código Civil y Comercial. Comentado, Tomo VI, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 693.

<sup>10</sup> Al respecto puede verse: MOSSET ITURRASPE, Jorge, cit., p. 135.

<sup>11</sup> La misma solución contenía el Proyecto de Unificación de 1987 que en su art. 1156 párrafo primero establecía que los contratos preliminares generan una obligación de hacer.

nombre del deudor que se resista el cumplimiento de la sentencia dictada. De esta forma, se evitan las objeciones de la doctrina referidas a la posibilidad de que la obligación de prestar el consentimiento admita la ejecución por un tercero.

En este aspecto, si bien los Fundamentos del Código y del Proyecto de 1998 nada expresan, parece haberse seguido el criterio del Código Civil Italiano de 1942 que regula expresamente la cuestión de la ejecución específica de la obligación de celebrar un contrato. Así en la primer parte del art. 2932 se dispone “*Si quien se encuentra obligado a celebrar un contrato no cumple con su obligación, la otra parte, siempre que fuese posible y no se encuentre excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado...*”<sup>12</sup>.

Cabe destacar que de resultar imposible el cumplimiento de la prestación objeto del contrato definitivo, la parte perjudicada sólo podrá accionar judicialmente para reclamar los daños que ello le hubiese provocado<sup>13</sup>, siempre que la imposibilidad de cumplimiento sea imputable a la conducta del deudor (art. 955).

Asimismo, el Código fija un amplio ámbito de aplicación para el preliminar bilateral, excluyendo solamente a aquellos contratos formales con forma impuesta bajo pena de nulidad. La restricción pretende evitar que el preliminar sea un modo de eludir el cumplimiento de la forma exigida bajo pena de nulidad<sup>14</sup>, contrariando el fundamento mismo de la exigencia de la formalidad absoluta.

En cuanto al contrato de opción o preliminar unilateral, el art. 996 dispone que “El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo”. La formula es amplia, y por lo tanto admite que este pacto se encuentre incluido en un contrato definitivo o bien constituirse como negocio previo e independiente. Podría, incluso estar contenido en un contrato definitivo vigente y tener por objeto otorgar a una de las partes el derecho de renovar la vigencia del mismo<sup>15</sup>.

El carácter irrevocable del derecho que se confiere implica que el promitente no puede dejar sin efecto su declaración o modificar las condiciones pactadas durante el plazo de vigencia de este contrato. Es preciso no confundir a esta figura con la oferta irrevocable. La opción, como todo contrato, es un acto jurídico bilateral, en cambio, la oferta irrevocable es un acto jurídico unilateral. En consecuencia, el preliminar no está sometido a las vicisitudes propias de la oferta.

Asimismo, el art. 996 aclara que el contrato de opción puede ser tanto gratuito como oneroso, independientemente del carácter que revista el contrato definitivo, sin embargo impone al preliminar el cumplimiento de la misma forma prevista para la celebración del contrato definitivo.

Por último, el segundo párrafo de la disposición mencionada establece la intransmisibilidad del derecho que se deriva del contrato de opción, resultando en principio imposible cederlo. Así, la facultad concedida a una de las partes en el marco de este contrato preliminar es concebida *intuitu persona*, salvo que las partes acuerden lo contrario.

---

<sup>12</sup> Código Civil Italiano de 1942, Libro Sexto “De la tutela de los derechos”, art. 2932.

<sup>13</sup> NICOLAU, Noemí L., cit., p. 211.

<sup>14</sup> APARICIO, Juan Manuel, cit., p. 334.

<sup>15</sup> ARIZA, Ariel C., cit., p. 693.

d. En otro orden de ideas, resulta sumamente relevante destacar que la admisión del preliminar bilateral no implica en modo alguno la posibilidad de reeditar la discusión acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa inmobiliaria. En opinión que compartimos, se ha sostenido que “Volver a plantear la calificación del boleto de compraventa inmobiliaria como una promesa de venta constituiría una regresión a concepciones superadas en el Derecho contractual que no se compadecen con la interpretación sistemática que corresponde efectuar de esta cuestión en el Código”<sup>16</sup>. En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial regula expresamente la figura del boleto de compraventa en los artículos 1170 y 1171, dentro del capítulo correspondiente al contrato de compraventa, abordándolo en todo momento como una operación definitiva. Así, se regulan algunos de sus efectos particulares relativos a la resolución de los conflictos que se presenten entre el comprador y terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido y la oponibilidad del boleto frente al concurso o quiebra del vendedor.

En consecuencia, el emplazamiento del boleto en el sistema del Código, el sentido y la materia que abordan las disposiciones mencionadas, permiten afirmar que el boleto es concebido como un contrato de compraventa definitivo y no como una promesa.

#### **4. Conclusiones**

Se recomienda que las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil declaren:

1. Con la incorporación del contrato preliminar en sus dos variantes (bilateral y unilateral) el nuevo Código Civil y Comercial pone fin en nuestro Derecho a las discusiones en torno a la naturaleza jurídica y posibilidad de este tipo de contratos previos, pronunciándose claramente acerca de la admisibilidad la figura.
2. La exigencia relativa a que el contrato preliminar contenga el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares del contrato definitivo es un recaudo dirigido a asegurar la ejecución forzada del contrato definitivo.
3. El plazo establecido en el art. 994, funciona como un plazo máximo cuyo transcurso hace caducar el derecho de exigir el cumplimiento del preliminar. Por ende, al vencimiento del dicho término, o del menor pactado por las partes, se extingue el derecho de reclamar la celebración el contrato definitivo. Cabe exceptuar de la aplicación de este plazo máximo legal el caso de la opción de compra en el contrato de leasing porque aquí la opción constituye un elemento del tipo legal y no un contrato previo.
4. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 994 del nuevo Código y con sustento en el principio de autonomía de la voluntad (art. 958), resulta posible prorrogar el plazo de vigencia de la promesa. Sin embargo, teniendo en cuenta el sentido y los términos de la norma: a. el límite de un año también resulta aplicable a la prórroga y b. no es posible pactar anticipadamente la renovación automática del plazo. De lo contrario, se frustraría la finalidad de la norma al imponer un plazo máximo.
5. En caso de incumplimiento del contrato preliminar bilateral, la remisión que el Código Civil y Comercial formula al régimen de las obligaciones de hacer, torna factible la ejecución por un tercero (art. 777), de modo tal que el juez podrá celebrar el

---

<sup>16</sup> ARIZA, Ariel C., cit., p. 690 y 691.

contrato definitivo supliendo la voluntad del deudor que se resista al cumplimiento de la sentencia que condene a su otorgamiento.

6. Respecto del contrato de opción, la formulación adoptada en el Código es amplia, y admite que este pacto se encuentre incluido en un contrato definitivo o bien se constituya como negocio previo e independiente, incluso puede estar contenido en un contrato definitivo vigente y tener por objeto otorgar a una de las partes el derecho de renovar la vigencia del mismo. El carácter irrevocable del derecho que se confiere implica que durante el plazo de vigencia el promitente no puede dejar sin efecto su declaración o modificar las condiciones establecidas. Queda exceptuado de esta regla, la opción de compra inserta en la estructura del contrato de leasing.

7. La admisión del preliminar bilateral no implica en modo alguno la posibilidad de reeditar la discusión acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa inmobiliaria. Resulta indiscutible que en el marco del nuevo Código Civil y Comercial el boleto es concebido como un contrato definitivo, no sólo teniendo en cuenta su emplazamiento metodológico en el sistema del Código, sino también el sentido y la materia que abordan las disposiciones de los arts. 1170 y 1171.