

---

## BOLETÍN INFORMATIVO\*

---

### SENTENCIA SALA CONSTITUCIONAL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

#### CRITERIOS JURISPRUDENCIALES CONTRATOS PREPARATORIOS Y DEFINITIVOS DE COMPRA VENTA

En fecha 20 de julio de 2015 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón, expediente número 14-0662, en la solicitud de revisión interpuesta por Panadería la Cesta de los Panes, C.A dictó sentencia estableciendo criterios sobre contratos preparatorios y definitivos de compra venta.

La Sala estableció:

#### “OBITER DICTUM

Con ocasión de la controversia que se ha generado respecto de la naturaleza del contrato de opción de compraventa, esta Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones:

Según la doctrina actual de la Sala de Casación Civil, cuando en el contrato de opción de compraventa se encuentran presentes los elementos de consentimiento, precio y objeto, ello equivale a un contrato de compraventa. No obstante, esta Sala observa que de ser así, quedaría excluido este tipo de contratos del mundo jurídico al considerarse a todos como contratos de compraventa, ya que en todos los contratos de opción de compraventa se establece un objeto en el cual se promete a futuro un bien en venta, a cambio de un precio, al cumplirse ciertas condiciones, para lo cual las partes expresan su voluntad o consentimiento.

De esta manera, se observa cómo se confunde lo que son los contratos preliminares con los contratos de promesa, los cuales son diferentes y sólo uno de ellos se refiere a lo que conocemos como contrato de opción a compraventa, por lo que la Sala aclarará la estructura y función de cada una de estas figuras, lo cual ya había empezado a realizar en la sentencia N° 1653/20.11.2013.

1. En primer lugar, debemos tomar en consideración que *el contrato preliminar*, es aquel que tiene por objeto la obligación de las partes, ya sea de una de ellas o ambas,

de cooperar para la celebración de un contrato futuro especificado en el preliminar, generando en cabeza de los intervinientes la obligación de prestar el consentimiento (obligación de hacer), en un segundo momento o tiempo para la conclusión de un contrato definitivo que las partes no pueden o no desean aún concluir. Este contrato puede ser: a) unilateral o b) bilateral (Lupini, Luciano; *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado moderno y en Venezuela*; Academia de Ciencias Sociales y Políticas, 2011, pp. 163-168).

En nuestro Código Civil, no existe expresa mención de esta figura jurídica, ya que se refiere a un contrato atípico o innominado, diferenciándose de los tratos previos o tratativas (que no obligan contractualmente), de la minuta, de las cartas de intención y de las ventas a término o condicionales. Esta modalidad de contratos se produce en razón del principio de la autonomía contractual y tienen cabida dentro de la teoría general del contrato (Lupini, Luciano; *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*; Segunda Edición, Academia de Ciencias Sociales y Políticas, 2007, p. 142).

Este tipo de contratos crea un vínculo generador de efectos jurídicos que se inserta en el proceso de formación del contrato definitivo que se debe celebrar, teniendo un efecto instrumental, que consiste en generar la obligación de prestar el consentimiento para suscribir un contrato futuro y no un efecto sustancial, como sería el que produce el contrato definitivo. Por ello, también se les llama *pactum de contrahendo* o *pactum de ineundo contractu*, pudiendo ser estos contratos preliminares, como antes se señaló, unilaterales o bilaterales, teniendo cada uno de ellos efectos distintos, aunque ambos son negocios jurídicos bilaterales, cosa distinta a que el contrato sea bilateral o no.

Así, en el contrato preliminar bilateral se obligan ambas partes y en el unilateral sólo una de ellas a prestar su consentimiento y suscribir el contrato definitivo (obligación de hacer) en un futuro. En el primero hace falta el mutuo disenso para liberarse de la obligación, en el segundo basta con que el beneficiario de la obligación, renuncie a ejercer su derecho o a exigir el cumplimiento del contrato preliminar. Cabe resaltar que estos contratos preliminares pueden preceder, a su vez, una amplia gama de contratos típicos o atípicos, nominados o innominados (Lupini, Luciano; *Estudios de Derecho Privado*; Academia de Ciencias Sociales y Políticas, 2010, pp. 189-195).

En Venezuela, tenemos un artículo similar al artículo 2.932 del Código Civil italiano de 1942, que es el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que reconoce la autonomía conceptual de la categoría de los contratos preliminares, el cual establece:

*“Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia sólo producirá estos*

---

*efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos.”*

La utilidad de este tipo de contratos en el caso de la compraventa, es evitar asumir las consecuencias de la suscripción de un contrato definitivo que surta efectos traslativos de la propiedad (efectos reales) de manera inmediata, sin tener que pagar el precio o hacer la tradición de la cosa (*titulus – modus acquirendi*), ejerciendo el principio consensual establecido en el artículo 1.161 del Código Civil. Esto permite que las partes que se encuentran a la espera de la verificación de una situación futura e incierta, o que desean posteriormente definir mejor las condiciones y cláusulas del contrato definitivo, finalizando la negociación en un segundo momento, incluso sirve para asegurarse una ventaja comercial, mediante un contrato preliminar unilateral, frente a una posible variación del precio del inmueble que pueda ser sustancial.

Si una parte pide el cumplimiento forzoso del contrato preliminar y ello no está excluido por el contrato, la otra deberá sufrir la concreción del efecto jurídico cuya realización no puede impedir que se produzca.

El poder de emitir una sentencia que permita sustituir u obviar la manifestación de voluntad del obligado en el contrato preliminar debe ser concedido expresamente por la ley. Es por ello que no cabe concebir ejecución forzosa en especie de una obligación de hacer infungible, sin norma que conciba un mecanismo de este tipo. En razón de esto, se debe distinguir entre los contratos preliminares en general, de los contratos o pactos de opción.

La autonomía y especificidad del contrato definitivo, se traduce en que éste tiene un contenido divergente con relación al contrato preliminar, tanto en los elementos, como desde el perfil funcional. El contrato final que se firma como consecuencia del preliminar, tiene dos aspectos: 1) se trata de un negocio que se celebra en cumplimiento de una obligación previa y 2) las obligaciones derivadas de este negocio jurídico pueden extinguirse por novación, remisión u otras figuras extintivas. Como acto debido o negocio vinculado, el contrato prometido que exceda de los términos del preliminar podría dar lugar a diversas acciones jurídicas. Como negocio autónomo y de efectos realmente sustanciales, el definitivo supera al preliminar y puede regular las relaciones de las partes de la forma que éstas consideren más oportuno, aún de manera distinta a la originalmente contemplada.

El contrato preliminar (en general) de compraventa de inmuebles se caracteriza porque para el momento de su estipulación, se aceleran algunos efectos del contrato definitivo, como la anticipación de buena parte del precio o la inmediata ocupación del inmueble por parte del promitente comprador, lo cual difiere de la venta de la cosa futura, teniendo como elemento principal la volición de las partes. En el contrato de cosa futura, las partes se obligan en forma inmediata y definitiva a pagar el precio y la otra a transferir la propiedad de la cosa, quedando el efecto traslativo diferido para el momento de la construcción del bien. En cambio en el preliminar, se

---

requiere siempre de otra manifestación de voluntad para que ocurra el efecto traslativo. Así, los acuerdos relativos a la anticipación de efectos del contrato de compraventa generan obligaciones derivadas del preliminar, sin que por ello se trate de la compraventa definitiva.

Los contratos preparatorios en general, se distinguen de los tratos previos o tratativas, en cuanto a que éstas últimas no vinculan a las partes, salvo el caso de ruptura abusiva, que podría dar lugar a la resarcibilidad del daño a favor del contratante inocente que confió de buena fe en la seriedad de la negociación. En efecto, aún en la fase precontractual las personas que están negociando se encuentran obligadas a obrar conforme a los parámetros de la buena fe en sentido objetivo, entendida como regla de conducta y como principio general del derecho (En tal sentido: Lupini, Luciano, La responsabilidad precontractual en el derecho Comparado moderno y en Venezuela, Caracas, 2014, pp. 201-219).

El contrato preliminar es un verdadero contrato, que puede venir, a su vez, precedido de tratativas. Se diferencia también de los acuerdos parciales, de las minutas de contrato y de las cartas de intención, figuras que se insertan en la formación progresiva del contrato, pero que carecen de carácter contractual preliminar y, por ende, no procede la ejecución forzosa de éstas

**En el contrato preliminar unilateral ambas partes sí pueden poner fin al contrato antes de la fecha establecida para el cumplimiento de la obligación establecida, sin que se dé como un hecho que se convierte en el contrato definitivo con la aceptación del oferido o beneficiario, procediéndose a pagar lo establecido en la cláusula penal, a diferencia de la promesa unilateral o contrato de opción de compra venta en la cual sí se da por constituido el contrato definitivo automáticamente, al cumplirse determinados eventos, tal como se explicará más adelante.**

Sentadas estas premisas, cabe diferenciar el contrato preliminar de otras figuras jurídicas que mencionaremos a continuación:

**A.** Así resulta la diferencia entre oferta firme con plazo y el contrato preliminar. El primero es un negocio jurídico unilateral, irrevocable y recepticio (1.137 del Código Civil), aunque cuando se trata de una oferta simple sí se puede revocar, pero si la revocatoria ocurre en forma abusiva, el oferido que haya obrado de buena fe puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya sufrido. En el segundo el negocio preliminar siempre es un negocio jurídico bilateral perfecto que celebran dos o más personas, aunque se trate de contratos preliminares unilaterales.

**B.** En cuanto a las diferencias entre el contrato preliminar y el pacto de prelación, se observa que este último no obliga al promitente propietario a vender al beneficiario del pacto, no lo vincula, salvo en los casos que decida venderle a un tercero, ya que de ser éste el caso, el promitente debe dar preferencia al beneficiario del pacto. El pacto de prelación no es un contrato preliminar unilateral condicionado y por ello no

---

procede la ejecución forzosa, se trata de un contrato autónomo atípico, a través del cual el promitente asume la obligación de preferir, en paridad de condiciones, al beneficiario del pacto, en caso de que decida vender el bien objeto del pacto, pero no obliga a estipular el contrato de compraventa.

**C.** El contrato preliminar de compraventa tampoco es una venta obligatoria o de efectos obligatorios, ya que esta última es un contrato definitivo, que contiene la expresión de voluntad de dar (obligación de dar), de allí que el efecto traslativo de la propiedad no está supeditado a una posterior declaración de voluntad negocial, sino a la verificación de un evento posterior, que al acontecer produce automáticamente el efecto real de transferencia de la propiedad; es un contrato de estructura unitaria y los efectos obligatorios y reales emanan de un solo contrato.

**D.** El contrato preliminar está incluido en los contratos preparatorios al igual que el contrato normativo, pero este último, contempla parte de las cláusulas de los futuros contratos, de forma homogénea, que han de ser establecidos por los mismos sujetos que suscribieron el contrato normativo, inclusive con terceros, limitándose a obligar a las partes. En caso de celebrar los contratos futuros e individuales, a atenerse al esquema previamente establecido y en las materias reguladas, pero sin obligar a celebrar un contrato futuro. El contrato preliminar obliga a celebrar el contrato definitivo al que se refiere.

2. Otro tipo de contrato son las opciones o *promesas unilaterales de venta o de compra*, en las que para que sean equiparables a la venta, se requiere que exista un consentimiento recíproco (distintas a las promesas bilaterales de compraventa que son los contratos preliminares bilaterales de compraventa, sobre lo que se precisará más adelante).

En las promesas unilaterales u opciones, éstas contienen la expresión del consentimiento de las partes, porque se trata de negocios jurídicos bilaterales, pero quedando una sola obligada de manera irrevocable, porque el contrato final (como el de venta) se forma con la aceptación de la promesa, la cual es conocida como ejercicio de la opción por parte del beneficiario de la promesa, con lo cual esa promesa se convierte en contrato firme y definitivo. Cuando se ejerce la opción o se acepta la oferta a través de otra manifestación de voluntad, se producen los efectos del contrato definitivo, que en los casos de oferta de venta del bien, es la venta del mismo. Por lo tanto, el consentimiento originario otorgado en cuanto a la cosa y el precio, no implica el acuerdo en cuanto a la formación del contrato definitivo, ya que ese consentimiento recíproco sobre el contrato definitivo existe o coexiste cuando el optante decide ejercer la opción de compraventa. Por ello, la promesa unilateral nunca puede equipararse a la compraventa, mientras la opción no se ejerza, ya que son dos contratos distintos y con características propias. Sólo cuando se ejerce la opción, se forma el contrato de compraventa en un momento posterior y por medio de la celebración de otro acto o a través de la demanda judicial de cumplimiento de

---

contrato, para que se otorgue el correspondiente documento contentivo del negocio ya perfeccionado, por lo que el contrato de compraventa nunca existirá si el beneficiario de la promesa u opción no la ejerce, al tratarse de un derecho potestativo.

El promitente al obligarse no puede retractarse, ya que la manifestación de su voluntad en este tipo de contratos es irrevocable, salvo que contractualmente se establezca una cláusula que lo establezca. El obligado no puede retractarse de su voluntad o eximirse unilateralmente de la obligación, salvo que el beneficiario renuncie a ejercer la opción.

Por lo tanto, la promesa es un verdadero contrato que consagra a favor del beneficiario de la opción (optante u oferido) un derecho potestativo que consiste en la facultad de adquirir la cosa por efecto de su única manifestación unilateral de voluntad de manera posterior, a través del ejercicio de la opción. No es condición potestativa porque la obligación sería nula ex art. 1202 Código Civil, se trata de un derecho potestativo que le confiere el contrato de opción al beneficiario de la oferta irrevocable en él contenida. Los efectos sustantivos que se dan, están en el que no se producen efectos reales, ni traslativos de propiedad, solamente se da al beneficiario el derecho de aceptar la oferta contenida en el contrato (por ello es un contrato de opción de compraventa, pero la opción es sólo a favor del beneficiario no del promitente), derecho que puede ser cedido, salvo acuerdo en contrario, obligando al cesionario a pagar la indemnidad de inmovilización, si ésta existe, o a reembolsar al beneficiario cedente, el premio ya pagado por éste, además de las ventajas o precio de la cesión.

En otras palabras, la promesa unilateral de venta o de compra u opción de compraventa, hace surgir en cabeza del beneficiario un derecho potestativo que consiste en la facultad de perfeccionar el contrato, a través de la aceptación de la oferta irrevocable hecha por el promitente, dentro del plazo de la opción, con lo que no se produce un derecho de crédito que permita obligar al promitente a celebrar un contrato futuro, como si existiera una obligación de hacer a cargo del promitente de celebrar dicho contrato. En todo caso podría entenderse como una obligación de no hacer por parte del promitente, en cuanto a abstenerse de impedir el perfeccionamiento del contrato al cual alude la promesa o pacto de opción.

En este sentido, este tipo de contrato se perfecciona en el momento en que ocurre el ejercicio de la opción y tan sólo en ese momento ocurre el efecto traslativo de la propiedad, como consecuencia de la manifestación de la voluntad del optante y haya cumplido a su vez con sus obligaciones en los términos establecidos. Por ello, no se requiere que el beneficiario pida la ejecución forzosa en especie mediante una demanda que procure el cumplimiento de contratar, que perfeccionaría la compraventa, sino que ya la venta se ha perfeccionado y sólo necesita pedir el cumplimiento de las obligaciones del contrato ya perfeccionado. Solamente cuando

---

el promitente se niegue a suscribir el instrumento en el cual ha de constar el contrato formado, hará falta la sentencia que documente el negocio jurídico, tratándose de una sentencia declarativa que constata que el contrato ya se perfeccionó y no se condena al promitente a contratar.

**El premio que se establece en la promesa unilateral, no son las arras que se colocan en el contrato preliminar, ni el precio del bien, por ello no cabe pactar arras, ya que se trata de una promesa unilateral en la que sólo una parte se obliga a vender, y si se estableciera, el oferido estaría casi obligado a aceptar la oferta para evitar la pérdida patrimonial, con lo cual renunciaría a su libertad de aceptar o no la misma, lo cual sería contrario a la naturaleza misma del contrato.**

3. Las llamadas promesas bilaterales o sinalagmáticas, son aquellas en las cuales una de las partes se obliga a vender y la otra a comprar, por un precio determinado, una cosa cierta. Si no contiene ya la expresión definitiva y cierta de la voluntad de las partes de concluir en ese acto la compraventa, ellas equivalen a los contratos preliminares bilaterales de compraventa.

La cesión de promesa bilateral de compraventa, es una verdadera cesión de contrato, a diferencia del caso anterior, aunque podría darse una sustitución en donde el beneficiario de la promesa puede designar a otra persona como beneficiario, en sustitución suya, frente al promitente y cumplir con la contraprestación pactada.

En las promesas bilaterales de compraventa la ejecución forzosa de la obligación (que es de hacer) es en especie, la cual consiste en otorgar y firmar el contrato definitivo acordado en el contrato preliminar.

Por otra parte, en el pacto de opción, negocio bilateral, se acuerda la irrevocabilidad de la declaración de una de las partes con relación a un futuro contrato que se formará con la simple aceptación de la otra, la cual es libre, de aceptar o no dicha declaración dentro de un plazo. Como se indicó antes, el contrato de opción equivale a la promesa unilateral de venta de los franceses, pero no es un contrato preliminar unilateral. El contrato de opción no genera propiamente una obligación de hacer a cargo del promitente y el optante no tiene la necesidad de obligarlo a prestar su consentimiento para la formación del contrato futuro, porque le basta con expresar su aceptación y ejercer la opción para que se repute formado el contrato. Por ello se debe diferenciar el pacto de opción del contrato preliminar unilateral.

4. Vistas las anteriores distinciones, es por lo que se debe diferenciar entre la solución de los casos que versan sobre la negativa de escriturar o documentar un negocio jurídico ya perfeccionado, en donde la sentencia que suple el título es declarativa (promesa unilateral o pacto de opción), con los que se refieren a la obligación de concluir un contrato futuro, que alude a una obligación de hacer que consiste en expresar el consentimiento para la formación del contrato definitivo (contratos preliminares). Se debe tener claro que dentro de una prestación de hacer,

---

puede quedar englobada la celebración de un contrato futuro distinto al contrato del cual dimana dicha obligación de hacer. Estos contratos se pueden realizar aunque no estén expresamente regulados por el Código Civil, ya que las partes son libres de determinar y darle contenido a sus intereses como mejor les convenga, por el principio de autonomía de la voluntad, siendo un contrato innominado que está reconocido en el artículo 1.140 del Código Civil. Así, este contrato tiene por objeto un contrato futuro de contenido variable e indeterminado *a priori*, por cuanto su contenido se especifica caso por caso, por lo que se adapta o puede preceder a cualquier contrato (el “definitivo”, que tendrá un efecto extintivo de la obligación de contraer y constitutivo de sus efectos normales).

El artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, establece una sentencia de condena (aplicable a los contratos preliminares), ya que atribuye al juez el poder de condenar a la prestación del consentimiento a la parte que haya omitido la declaración prometida, con la consecuencia de que en caso que la parte perdidosa no cumpla voluntariamente la decisión, la declaración se tiene como emitida, siendo una ejecución forzosa en especie y el juez en su fallo sustituye la voluntad no expresada. Sobre todo, porque se contempla un lapso no menor de tres días ni mayor de diez para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario (artículo 524 del Código de Procedimiento Civil). En cambio la sentencia constitutiva produce directamente los efectos del contrato no concluido sin sustituir la voluntad del renuente, sino que la obvia, al producir las consecuencias y efectos directamente (como el caso italiano con su artículo 2.932 del Código Civil).

En nuestro país no se ha establecido la obligación de registrar un contrato preliminar de compraventa, por existir en la materia el principio de la libertad de las formas y para no privar a las partes de contar con un instrumento flexible, menos formal, para regular sus intereses en un momento en el cual aún no tienen seguridad o certeza sobre si se desean concretar los efectos definitivos de un contrato de compraventa, máxime cuando el artículo 531 del Código Adjetivo establece que “...*la sentencia sólo producirá efectos [contrato no cumplido] si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos*” (corchetes de esta Sala). De allí que, si el comprador no ha pagado el precio, mal puede pretender que el contrato preliminar sea equiparable a una venta.

Pero en el caso de la opción, sí se había contemplado en el artículo 43 de la Ley de Registro Público y del Notariado de 2001, la obligación de registrar “*los contratos de opción para adquirir derechos sobre inmuebles*”. Esta obligación fue eliminada en la ley del 22 de diciembre de 2006, Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.833 (numeral 2 del artículo 93) y que se mantiene con el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinaria del 19 de noviembre de 2014, en su artículo 92 numeral 2. Efectivamente, si se considerara que el pacto de opción no es un contrato traslativo de propiedad (hasta que no se ejerza la opción o promesa unilateral), no tenía sentido

---

y era un error que se estableciera el registro. Aún así, se colocaba expresamente la base imponible del impuesto a pagar para el caso de registro de opciones de compraventa. Por lo tanto, si se concibe como una “obligación de registrar” a los contratos preliminares de compraventa con ello se entraría el tráfico comercial y se perdería la flexibilidad del documento preliminar.

En cambio, cuando se celebra un verdadero contrato de compraventa con todos sus elementos, por documento privado, aunque las partes lo denominen impropriamente como promesa o compromiso, si solamente se difiere la obligación de escriturar o registrar el documento para un momento posterior, y una de las partes se niega a firmar en el momento de la protocolización, la otra puede demandar el reconocimiento de la existencia del negocio jurídico celebrado entre las partes y la renuencia del deudor puede ser suplida mediante un fallo que declare la existencia y cuya protocolización de la sentencia surte los mismos efectos del negocio no escriturado (Corte de Casación de 27 de julio de 1955 [Gaceta Forense, Segunda Etapa, Año 1955 (Julio a septiembre), N° 9, Volumen II, Caracas, páginas 53 a 63] y Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo del 1 de diciembre de 1965 [Gaceta Forense, Segunda Etapa, Año 1965 (Octubre a Diciembre), N° 50, Caracas 1967, páginas 572 a 584]), siendo un fallo mero declarativo, lo cual también es aplicable cuando el acreedor hipotecario se niega a otorgar el correspondiente documento de cancelación del gravamen, una vez extinguida la obligación garantizada (Corte de Casación del 24 de mayo de 1955 [Gaceta Forense, Segunda Etapa, Año 1955 (Abril a Junio), N° 8, Volumen II, Caracas, páginas 58 a 77]). Igual ocurre con la promesa unilateral de venta u opción de compraventa, en caso de que el promitente obligado no cumpla con su obligación de reconocer el negocio jurídico ya perfeccionado.

La diferencia de la promesa bilateral de compraventa, con el contrato de opción propiamente dicho (promesa unilateral), está en que el segundo se debe reputar perfeccionado en el momento en que ocurre el ejercicio de la opción y tan sólo en ese momento ocurre el efecto traslativo de la propiedad, como consecuencia de la manifestación de la voluntad del optante, por lo que el beneficiario de una promesa u opción no necesita pedir la ejecución forzosa en especie a través de una demanda que procure el cumplimiento de una obligación de contratar que perfeccione la compraventa, sino que ya la venta está perfeccionada y sólo debe pedir el cumplimiento de las obligaciones del contrato, como lo es la tradición de la cosa. En cambio en el contrato de promesa bilateral de compraventa cuando haya negativa de alguna de las partes de suscribir el documento definitivo, será necesaria una sentencia de condena que constituirá el negocio jurídico perfeccionado.

Por otra parte, no se podrá intentar la acción de cumplimiento cuando el objeto del contrato preliminar sea un bien determinado, que haya perecido después de la celebración del contrato preliminar de compraventa. También quedan excluidos los casos en que no estén suficientemente determinados los elementos esenciales del

---

contrato futuro, en el preliminar, por lo que de darse un incumplimiento, procedería únicamente el resarcimiento de daños y perjuicios.

En conclusión, ante el incumplimiento de la obligación de contratar derivada de un contrato preliminar procede la acción de cumplimiento de contrato y si la parte que ha sido condenada a ello, no otorga la escritura, la sentencia suple su manifestación de voluntad por mandato de la norma. Ello, siempre y cuando la ejecución en especie no esté excluida por el contrato.

El recurso a la ejecución específica puede ser impedido por las partes convencionalmente, en virtud del poder de autoregulación de sus intereses negociales según el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que la inclusión de una cláusula penal en el contrato preliminar, no significa por sí sola, que queda excluida esta opción, ya que la inclusión de una regulación convencional de los daños, no basta para impedir el ejercicio de esta acción judicial, siendo necesaria una manifestación unívoca de voluntad en este sentido. Así que cuando esté excluido el recurso a la ejecución forzosa en las cláusulas contractuales del contrato preliminar bilateral de compraventa, ante el incumplimiento de una de las partes sólo queda a la otra la demanda de resarcimiento por daños y perjuicios, que se suele regular convencionalmente con la cláusula penal. De esta manera cabría pensar que hay dos clases de contratos preliminares bilaterales, aquellos que admiten la ejecución forzosa y los que no.

En la promesa bilateral de compraventa, la posibilidad de intentar la acción resolutoria del contrato en caso de incumplimiento de la obligación de una de las partes es viable.

Por otra parte, para que la sentencia surta sus efectos, debe existir la constancia del cumplimiento de la obligación de la parte demandante. En el caso de que la prestación no sea todavía exigible para el momento de la demanda, dado que el cumplimiento o la oferta de la prestación no es un presupuesto procesal de admisión de esta demanda, la misma puede realizarse durante el transcurso del juicio, así como en el caso del cumplimiento. Cuando el actor sea el promitente comprador y el contrato preliminar contemple la obligación de pagar el precio en el momento de la celebración del contrato definitivo, el pago del precio debe ocurrir antes de que se produzca la sentencia, y conste en el expediente el cumplimiento de la prestación contractual por parte del comprador-ofertado.

En este sentido, cuando la Sala de Casación Civil asimila los contratos **preliminares de compraventa o promesas bilaterales** de compraventa con el contrato definitivo, desconoce lo relativo a la formación progresiva del contrato, negándoles su autonomía conceptual, contrariando el propósito buscado por las partes al celebrar dichos contratos, violentando así el principio de la autonomía contractual, al considerar que la promesa bilateral de compraventa equivale a la venta definitiva porque el inmueble y el precio establecidos en el contrato preliminar se encuentran

---

determinados, como si en Venezuela existiera un artículo similar al artículo 1.589 del Código Napoleónico de 1804, que introdujo la norma que equiparaba la promesa de venta con la venta definitiva.

Asimismo, tampoco se comparte la consideración según la cual se considera que como contrapartida del sacrificio que hace el promitente (oferente) de mantener la irrevocabilidad de la oferta por un tiempo, en contraprestación de un premio (el precio) de la opción, se está en presencia de un contrato bilateral y sinalagmático, lo cual tiene efecto en relación a las solemnidades y pruebas. El hecho de que exista un premio (valor de la oportunidad) para el promitente, no significa que se trate de un contrato bilateral, sino que sigue siendo unilateral ya que las obligaciones del promitente y el beneficiario no son recíprocas o correspectivas, pasando únicamente a ser sinalagmático el contrato cuando el premio de la opción resulte muy elevado en relación al precio acordado. Ante esto se deben tomar en cuenta los elementos esenciales y accesorios del contrato para poder determinar cuándo se perfecciona el mismo.

El contrato de opción de compraventa es la promesa unilateral de venta o compra de los franceses establecido en sus artículos 106-1, 106-2 y 106-3 de su Código Civil, equivalente al pacto de opción de los italianos establecido en el artículo 1.331 del Código Civil Italiano (que no es el contrato preliminar acá estudiado). De allí que no pertenece al campo de los contratos preliminares que requieren una nueva manifestación de voluntad de todas las partes que intervienen para poder ser definitivo, sino de los contratos ya concluidos (definitivos en sentido amplio), ya que su perfeccionamiento depende única y exclusivamente del optante quien recibe una oferta irrevocable hecha por el promitente, por un cierto tiempo, para celebrar un ulterior contrato, sujeto a la aceptación o no de la oferta de manera libre (Rodríguez, Mauricio; *El contrato de opción*; Segunda Edición, Livrosca, 1998, pp. 49-74).

El contrato de opción aunque es firme, es un contrato que puede conducir, pero no necesariamente, a la conclusión de un contrato ya sea de venta, permuta, arrendamiento o cualquier otro nominado o innominado, por cuanto tiende a la formación del contrato, que puede formarse o no (contrato eventual), de ejercerse la opción.

En razón de lo anterior, es que todo juez de la República, debe revisar y observar de forma individualizada los elementos, términos, características y condiciones establecidas en cada uno de los contratos sometidos a su conocimiento, a los fines de determinar su naturaleza, independientemente de la denominación que se le haya dado al mismo por las partes, y notar si se trata de un contrato preliminar, una promesa u otro tipo de contrato, para establecer los efectos y consecuencias debidas del contrato realmente suscrito, de conformidad como lo señala el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

---

Esta Sala Constitucional ordena remitir copia certificada del presente fallo a todos los presidentes de los distintos circuitos judiciales del país para que se haga extensivo su conocimiento en todos los tribunales de la República y su publicación en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide”.

Para revisar la sentencia completa pulse [aquí](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML) o siga el siguiente vínculo:  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML>

20 de julio de 2015

---

*\*El presente boletín fue preparado y divulgado por ZAIBERT & ASOCIADOS. Su propósito es difundir información de interés general en materia jurídica. El contenido de este informe no puede ser interpretado como una recomendación o asesoría para algún caso específico. Se recomienda consultar especialistas en la materia para la aplicación de su contenido. Quedan expresamente reservados todos los derechos.*