

El contrato preliminar en negociaciones de compraventa inmobiliaria

Teresa BORGES GARCÍA*
RVLJ, N.º 15, 2020, pp. 13-44.

SUMARIO

Introducción 1. Antecedentes 2. Función práctica de este tipo de contratos y sus inconvenientes actuales 3. Naturaleza de estos contratos: ¿pueden ser considerados ventas a plazos? 4. El problema económico 4.1. La inexistencia del acceso al crédito hipotecario 4.2. El tiempo que transcurre entre la concreción del contrato preliminar y el perfeccionamiento del definitivo 5. La interpretación del contrato 6. Algunas sentencias. Conclusiones

Introducción

Si bien es cierto que los contratos preliminares no solamente se implementan en el área de negociaciones inmobiliarias, no lo es menos que, en esta área específica, son más comunes y sus efectos suelen ser mucho más trascendentales, pues tradicionalmente fueron la manera de implementar ventas

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad Central de Venezuela**, Profesora de Práctica Jurídica II. **Universidad Santa María**, Profesora de Derecho Inquilinario (postgrado). Directora Ejecutiva de la Fundación Venezolana de Derecho Inquilinario. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Coproyectista del Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios de 1999. Consultora Jurídica de la Cámara Inmobiliaria de Venezuela y Secretaria de la Comisión de Infraestructura de la Academia Nacional de Ingeniería y Hábitat. Abogado en ejercicio miembro de Borges, Schnell & Asociados.

inmobiliarias a largo plazo permitiendo a la ciudadanía mayor acceso a ello y construir a precios más competitivos. Énfasis en las unidades de vivienda, que constituyen el patrimonio más importante de la familia.

El tema no es nuevo y siempre ha estado en el tapete, lo cual se analizará en el desarrollo de este trabajo; lo novedoso hoy día es que casi pudiéramos indicar que los mismos han desaparecido, y no por resultar inútiles o por carecer de validez, sino simplemente porque tanto la normativa y la jurisprudencia como la situación económica han forzado su casi nula implementación en este periodo concreto de nuestra historia.

Hoy el sector inmobiliario en general –y especialmente dentro de este, el dedicado a la construcción de viviendas– se rige por leyes injerencistas, que se mantienen al margen de las realidades económicas; basta citar la Ley contra la Estafa Inmobiliaria¹, que, en verdad –si hubiese sido producto de un análisis serio y correctivo del tema–, ha debido ser una Ley de Preventa Inmobiliaria mediante la cual se promocionara esta beneficiosa actividad en distintos ámbitos.

A su vez, la jurisprudencia no ayuda a clarificar el tema, pues desde vieja data se mantiene la discusión sobre la naturaleza de este tipo de contratos.

Y, más grave aún, la actual situación económica, que incluso evita que se pueda determinar con certeza el valor o precio de venta, dada la gran inestabilidad de los mismos, lo cual afecta directamente este tipo de contratos, haciendo que su implementación en la actualidad produzca una mayor confrontación o conflictividad entre las partes contratantes, en lugar de permitir y coadyuvar a la negociación.

Y esta situación empeora al no tenerse acceso al crédito hipotecario, no obstante existir legislación al respecto².

¹ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 912, del 30-04-12.

² Decreto-Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 945, del 15-06-12; y las Resoluciones que constantemente se dictan mediante las cuales se establecen las condiciones de

¿Qué está pasando en la actualidad? Las leyes que rigen la materia han resultado ineficientes, y más aún ante la actual situación económica «hiperinflacionaria», todo lo cual no solo hace sumamente difícil acceder a la compra de una vivienda, sino también negociar la que ya se tiene.

Ante las circunstancias anteriores, la oferta, más allá de los precios, se limita a una venta de contado. ¿Por qué? Pues porque cuando los negociantes pactan una venta previendo un plazo para que el futuro comprador pueda acceder a un crédito hipotecario –hoy completamente insuficiente y desfasado de la realidad, lo que es materia de otras disquisiciones–, el precio negociado se diluye ante la inflación galopante, pero, lo más grave de esto, es que –ante el incumplimiento de alguna de las partes– la otra no sabe cómo proceder y surge así el conflicto que debe ser resuelto ante la jurisdicción. Otro inconveniente que se suma para empeorar aún más la situación del ciudadano; lo que nos lleva a que –al no ejercer las acciones de que dispone nuestro ordenamiento– confiar y creer en la buena fe del otro, quien a su vez se ilusionó con la posibilidad de comprar una vivienda y la necesita, abre las puertas a un grave conflicto.

Se adiciona también a todo este escenario la insuficiente política del Estado para proveer de viviendas dignas, con el truncamiento de recursos al sector privado y su criminalización; el desbordado aumento de la población respecto a la poca cantidad de viviendas existentes –que ya pasa a ser de vieja data–, a pesar del éxodo de venezolanos motivado a la crisis que atraviesa el país, sin dejar de lado la desfasada cartera de recursos destinada

financiamiento que regirán el otorgamiento de créditos para adquisición, autoconstrucción, aplicación o mejoras de vivienda principal con recursos de los fondos regulados por la señalada Ley y con recursos provenientes de los fondos que se han creado, administre o especifique el Órgano Superior del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat (creado según Decreto N.º 8120, adscrito a la Presidencia de la República, *Gaceta Oficial* N.º 39 643, del 28-03-11); y otros cuerpos legales por ejemplo que desarrollan: condiciones de financiamiento para el otorgamiento de estos créditos también con los referidos fondos; los que establecen el porcentaje mínimo de la cartera bruta anual; cuotas máximas mensuales para el pago de créditos hipotecarios; Ley especial de Protección del Deudor Hipotecarios de Vivienda (*Gaceta Oficial* N.º 38 756, del 28-08-07).

a créditos de vivienda –como se ha dicho– completamente disconforme a los precios marcados por la propia dinámica de oferta y demanda del mercado, sujeto a los tiempos de crisis que se viven.

Es entonces palpable y evidente que entre la situación económica y la normativa vigente hay un divorcio con la realidad.

Por ello, con el presente trabajo, pretendemos humildemente rescatar el valor del contrato preliminar en las negociaciones inmobiliarias, pues seguro estamos de que ante un cambio económico, estos contratos resurgirán con mayor fuerza y utilidad colaborando a reactivar no solo las negociaciones entre las partes, sino el aparato productivo del país, y en tal virtud consideramos esencial precisar los aspectos que a través del tiempo han dado lugar en la práctica a sus indeterminaciones, o al menos algunas de ellas, y, con esto, pagar una deuda a quien fue mi profesor y tuve la dicha de que me honrara con su amistad. Me refiero al Dr. Alberto BAUMEISTER TOLEDO, quien, aun en sus días de limitaciones de salud, no apartó el Derecho de su lado y, en nuestras últimas conversaciones, siempre gratas, analizamos el tema con ocasión a una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³, pactando escribir algunas consideraciones e ideas al respecto, pero el tiempo me robó el disfrutar de ese honor. Solo aspiro a estar a la altura de las circunstancias.

1. Antecedentes

En esta oportunidad, no pretendemos remontarnos al inicio y origen de estos contratos, sino que partiremos de su implementación y vigencia en nuestra legislación con vista a la promulgación de la Ley de Propiedad Horizontal y –como expresáramos precedentemente– con énfasis en el ámbito de vivienda, pues fue en definitiva con esta legislación que se inició la nueva dinámica en el área concreta en la cual analizaremos el tema.

Así, encontramos que la dinámica de los cambios en la sociedad, como en el caso de las ciudades, produjo la necesidad de multiplicar y maximizar el

³ TSJ/SC, sent. N.º 878, 20-07-15.

desarrollo de la construcción para su mejor aprovechamiento, y para ello surgió la alternativa de la propiedad compartida, principalmente con fines de vivienda. A su vez, la respuesta legislativa fue la promulgación de la Ley de Propiedad de Apartamiento de 1957, que pretendió reglar tal actividad⁴.

Obviamente, como primera experiencia legislativa se enfrentó a las realidades y a la conducta humana, lo que conllevó a la promulgación de la primera Ley de Propiedad Horizontal en el país⁵.

Ante la masificación en las ciudades, surgió la necesidad de un número mayor de viviendas, lo que a su vez se encontró con la propiedad de lotes de terrenos no desarrollados y, hasta la fecha, acostumbrados a ser aprovechados de manera distinta a los nuevos requerimientos.

Pero también se enfrentó a que quien necesitaba una vivienda, o bien no disponía de la propiedad del terreno donde construirla, o simplemente no disponía de los medios económicos para poder acceder a uno u otro para poder satisfacer tal necesidad.

Entonces notamos, pues, que no solo era la necesidad de multiplicar y satisfacer la urgencia de vivienda, sino cómo hacerla accesible a un número mayor de ciudadanos que no disponían del factor económico para satisfacerla.

Surge como respuesta la propiedad horizontal, y con ella, en sus inicios, un mecanismo de masificar la respuesta a la demanda en auge, pero se mantiene la problemática económica y de seguridad jurídica al comprador ante la creciente ola de estafas inmobiliarias. ¿Cómo proteger al comprador? ¿Cómo hacer accesible la posibilidad de comprar y colaborar con el constructor para dar una respuesta que ayude a incrementar la producción?

⁴ GOLDSCHMIDT, Roberto: «La Ley venezolana de Propiedad Horizontal de 1958». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 16. UCV. Caracas, 1958, pp. 133 y ss.

⁵ Decreto-Ley, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 25 760, del 15-09-58.

La respuesta fue, como se señaló, la promulgación de la Ley de Propiedad Horizontal del año 1958.

Ello permitió, al menos durante muchos años, que quienes se dedicaban a la construcción de viviendas bajo este régimen, obtuvieran los fondos necesarios para la obra, y a su vez, al ciudadano, pagar el precio de forma más cómoda, económica, y obtener un crédito bancario para pagar la mayor parte del mismo. La Ley del año 1958, establecía en su artículo 31:

El contrato por el cual se enajena a título oneroso un apartamento es anulable a solicitud del adquirente cuando se establezca para éste la obligación de pagar todo o parte del precio antes de que se otorgue el correspondiente documento registrado de enajenación. La misma sanción civil acarreará la estipulación de que el adquirente se obligue por letra de cambio u otro documento negociable antes de la protocolización del correspondiente título.

Si el enajenante recibe todo o parte del precio antes del otorgamiento respectivo, será castigado con prisión de cinco a veinte meses, a instancia del adquirente. La misma sanción se aplicará al enajenante en el caso de recepción del pago de letra de cambio u otro documento negociable por el cual se haya obligado al adquirente frente al enajenante o a un tercero en razón de la enajenación siempre que dicho pago ocurra antes del respectivo otorgamiento...

La redacción de la norma transcrita evidencia que, para ese momento, pareciera negarse la posibilidad de los contratos preliminares, tal como acontece en la actualidad, aun cuando por motivos distintos.

Como siempre, la realidad se impuso, y los contratantes, en aras de buscar soluciones, implementaron estas negociaciones bajo diversas modalidades.

Entonces, estaba en el tapete nuevamente el problema: ¿cómo implementarlo? La respuesta la da la misma Ley de 1978, al promulgarse la reforma⁶, en cuyo artículo 34 se disponía:

⁶ *Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 2314 extraordinario, del 26-09-78.

El contrato por el cual se enajena a título oneroso un apartamento es anulable a solicitud del adquirente cuando se establezca para éste la obligación de pagar todo o parte del precio antes de que se otorgue el correspondiente documento registrado de enajenación. La misma sanción civil acarreará la estipulación de que el adquirente se obligue por letra de cambio u otro documento negociable antes de la protocolización del correspondiente título.

Parágrafo Único: Sin embargo se podrá recibir todo o parte del precio o el adquirente se podrá obligar por letras de cambio u otros documentos negociables, antes de que se otorgue el correspondiente documento registrado de enajenación, y aun cuando el inmueble esté hipotecado, únicamente si se cumple cualquiera de los requisitos siguientes: a. Que quien recibe todo o parte del precio en dinero o en instrumento negociables, sea el propietario del terreno donde el edificio se va a construir y que se destine dichos fondos a financiar la construcción; b. que se haya otorgado el documento de condominio correspondiente o se hayan obtenido los permisos de construcción respectivos; c. que el propietario del inmueble, en los términos que establezca el documento, constituya garantía fiduciaria para responder de la devolución de las cantidades recibidas y los daños y perjuicios que su incumplimiento pudiera ocasionar. En caso de celebrarse el convenio de arras previsto en el artículo 1263 del Código Civil, éstas no podrán exceder del porcentaje del precio del apartamento objeto de la negociación que fija el Reglamento, y siempre que se dé cumplimiento a lo establecido en los literales anteriores. El propietario debe fijar el plazo para cumplir su obligación de transferir la propiedad de lo vendido; d. que quien recibe todo o parte de precio del inmueble, objeto del contrato, en dinero o en instrumentos negociables, pague al adquirente intereses, a las tasas corrientes en el mercado inmobiliario institucional, sobre las cantidades recibidas.

Es en su parágrafo único donde solventa lo relativo a los contratos preliminares, norma que se mantiene textual en la posterior reforma del año 1983⁷.

⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 3241 extraordinario, del 18-08-83.

Nace, pues, en nuestro país, la vigencia por necesidad de este tipo de contratos, que en definitiva ha sido el más común dentro de su género.

2. Función práctica de este tipo de contratos y sus inconvenientes actuales

Partiendo de que todo contrato, escrito, persigue testimoniar de manera fehaciente la voluntad de las partes al negociar, y que ello sirva de protección a sus intereses y derechos, constituyendo el instrumento contentivo de los acuerdos prueba de lo pactado entre ellas⁸, en estos casos el «contrato preliminar» persigue además una función práctica que camina de la mano de lo económico.

Si revisamos tanto la Ley de Propiedad Horizontal como la experiencia en materia de preventa, destacamos:

i. Para quien construye, es un mecanismo para mantener el flujo de caja necesario para el emprendimiento y desarrollo de la obra, que complementa o evita acudir a la banca a solicitar recursos, que –incluso– puede en algún momento elevar el precio de la construcción y, en definitiva, al consumidor final.

ii. Para quien adquiere –y valga señalar que, si bien en el transcurso del tiempo hubo casos de estafa, fueron más los casos exitosos que permitieron el desarrollo inmobiliario y satisfacción de vivienda a un amplio número de ciudadanos–, ante una posibilidad cierta de que, aún sin disponer de los fondos completos y necesarios para adquirir, le permite acceder a un bien esencial como este. Ya fuese mediante el pago progresivo del precio, o bien accediendo a la banca en búsqueda de un crédito hipotecario.

iii. En el ámbito de la venta, tenemos que permite a los interesados concretar lineamientos para un negocio futuro que les da margen para actuar en función del mismo con seguridad jurídica, pues pautan los aspectos esenciales de la futura venta, como requerimiento de tiempo, solventar aspectos legales o fiscales pendientes, analizar la conveniencia o no de perfeccionar la negociación

⁸ Véase: artículos 1354, 1355 y 1356 del Código Civil.

en situaciones concretas para ellos, obtención de los medios económicos o completar estos, entre algunos.

iv. Obviamente, quedan a salvo otras figuras análogas implementadas con la misma finalidad, que permiten acceder a lo antes expuesto, y que finalmente se instrumentan mediante contratos preliminares, aun cuando de distinta naturaleza pero con el mismo objetivo.

En definitiva, el contrato preliminar, sin entrar a calificarlo, es el instrumento mediante el cual a través del tiempo las partes han podido reglar negociaciones con normas claras y que permite concretar una negociación definitiva; es ahí donde nace su importancia, dado que confiere a las partes seguridad jurídica y les permite prevenir con anticipación una posible negociación que satisfaga a sus intereses.

Ahora bien, a pesar de su loable función práctica, hay circunstancias que agreden a este tipo de contratos en la actualidad. Veamos:

i. En nuestros países, y en concreto hoy en Venezuela, si bien el contrato preliminar de compraventa ha sufrido alzas y bajas, pues desde hace años no escapamos de la inflación, en la actualidad desproporcionado como está este mal, prever un mecanismo para anticipar y solventar tal contingencia de manera que mantenga el equilibrio contractual en el futuro contrato a perfeccionar, resulta casi imposible, mas no totalmente imposible; de hecho, dado lo señalado deberíamos acostumbrarnos a establecer mecanismos de solución a estas contingencias en todo tipo de contratos⁹.

ii. La promulgación de la ya citada Ley contra la Estafa Inmobiliaria que en lugar de promover la preventa acabó con la misma; entre otros factores, al

⁹ TSJ/SPA, sent. N.º 370, del 05-03-02, *vid. Jurisprudencia Ramírez & Garay*. T. 186. Caracas, 2002, «No puede estimarse como hecho imprevisible la inflación por afectar por igual y negativamente a la totalidad de la población, por lo que se ha de desechar como argumento que la inflación sea una circunstancia sobrevenida e imprevisible que dé lugar a la aplicación de soluciones derivadas de la teoría de la imprevisión».

cerrar la posibilidad de ajustar el precio por algún mecanismo que, como se expresara, lograre el equilibrio contractual, complementado con Resolución N.º 11 del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat¹⁰, la cual prevé que solo habrá lugar a la ejecución de la cláusula penal ante la demora para protocolizar, y no se considerará responsabilidad de las partes cuando la demora del desembolso de los recursos para la protocolización dependa de un tercero, entiéndase banco, aconteciendo que la banca en los años previos y posteriores a la vigencia de esta Resolución demoraba la respuesta de aprobación y desembolsos de los recursos. Limita igualmente el porcentaje de penalidad, lo cual quizás no es lo más grave entre los factores a considerar.

iii. La redacción del contrato preliminar y la ausencia de una técnica adecuada que sea capaz por otra parte de representar la verdadera intención de las partes.

iv. La respuesta jurisdiccional a la solución de controversias surgidas en estos contratos: por una parte, el juez, por lo general, es parco en la interpretación del contrato y, por otra, la respuesta tanto del proceso como la sentencia resultan demorados hasta el límite del absurdo, sin dejar de mencionar la casi nula protección cautelar. La vigencia y aplicación del Decreto-Ley contra el Desalojo y la Desocupación de Viviendas¹¹ no solo restringe el proceso de recuperación de deuda, punto no objeto de este trabajo, sino que aplica en el caso de que en una negociación preliminar se ceda la posesión de un inmueble destinado a vivienda, aspecto este que incluso pudiera complicar la interpretación de la naturaleza del contrato preliminar en este caso¹².

¹⁰ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 115, del 21-02-13.

¹¹ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 668, del 06-05-11.

¹² TSJ/SCC, sent. N.º 411, del 04-07-16, mediante la cual se estableció que en casos de resolución de un contrato de opción de compraventa, debe agotarse el procedimiento previo administrativo previsto en el Decreto-Ley contra el Desalojo y Desocupación de Viviendas, en el supuesto que se haya concedido la posesión del inmueble.

3. Naturaleza de estos contratos: ¿pueden ser considerados ventas a plazos?

El inconveniente constante –y como se ha dicho: no es una novedad– consiste en si estos contratos constituyen en sí mismos la negociación final que se pretende pautar. Si ante el incumplimiento cabe la posibilidad de ejecutar la negociación por vía de la pretensión de cumplimiento o tan solo la resolución e indemnización. Discusión que, valga indicar no solo nos ha ocupado en nuestro país, es de vieja data, y basta la doctrina del Derecho comparado. Sin embargo, nosotros solo pretendemos en esta ocasión traer a colación la situación local. LUPINI BIANCHI nos enseña:

En cuanto al perfil funcional del contrato preliminar, cabe predicar que el mismo consiste en obligar a ambos contratantes o a uno solo de ellos, a concluir el contrato especificado en el preliminar, en un segundo momento (...) el contrato preliminar engendra a cargo de quienes intervinen en él, la obligación de prestar el consentimiento –obligación de hacer; *contrahere*– para la conclusión de un contrato definitivo que las partes no pueden o desean aun concluir (...) Mientras el contrato preliminar bilateral obliga a ambas partes a suscribir el definitivo, el unilateral obliga tan solo a una a prestar su consentimiento para el definitivo –aun cuando, ambos son negocios jurídicos bilaterales–. Además, en el contrato preliminar unilateral la parte que no queda obligada a la celebración del contrato definitivo, puede renunciar, unilateralmente, al derecho de pretender la formación del futuro contrato. En cambio, si el preliminar es bilateral, solo el mutuo disenso de ambas partes puede liberarlas del compromiso recíproco. Produce un efecto instrumental: la obligación de concluir un contrato futuro y no sustancial¹³.

¹³ LUPINI BIANCHI, Luciano: «El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa». En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. I. DE VALERA, coord. Caracas, 2007, pp. 142 y 143.

Por su parte, quien fue estudioso de la materia de propiedad horizontal en nuestro país, VEGAS ROLANDO, nos indica:

Existen un conjunto de contratos preparatorios, mediante los cuales, las partes que contratan no se obligan a celebrar el contrato convenido, sino que ellas solo se obligan a celebrarlo en el futuro (...) Estos precontratos no deben confundirse con los contratos definitivos, ya que solo constituyen una forma que asegura la celebración de un contrato posterior. Su función, por lo tanto, es de garantía o de preparación. En efecto, mediante el contrato preparatorio se contraen obligaciones para un futuro, pero, al mismo tiempo, se desea dejar abierta la posibilidad de un desistimiento legítimo por lo cual estos contratos se asemejan mucho a los contratos bajo condición suspensiva, pero no pueden identificarse con ellos...¹⁴.

Para el citado autor, uno de los inconvenientes que se han prestado para confundir el «contrato preliminar» con el «contrato definitivo», al menos en el caso de la venta, es las «arras» (artículo 1263 del Código Civil), pues el punto consiste en determinar si recibirlas constituye recibir parte del precio de la venta, cuando lo cierto es que estas constituyen la garantía del contrato preliminar, pues sin ellas la práctica nos ha enseñado que las partes burlan el compromiso previo de múltiples maneras, obviando las obligaciones que cada parte, según el caso, a su vez con vista al contrato preliminar que hayan contraído.

VEGAS ROLANDO también define los tipos de estos contratos. Veamos:

La promesa unilateral de venta consiste en el compromiso contraído por el propietario de una cosa y por la cual se obliga a vender a una persona en el caso de que esta quiera adquirirla, por un precio determinado. El pacto o promesa de preferencia constituye solo una variedad de promesa de venta y no cae bajo la sanción de nulidad impuesta a las obligaciones bajo condición potestativa (...) La opción o pacto de preferencia

¹⁴ VEGAS ROLANDO, Nicolás: *La propiedad horizontal en Venezuela*. T. I. Ediciones Magon. Caracas, 1976, pp. 278 y 279.

es un contrato muy conocido en nuestro medio, especialmente en lo referente a operaciones inmobiliarias. Se entiende que existe opción cuando una persona confiere un derecho a un tercero para que éste adquiera determinado bien, sin que este último tenga la obligación de adquirirlo, ya que solo se reserva el derecho de ejercer la opción durante la vigencia del contrato o al final del mismo...¹⁵.

Al respecto, complementa indicando que la jurisprudencia ha sostenido que la opción de venta oportunamente ejercida por el comprador tiene el efecto de transferir la propiedad de la cosa.

Y en cuanto a la promesa bilateral nos dice: «... cuando un propietario promete vender su bien, mediante un precio determinado y a aquel a quien se ha dirigido esta promesa se compromete por su parte a comprarlo en el precio establecido...».

Vemos, pues, que queda claramente establecida la diferencia entre uno y otro contrato preliminar, pero para su distinción se requiere de una debida técnica de redacción, la cual debe ceñirse a la voluntad e intención de las partes, lo que, en nuestro criterio, es lo que ha ocasionado tanto en los usuarios como en la jurisdicción su errada interpretación, más allá de las valiosas disquisiciones sobre el tema en la doctrina, las cuales, también en nuestro criterio, ya resultan zanjadas. Si queda delimitada de manera estricta la voluntad de las partes, esto también conlleva a que se clarifique cuál pretensión cabe en la solución de la controversia que pudiera surgir entre ellas.

Consideramos que lo anterior resume perfectamente cuál es la situación, y también sienta las bases sólidas para determinar la naturaleza del contrato. Primero, es un contrato en sí mismo; lo que persigue es preparar el terreno para el futuro contrato a perfeccionar partiendo de las premisas ya preestablecidas por las partes. De las convenciones se podrá determinar si las obligaciones son bilaterales o unilaterales para una u otra parte, así como si la

¹⁵ VEGAS ROLANDO, Nicolás: *Contratos preparatorios*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1985.

intención de ellas ante el incumplimiento fue limitar los daños o indemnización a una suma determinada –por ejemplo previendo una cláusula penal–, o dejarlo abierto; o ante el incumplimiento prevén la posibilidad de accionar y pedir el cumplimiento por quien se obligó si lo fue unilateral, o queda a su elección elegir una u otra pretensión o ambas partes pueden demandar en uno u otro sentido, lo que a su vez, de lo pretendido va de la mano del cumplimiento o ejecución de la obligación futura del perfeccionamiento del contrato según el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil.

Dado el análisis anterior, no podemos dejar de mencionar el contrasentido de los criterios que se manejan en la actualidad. Aun discutiéndose la naturaleza de estos contratos, y existiendo la prohibición de vender inmuebles a través de notarías¹⁶, estas autentican documentos que pretenden parecer preliminares, siendo en verdad ventas definitivas, pero sin cumplir la formalidad del registro, en las cuales no cabría discusión si constituyen o no ventas y no contratos preliminares, lo que va de la mano de lo que tanto prevé la legislación como sobre lo que llama la atención VEGAS ROLANDO, en cuanto al establecimiento de las arras, en lo cual hay que ser prudentes, ya que constituyen la «predeterminación de los daños y perjuicios».

4. El problema económico

Como se ha indicado, uno de los inconvenientes actuales con estos contratos se ciñe a la situación económica actual, y esta a su vez se analiza desde una doble perspectiva: i. la inexistencia del acceso al crédito hipotecario por las medidas tomadas que lo hicieron prácticamente desaparecer, amén que los montos de la cartera resultan irrisorios y lo reducen a la más absoluta insuficiencia frente a una inflación galopante, que inclusive, ya antes de explosionar, causaba de por sí inconvenientes ante la demora de respuesta a su solicitante, a quien a su vez se le originaba un grave riesgo de incumplimiento frente al vendedor; y ii. el tiempo que transcurre entre la concreción del contrato preliminar y el perfeccionamiento del definitivo, con vista a la

¹⁶ *Vid.* Servicio Autónomo de Registros y Notarías, Circular SAREN-DG-J-0230-N.º 00002260-379, del 01-12-16.

irreductible e impredecible inflación, aunado a las limitaciones cambiarias por las que atravesó, y continúa sufriendo, el país, a pesar del supuesto levantamiento de la prohibición de contratar en divisas, lo que, al margen de las disposiciones legales, en la realidad se traduce en incertidumbre, tema álgido, pues se mezcla con el político y la ausencia de un Estado de Derecho. Estos dos puntos los desarrollamos a continuación:

4.1. La inexistencia del acceso al crédito hipotecario

Aun cuando no podemos detenernos en este aspecto con la profundidad que amerita el tema, al menos sí estimamos debemos dejar constancia de la normativa que los rige con un brevísimo análisis de ella:

i. Resolución N.º 124 del Ministerio de Vivienda y Hábitat¹⁷ que establece las normas, requisitos y documentación para el otorgamiento de créditos para la vivienda principal: aquí se encuentra la explicación de la serie de requisitos y recaudos que la banca debe exigir para considerar las solicitudes y el otorgamiento de créditos hipotecarios (en particular, el numeral 4).

ii. Ley contra la Estafa Inmobiliaria y las resoluciones que la desarrollan¹⁸: que regula lo referente a la cartera obligatoria que los bancos deben otorgar para la construcción, adquisición, autoconstrucción, ampliación y mejoras de vivienda principal, cuya última Resolución es la N.º 46 del Ministerio de Vivienda y Hábitat¹⁹, a propósito de la demora de los bancos para aprobar los créditos y los desembolsos. Esto, en gran parte, se corresponde con lo detallado y riguroso que pretende ser el marco regulatorio, creando un proceso burocrático de obligatorio cumplimiento so pena de distintas sanciones para los bancos, la directiva, gerencia y personal que participa en el proceso, sin menoscabo de ineficiencias en el proceso.

Los desembolsos se ven limitados por situación de documentación, problemas registrales, además de las ineficiencias en instituciones que han

¹⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 763, del 22-09-11.

¹⁸ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 992, del 23-08-12.

¹⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 868, del 14-03-16.

tenido que reducir costos para sobrevivir, afectando la prestación de sus servicios. Lo anterior se ha traducido, en la práctica, a la inexistencia de créditos hipotecarios, pues aun cuando existen en la teoría y en el marco legal, los bancos están obligados a otorgarlos o a justificar por qué no lo hacen, pero, entre otras cosas, en la realidad no funcionan por lo siguiente:

i. Los montos de los créditos están regulados y son insuficientes para cubrir las necesidades del mercado (precios de los inmuebles *vs.* los montos requeridos). Sin embargo, funcionan un poco más eficiente en sectores de inmuebles de menor precio o en los casos en las que el empleador tiene planes especiales de financiamiento, como empleados bancarios, integrantes de las Fuerzas Armadas y otros.

ii. Los ingresos de los solicitantes no le permiten optar a mayores montos de créditos por las regulaciones, tales como: la cuota mensual del crédito no puede ser mayor del 35 % del ingreso del grupo familiar. No se le puede prestar a personas o grupos familiares que ganen más de veinte salarios mínimos. Adicionalmente, vemos que el negocio bancario está desdibujado, pues la realidad es que hay bancos que no prestan y personas que no ahorran. La intermediación financiera va por el 13 % cuando debería estar sobre el 65 %, en un marco de raquitismo operativo y financiero profundizado por el Gobierno con los torniquetes de los encajes que tienen asfixiado al sector bancario.

4.2. El tiempo que transcurre entre la concreción del contrato preliminar y el perfeccionamiento del definitivo

Podemos señalar en este sentido que justo una alternativa para mantener el valor del precio negociado y que hiciera posible el perfeccionamiento del contrato preliminar sería el poder pactarlo en moneda extranjera²⁰.

²⁰ Ante esta situación la jurisprudencia fue rica, pues, como se indicara, en los actuales momentos hizo crisis pero data de tiempo atrás, y lo sigue siendo, y más aún, dicho tema ha sido desarrollado brillantemente por quien fue homenajeado en el N.º 13 de esta *Revista*: James Otis RODNER S., pudiendo citar al respecto su obra: *Las obligaciones en moneda extranjera y el régimen cambiario de Venezuela*. Editorial Sucre. Caracas, 1983, *passim*.

El desarrollo de este tema ha pasado no solo por diversas etapas históricas con la influencia propia político-socio-económica, debatiéndose si el pacto en moneda extranjera es permitido o no en nuestra legislación, o si lo es solo como moneda de cuenta o moneda de pago, con las consecuencias que de ello deriva. Si bien las leyes, doctrina y jurisprudencia lo han tratado, en la práctica su desconocimiento o manejo nunca ha sido el adecuado, al menos en los contratos preliminares.

Pero la situación entró en su máximo aprieto al establecerse en el país el régimen de control de cambio y sus ilícitos, lo que a su vez produjo una amplitud de criterios jurisprudenciales, discutiéndose aún este aspecto de sumo interés, que, por demás, no se puede desvincular en cuanto al contrato preliminar en materia de vivienda, a su postulado constitucional como un derecho fundamental en extremo protegido, ámbito en el cual se ha limitado o prohibido la obligación en moneda extranjera en muchas áreas —por ejemplo: arrendamiento de vivienda o créditos hipotecarios—.

Solo a título de referencias, nos permitimos recomendar la revisión de los fallos que se citan a continuación de acuerdo a la cuestión abordada y que ponen en evidencia, incluso, que también en este ámbito la discusión es de vieja data: i. La indemnización de daños y perjuicios constituye una obligación de valor y, por tanto, su monto debe ser reajustado teniendo en cuenta la desvalorización monetaria²¹. ii. La notoriedad del hecho que dimana de la galopante inflación existente en nuestro país, está exenta de prueba alguna que la sustente, permite al juzgador deducir que el aumento en el valor de la cosa debida origina el pago de una cantidad mayor de aquel en la que fue estimada al momento del nacimiento del derecho reclamado²². iii. El derecho a la libertad económica y los ilícitos cambiarios (interpretación del artículo 22 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios)²³. iv. En la cual se puntualizó que,

²¹ Vid. CSJ/SCC, sent. del 14-02-90; *Jurisprudencia de Ramírez y Garay*. T. 111. Caracas, 1990, N.º 157a.

²² Vid. CSJ/SCC, sent. del 30-09-92; *Jurisprudencia de Ramírez y Garay*. T. 122. Caracas, 1992, N.º 878b.

²³ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 1567, del 04-12-12.

a pesar del régimen legal de control de divisas vigente desde el 5 de febrero de 2003, y aun cuando la derogada Ley contra Ilícitos Cambiarios tipificó como ilícito las transacciones por un monto superior a diez mil dólares, dejó en claro que no se comete ilegalidad cuando se hubiere contratado en divisa extranjera solo como referencia, adecuándose las partes a las normas cambiarias²⁴, cónsono a su vez con lo establecido por la Sala Constitucional cuando interpretó dicha normativa²⁵, estableciendo que:

... de la Ley contra Ilícitos Cambiarios publicada en *Gaceta Oficial* N.º 38 272 del 14 de octubre de 2005, no se desprende una prohibición general de hacer ofertas o de contratar en moneda extranjera siempre que éstas no sean contrarias a Derecho, específicamente a los convenios suscritos por la República, la normativa cambiaria o las leyes aplicables al respecto; lo que sí viene a ser un principio rector en este tipo de contrataciones es que si el pago se hace en el territorio venezolano para que tenga efectos de liberación debe hacerse en bolívares que es la moneda de curso legal y, su monto conforme a la tasa de cambio oficial imperante al momento del pago, y no al momento de la celebración del contrato; puesto que toda divisa que ingrese físicamente al territorio nacional deberá ser vendida al Banco Central de Venezuela...

Esta sentencia de la Sala Constitucional olvida que justamente el pacto en divisas se establece como previsión contractual para poder suplir la pérdida del valor de la moneda nacional, y al referirlo a la tasa legal se configura en una utopía.

v. En igual sentido sentencia sobre el tema de la referencia que establece que el deudor se podía liberar de la obligación en divisas pagando en bolívares, por la imposibilidad de cumplir en divisas como consecuencia del control de cambio²⁶.

²⁴ *Vid.* TSJ/SCC, sent. N.º 180, 13-04-15.

²⁵ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 1641, del 02-11-11.

²⁶ *Vid.* TSJ/SCC, sent. N.º 652, 13-12-18.

vi. Las reglas particulares dispuestas para las obligaciones denominadas o pactadas en moneda extranjera son las tratadas en la Ley del Banco Central de Venezuela:

La Sala reitera el criterio jurisprudencial anterior y deja asentado que las reglas particulares dispuestas para las obligaciones denominadas o pactadas en moneda extranjera, son las tratadas en la Ley del Banco Central de Venezuela. Así, en el Capítulo III titulado «De las obligaciones, cuentas y documentos en moneda extranjera», en su artículo 128 que establece: «Los pagos estipulados en moneda extranjera, se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago». De la norma *supra* transcrita, la Sala estableció que en caso de obligaciones pecuniarias pactadas en moneda extranjera, el deudor se libera pagando su equivalente en moneda de curso legal al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago (...). En cuanto a las obligaciones, la Sala ha establecido que debe distinguirse cuando la obligación en divisas está expresada en moneda de cuenta –moneda alternativa– o como moneda de pago *stricto sensu*. En el primer caso, la Sala ha establecido que la moneda extranjera funciona como una moneda de cuenta, es decir, de modo referencial del valor de las obligaciones asumidas en un momento determinado, en el segundo caso, la moneda extranjera se fija como moneda efectiva y exclusiva de pago. En este sentido, cuando la moneda extranjera funciona como moneda de cuenta, implica que las partes la emplean como una fórmula de reajuste o estabilización de la obligación pecuniaria frente a eventuales variaciones del valor interno de la moneda de curso legal, que en nuestro caso es el Bolívar. Así, el deudor de una obligación estipulada en moneda extranjera, en principio, se liberará entregando su equivalente en bolívares a la tasa corriente a la fecha de pago, precisamente tanto la moneda de cuenta como la moneda de curso legal están *in obligationem*, pero una sola de ellas está *in solutionem*, en consecuencia salvo que exista pacto especial o cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, conforme lo dispone el *supra* artículo 128 de la mencionada Ley del Banco Central, el deudor se liberará de la obligación nominada en

moneda extranjera mediante la entrega de su equivalente en bolívars a la tasa de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago (...) Sin embargo, en nuestro Derecho interno existen algunas restricciones expresas de utilizar la moneda extranjera como moneda exclusiva de pago, como sucede con la Ley de Protección al Deudor Hipotecario, la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, entre otras. Aunado a esto, en la actualidad se encuentra vigente en la República un régimen control de divisas, desde el 5 de febrero de 2003, mediante el cual el Banco Central de Venezuela centraliza la compra y venta de divisas, imponiendo límites a la libre convertibilidad de la moneda nacional y la moneda extranjera...²⁷.

De las citas anteriores, comentarios y transcripciones parciales queda evidenciada otra deuda más, tanto legislativa como jurisprudencial, que aclare una vez más el panorama y cesen los controles que impiden a las partes negociar en el ámbito que en verdad desean, y no cercados en limitantes que a la larga impiden la concreción, primero del contrato preliminar y luego en la perfección del definitivo.

Si bien es cierto que pareciere existir consenso en cuanto a la posibilidad, salvo norma en contrario, de pactar negociaciones en moneda extranjera, así como la opción de las partes de prever si dicho pacto lo es solo para ajustar el valor de la moneda nacional –valor de cuenta– o como valor de pago, a esto se opone la realidad práctica en nuestro país. Por una parte, los registros y notarías no tienen clara la situación; unas lo aceptan, otras no; los órganos administrativos de control, como lo son la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Económicos o la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Viviendas, entre otros, entienden que existe prohibición y hasta delito. La jurisdicción, al menos de instancia, entiende que no cabe sino tan solo el pacto pero como valor de cuenta. Y, finalmente, mientras existe una tasa oficial distorsionada al valor real del mercado y un acceso legítimo a la compra de divisas, el pacto exista o no para uno u otro fin, resulta inoficioso, pues en el primer supuesto, si la tasa controlada no refleja la realidad no cumple su objetivo, y en el segundo supuesto hay imposibilidad del cumplimiento.

²⁷ *Vid.* TSJ/SCC, sent. N.º 633, 29-10-15.

Valga indicar que, para la fecha de este trabajo, pareciera que la tendencia es, al menos, a sincerar la verdadera tasa de valor de la moneda extranjera, pero continúan los mensajes contradictorios y la falta de unidad de criterios.

Este aspecto incide de manera directa en los contratos preliminares, pues no pudiendo establecerse de manera diáfana un mecanismo simple y que sea capaz de mantener estable el valor del precio de la futura negociación en el tiempo, este opera en contra del contrato preliminar que pierde una parte esencial de su propia esencia, y contra la negociación definitiva produciendo confrontación entre las partes, pues el pago no será satisfactivo, es decir, extinguirá la obligación, mas no quedará satisfecho en verdad el crédito, pues para el acreedor existirá un saldo que no le fue satisfecho, y que por el desequilibrio en la negociación queda obligado a tolerar, o elige incumplir con las consecuencias pertinentes.

Vale señalar que de tal suerte que al no clarificarse este aspecto, la diatriba se mantiene vigente, originando incertidumbre a las partes y restringiendo la posibilidad de realizar contratos preliminares que mantengan, al menos, el equilibrio económico y satisfechas las aspiraciones de las partes. Es claro que, por otra parte, hasta que al menos no se logre estabilizar un mínimo la economía, la situación, lamentablemente, se mantendrá inalterable sin aportar solución a este problema a la ciudadanía.

5. La interpretación del contrato

Este aspecto –a nuestro criterio– es en verdad la piedra angular del tema, pues, si bien se discute cada cierto tiempo la naturaleza del contrato preliminar, y tenemos por otra parte el inconveniente económico, es en la interpretación del contrato donde encontramos la raíz del problema.

Previamente delimitamos qué tipos de contratos preliminares existen en materia de compraventa inmobiliaria –no todos, pero sí los más comunes–.

En los usos corrientes, estas negociaciones preliminares son efectuadas por el mismo ciudadano, o por quienes fungen como intermediarios, pero pocas veces observamos el acompañamiento de un abogado experto en el área. Por ello, al revisar múltiples contratos de este tipo, observamos su indeterminación en trasladar cuál fue la verdadera intención de las partes al celebrarlos.

Es así cómo la errada costumbre de utilizar formatos, modelos y la carrera contra el tiempo por cerrar un trato produce un instrumento alejado a la verdadera intención de las partes contratantes. Distinta la situación cuando tenemos en nuestras manos contratos de vieja data elaborados por juristas del área, donde observamos una precisión técnica que hoy pasa desapercibida, entendiendo así erróneamente el ciudadano de a pie que no existen diferencias entre los distintos tipos.

Lo anterior, insistimos, ha contribuido mucho a la conflictividad social existente en el país en esta materia, pues se fomentan injusticias, tales como el tener que vender por orden judicial, en términos disímiles a lo que en verdad se quería, justo por la imprecisión del contrato preliminar.

En nuestra legislación, la interpretación del contrato no se encuentra normada en el Código Civil, sino en nuestro Código Procesal, y para ello debe implementarse la regla hermenéutica contractual, que se «... conceptualizaría como el dispositivo mediante el cual, el interpretativo de naturaleza donde se precise el *quid*, el *nomen iuris* y el alcance de un contrato (...) responde al carácter pragmático que encierra la actividad interpretativa de los contratos...»²⁸.

Así, conforme a nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 12, el juez es el intérprete, reza dicha norma:

Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el juez debe atenerse

²⁸ URBINA MENDOZA, Emilio J.: *La teoría de la interpretación de los contratos y la jurisprudencia venezolana*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, p. 134.

a las normas de Derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencias.

En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los contratantes, teniendo en la mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

Destaca en esta materia la vital importancia del único aparte del citado artículo, y por ello, antes de continuar con este aspecto, no quisiéramos dejar de comentar la poca observancia por nuestros jueces de la utilización como herramienta de las máximas de experiencias, que incluso en este tema sería una herramienta útil a la hora de interpretar el contrato. Y, citando a URBINA MENDOZA, observamos la última postura de nuestra jurisprudencia:

Ahora, el haberse incorporado como un único aparte del artículo más sensible del Código de Procedimiento Civil vigente, como es el alcance de lo que se entiende por potestades del juez en un proceso y su vinculación al principio de legalidad procesal, transforman al proceso lógico de la interpretación contractual un problema de actividad judicial susceptible de ser controlada por la Casación por cuanto la legalidad procesal puede verse subvertida...²⁹.

Dicho autor nos indica que la jurisprudencia, si bien no lo ha determinado de manera expresa, sí ha delimitado que el contrato debe ser interpretado de manera integrada teniendo como norte la intención de las partes al celebrarlo.

La doctrina, en general, nos enseña que en esa labor de interpretar el contrato el juez debe regirse por algunos principios: a. de legalidad e intangibilidad,

²⁹ *Ibíd.*, p. 139.

que prohíbe al propio juez desdibujar la voluntad de las partes con elucubraciones contrarias a la realidad de lo pactado y que en la legalidad está incluida en la voluntad del contrato; b. presunción de buena fe contractual, que debe privar desde el inicio al interpretar, y que responde a que las partes al contratar lo hicieron desde lo ético, legal, y buena fe; c. de veracidad, y nuevamente citamos a URBINA MENDOZA³⁰ –quien a su vez cita al MÉLICH-ORSINI– quien establece las reglas sobre la verdad que debe observar el juez al interpretar: i. Considerar no solo el fragmento oscuro o ambiguo que se trata de interpretar sino todo el conjunto del contrato en su completo; ii. atender a las circunstancias que han acompañado la conclusión del contrato y en especial a la personalidad de los contratantes; iii. atender igualmente a la manera como ha venido siendo ejecutado el contrato en la práctica; iv. atender los usos del lugar donde residen los contratantes; v. preferir aquella interpretación que mejor satisfaga el principio de la conservación del contrato, y vi. preferir en caso de duda lo que favorezca la libertad del deudor, o en ese mismo caso decidir contra quien ha redactado un contrato de tamaño tenor.

En el ítem, el juez, además, debe verificar el léxico-gramatical, el análisis probatorio, la calificación e imputación de las consecuencias jurídicas del contrato y la interpretación contractual en sentido estricto y la solución del *thema decidendum*.

Por su parte, el control del juez en esta interpretación solo puede darse en casación pero de manera indirecta, y limitada, pues para ello el recurso debe fundarse en una de las denuncias que permita al juez de casación entrar a conocer y descender a los hechos, esto es por lo general vicios o denuncias por error o defecto de juzgamiento (errores *in iudicando*), dado que el juez casacional nuestro está limitado por ley al principio de juzgar la sentencia y no el mérito de la causa.

También puede discutirse dicho control a través del mecanismo legal de control difuso de la constitucionalidad (artículo 20 del Código de Procedimiento Civil), que consiste en una desaplicación concreta y en principio versa sobre

³⁰ *Ibíd.*, p. 146.

la ley a aplicar al caso concreto, y en este caso quedaría limitado a verificar si la ley aplicable al caso (contrato) viola o resulta contraria a un precepto constitucional, lo que a nuestro juicio más que interpretar el contrato, es la interpretación de la norma que se aplica al contrato, aspectos totalmente disimiles.

Uno de los aspectos resaltantes al interpretar un contrato es desentrañar cuál fue en verdad la voluntad de las partes al celebrarlo, pues luego, y por ejemplo en los contratos preliminares, antes las circunstancias que atentan contra él, como se indicara precedentemente, obviamente con posterioridad al surgimiento del conflicto, las partes (o al menos una de ellas) pretenderán un cambio de voluntad u otra interpretación distinta a la voluntad inicial.

En concreto, la interpretación del contrato se constituye en una investigación por parte del juez –su intérprete según nuestra legislación– de cuál fue la verdadera intención de ellas al celebrarlo, lo que además debe quedar aclarado en el íter procesal no solo mediante los argumentos de cada una sino con el acervo probatorio, pudiendo incluso el juez en tal labor hacer uso de lo previsto en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, esto es, mediante un auto para mejor proveer.

Ahora bien, precisado de manera general la importancia del tema de la interpretación, nos permitimos señalar por qué estimamos el mismo como la piedra angular. Veamos:

Las partes al celebrar un contrato preliminar lo hacen para prever un contrato futuro, y ello por múltiples razones; algunas de ellas enumeradas precedentemente, por lo que el primer aspecto a considerar es quién se obliga, pues resulta muy distinto que un ciudadano quiera tener una preferencia para adquirir ante terceros, a que quiera él obligarse a vender o comprar, o simplemente ambas partes por limitantes como requerir de un crédito hipotecario quieren ambas vender y comprar.

Citemos algunos ejemplos de lo usual en el mercado. Un promotor o constructor de viviendas en verdad no requiere ni necesita (salvo excepcionalmente)

vender a una persona determinada, pues en principio hay un mercado para ello con exceso de oferta –hoy totalmente distinta la situación–, por ello, quien sí quiere obligarse a comprar es el futuro propietario dadas las características del inmueble, condiciones de pago a futuro, un precio competitivo, lo que, por ejemplo, acontecía cuando la política habitacional operaba de manera eficiente, máxime cuando este promotor o constructor tenía ya pautado algunos acuerdos con la banca para facilitarle al futuro comprador el acceso al mismo. Entonces, aquí el contrato preliminar a suscribir sería una promesa unilateral de compraventa.

La situación al revés sería un promotor o constructor que para ello está en preventa, pues requiere los fondos del producto de esta para poder asumir y culminar la obra –hoy esto es casi nulo por la publicación de la Ley contra la Estafa Inmobiliaria–, y un futuro comprador que ve una oportunidad a largo plazo, pero consciente de que los supuestos pueden variar por tener que tolerar el tiempo de la construcción. En este supuesto, quien requiere y necesita obligarse a vender pareciera más el constructor, y el futuro comprador dejar a salvo posteriormente ejercer o no su derecho a comprar, aun cuando también pudieran, si se dan algunos supuestos de la negociación, ambos quedar obligados a perfeccionarla.

Vemos, pues, que, según el ánimo que rijan cada negociación, surge la necesidad de precisar quién en verdad se obliga y quién puede elegir si continuar o no la negociación. Hoy, por ejemplo, ante el descalabro económico, es muy común que el comprador no quiera quedar «amarrado» dado el incremento de ofertas en el mercado con precios competitivos por debajo del verdadero valor del bien.

Tenemos aquí entonces que la redacción, el uso adecuado de las palabras, resulta esencial para poder determinar la naturaleza del contrato, si es unilateral o bilateral, en cuanto al cumplimiento del contrato preliminar.

Otro aspecto a resaltar es cuando se redacta tanto la cláusula de las arras como la cláusula penal, y las consecuencias del incumplimiento. Son muchos los contratos donde el tratamiento de las arras, más que éstas parecieran el

pago de la primera cuota del precio, pudiendo interpretarse que la voluntad fue una venta a plazos (en este supuesto sería ideal la aplicación por parte de la judicatura de las máximas de experiencias y seguir el patrón de interpretación para determinar la verdadera intención). No menos se observa la indeterminación de la cláusula penal, si esta es excluyente de cualquier otra, si es limitativa, así como la previsión de las partes de cómo proceder ante el incumplimiento, solo resolver e indemnizar, o una cualquiera de tales pretensiones, o tan solo cumplimiento, en cuyo caso va a su vez de la mano de las obligaciones asumidas por cada una de ellas en el contrato.

Es, a nuestro juicio, esta indeterminación lingüística de llamar cada cosa por su nombre y que no quepa lugar a dudas de la intención, lo que produce la diatriba en la interpretación del contrato y llegar al límite de confundirlo con el negocio mismo que se quiere prever.

Incluso en la actualidad, y con ocasión a la sentencia de la Sala Constitucional³¹, que dio paso a los excesos de esta Sala en la esfera de la voluntad de los particulares mediante la aplicación de conceptos o preceptos constitucionales extendidos más allá del límite para el cual fueron previstos, pareciera que la voluntad de las partes siempre tendrá un controlador adicional que será quien delimite el alcance de su intención; interviene, pues, la autonomía de la voluntad de las partes, lo que incluso se ha ido concretando en legislaciones posteriores citando, por ejemplo, la Ley para la Regularización y control de los Arrendamientos de Vivienda, entre algunas.

No dejamos de reconocer que, por la interferencia de las circunstancias económicas, los contratos privados suelen resultar afectados y ello requiere un correctivo, pero no compartimos que sea la intervención en la voluntad. Existen las excepciones ampliamente desarrolladas en la doctrina ante estas situaciones, como la ruptura del equilibrio contractual, la teoría de la imprevisión, hecho del príncipe, entre muchas, o la posibilidad de la satisfacción económica sin que se requiera intervenir ni romper lo que las partes acordaron en su día.

³¹ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 85, del 24-01-02.

Es por ello que, a pesar de que estos contratos preliminares en la actualidad están en «reposo», aún siguen suscribiéndose en algunas oportunidades, y más aún amparados en la buena fe de los contratantes, y, contrario a nuestra formación profesional en el ámbito académico, recomendamos: a. verificar bien el lenguaje y que este transmita la verdadera intención, y b. que en verdad es este el que resulta inusual, en un punto previo del mismo contrato y que forme parte de este, se desarrolle la motivación de la futura negociación y el por qué no se implementa de inmediato, de tal suerte que, ante un posible conflicto, el juez disponga de herramientas para su interpretación y se pueda limitar de alguna manera la amplia intervención del Estado en el ámbito contractual, pues el criterio actual pareciera que es estimar «estafador», «engañoso» o algún apelativo similar a una de las partes de la relación del contrato preliminar.

Al respecto, es importante considerar que el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que es de antigua data el criterio que establece que la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde de modo exclusivo a los jueces de instancia³².

6. Algunas sentencias

Como señaláramos en la introducción de este trabajo, el problema de la naturaleza de estos contratos se ha debatido desde hace años; lamentable es que, hasta la fecha, no hemos logrado clarificar al menos quiénes son los destinatarios de este tipo de contratos, cómo implementar uno u otro, según la intención de las partes, lo que a su vez conlleva que, al pretender solventar la controversia, cuando surge, en muchas oportunidades, la pretensión a incoar difiere de la que corresponde, lo que a su vez culmina en una sentencia no satisfactoria a la expectativa de los suscribientes del contrato.

A continuación, veremos y citaremos algunos fallos recientes sobre la materia:

i. Sentencia de la Sala de Casación Civil que dispone los requisitos de estos contratos y queda clarificado que es un contrato preliminar: «Los contratos

³² *Vid.* TSJ/SCC, sent. N.º 76, del 03-05-01; *Jurisprudencia Ramírez y Garay*. T. 176. Caracas, 2001, pp. 713 y ss.; TSJ/SCC, sent. N.º 225, del 20-05-11.

de promesa bilateral de compraventa no constituyen una venta. Son contratos preliminares, que preparan la celebración de otro contrato, y en cuyas cláusulas se identifican los intervinientes, el bien, la duración, el precio, la cantidad de dinero que en calidad de arras en ese contrato entrega el opositor o comprador al opositor o vendedor y, la denominada “cláusula penal”»³³.

ii. Sentencia de la Sala de Casación Civil: el fallo resulta de interés, pues no solo da lugar a la diferencia entre cláusula penal, daños y perjuicios, sino el alcance de las pretensiones, de las previsiones contractuales y la acumulación de ellas: «La sentencia recurrida por una parte condenó a la parte demandada a cumplir con el contrato de opción de compra venta sobre el inmueble objeto del mismo, y por la otra a pagar los daños y perjuicios como una consecuencia derivada del incumplimiento de la demandada que en modo alguno, representa la reclamación de la cláusula penal establecida en el contrato. Lo que no apareja la resolución de pretensiones que se excluyan mutuamente»³⁴.

iii. Sentencia de la Sala de Casación Civil³⁵: valga señalar que esta sentencia originó un revuelo, pues retomó el criterio anterior al considerar los contratos preliminares sin distinguir como ventas, pero se debe llamar la atención que como la misma expresa, en este caso el criterio lo fue con ocasión al principio de confianza legítima.

iv. Sentencia de la Sala de Casación Civil accidental³⁶: dictada con ocasión al recurso de interpretación sobre el contenido y alcance del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda³⁷. En esta sentencia no solo queda evidenciado el problema de la contratación en moneda extranjera, sino que pareciera que confunde el contrato preliminar con la compraventa definitiva.

³³ Vid. TSJ/SCC, sent. N.º 460, del 27-10-10.

³⁴ Vid. TSJ/SCC, sent. N.º 226, del 23-05-11.

³⁵ Vid. TSJ/SCC, sent. N.º 116, del 22-03-13.

³⁶ Vid. TSJ/SCC, sent. N.º 442, del 29-07-13.

³⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 098, del 03-01-05.

v. Sentencia de la Sala Constitucional: este fallo es el último a resaltar, luego del retroceso jurisprudencial al analizar la naturaleza del contrato preliminar de compraventa, por ello, regresa sobre sus pasos y reconoce la existencia de estos contratos, debiendo prestarse especial atención a su *obiter dictum*, que, a nuestro juicio, evidencia que la disputa se mantiene vigente a través de los años, sin lograrse zanjar la discusión al respecto, y de donde destacamos:

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 Civil³⁸.

Conclusiones

Podemos concluir, pues, resaltando:

El contrato preliminar tiene su naturaleza propia, mantiene su vigencia y es esencial en las interrelaciones humanas en distintos ámbitos. Difiere sustancialmente del contrato definitivo, existiendo distintas categorías entre de los mismos, aun cuando en su contenido y requisitos existan semejanzas, las cuales son solo para poder determinar el alcance del contrato final.

Aunque las condiciones actuales amenazan su existencia, las mismas pueden ser superadas si las partes logran concretar su verdadera intención y voluntad, y evidencia que, a pesar de tales circunstancias, se mantiene en pie de lucha en su existencia.

³⁸ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 878, del 20-07-15.

Es en su debida redacción donde recae reproducir la intención de las partes y la voluntad tanto en el contrato previo como en el futuro. Esto conlleva el uso adecuado del lenguaje, el uso apropiado de la técnica y la previsión de contingencias que determine el alcance de la pretensión de cada parte al contratar y cómo solventar las diferencias que puedan surgir, y la debida satisfacción ante posibles retracciones o incumplimientos, manteniendo siempre el principio de la buena fe al contratar y el equilibrio contractual. Ámbito en el cual debemos trabajar y concientizar a la ciudadanía.

Se mantiene la árida discusión «terca» en querer asimilar el contrato preliminar con el definitivo, ante lo cual el juez es el llamado a interpretarlo tanto previamente como en el devenir del proceso, para lo cual es fundamental que las partes hayan logrado plasmar la intención y voluntad de lo aspirado cada una de ellas, y más aún disponer de un acervo probatorio que limite al juez una interpretación casuística o antojosa.

Y, finalmente, un llamado de atención a la política intervencionista de la Sala Constitucional, pues evidenciado queda que más que proteger al ciudadano que pretende, la consecuencia ha sido totalmente negativa y nefasta, pues al limitar la voluntad de las partes al contratar, paulatinamente los ha ido eliminando, reduciendo el ámbito de las posibles negociaciones produciendo como consecuencia, al menos en el ámbito tratado, la desaparición de la satisfacción del derecho a la vivienda negando el acceso a la misma ante una inseguridad jurídica permanente.

* * *

Resumen: La autora estudia el contrato preliminar en materia de compraventa inmobiliaria. Destacando que, si bien actualmente existen situaciones que limitan la contratación en el sector inmobiliario, los contratos preliminares recobrarán su relevancia en la medida en que se recupere el mercado de los bienes raíces. En su contenido destaca la función práctica de los contratos preliminares, naturaleza, problemas económicos asociados,

su interpretación y cita algunas decisiones judiciales. **Palabras**

clave: Contrato preliminar, compraventa, crédito hipotecario.

Recibido: 28-10-19. Aprobado: 02-02-20.