

NEGOCIOS PRELIMINARES, UNA NOVEDOSA INCLUSIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

PRELIMINARY CONTRACT, A NOVEL INCLUSION OF CIVIL AND COMMERCIAL CODE NATION IN THE GENERAL THEORY OF CONTRACT

ALEJANDRO E. FREYTES³²

RESUMEN

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introdujo modificaciones trascendentes al régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield en la teoría general del contrato, incorporando figuras novedosas que ya habían sido receptadas desde hace mucho tiempo en la doctrina nacional y legislaciones extranjeras.

PALABRAS CLAVE: Código Civil y Comercial - Contratos - Contratos preparatorios - Promesa - Opción - Preferencia.

KEYWORDS: *Civil and Commercial Code - contracts- preparatory contracts - Promise - option - Preference.*

SUMARIO: The new Civil and Commercial Code of the Nation transcendent introduced amendments to the Civil Code of Velez Sarsfield regime in the general theory of contract, incorporating innovative figures that had been long known in the national law and international law.

³² Profesor Titular Interino de Derecho Privado III en la Facultad de Derecho UNC, Profesor Titular y Tutor Superior de Derecho Civil III y Notarial II en la Facultad de Derecho de la UBR Prosecretario Académico de la Facultad de Derecho de la UNC, miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo electrónico: afreytes@fibertel.com.ar.

I. NOCIÓN

Se denominan contratos preliminares a aquellos que imponen la obligación de celebrar otro en el futuro y de realizar las actividades de cooperación que fueren menester para consumarlo.

En el antiguo derecho romano recibieron el nombre de *pactum de contrahendo*, y en el desarrollo continental posterior se los conoció bajo distintas denominaciones, por ejemplo precontrato en Alemania (*vorvertrag*), antecontrato en Francia (*avant contract*) promesa en España y Portugal (*contrato promessa*). De todas ellas, la que refleja con más precisión el carácter preparatorio e instrumental de la figura es la denominación italiana (*preliminare*) que se ha convertido en la acepción más usada en la doctrina³³.

Pese a sus antiquísimos antecedentes, la especie no consiguió consagración legislativa hasta el siglo XIX, rescatado por el Código Civil Austríaco de 1811, cuyo Art. 936 lo previó de modo expreso, seguido mucho después por el C. Civil Suizo de las Obligaciones (Art. 22), el C. Civil Italiano (Arts. 1351 y 2932) y el C. Civil Portugués (Arts. 410 y 830). En América, lo han consagrado el C. Civil Mexicano (Arts. 2243 a 2246), el C. Civil Boliviano (Art. 463) y el C. Civil Peruano (Arts. 1414 a 1425), entre otros³⁴.

En los proyectos de reforma al Código Civil de Vélez Sarsfield se advierten previsiones en el Proyecto de Unificación de 1987 (Art. 1156, párrafo 1), en el Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992 (Art. 869, primera parte) y en el Proyecto de 1998 (Art. 934).

II. DISCUSIONES SOBRE SU VIABILIDAD

El contrato preliminar ha generado desde antaño interminables discusiones no solo relativas a la posibilidad de su celebración sino también referidas a su utilidad y a la forma de su instrumentación.

En el ámbito de los contratos consensuales se ha pensado que resulta inadmisble consentir en consentir, esto es, formular un acuerdo sobre un consentimiento futuro, pues admitir la posibilidad de obligarse equivale sin más a obligarse, y en consecuencia, se impone cumplir las obligaciones de ese contrato en ciernes que necesariamente debe perfeccionarse. Además, la promesa de un consentimiento futuro colisiona con el inconveniente de que el consentimiento contractual es incoercible, pues nadie puede ser obligado a contratar, ni tampoco puede suplirse al remiso por obra del juez o de la sentencia.

Desde un punto de vista más estrictamente teórico, también se ha objetado la admisibilidad del preliminar de los contratos reales advirtiendo que ambos –preliminar y definitivo– tendrían como contenido un consentimiento idéntico en los dos supuestos: que se entregue y se restituya la misma cosa u otra de su misma especie y cantidad. Tal equivalencia torna estéril su diferenciación, y consecuente con ello, su utilización.

Finalmente, y en cuanto a su instrumentación, se objetó que si se permitiere perfeccionar al preliminar bajo cualquier forma, se abriría una brecha que por vía indirecta, eludiría los preceptos que imponen formas sustanciales al definitivo, sorteando las habituales sanciones de ineficacia y nulidad previstas en estos casos.

33 Señala J. ALGUER, Para la crítica del concepto de precontrato, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 322 y 427, que fue el alemán DEGENKOLB el primero que abordó de modo sistemático el estudio de esta categoría jurídica en Zur Lehre von Vorvertrag, Archiv. Fur die Civilistische Praxis, nº 71, 1887, p. 2.

34 Una pormenorizado relevo de la legislación comparada en la materia, informa el Prof. L. MOÏSSET DE ESPANES, Notas sobre el precontrato (Antecedentes de derecho comparado), LL, 1990-D-775, Sección Doctrina, y LLC, 1990-283.

Sin perjuicio de los reparos apuntados, lo cierto es que la doctrina mayoritaria es ampliamente favorable a la admisibilidad del contrato preliminar, apoyada en un doble motivo: por un lado es dable diferenciar el perfeccionamiento inmediato y actual de un contrato, de la promesa de concluir uno en el futuro, y por otro, resulta evidente la utilidad y eficacia práctica que presentan los preliminares al asegurar la celebración posterior de un negocio que por variadísimas circunstancias podría no celebrarse inmediatamente, o presentarse conveniente posponerlo para tiempos ulteriores³⁵.

III. CARACTERIZACIÓN

El Código Civil de Vélez Sarsfield no contenía ninguna norma que refiriese al contrato preliminar con carácter genérico. Sin embargo, la doctrina más esclarecida³⁶ En la segunda etapa, opera la verificación y efectiva celebración del contrato definitivo, que ocurre por voluntad espontánea de los otorgantes o por vía de ejecución compulsiva de la obligación de hacer que han asumido en la primera.

Desde esa perspectiva, no hay duda alguna que el preliminar es un contrato perfecto que se presenta como un negocio dotado de todos sus elementos esenciales, caracterizado por su peculiar y singular objeto que entraña celebrar otro contrato posterior que él prevé y regula.

Pero es además, es un negocio autónomo pues tiene una naturaleza jurídica distinta del ulterior, aun cuando prepara su conclusión, media entre ambos un nexo de innegable vinculación funcional, y encuentra en este último la razón de ser de su existencia.

Como se ha dicho con singular agudeza³⁷ cuando se celebra un contrato preliminar se ponen en movimiento dos contratos perfectos y distintos de los cuales el segundo constituye el cumplimiento de la obligación de contratar asumida en el primero.

Finalmente, se trata un contrato bilateral en el que ambas partes asumen recíprocamente la obligación de celebrar el contrato definitivo. Aunque se haya sostenido la posibilidad de que pueda asumir el carácter unilateral, esto es, presentarse como un negocio en el que una sola de las partes asume dicha obligación y la otra quede en libertad de hacerlo o no, estimamos que tal especie, aunque teóricamente admisible, no tiene manifestaciones prácticas y se presenta indiscutiblemente confundida con el contrato de opción al que haremos referencia en los párrafos siguientes³⁸.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha destinado las Secciones 4ta. y 5ta. del Capítulo III, Título II, Libro III a regular estas especies contractuales, destinando a su previsión los Arts. 994 a 999. Constituye sin lugar a dudas una acertada previsión que ha colmado una laguna legislativa en el derecho privado nacional.

35

36

37 FONTANARROSA, R. Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales, Zavalia, Bs. As., 1969, p. 84 n° 1; MOSSET ITURRASPE, J. Contratos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995, p. 134; LOPEZ DE ZAVALLA, Teoría de los Contratos. Parte general, Zavalia, Bs. As. 1984, p. 91 y ss.; SOZZO, G. Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del periodo precontractual. Lexis Nexis, Bs. As., 2005. En la doctrina extranjera, MESSINEO, F. voz Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, en Enciclopedia del Diritto, tomo X, p. 166; FORCHIELLI, P. voz Contratto preliminare, en Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1968, tomo V, p. 693; ALGUER, J. Para la crítica del concepto de precontrato, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 321 y 427; ROMAN GARCIA, A. El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial, Montecorvo, Madrid, 1988, entre muchos otros.

38 APARICIO, J. M. Contratos. Parte General, Hammuabi, Bs. As., 1997, tomo I, p. 339.

El primero de ellos expresa: Art. 994. *Disposiciones generales. Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.*

La norma es concordante con los Arts. 957, 958 y 969 del mismo cuerpo legal y tiene como antecedentes al Art. 1156 párrafo 1 del Proyecto de Unificación de 1987; Art. 869 primera parte del Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992 y Arts. 934 a 936 del Proyecto de Unificación 1998.

La disposición transcrita impone al contrato preliminar dos condiciones: que contenga los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro, y que fije un plazo máximo de vigencia que no puede exceder de un año, u otro menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

De allí entonces que el contrato definitivo deba estar perfectamente identificado en el preliminar, sin posibilidad alguna de omisiones o confusiones a su respecto, con previsión especial de sus elementos estructurales generales y especiales, expresados de la manera más minuciosa posible. El recaudo resulta de una indiscutible sensatez para evitar ulteriores discrepancias entre los otorgantes.

Pero además, es imprescindible que el preliminar tenga de un plazo para el otorgamiento del definitivo, y aunque pueda discutirse el término fijado³⁹, nos parece congruo con las características de la figura el término anual. Otro más o menos extenso, hubiere atentado contra la disponibilidad de tiempo que las partes han estimado necesario para reflexionar sobre la consumación del definitivo, haciendo perder el interés de las partes o desincentivando su perfeccionamiento.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha destinado las Secciones 4ta. y 5ta. del Capítulo III, Título II, Libro III a regular estas especies contractuales, destinando a su previsión los Arts. 994 a 999. Constituye sin lugar a dudas una acertada previsión que ha colmado una laguna legislativa en el derecho privado nacional.

Pero además, es imprescindible que el preliminar tenga de un plazo para el otorgamiento del definitivo, y aunque pueda discutirse el término fijado⁴⁰, nos parece congruo con las nos parece congruo con las características de la figura el término anual. Otro más o menos extenso, hubiere atentado contra la disponibilidad de tiempo que las partes han estimado necesario para reflexionar sobre la consumación del definitivo, haciendo perder el interés de las partes o desincentivando su perfeccionamiento.

Solo luego del vencimiento del plazo convenido, es posible considerar en mora a los obligados a perfeccionar el contrato posterior, y podrán entonces ponerse en marcha los mecanismos para obtener el cumplimiento forzado del definitivo o la resolución del preliminar con las consecuencias propias de la responsabilidad por incumplimiento contractual. Si la prestación que se comprometió en el definitivo hubiere devenido de imposible cumplimiento, solo resta la acción de reparación de los daños y perjuicios por el incumplimiento del preliminar.

³⁹ En la doctrina italiana se ha distinguido al preliminar bilateral del unilateral, intentando diferenciarlos. Vid. BIANCA, M. Diritto Civile. Il contratto. Giuffrè, Milano, 2000, tomo 3, p. 183; en la nacional, SANTARELLI, F. El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco, LL, 2005-B, 885.

⁴⁰ Algunos lo han considerado demasiado breve, NICOLAU, N. Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática Contractual. Contratos en general. Rubinzal Culzoni, 2014-1, p. 393 y ss.; otros más terminantes como APARICIO, J.M. su ponencia ante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1 al 3 de octubre de 2015, Comisión 4° "Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares", afirma que no puede limitarse la autonomía de la voluntad a través de una norma imperativa que fija un plazo máximo demasiado exiguo, que ya fue eliminado de la fuente de la que se lo tomó -los Arts. 1416, 1417 y 1423 del C. Civil peruano, seguido por el Art. 934 3er párrafo del Proyecto de Reformas al C. Civil Argentino de 1998- por haberse tornado en una traba inútil, injustificada y perjudicial, proponiendo en su defecto, que se deje librado a la voluntad de las partes fijar el plazo que estimen conveniente a sus intereses, y en caso de silencio, proponerlo anual.

El plazo anual que es de caducidad y resulta aplicable -en razón de la ubicación del precepto en el nuevo cuerpo normativo- tanto a la promesa de celebrar un contrato futuro -el contrato preliminar per se- como al contrato de opción, puede ser renovado por las partes a su vencimiento. Con ello se impide pactar la renovación automática, otorgando a las partes solo la posibilidad de alargar el plazo si se manifiestan de modo expreso en ese sentido. Con tal cortapisa se persigue dar estabilidad y seguridad a los derechos y obligaciones que emergen del preliminar, impidiendo que permanezcan inciertos por largos periodos, y evitando las naturales consecuencias perniciosas de una falta de consumación en tiempo razonable.

Dentro del género de los contratos preliminares, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha distinguido dos especies: la promesa de celebrar un contrato (Art. 995) y el contrato de opción (Art. 996).

III A. PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO

La primera especie contenida en el Art. 995 del nuevo diseño expresa: *Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.*

La norma es concordante con los Arts. 957 que define al contrato y 773 a 778, 958, 1015, 1017 y 1018 del C. Civil y Comercial y tiene como antecedentes los Arts. 1185 y 1187 del C. Civil; Art. 1156 del Proyecto de Unificación de 1987; Arts. 934 y 935 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. Noción. Como una variante del contrato preliminar, la norma regula la denominada "promesa de contrato" expresión desaconsejable, -pese a que trasunta con claridad que las partes asumen la obligación de consumir en el futuro un contrato definitivo-, pues provoca confusiones con las etapas precontractuales, en especial con la oferta. Es que los preliminares no se ubican en el periodo precontractual ni constituyen una manifestación de las tratativas previas encaminadas a consumir el acuerdo aún en ciernes. Durante las tratativas las partes no asumen ninguna obligación respecto al perfeccionamiento de un contrato, -aun cuando puedan eventualmente deberse daños y perjuicios por una ruptura intempestiva de las mismas- en el preliminar en cambio, el acuerdo es autónomo, acabado y definitivo. Ya anticipamos que la terminología italiana, convertida en clásica en la materia, -preliminar a secas-, es la que mejor traduce el carácter preparatorio e instrumental de la figura.⁴¹

Para reforzar la idea expuesta, el texto comentado dispone que las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro y declara aplicables al caso el régimen de las obligaciones de hacer.

La promesa de contrato o simplemente el contrato preliminar a secas, entraña entonces una afectación a la autonomía de las partes restringiéndola en sus dos aspectos esenciales, la libertad de contratar y la libertad contractual, circunstancia ésta que dio motivo a algunos doctrinarios para abordar el estudio del contrato de promesa como una restricción a ese liminar principio contractual o como una manifestación de la masificación

41 La doctrina ha distinguido, sin embargo, los contratos preliminares de los preparatorios, sosteniendo que los primeros tienen una existencia precaria hasta el perfeccionamiento del contrato definitivo, mientras que los segundos tienen una duradera, pues constituyen un marco regulatorio de eventuales contratos futuros. Así se entiende que los preparatorios no obligan a la celebración de contratos futuros a diferencia de los preliminares, pero si se celebraran deben respetar las directivas del preparatorio. Véase las consideraciones de NICOLAU, N. Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática contractual. Contratos en general. Rubinzal Culzoni, 2014-1, p. 394 y ss.

negocial⁴². La tesis no es desacertada si se repara en que desde la celebración de la promesa los contratantes no gozan ya de la posibilidad de elegir entre contratar o no hacerlo, pues están obligados a perfeccionar el contrato definitivo, y tampoco gozan de absoluta libertad de configuración interna pues el contenido del definitivo está ya inserto en el preliminar.

Sin embargo, no puede considerarse a la promesa como un negocio forzoso o impuesto, desde que los otorgantes han prestado libremente su consentimiento al obligarse en el primitivo negocio. Sin tal aquiescencia no existiría el acuerdo posterior. Por ello no resulta indispensable renovar el consentimiento ya prestado, que queda enteramente satisfecho al acordar la promesa⁴³.

Esta especie de preliminar, según la presentación de la sección 4^a. del capítulo 3 que comentamos, constituye en realidad un contrato definitivo por cuanto las partes han fijado ab initio los elementos esenciales particulares del contrato definitivo, y aunque lo califiquen como preliminar, en realidad perfeccionan el definitivo, porque han logrado acuerdo sobre sus elementos esenciales y accidentales pese a que pueda faltar algún detalle baladí impuesto por la ley o por voluntad de las partes. Allí reside la utilidad práctica de la figura⁴⁴.

2. Carácter formal del contrato definitivo. Respecto de la forma, entendida como el conjunto de solemnidades que deben respetarse al tiempo de la celebración del acto, el principio general para el contrato preliminar es el la libertad de formas, regla genérica que el nuevo diseño dispone para todos los contratos en general (Art 1015 CCCN).

Pero si el contrato definitivo es formal solemne, es decir de aquellos para los cuales la ley exige una solemnidad expresa (Art. 1017CCCN), no podría celebrarse a su respecto, un contrato preliminar. Aceptar lo contrario, sería permitir por vía de un rodeo inadmisibles, sortear la prohibición formal impuesta por la ley.⁴⁵ Se adhiere así a la restricción que en igual sentido contiene el C. Civil Italiano de 1942 (Art. 1351).

Una expresión de inigualable trascendencia práctica de este contrato preliminar formal lo constituye, como ya se anticipó, el boleto privado de compraventa de inmuebles.

En torno a esa obligación de hacer asumida por las partes, antaño se plantearon dos posibilidades: considerarla una obligación de hacer *intuitu personae*, incoercible en caso de incumplimiento –como lo previeron los arts. 1185, 1186 y 1187 del C. Civil de Vélez – o estimarla asequible de ser cumplida por terceros, pues no se trata de prestar el consentimiento para el contrato definitivo, sino solo de perfeccionarlo, completando los requisitos que pudieren faltar.⁴⁶

Recogiendo valiosos antecedentes jurisprudenciales que sostuvieron desde hace décadas el carácter preliminar del boleto y la ejecución coactiva en forma específica de la obligación de escriturar, el Art. 1018 del Nuevo C. Civil y Comercial mantiene en versión ligeramente diversa, el régimen impuesto en el Art. 1185 del C. Civil velezano reafirmando

42 LOPEZ DE ZAVALIA, F. Teoría de los contratos. Parte general, 3ra. edición, Zavalia, Bs. As., 1984, p. 91; WAYAR, E. Contratos, Zavalia, Bs. As., 1983, p. 304.

43 Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, R. El contrato preliminar o precontrato, LL, 2014-A, 631 quien afirma que luego del precontrato las partes no tienen necesidad de reiterar una nueva manifestación de voluntad para concretar el definitivo, sino que deben disponerse a colaborar a fin del desarrollo de la actividad necesaria para el logro del resultado.

44 Vid. GHESTIN, J. *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contract: formation*, LGDJ, Paris, 1988, p. 266; PALERMO, G. *Contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991, p. 82; APARICIO, J. Contratos. Parte General, Hammurabi, Bs. As., 1997, p. 332; MOSSET ITURRASPE, J. *Bordeando el circuito del contrato preliminar. El núcleo esencial del fenómeno (con motivo del boleto de compraventa)*, LL, 1990-E, 244.

45 LOPEZ DE ZAVALIA, F. Teoría de los contratos. Parte General, 3ra. edición, Zavalia, Bs. As., 1984, p. 98.

46 LOPEZ DE ZAVALIA, F. Teoría de los contratos. Parte General, 3ra. edición, Zavalia, Bs. As., 1984, p. 98.

el carácter de obligación de hacer que emerge del acuerdo y la posibilidad de ser cumplida por el juez en caso de renuencia del obligado.⁴⁷

Si bien durante la vigencia del Código de Vélez se discutió si el boleto de compraventa era un contrato preliminar o uno definitivo –la compraventa propiamente dicha– esta controversia ha sido superada por el Código Civil y Comercial de la Nación que ha estatuido un sistema coherente en materia de forma, tanto al referirse al acto jurídico en general (Art. 285 CCCN), al tratar la clasificación de los contratos en formales y no formales (Art. 969 CCCN) y finalmente al regular la forma de los contratos (Arts. 1017 y 1018 CCCN). Cuando el contrato debe celebrarse por escritura pública y no se requiere la forma bajo sanción de nulidad como ocurre con la compraventa de inmuebles (Art. 1017 CCCN), el negocio celebrado en otra forma forma no queda concluido como tal mientras no se otorgue el instrumento legalmente requerido, vale como un acto en que las partes se han obligado a cumplir la formalidad exigida (Arts. 285, 969 y 1018 CCCN). El sistema es ahora absolutamente coherente con las enseñanzas doctrinarias y jurisprudenciales elaboradas durante décadas en el derecho privado nacional.

Finalmente y en cuanto a su extinción, el modo natural que tiene de terminar el preliminar es la consumación del contrato definitivo, sea que se obtenga por ejecución de los propios obligados o por ejecución judicial. Si el contrato preliminar se presenta como conexo a otro que se extingue, tal vicisitud puede o no influir en su vida pues podrían tener plazos diversos, pero si el preliminar es accesorio de otro principal que se ha extinguido, no hay duda que aquel sigue la suerte de este.

También pueden los preliminares extinguirse por causas anormales, por ejemplo si se vuelve imposible el perfeccionamiento del definitivo (Art. 955 CCCN), si un acontecimiento extraordinario e imprevisible torna excesivamente onerosa para una parte la prestación a su cargo (Art. 1091 CCCN), o se frustra la finalidad que animó a las partes a contratar (Art. 1090 CCCN).

III. B. CONTRATO DE OPCIÓN

La segunda variante está regulada en el Art. 996 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone: *Art. 996. Contrato de opción. El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipula.*

La norma es concordante con los Arts. 994, 1021, 1022, 1240 y 1241 del C. Civil y Comercial y tiene como antecedentes los Art. 1331 del C. Civil Italiano; Art. 1394 del C. Civil; Art. 1156 párrafo 2 del Proyecto de Unificación de 1987; Art. 860 párrafo 2 del Proyecto de la Comisión designada por el PEN de 1992; Arts. 936 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. Noción: El contrato de opción entraña el acuerdo de voluntades por medio del cual una parte formula una oferta a otra que adquiere el derecho de aceptarla o rechazarla dentro de un plazo libremente convenido⁴⁸.

El acuerdo tiene una innegable similitud con la llamada oferta irrevocable, pero esta se funda en una declaración unilateral del proponente que le asigna ese carácter al formularla, mientras que en este caso, la fuente de tal irrevocabilidad es un contrato, cuya

⁴⁷ Cfr. el célebre fallo de las Cámaras Civiles en Pleno de la Capital Federal, in re Cazes de Franchino c/ Rodríguez Conde – Escrituración, LL, tomo 64, p. 476 y muy especialmente el voto del eminente procesalista Ramiro Podetti, volcado en p. 482.

⁴⁸ OSSORIO, A. El contrato de opción, 2da. edición, Uteha, México, 1963; APARICIO, J.M. Contratos. Parte general, Hammurabi, Bs. As., 1997, p. 323 y ss.

función es precisamente atribuirle dicha condición y carácter. Por otro lado, en la oferta irrevocable el deber de mantenerla inmodificada y firme nace de la comunicación que se formula al destinatario, mientras que en este caso, la carga se genera con la aceptación de la opción, y es precisamente el efecto esencial del contrato concertado.

Desde esa perspectiva, el contrato de opción supone la renuncia anticipada a la posibilidad de revocar la oferta, la obligación de mantenerla durante el término libremente pactado y la consumación definitiva e irreversible del contrato en cuestión, que queda automáticamente perfeccionado, una vez que el contrario acepta la propuesta en tiempo oportuno.

Se trata en realidad de un contrato autónomo, con función, objeto y efectos que le son propios y que no pueden confundirse en modo alguno con el contrato definitivo que se tiene en miras celebrar.

Su función esencial es tornar irrevocable la oferta de un modo convencional, su objeto es la renuncia del proponente al derecho de retractarla durante el plazo convenido libremente entre las partes, y sus efectos esenciales la vinculación unilateral del proponente y la correlativa facultad de libre elección por parte del beneficiario que queda así investido del derecho potestativo de aceptar o no la propuesta, y con ello, sellar definitivamente la suerte del contrato eventual.

Debe resaltarse que el de opción es un negocio actual, independiente y autónomo, mientras que el otro es uno potencial o eventual, cuya conclusión queda supeditada a la aceptación puramente potestativa del beneficiario.

Su manifestación más frecuente se da en la llamada opción de venta o locación, cuando este tipo de negocios es consumado por la intermediación de corredores inmobiliarios. Otro supuesto del caso, se presenta cuando las sociedades anónimas acuerdan a los accionistas la facultad de ser preferidos para adquirir las nuevas acciones que se emiten incrementando su capital. Una vez emitidas las acciones, la sociedad conviene con sus accionistas ofrecerles de modo firme e irrevocable su enajenación por un plazo determinado en que pueden ejercitar su soberano derecho de aceptación (Art. 194 de la LSC)⁴⁹

2. Características. Se ha admitido en la doctrina⁵⁰—y así lo ha receptado la norma que comentamos— que el negocio pueda revestir el carácter de gratuito, si el compromiso del proponente no tiene contrapartida alguna pese a la ventaja que obtiene el optante, u oneroso si por el contrario, las partes acuerdan una contraprestación en beneficio del primero por soportar esta restricción a su libertad contractual.

El texto analizado impone dos restricciones novedosas: por un lado dispone que el contrato de opción debe respetar la forma exigida para el definitivo, y por otra, lo estipula intransmisible a terceros, salvo convención en contrario expresamente convenida por las partes.

Con relación a la primera, el legislador intenta evitar que el negocio pueda constituirse en un artificio que por vía indirecta eluda los preceptos que imponen una forma ad sustantian al definitivo, liberando a los contratantes de la sanción de nulidad que inflige la normativa a quienes desconocen las formas impuestas por la ley. En ese entendimiento el Art. 1351 del Codice Civile italiano dispone que el contrato preliminar es nulo sino es hecho en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo.⁵¹

49 FONTANARROSA, R. Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales, Zavalia, Bs. As., 1969, p. 83.

50 APARICIO, J.M. Contratos. Parte General, Hammurabi, Bs. As., 1997, tomo I, p. 325.

51 MESSINEO, F. *vo* Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, en Enciclopedia del Diritto, tomo X, p. 173; FORCHIELLI, P. Contratto preliminare en Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1968, tomo V, p. 689; MIRABELLI, G. *Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1980, p. 200.

Respecto de la segunda, la restricción impuesta parece razonable en beneficio de terceros –por ejemplo los herederos del proponente– si el pacto se concierta gratuito.

IV PACTO DE PREFERENCIA

En la sección 5ta. del capítulo, título y libro ya citados, el Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa del pacto de preferencia, en dos normas específicas. La primera de ellas el Art. 997 dispone: *Art. 997. Pacto de preferencia. El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. Si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco. Los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen.*

La norma tiene concordancia con el Art. 1165 del C. Civil y Comercial, el Art. 194 de la LSC y reconoce como antecedentes los Arts. 1368 y 1392 del C. Civil y Art. 937 del Proyecto de Unificación de 1998

1. Noción. El pacto de prelación o preferencia es un acuerdo preparatorio de un contrato futuro, que puede presentarse autónomo, aunque ordinariamente está inserto como cláusula adicional en un determinado contrato, generalmente el de compraventa.

Con frecuencia supone un acuerdo en virtud del cual una parte, llamada promitente, asegura a otra llamada promisorio, que si se decide a realizar actos de disposición de bienes de su patrimonio, lo preferirá a él para concertarlo frente a cualquier otro interesado.

En realidad el promitente no se obliga a contratar en el futuro, queda en completa libertad de hacerlo o no, pero si lo hiciere, se compromete a preferir al beneficiario frente a cualquier otro tercero interesado en consumir el acuerdo. El pacto implica entonces una limitación para el promitente que ve limitada su libertad de contratación referida a la posibilidad de elegir libremente con quien hacerlo, pero solo queda obligado a respetar su compromiso si el beneficiario iguala las condiciones de contratación que ofrece el tercero o las supera. Para ello es indispensable que cuando se decidiera a contratar, comunique al promisorio su voluntad en ese sentido, dirigiéndole la oferta con condiciones específicas de ella, quedando este último investido de la facultad de consumir el convenio al aceptarla.

Si la contraparte del promitente no ejerce la preferencia, el otorgante es libre de contratar con el tercero en las mismas condiciones rechazadas. Así lo ha previsto para el contrato de compraventa el Art. 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El C. Civil de Vélez Sarsfield –al igual que el Proyecto de Unificación de 1998– no contenía una reglamentación general de la figura, sino una particular, que proveniente de la tradición romanista, lo incluía dentro de las cláusulas especiales del contrato de compraventa (Art. 1368 y 1392 a 1396). La nueva previsión legislativa dotó a la figura de un alcance generalizado y terminó reconociendo su utilización en otras especies contractuales en las que con acusada frecuencia se presenta en la vida práctica, por ejemplo, en el contrato de locación de cosas. La doctrina ya había señalado desde hace tiempo que era posible su inclusión en otros contratos bilaterales, e incluso que era admitido pactarlo como un acto autónomo de la compraventa o de otro negocio cualquiera.⁵²

⁵² LOPEZ DE ZAVALLA, F. Teoría de los contratos. Parte Especial. tomo II, Zavalla, Bs As., 1985, p. 246

Siguiendo este temperamento, el Art. 997 del CCCN admite su uso no solo en contratos de cambio, sino también en los asociativos (en bienes sujetos a condominio), en cuyo caso puede pactarse como un compromiso recíproco de todos los involucrados, previéndose esta última de razonable acierto si se repara que en estos casos los contratantes aportan esfuerzos en vistas a obtener un beneficio común y compartido por todos.

Por otro lado, la nueva previsión legislativa ha despojado a la especie de su anterior limitación, pues el Código de Vélez lo declaraba intrasmisible por acto entre vivos o mortis causae (Art. 1396), mientras que ahora se prevé expresamente su transmisión a favor de terceros. Sin embargo, se especifica que lo será según las modalidades que fijen los contratantes, con lo cual se deja librado al amplio margen de la autonomía negocial, fijar las condiciones específicas que transmisibilidad, con posibilidad de disponer variadas restricciones, o incluso pactar su incesibilidad por cualquier causa o título.

Lo realmente inexplicable es que en esta norma de alcances generales no se haya previsto un plazo máximo de vigencia que resulta indispensable, pues el límite temporal es esencial a este tipo de acuerdos; tanto es así que en el Art. 1167 del CCCN para el contrato de compraventa estipuló un plazo máximo de 5 años para los inmuebles y de dos años para los muebles contados desde la celebración del contrato, previendo que si las partes hubieren convenido un término mayor, este se reduce al tope legal, que por otro lado es perentorio e improrrogable. Ante este inaudito silencio, no quedará más remedio en otro tipo de contratos que no fueren la compraventa, que peticionar al juez la fijación de un plazo (Art. 871 inc. d del CCCN).

2. Efectos. Están previstos en la norma siguiente. *Art. 998. Efectos. El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios.*

La disposición concuerda con los Arts. 972, 974, 978 y 1165 del C. Civil y Comercial y acusa como antecedentes los Art. 1394 del C. Civil y Arts. 938 y 1101 del Proyecto de Unificación de 1998.

Se impone que el otorgante comunique al beneficiario la oferta que le hubiere formulado un tercero en vistas a la celebración del negocio de que se trate con especial referencia a sus características y condiciones, y en especial, su voluntad de consumir el contrato propuesto. A ese respecto deberán respetarse las estipulaciones del pacto de preferencia que hubieren celebrado, por ejemplo, el plazo para formular la aceptación, que la norma no establece a diferencia del C. Civil (Art. 1393) y que ahora debe necesariamente ser convenido por las partes ante el silencio de la ley.

Como no podría ocurrir de otro modo, la aceptación del beneficiario deja perfeccionado el contrato con el promisorio, excluyendo de modo definitivo al tercero, cuya oferta caduca por el rechazo que implica el ejercicio del *ius prelationis*.

La falta de respuesta en tiempo propio por parte del beneficiario deja al promitente libre de su carga, y habilitado su derecho de contratar con el tercero, bajo las condiciones que este hubiere ofrecido en la oferta que había comunicado al promisorio, o incluso en otras más convenientes, sin necesidad de nuevo aviso.

El promitente que hubiere recibido en legal forma la aceptación de la oferta comunicada, no puede negarse a celebrar el acuerdo con el beneficiario. Su retracción generaría responsabilidad civil por incumplimiento contractual.

La obligación de comunicar se satisface con la notificación de la intención de contratar y de la oferta formulada por el tercero, sin más aditamentos. Pero debe ser respetada una

única vez, obligarlo a sucesivas notificaciones ante nuevos o eventuales ofrecimientos, cercenaría indebidamente la libertad de contratar del promitente.

El Art. 998 del CCCN no prevé, a diferencia de lo establecido en el Art. 1394 del C. Civil, que la falta de comunicación del promitente genera la obligación de indemnizar al estipulante de todo perjuicio que le hubiere ocasionado, pero tal efecto deviene natural conforme las reglas de la responsabilidad civil. Tampoco se ha previsto, como en aquella norma, que la celebración del contrato con el tercero es válida no obstante la falta de comunicación (Arts. 9 y 961 del C. Civil y Comercial), pero es esta sin dudas, la solución más atinada, sin perjuicio de la obligación de responder por los perjuicios ocasionados. La norma no establece tampoco forma especial para el acuerdo de prelación, por lo que el aspecto queda sujeto a cuanto determine la autonomía privada, pero tratándose de inmuebles es obvio que deberá respetarse la solemnidad escrituraria ordenada en el art. Art. 1017 inc. a), insertando el pacto en la escritura traslativa de dominio.

V. CONTRATO SUJETO A CONFORMIDAD

La sección concluye con otra figura que aunque no guarde exacta correspondencia con el concepto de contrato preliminar, aparece legislado entre ellos. Dice el Art. 999 del nuevo código: *Art. 999. Contrato sujeto a conformidad. El contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva.*

La norma tiene concordancias con los Arts. 346, 348 y 349 del C. Civil y Comercial y antecedentes en los Art. 528 del C. Civil y Arts. 939 y 940 del Proyecto de Unificación de 1998.

1. Noción. El artículo prevé la figura del llamado contrato *ad referendum* admitido por la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo. En esencia la especie entraña un acuerdo que queda supeditado a la conformidad o autorización que para su perfeccionamiento debe brindar un tercero ajeno a las partes contratantes.⁵³

Por estimarlo un negocio sujeto a un hecho futuro e incierto -la mentada conformidad o autorización- la norma lo caracteriza como un contrato sujeto a una condición suspensiva por cuanto su eficacia no se inicia hasta tanto dicha aquiescencia se verifique.

2. Carácter condicional. La condición es un elemento accidental de los actos jurídicos en general en virtud del cual las partes subordinan a un acontecimiento futuro e incierto la producción o la resolución de los efectos del negocio.

En este caso particular como la condición es suspensiva, hasta tanto ocurra la conformidad o autorización del tercero de quien depende la suerte del acuerdo, el negocio no puede producir efecto alguno. Así, este evento compromete la eficacia integral del negocio en cuanto entraña la disyuntiva de que tal conformidad se produzca para que el acto se consolide en su plenitud. Caso contrario, queda desprovisto de toda consecuencia ulterior.

La doctrina ha sostenido que los llamados negocios *ad referendum* o claudicantes, se caracterizan porque la declaración de voluntad de algunos de los contratantes (o la de ambos) requiere ser integrada por otra declaración de voluntad (asentimiento, aproba-

⁵³ APARICIO, I.M. Contratos. Parte General. Hammurabi, 2da. Edición, Bs. As., 2016, tomo I, p. 279 distingue la oferta sujeta a una condición que incluye valoraciones puramente subjetivas dejando al destinatario sin posibilidad de perfeccionarlo pues desprovee a aquella de la intención de obligarse y entraña en consecuencia solo una invitación a ofertar, del contrato que se sujeta a una condición suspensiva o resolutoria al que cabe aplicarle la mentada regla del Art. 999 antes transcripto.

ción, homologación), es decir, el consentimiento es dado bajo la *condicio juris* de producirse un hecho externo que lo hace eficaz.⁵⁴

También se lo ha calificado como un acto complejo, que requiere la combinación de diversas declaraciones de voluntad distintas puestas al servicio del interés de uno de los agentes o de terceros por quienes actúan los que emiten la declaración.⁵⁵

Empero, algunos han cuestionado su naturaleza contractual, estigmatizándolos por no verificar el consentimiento libremente expresado de todos los involucrados al momento de su celebración. Así se ha dicho que los contratos *ad referendum* no merecen el nombre de contratos, pues no reúnen todos sus requisitos indispensables, en particular aquellos que se tuvo en miras cumplir al otorgarlos. Por ello, no lo son los que realizan los representantes legales de los incapaces subordinados a la homologación judicial, aquellos en que intervienen los síndicos en los concursos para obtener la conformidad de la junta de acreedores o bien los directorios en las compañías con vista al pronunciamiento de las asambleas, como cualquiera de los restantes mandatarios que se sujetan al asentimiento de los respectivos comitentes.⁵⁶

Pese a tales objeciones, más teóricas que prácticas, la mayoría admite la utilidad de la figura.

El régimen aplicable al supuesto es el que emerge de los Arts. 343 y siguientes para los actos jurídicos sujetos a condición suspensiva.

BIOGRAFÍA

- ALGUER, J. *Para la crítica del concepto de precontrato*, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1935.
- APARICIO, J. **Contratos. Parte General**, Tomos I, II y III, Hammurabi, Bs. As., 1997, 2001, y 2012, 2da. Edición, 2016, tomos I y II.
- BIANCA, M. *Diritto Civile. Il contratto*. Giuffrè, Milano, 2000, tomo 3.
- COMPAGNUCCI DE CASO, R. *El contrato preliminar o precontrato*, LL, 2014-A, 631.
- FONTANARROSA, R. **Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los contratos comerciales**, Zavallia, Bs. As., 1969.
- FORCHIELLI, P. *Contratto preliminare* en **Novissimo Digesto Italiano**, Utet, Torino, 1968, tomo V.
- GHESTIN, J. **Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contract: formation**, LGDJ, Paris, 1988.
- LAFAILLE, H. **Derecho Civil. Contratos**, Volumen I, Ediar, Buenos Aires, 1953.
- LLAMBÍAS, J. **Código Civil Anotado**, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Bs As., 1982.
- LOPEZ DE ZAVALIA, F. **Teoría de los contratos. Parte Especial**, tomo II, Zavallia, Bs. As., 1985.
- LOPEZ DE ZAVALIA, F. **Teoría de los contratos. Parte General**, 3ra. edición, Zavallia, Bs. As., 1984.
- MESSINEO, F. voz *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, en **Enciclopedia del Diritto**, tomo X, p. 166.

54 Cfr. LLAMBÍAS, J. Código Civil Anotado, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Bs. As., 1982, pág. 35/37; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. Teoría de los Contratos. Parte General, Zavallia, Bs. As., 1991, tomo I, pág. 90/92. En la jurisprudencia, CN Civ. Sala D, "Carrascal, Carlos c/ Videla, Dorna", del 13.12.83; CNCom., Sala C, "Cesaro, Eduardo c/ Romano, Pascual", del 09.12.86; CNCom., Sala B, "Peroni, Gino Esteban y otro c/ Medicina y Ciencia S.A.", [Fallo en extenso: eDial.com - AA4682], del 21.12.07.

55 MOSSET ITURRASPE, J. *Compraventa Inmobiliaria*, Ed. Ediar, Bs. As., 1976, pág. 26; SPOTA, A. *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Volumen II, Depalma, Bs. As., 1982, pág. 1.

56 LAFAILLE, H. *Derecho Civil. Contratos*, Volumen I, Ediar, Buenos Aires, 1953, número 38 p. 52.

- MIRABELLI, G. **Dei contratti in generale**, Utet, Torino, 1980.
 - MOISSET DE ESPANES, L. *Notas sobre el precontrato (Antecedentes de derecho comparado)*, LL, 1990-D-775, Sección Doctrina, y LLC, 1990-283.
 - MOSSET ITURRASPE, J. *Bordeando el circuito del contrato preliminar. El núcleo esencial del fenómeno (con motivo del boleto de compraventa)*, LL, 1990-E, 244.
 - MOSSET ITURRASPE, J. **Compraventa Inmobiliaria**, Ed. Ediar, Bs.As., 1976.
 - MOSSET ITURRASPE, J. **Contratos**, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995.
 - NICOLAU, N. *Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario. Problemática Contractual. Contratos en general**, Rubinzal Culzoni, 2014-1, p. 393.
 - PALERMO, G. **Contratto preliminare**, Cedam, Padova, 1991.
 - ROMAN GARCIA, A. **El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial**, **Montecorvo**, Madrid, 1988.
 - OSSORIO, A. **El contrato de opción**, 2da. edición, Uteha, México, 1963.
 - SANTARELLI, F. *El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco*, LL, 2005-B, 885.
 - SCHMIDT, J. *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Toulouse, 1982.
 - SOZZO, G. **Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual**. Lexis Nexis, Bs. As., 2005.
 - SPOTA, A. **Instituciones de Derecho Civil, Contratos**, Volumen II, Depalma, Bs. As., 1982.
 - WAYAR, E. **Contratos**, Zavalía, Bs. As., 1983.V
-

