

# Formación del consentimiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Particular referencia al contrato preliminar, de opción, de preferencia y sujeto a conformidad

POR EDUARDO ANDRÉS PÉREZ (\*)

**Sumario: I. El verdadero alcance de la reforma. — II. Conclusiones. — III. Bibliografía.**

## **I. El verdadero alcance de la reforma**

Como con ningún otro tópico de la parte general de los contratos, el Código Civil y Comercial confirió extensa y especial regulación a la formación del consentimiento. Lo hizo en el Capítulo 3, subdividido asimismo en cinco secciones. La primera de ellas está dedicada al tratamiento de la formación del consentimiento *strictu sensu*, esto es, la unión de oferta y aceptación. La segunda, a los contratos de adhesión, aunque las normas que la conforman no siempre refieren estrictamente a la conformación del acuerdo. En lo que resulta de particular interés para el presente, las secciones subsiguientes incorporan las tratativas contractuales —o *precontractuales*—, el contrato preliminar, el pacto de preferencia y el contrato sujeto a conformidad. A excepción de la primera sección, los temas agregados en las restantes revisten cierta novedad legislativa, aunque cualquiera de ellos ya había tenido desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Lo cierto es que el Código anterior había circunscripto el tema a solo 12 artículos, alusivos a la oferta, aceptación y sus variantes. A partir del viejo artículo 1156 pudo pensarse que nuestra ley había previsto la etapa precontractual, aunque de ser así lo fue solo de manera tangencial. Leiva Fernández (1998) sostenía que se trataba de un caso de responsabilidad precontractual objetiva.

Sin embargo, el Código regulaba supuestos especiales de aquello que ahora se incorpora en el campo general. Por ejemplo, el artículo 1185 aludía a un claro supuesto de precontrato o contrato preparatorio, hipótesis que, si se quiere, tal vez hacía imaginar que el contrato no era la unión de dos declaraciones espontáneas, nacidas sin vínculo previo. Los pactos de reventa, retroventa y de mejor comprador eran supuestos de convenciones condicionales, basados en la reserva de una opción que podía o no ejercerse en el futuro, pero delimitados al terreno del contrato de compraventa. Misma restricción tenía el pacto de preferencia. El *leasing* regulado por ley 25.248 era una forma de contrato por opción.

La trascendencia de la reforma se evidencia a través de la incorporación a la parte general de los contratos de situaciones vinculadas a algún tipo contractual en particular. Hasta ahora eran explicadas solo por la doctrina especializada, o bien, aplicadas en algún caso por los jueces, sin perjuicio de su proyección en algún intento de reforma del Código Civil originario. Es la primera vez que en el campo de nuestro derecho positivo se tratan estos tópicos de una manera general, abarcativa de todos los contratos. La ley refiere, reconoce y regula —aunque en forma parcial, lamentablemente— la etapa previa incluso a la emisión de la oferta, los acuerdos preliminares, promesas de contrato y opciones de una manera que puede alcanzar, con las salvedades que pueda ofrecer el caso especial, a todo tipo contractual. Esto no implica otra cosa que reglamentar lo que ya pasaba: las partes podían crear preferencias u opciones en forma libre. Por otro lado, la reforma civil y comercial no eliminó la aplicación especial que de algunos pactos pudiera hacerse, ya que por caso, volvió a tratar el pacto de preferencia

---

(\*) Prof. Adjunto de Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

para los contratos de compraventa (artículo 1165) y de suministro (artículo 1182); lo mismo que el derecho de opción en el contrato de *leasing* (artículos 1227 y 1230) y el precontrato (artículos 1018, 1170).

### *1. 1. Formación del consentimiento. Las tratativas preliminares*

El contrato nace desde el momento en que se logra el consentimiento, esto es, la unión de la oferta y la aceptación. Es lo que prevé en forma explícita el artículo 957 del Código Civil y Comercial en cuanto dice que habrá contrato cuando “*dos o más partes manifiesten su consentimiento*”; configura uno de los elementos esenciales del contrato y quizás sea el más importante de todos, a punto que modernamente cuando se alude al objeto y la causa, se los indica como términos de referencia del consentimiento.

El consentimiento es la esencia misma del contrato, sin él solo puede pensarse en un proyecto. Cuando dos declaraciones de voluntad, que parten de sujetos diversos, se dirigen hacia un fin común y se unen, en torno a un objeto con apreciación pecuniaria y una causa lícita, afirmamos la existencia de consentimiento y seguramente también de contrato. Es el acuerdo de dos voluntades: la oferta y la aceptación (artículos 971, 972, 980 del Código Civil y Comercial).

De acuerdo con lo establecido por el artículo 972, la oferta debe ser dirigida a persona determinada o determinable, con la intensión de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada. El texto de la Ley refiere explícitamente a las condiciones que debe reunir la declaración: debe ser completa, precisa y firme; las reservas le quitarían, en principio, la calidad de oferta. Es además, una manifestación recepticia, ya que va dirigida hacia otra parte. Como debe ser completa, la sola aceptación hace concluir el contrato (artículos 972, 978). El solo “sí” lo hace nacer. Por aplicación del mismo artículo 978, si una “aparente” aceptación cambia algún elemento de la oferta, el contrato no queda concluido, sino que en realidad se ha producido una contraoferta o propuesta de un nuevo contrato, que necesitará de la aceptación del primer oferente.

Debe distinguirse contratos celebrados entre presentes y de los concluidos entre ausentes. Es importante esto en la formación del contrato, pues entre presentes la aceptación está en condiciones de ser emitida en el mismo momento, más allá de la probable existencia de un tiempo “moral” para meditar el ofrecimiento que conlleve a que oferta y aceptación no se den en el mismo instante de tiempo. Así lo entiende entre otros Trigo Represas (2004). Distinto es lo que sucede entre ausentes donde la aceptación no puede darse de inmediato, pues hay imposibilidad de hacerlo. En estos casos, “la aceptación perfecciona el contrato si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta” (artículo 980 inciso 2º). El Código Civil y Comercial cambia así el momento en que el contrato se perfecciona, exigiendo un paso más al sistema del envío regulado en la Ley civil anterior, ofreciendo mayor seguridad a los intervinientes y posibilidad de conocer las declaraciones. El texto es acorde con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980, ratificada por ley 22.765) que adopta el mismo sistema de la recepción. En idéntico sentido se expedía el antecedente inmediato y fuente del vigente Código, el Proyecto de 1998, que postulaba en el artículo 915: “el contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente”. El Código Civil y Comercial no hace referencia a la utilidad de la aceptación pero si dedica un artículo para explicar que es lo que debe entenderse por recepción —por lo menos, a los fines del Capítulo 3—.

Tal como anticipamos en el primer punto, la real mejora del presente Código con respecto a su predecesor es haber tratado y reconocido especialmente que el acuerdo entre partes no se produce mágicamente sino que es fruto de una etapa de negociación que en el Código de Vélez Sarsfield no era tratada.

Con la denominación de “tratativas contractuales” la ley designa a toda la etapa previa a la formación del consentimiento, tradicionalmente conocida como etapa precontractual, lapso de tiempo que reúne el conjunto de actos negociales, de intercambio de información y pareceres sobre un vínculo especial, y que tiene como fin último la conclusión del acuerdo respecto del negocio pensado. La ley ha intentado garantizar la libertad de negociación durante todo el período de tiempo que duren

estas tratativas. Algo así como decir “usted puede negociar cuanto deseé porque tiene libertad de hacerlo, misma libertad que le permite retirarse de la negociación cuando quiera”. La ley reconoce la existencia de tratativas previas y garantiza la impunidad de quien se retira en cualquier momento, pues quien emprende un negocio no está obligado a concluirlo a cualquier costo. Es tiempo de hacer algunas precisiones.

El Código receptiona lo que es común de la práctica negocial, pues las partes siempre intentarán reunir la mayor cantidad de información, datos, precisiones, antecedentes o características sobre todas las modalidades que integrarán al futuro contrato. La obtención de un presupuesto, su comparación con otros, son actos perfectamente lícitos, es el juego natural de la oferta y demanda, saludable para el contrato cualquiera fuera su tipo. Si esto sucede y adviene el contrato definitivo, ambas partes estarán conformes en haber logrado el negocio más ventajoso para sus intereses. Dicho de otra manera, habrán satisfecho el fin buscado, a través de la elección del mejor camino que tenían para ello. Esto es así aunque pudieran existir otros proponentes o aceptantes mejores, pues lo realmente importante es el reconocimiento de la libertad de negociar para que de esa forma, quien en definitiva contrate, esté personalmente convencido de haber hecho un negocio conveniente.

El segundo punto que merece ser aclarado es el verdadero alcance de tal libertad. Inmediatamente después del principio aparece el límite: el artículo 991 precisa que durante toda la etapa precontractual existe el deber de obrar conforme la buena fe. Entonces la posibilidad de apartarse de las tratativas emprendidas es válida y no genera responsabilidad, siempre que se actúe conforme el deber general que refiere la norma, modo de obrar que ya era conocido y considerado por la doctrina anterior al Código Civil y Comercial. El Proyecto del año 1998, inspirador de la actual Ley, contenía solo dos artículos sobre el presente tema, uno de ellos dedicado a disponer sobre el deber de obrar de buena fe (artículo 920). En cuanto a la extensión del resarcimiento en los casos en que se comprometa la responsabilidad precontractual de alguna parte, el Proyecto proponía reparar el daño al interés negativo, mientras que el Código Civil y Comercial utiliza una fórmula ambigua que sin dudas deja abierta la posibilidad de reclamos que lo excedan.

Quedamos entonces en que el período precontractual o de tratativas preliminares es aquel que, previo al contrato, culmina con su perfeccionamiento en los términos del artículo 980. Es el lapso comprensivo por la negociación. En la etapa de tratativas preliminares es factible ubicar, a su vez, sub-etapas que si bien pueden caracterizarse y describirse, la mayoría de las veces serán de difícil separación. Esto se debe a que en la práctica negocial los límites de una y otra no resulten tan precisos como en la teoría; no necesariamente a un paso le sigue el otro. Siguiendo a Leiva Fernández, decimos que es posible encontrar dos etapas. La primera iría desde el inicio del contacto hasta la emisión de la oferta. La segunda, comprensiva del período que va entre la oferta y la aceptación. Indica Rovira (2015) que durante las tratativas previas el acento está puesto en el deber de información que las partes se deben, esto es, informar sobre las aptitudes negociales, la experiencia, las obras realizadas, la presencia en el mercado. Nos permitimos situar estos deberes particularmente dentro de la primera etapa, pues resulta fundamental que puedan conocerse por ambos contratantes las condiciones que hacen al futuro contrato, cuáles serán las ventajas o sacrificios a los que tendrán derecho y quedarán obligados. Digamos que hasta resulta básico para poder realizar una oferta seria y vinculante. El deber de información se complementa con otros como ser la cooperación, confidencialidad, secreto, guarda.

En el contrato clásico los deberes inherentes a la buena fe son exigibles en igual medida para ambos contrayentes. En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predisuestas (artículos 984 a 989) y de consumo (artículos 1092 a 1122) la situación es distinta. Si bien no se justifica ni se avala el obrar desaprensivo o descuidado del consumidor, es el proveedor quien debe suministrar la información con que cuenta, en forma detallada y cierta, con todo lo relacionado a aquello que provee y las circunstancias que encierra el negocio. Nótese incluso que las precisiones realizadas a través de la publicidad por medio de anuncios, circulares o cualquier medio de difusión, forma parte del contrato con el consumidor y obligan al oferente (artículo 1103).

## I. 2. Contratos preliminares

Fruto del avance de las negociaciones entabladas es la posibilidad de arribar a contratos preliminares, tratados a partir del artículo 994 del Código Civil y Comercial. No debe confundírsele con el acuerdo parcial del artículo 982. Mientras éste importa la recepción del contrato por etapas y la teoría de la *Punktation* —principio contrario al que contenía el derogado artículo 1148—, el primero refiere a una variante distinta, la del contrato donde se promete celebrar otro definitivo.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield los contratos preliminares o precontratos no eran tratados en forma autónoma. Apenas el artículo 1185 hacía recordar su existencia. Si el contrato que debía ser hecho en escritura pública se hacía mediante instrumento particular firmado, no quedaba concluido como tal pero valía como contrato —o precontrato— en el que las partes asumían la obligación de elevar el negocio a la forma exigida por la ley. La reforma del año 1968, que derogó el “bajo pena de nulidad” del artículo 1184 favoreció notablemente la proliferación de preacuerdos, principalmente a través de la forma de boleto de compraventa.

Como ya lo hacía el Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial regula como especies del contrato preliminar a la promesa de contrato y al contrato por opción. La verdadera ventaja de este tratamiento ha sido la incorporación a la parte general de los contratos de algunos pactos o figuras especiales que hasta no hace mucho eran vinculadas solo para una o algunas especies de contratos. De ahí entonces que puedan proyectarse sus efectos a todos los contratos de la parte especial —o incluso los atípicos—, salvo que se tratare de una promesa de celebrar un contrato para el cual la ley exige una determinada formalidad bajo sanción de nulidad (artículos 969, 996).

Se dedicó a los contratos preliminares tres artículos. El artículo 994 sobre disposiciones generales que necesariamente abarcan a las especies: la promesa de contrato y el contrato por opción. En el texto vigente solo aparecen dos exigencias generales, una *de contenido* y otra *de vigencia*. Esto implicó la eliminación de la tercera condición que contenía su fuente, el artículo 934 del Proyecto de 1998. Allí se indicaba que los contratos preliminares —por ende, la promesa de contratar y el de opción— generaban obligaciones de hacer si el futuro contrato no era de formalidad solemne absoluta. Como veremos más adelante, la exigencia fue acaparada solamente por la promesa de contrato o precontrato (artículo 995) lo que llevaría a pensar que no alcanza a la otra variante, el contrato de opción.

En cuanto a la *exigencia de contenido*, indica la ley que en el precontrato debe existir el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen al contrato futuro definitivo. Tal condición abarca por supuesto a los elementos esenciales generales —consentimiento, objeto, causa—. A modo de ejemplo, en el contrato de compraventa tendremos cumplida la exigencia individualizando el objeto y precio; en la locación, delimitando cosa, canon y plazo.

Pareciera darse por hecho que el contrato preliminar es un instrumento que resulta antecedente *únicamente* del contrato definitivo. No advertimos el inconveniente para que pueda ser antecedente, a su vez, de otro contrato preliminar. El supuesto es difícil de darse pero bien podría suceder que luego del precontrato exista una nueva negociación sobre el mismo futuro negocio definitivo o bien que los propios intervinientes acuerden que en un plazo determinado volverán a negociar sobre aquél, no obstante ya mediar acuerdo sobre los elementos esenciales. Apuntamos esto en razón que el artículo 994 alude a “contrato futuro definitivo” que no es lo mismo a decir “contrato futuro” como lo hacía el artículo 934 del Proyecto de 1998. No pretendemos ver en ello la conformación de un contrato preparatorio o normativo. Mediante estos las partes pueden comprometerse a la observación de determinados parámetros o condiciones en el caso que decidan contratar en un futuro, o lo mismo pero si negocian con terceras personas, pero a diferencia del precontrato, no se obligan a contratar. En efecto, las voluntades aparecen como sujetas a la condición —suspensiva— de *si vuelven a contratar*. La obligatoriedad del contrato normativo solo es eventual, reducida al nuevo contrato que pueda existir entre ellos o entre ellos con un tercero. A diferencia de los preliminares, no existe obligación alguna de contratar, no genera obligaciones de hacer en ese sentido, pero sí obliga a contratar de determinada forma o manera, para el caso que existan futuros contratos.

Señala Rovira (2015) que mientras el artículo 994 refiere a la promesa sinalagmática de contratar, el artículo 995 hace lo propio con la promesa unilateral, visto éste como contrato unilateral. Por lo pronto nos parece que, como venimos diciendo, el primero es una disposición general en la materia y la segunda norma resulta comprensiva tanto de la promesa unilateral aceptada como de las promesas recíprocas de contratar. Nos parece esto lo correcto ya que en caso contrario podría pensarse que, por ejemplo, el plazo de 1 año de vigencia solo comprende a la promesa sinalagmática, cuando en realidad comprende los dos supuestos. Insistimos, el artículo 994 es una disposición general y comprensiva por ello de todos los supuestos de contratos preliminares: la promesa de contratar (unilateral y bilateral) y el de opción.

La segunda condición es lo que llamamos *exigencia de vigencia*. La ley fija el plazo máximo de validez en un 1 año. La práctica negocial demuestra que los precontratos siempre contienen un plazo en el que debe conformarse el definitivo. El paradigma típico de los acuerdos preliminares lo conforma el boleto de compraventa, instrumento que con seguridad contendrá la obligación de escriturar en determinado plazo (30, 45 o 60 días, etc.), es decir, dar cumplimiento a la forma exigida por la ley (artículo 1017 inciso a). Rara vez enseñan un plazo tan extenso como 1 año. En este caso deberá estarse al menor que fijen las partes. El término legal es de caducidad.

Puede pensarse sin embargo que, excepcionalmente, algún contrato sea de una complejidad tal que el plazo de 1 año resulte exiguo. La norma expresamente permite su renovación —en este caso o en cualquier otro, vale aclarar—. Nos permitimos aclarar que aunque la autorización refiera la posibilidad de renovación “a su vencimiento” va de suyo que podría pactarse aquella antes que el mismo suceda, de modo que el lapso de vigencia sea corrido. Pareciera que la intensión del legislador ha sido excluir la posibilidad de acordar la renovación automática desde un comienzo.

### *1.2.a. La promesa de contratar*

La promesa de contratación es el primero de los pactos preliminares. Dijimos que tradicionalmente el precontrato aparece ligado al contrato de compraventa, siendo prácticamente desconocido para otro tipo de vínculos. No obstante ello y atento el modo en que ha sido regulado, su onda expansiva llega a todos los acuerdos con el único límite de la forma solemne. Podrá hablarse entonces de boletos de toda clase, no solo de compraventa (ej.: boletos de depósito o mutuo). La eliminación de los contratos reales favorece este efecto. Sin embargo, la promesa de contrato no es admisible cuando se exige que la manifestación de voluntad cumpla con una forma determinada bajo sanción de nulidad. La solución tiene por fin evitar que mediante un simple acuerdo privado se incumpla la forma prevista cuando ésta deviene indisponible. Según el artículo 1552 (ex artículo 1810 del Código de Vélez) deben ser hechos en escritura pública bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, muebles registrables y rentas periódicas o vitalicias. La interpretación de la norma conforme lo exige el artículo 969 conlleva la imposibilidad de realizar “boletos de donación”.

Insistimos en que la promesa de contrato de ninguna manera puede identificársela con el contrato normativo, por cuanto aquella implica la obligación de celebrar un futuro contrato. Al compromiso asumido se aplican por defecto el régimen de las obligaciones de hacer (artículos 773 y ss.). Misma consecuencia establecía el derogado artículo 1187 del Código Civil.

La promesa de contratar se encuentra regulada como un supuesto de contrato preliminar, comprensivo tanto de la promesa unilateral como de la bilateral. Creemos que ninguna de las posibilidades puede excluirse, la redacción del artículo 995 es clara y no deja lugar a lecturas restrictivas. En la primera de las variantes —la *promesa unilateral*—, una parte se obliga a celebrar un contrato con otra, quien por su parte no se obliga a contratar ya mismo si no que, sin olvidar que nos encontramos todavía dentro de la etapa precontractual, solo cabría exigirle la respuesta de recepción y “compromiso de estudio” de aquella, conforme deber de buena fe que debe imperar en todas las preliminares. La obligación unilateralmente asumida implica necesariamente un avance más o menos importante de las tratativas contractuales; es difícil pensar un supuesto en el que el compromiso unilateral devenga espontáneamente sin ser fruto de negociación previa —en contratos paritarios, por supuesto—. Esta promesa no

puede identificarse con la oferta irrevocable (artículo 974): ésta no tiene por fin constituir un contrato preliminar sino el definitivo directamente; en el mejor de los casos la promesa busca la aceptación de la otra parte para lograr el precontrato. La oferta debe efectuarse con las precisiones necesarias para establecer los efectos que ha de producir si es aceptada, mientras que la promesa unilateral debe reunir los elementos esenciales particulares que identifiquen al futuro contrato. La aceptación de la promesa hace exigible, por cualquiera de las partes, la confección del contrato definitivo.

La promesa bilateral se traduce en un verdadero acuerdo en donde ambas partes se obligan a celebrar un contrato futuro definitivo, identificando sus elementos básicos (artículo 994). El artículo 995 pretende regular —sin decirlo expresamente— el boleto de compraventa, precontrato por excelencia, profundamente arraigado a la práctica en las transacciones inmobiliarias y automotrices. Dicha norma se encuentra prácticamente en soledad habida cuenta que los artículos 1170 y 1171, sin perjuicio del título dado a la sección —*Boleto de Compraventa*—, hacen referencia a algunas de las consecuencias que el acuerdo puede entrañar, como ser la prioridad del comprador por boleto y de buena fe frente a algunos terceros y la oponibilidad del instrumento en caso de concurso o quiebra del vendedor, soluciones todas que en mayor medida tienden a tutelar al adquirente que pagó parte del precio y se le hizo tradición, pero no a regular la institución en lo que se refiere a sus efectos propios. Conforme el reenvío a las obligaciones de hacer y los claros términos del artículo 1018 —norma de marcado acento procesal, ver sino lo dispuesto por los artículos 512 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 510 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, entre muchos otros—, el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el preacuerdo faculta al cumplidor a exigir del otro el otorgamiento debido. Si éste resultó condenado a hacerlo y aún así es remiso, puede el Juez hacerlo en su representación y a su costa.

Evitamos entrar a considerar la naturaleza del boleto de compraventa, en razón que tornaría demasiado extenso al presente trabajo. Sin embargo no queremos dejar pasar la oportunidad de avalar el razonar expuesto por López de Zavalía, citado por Lorenzetti (2004), en cuanto a su naturaleza bifronte. Agregamos que es posible dar un doble enfoque: por un lado, las partes entienden que el boleto es *un contrato definitivo* y así lo quieren, pero será *precontrato* por su eficacia, ya que carece de la forma exigida por la ley, no obstante los efectos que la misma ley le otorga.

Aclaremos una vez más que las promesas del artículo 995 resultan aplicables a todos los tipos contractuales, aunque pueda generar alguna duda la utilidad práctica que aquellas puedan tener.

### *1.2.b. El contrato por opción*

La concesión de una opción a través de un contrato ha sido novedosamente tratada en el artículo 996 del Código Civil y Comercial, como una especie de contrato preliminar. Es aquel por el cual se confiere la opción de concluir un contrato definitivo, otorgando al beneficiario —de la opción— el derecho irrevocable de aceptarlo. Y en lo que respecta a este tema implica una innovación respecto del Código Civil de Vélez Sarsfield, en la medida que si bien no se encontraba prohibida tampoco había tenido reglamento especial. Tradicionalmente se vincula la opción con el contrato de *leasing*, vínculo que permaneció con el carácter de atípico hasta la sanción de la ley 25.248, que en la mismísima conceptualización hacía referencia al otorgamiento de una *opción* de compra; más adelante, también reguló el modo de ejercicio. Mismas previsiones integran hoy los vigentes artículos 1227 y 1240 del Código Civil y Comercial.

El antecedente directo de la actual norma es el artículo 936 del Proyecto de 1998, de mismo espíritu pero distinta redacción, que en honor a la verdad resultaba bastante más claro y expositivo que el vigente. En efecto, decía que “el contrato de opción obliga a las partes a celebrar un futuro contrato mediante el otorgamiento irrevocable por una o varias, a la una u otras, individual o colectivamente, de la facultad de requerir su conclusión. La opción puede ser gratuita u onerosa, y es transmisible a un tercero si así se lo estipula o ello resulta de los usos. El requerimiento del beneficiario se rige por las reglas y tiene los efectos de la aceptación respecto del futuro contrato”.

Su inclusión como especie de contrato preliminar puede generar, sin embargo, alguna confusión. Pareciera ser que en el marco de la negociación y prosiguiendo con el avance de las tratativas prelimi-

nares las partes celebran preacuerdos o precontratos donde se confieren opciones irrevocables que una vez ejercidas perfeccionan el contrato definitivo. Bueno, no es ello lo que sucede y al ejemplo del *leasing* nos remitimos. De ninguna manera podría concebirse al *leasing* como precontrato cuando precisamente, en la medida que reúna los elementos esenciales generales y particulares del tipo legal, la situación de hecho queda subsumida en la de derecho. El *leasing* es un contrato definitivo y concluido como cualquier otro que se caracteriza por contener una opción de compra a favor del tenedor de la cosa. El aparente contrato definitivo —la compra— tiene su fuente en la opción que podrá ejercer el tomador una vez satisfecha una parte proporcional del canon estipulado (en principio 3/4 partes).

La ventaja —decimos nuevamente— radica en haber concebido a la opción como variante de acuerdo que puede expandirse a todos los contratos especiales. Dado su tratamiento como especie de contrato preliminar debe cumplirse con las exigencias generales del artículo 994, que más arriba denominamos de contenido y de vigencia. En la obra de Lafaille (2009), actualizada por Bueres y Mayo, se contempla a la opción como un supuesto de conexidad contractual.

La opción constituye en sí misma un pacto dentro de otro. Se traduce en un deber de ofrecer y una facultad de aceptar. Conviene hacer hincapié en esto último, en la idea de *facultad*, pues ayudará a entender el modo de ejercicio del pacto.

En cuanto a sus caracteres, la opción puede convenirse en forma *gratuita* y desinteresada, independiente de cualquier otra prestación o bien, en forma *onerosa* a cambio de un precio que se suma a lo que se haya abonado en el contrato base. Será *unilateral* o *bilateral* —incluso plurilateral— dependiendo si se confiere como facultad de una o ambas partes. Asumirá el carácter de *legal* si es la propia Ley quien la toma como elemento tipificante del contrato —ej. *leasing*— o bien *convencional* si las partes lo acuerdan para cualquier otro contrato especial —ej. compraventa, cesión, etc.—.

El Código Civil y Comercial cambia la regla con relación a su antecedente, el artículo 936 del Proyecto de 1998. Ahora se establece su intransmisibilidad, salvo pacto en contrario.

### *1.2.c. Pacto de preferencia*

El Código Civil y Comercial dedica la última sección del capítulo Tercero —formación del consentimiento— al pacto de preferencia y al contrato sujeto a conformidad. De manera obvia, entonces, dejamos de referirnos ya a los supuestos de contratos preliminares, abordados en la sección 4<sup>o</sup>. Esta es la primera distinción que debemos efectuar con los temas hasta aquí desarrollados. El pacto de preferencia no forma parte de las preliminares de otro contrato ni puede concebirse como contrato preparatorio, pues el mismo pacto se formaliza, sea en forma principal o accesorio, en un contrato definitivo. Como vimos, el precontrato obliga a hacer uno futuro; el pacto de preferencia otorga solo una facultad u opción —depende como quiera verse— para la eventual formación de un contrato ulterior, que podrá o no llevarse a cabo, circunstancia que no quita vigencia ni eficacia al pacto de preferencia.

Esta figura es tradicionalmente conocida entre nosotros como uno de los pactos que podían introducirse en el contrato de compraventa. Así lo trató Vélez Sarsfield en los artículos 1368 y 1392 a 1396 del Código Civil. La ley vigente también lo ha reconocido como pacto ligado a la compraventa —artículo 1165— y novedosamente, al contrato de suministro —artículo 1182—. No obstante ello y a partir de lo dispuesto en el artículo 997, este pacto será de aplicación probable para todos los tipos contractuales. Por la naturaleza del instituto se nos ocurre que puede ser de particular aplicación en el contrato de locación de cosas, en particular de inmuebles.

Por medio del presente pacto, una de las partes de un contrato definitivo se reserva un derecho de ofrecimiento de la cosa que conforma su objeto, para el supuesto que la otra parte decida, en un futuro, enajenarla. La visión que brinda el artículo 997 es la otra cara de la misma moneda. El enfoque está dado desde el lado del concedente del derecho, para quien el pacto se traduce en una obligación de hacer, consistente en celebrar un contrato con el titular del derecho de preferencia, o por lo menos, de ofrecer a hacerlo con él. Por ello es dable distinguir que el pacto no es tanto una obligación de con-

tratar sino como una obligación de ofrecer. Esta última carga es lo que realmente caracteriza al pacto. Más allá de la prevalencia que una de las partes se pueda haber reservado, el concedente no estará obligado a contratar con aquél si por lo menos no le ofrece condiciones semejantes a otro interesado que el concedente pudiera tener. Es esta la razón de porque al pacto se lo denomina *de preferencia* —o de “tanteo”— y no *de exclusividad*. Cumple con su obligación quien otorga el pacto haciendo saber al beneficiario, a través de un modo fehaciente, alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) Solo su voluntad de enajenar si no tuviera ofertas por la cosa.
- 2) Su voluntad de enajenar, la/s oferta/s que tuviere y condición/es de la/s misma/s.

En el primer caso puede suceder que el pacto en los hechos se asimile a una obligación de enajenar a persona determinada. Esto es así solo en parte. El titular del pacto podrá resultar adquirente de la cosa solo porque hace uso de la preferencia que se ha reservado en su favor, favorecida por la ausencia de otras ofertas mejores a la suya. Por otro lado no existe obligación directa de enajenar pues el ejercicio del pacto siempre se supedita a la voluntad exclusiva del actual titular de la cosa, pues existe obligación solo cuando la parte *decide celebrar un futuro contrato*. Esto puede no ocurrir nunca y por ende, puede que nunca se ejerza la preferencia.

La situación más interesante se produce en el caso del inciso 2) pues ahí puede apreciarse que se trata de preferencia y no de exclusividad. Ante la decisión de celebrar un futuro contrato y aparición de oferentes —cosa que podría suceder al revés, esto es, la decisión de contratar a partir de una oferta previa que lo determine a hacerlo—, el concedente debe comunicar al titular del derecho en qué consisten las condiciones del nuevo contrato, dándole oportunidad para que pueda igualarlas. Si logra emparejar el escenario del oferente que haya aparecido, entonces es preferido. Pierde el derecho de ejercer la preferencia en el caso que no se expida en tiempo y forma o bien cuando no logra equipar al nuevo oferente. En este caso, quien ha decidido contratar no se encuentra obligado a hacerlo con el preferente pese a todo, descartando la mejor oferta recibida. En todo caso, buena fe mediante, deberá comunicar nuevamente que su propuesta no alcanza objetivamente a superar a la de su actual oferente.

El deber de “primer ofrecimiento” o “deber de ofrecer primero” es solo ficticio. Puede suceder que la voluntad de contratar no se haya notificado aun al beneficiario y en ese tiempo se recibiese alguna oferta. Caemos en la situación planteada en el caso 2). La parte cumple igualmente la obligación a su cargo, dando a conocer al titular de la preferencia su decisión y condiciones de la oferta. No ha habido primer ofrecimiento, sin embargo no puede caber duda que se cumplió con el compromiso asumido, dando la posibilidad de ofrecer e igualar ventajas.

Según el artículo 1394 del Código Civil de Vélez Sarsfield, si el comprador vendía luego la cosa sin hacer saber la preferencia a su original vendedor, el negocio celebrado era válido pero debía indemnizarse a éste todo el perjuicio que le resultare. En el nuevo régimen no existe una norma semejante. No obstante lo cual, creemos que conforme lo dispone el artículo 1166, si el pacto es agregado a la compraventa de bienes registrables, el mismo debe anotarse en el registro. Si así no se hiciera, resulta inoponible a terceros interesados, salvo que de otro modo hubieran tomado conocimiento de aquél. Si la consecuencia es la inoponibilidad por falta de inscripción/publicidad, entonces la enajenación que se haga a terceros es válida para ellos, sin perjuicio de la responsabilidad del vendedor para con el titular de la preferencia. En sentido contrario, si el pacto obraba inscripto es al preferente no anoticiado a quien la futura venta le resulta inoponible. Si las cosas vendidas son muebles que no sean registrables, el pacto no será oponible a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. La solución en este caso debiera ser similar a la que regulaba el artículo 1397 de Vélez Sarsfield.

Dado la ubicación que se ha dado a este pacto —parte general de los contratos— puede utilizarse en todos los convenios en los que pueda resultar útil. Tanto en acuerdos bilaterales como unilaterales. Quizá en estos últimos incluso tengan mayor razón de ser. Supongamos la posibilidad del donante que, no obstante el valor afectivo que tenía por la cosa donada, igualmente decidió transferirla al donatario. Podría entonces mejor que nadie reservarse el derecho a ser preferido si aquél decide enajenarla en un futuro.

Se trata de un tipo de pacto supeditado siempre a condición, cuyo hecho futuro e incierto consiste en la eventual voluntad de una parte de celebrar un contrato futuro. Según lo dispuesto por el propio Código Civil y Comercial al tratar la compraventa (artículo 1165), si el pacto se inserta en ese contrato, se aplicarán las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria.

Hay otras notorias diferencias entre la regulación del pacto dada en la parte general y en la especial de los contratos. Se dispone como principio que los derechos y obligaciones que surgen del pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen. Pero si se pacta en un contrato de compraventa se entiende que es un derecho personal y no puede cederse ni pasa a los herederos. Creemos que puede pactarse el carácter personalísimo del derecho. Esta opción justificaría la aparición del pacto en contratos en donde la reserva del derecho es tanto o más personal que en la compraventa. Nótese los casos donde se pacte la preferencia a favor de un inquilino o arrendatario, de un empresario que ha realizado una obra muy significativa para él o el del propio donante al que ya hemos aludido.

A su vez, queremos resaltar la posibilidad que el pacto se realice en forma gratuita u onerosa. Lo primero sucederá si ninguna contraprestación se recibe a cambio de otorgar el derecho a ser preferido. Será oneroso, lisa y llanamente, si se entrega algo a cambio con el fin de obtener la preferencia. Así puede ser que, por ejemplo, al precio de la compraventa se le adicione una suma “por preferir”.

#### *I. 2. d. Contrato sujeto a conformidad*

Se cierra el capítulo dedicado a la formación del consentimiento con una norma destinada a los contratos sujetos a conformidad, aunque técnicamente debemos reconocer que el consentimiento como tal, en el sentido que refiere el artículo 971, se ha conformado antes. En todo caso y como bien lo da a entender el nombre asignado a la presente figura, se trata de un contrato “sujeto a”. Rápidamente confluyen las ideas sobre condiciones suspensivas o resolutorias que serán las que en definitiva impondrán en este tipo de contrato pues, la conformidad a obtener funciona como una especie de condición.

No obstante que hasta el presente se trata de un género de contrato que no había tenido regulación positiva, su utilización ha tenido igualmente fuerte arraigo. En general se los conoce como *contratos ad referendum*. Se trata de un contrato definitivo, aunque sujeto a condición; no es un contrato preliminar, puesto que no obliga a las partes a celebrar uno futuro. Tampoco es una variante de contrato a nombre de tercero, o del hecho del tercero o a favor de tercero. En el contrato sujeto a conformidad los efectos son entre partes y ningún tercero se incorpora a la relación original, más allá que en algunos casos, la autorización dependa de un tercero.

No obstante el estrecho vínculo con la condición suspensiva, lo cierto es que bajo el nombre de contrato sujeto a conformidad no debieran incluirse cualquier tipo de acuerdo subordinado a un evento futuro e incierto. La intención del legislador ha sido la de incluir solo aquellos casos en los que el contrato se encuentre sujeto a una conformidad o a una autorización especial. No son casos de contratos sujetos a conformidad aquellos, por ejemplo, en los que se supedite la contratación al levantamiento de medidas cautelares o al desistimiento del concurso preventivo de una de las partes. Prototipos de este género de contratos se encuentran en las variantes que expresamente contempla la ley en el artículo 1160 para las compraventas hechas bajo condición suspensiva: compraventas “ad gustum” o “a satisfacción del comprador”. Podrían funcionar también en los supuestos de los artículos 185 y 186 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, que aunque exigen la previa autorización judicial, nada impide que entre partes se conforme un contrato bajo la modalidad “ad referendum”.

## **II. Conclusiones**

La trascendencia de la reforma se evidencia a través de la incorporación a la parte general de los contratos de situaciones vinculadas a algún tipo contractual en particular.

Cuando dos declaraciones de voluntad, que parten de sujetos diversos, se dirigen hacia un fin común y se unen, en torno a un objeto con apreciación pecuniaria y una causa lícita, afirmamos la existencia de consentimiento y seguramente también de contrato. De acuerdo con lo establecido por

el artículo 972, la oferta debe ser dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.

Con la denominación de “tratativas contractuales” la ley designa a toda la etapa previa a la formación del consentimiento, tradicionalmente conocida como etapa precontractual, lapso de tiempo que reúne el conjunto de actos negociales, de intercambio de información y pareceres sobre un vínculo especial, y que tiene como fin último la conclusión del acuerdo respecto del negocio pensado.

El deber de información inherente a la etapa precontractual se complementa con otros como ser la cooperación, confidencialidad, secreto, guarda.

Como ya lo hacía el Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial regula como especies del contrato preliminar a la promesa de contrato y al contrato por opción. En el texto vigente solo aparecen dos exigencias generales, una *de contenido* y otra *de vigencia*.

La promesa de contrato no es admisible cuando se exige que la manifestación de voluntad cumpla con una forma determinada bajo sanción de nulidad.

Es contrato por opción aquel por el cual se confiere la expectativa de concluir un contrato definitivo, otorgando al beneficiario —de la opción— el derecho irrevocable de aceptarlo.

El pacto de preferencia no forma parte de las preliminares de otro contrato ni puede concebirse como contrato preparatorio, pues el mismo pacto se formaliza, sea en forma principal o accesorio, en un contrato definitivo.

Bajo el nombre de contrato sujeto a conformidad no debieran incluirse cualquier tipo de acuerdo subordinado a un evento futuro e incierto. La intención del legislador ha sido la de incluir solo aquellos casos en los que el contrato se encuentre sujeto a una conformidad o a una autorización especial.

### III. Bibliografía

ALTERINI, Jorge Horacio (Dir. Gral.) y LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. (Dir. del Tomo) (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tratado Exegético. Buenos Aires: La Ley, tomo V.

HERSALIS, Marcelo (2015). “Responsabilidad precontractual. Algunas pautas”, EN: *RCyS*, 2015-IV, 24.

LAFAILLE, Héctor; BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A. (2009). *Derecho Civil. Contrato*. 2da. ed. Buenos Aires: La Ley - Ediar, tomo I.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (1998). “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, EN: *La Ley* 1998-D, 1229.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2004). *Tratado de los Contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

ROVIRA, Alfredo L. (2015). “Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código”, EN: *La Ley* 28/05/2015, 1.

TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo (2004). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. Buenos Aires: La Ley.