

Comisión nº 4, Contratos: “Formación progresiva del contrato tratativas y pactos preliminares”

TRATATIVAS PRELIMINARES EN LA FORMACION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INMOBILIARIA

Autor: Maria T. Acquarone*

Resumen:

La trama de relaciones previas a la contratación debe requerir seriedad y realizarse de buena fe porque aun cuando no se entrecruce el consentimiento de las partes con efecto vinculante puede producir efectos jurídicos

La reserva de compra de un inmueble tiene la naturaleza de una oferta, va a depender del contenido y del contexto para que engendre efectos vinculantes

La opción de compra irrevocable es cuando el propietario concede en forma irrevocable al beneficiario el derecho a comprar durante un lapso de tiempo en el cual se compromete a mantener la oferta, y se debe hacer por un determinado plazo. El promotor aceptará el mantenimiento de la oferta formulando así un contrato de opción, que se calificaría como preparatorio en los terminos de los artículo 994.a 996 del Código Civil y Comercial

El boleto de compraventa inmobiliario es un contrato de compraventa (art 1123 del CCC) definitivo y concluido al que le falta cumplir con una formalidad (art 969 y por lo tanto se lo excluye de la calificación de preliminar

1. Introducción.

1. 1. Reserva de compra.

Modernamente podríamos decir que una de las clasificaciones más importantes en materia contractual es la de contratos discrecionales o contratos por adhesión.

Los primeros se caracterizan por la profusa trama de tratativas preliminares ya que las partes negocian las cláusulas que son las condiciones sobre las que se va a efectuar la contratación. Muchas veces el periodo precontractual es muy prolongado y en mas de una oportunidad cuando después de estas tratativas no se llega a formular o formar el contrato, la que produce la ruptura podría estar obligada a indemnizar a la otra por los perjuicios que su ruptura le ha producido . Esto ha ocasionado un debate doctrinario entre Rudolf Von Ihering y Gabrielle Faggella,¹ en que se discute si la obligación de indemnizar corresponde a una acción contractual o extracontractual. Actualmente los

* Profesora titular de Derecho Notarial Registral E Inmobiliario, Facultad De Derecho Universidad de Buenos Aires.

¹ NICOLAU, Noemi Lidia “Fundamentos del derecho contractual Tomo 1 editorial La Ley pag 122 Buenos Aires 2009

modernos códigos han legislado sobre el tema y esta en las normas proyectadas de 1998 y en el actual Proyecto de Código Civil y Comercial para la Nación artículos 990 a 996.

En el caso de la compraventa inmobiliaria cuando una persona está interesada en la compra de una propiedad cuya oferta en venta fue encargada a un intermediario, efectúa una entrega de dinero al corredor en carácter de “**reserva de compra**”. Este acto, también preliminar, constituye una verdadera oferta de contrato de compraventa, del tipo de oferta de contrato entre ausentes, dirigida a persona determinada, el propietario del inmueble. En este acto participan el interesado en comprar y el intermediario, quien acepta la reserva ad referendum del propietario, o sea supeditada a que éste la acepte, y en ese caso queda perfeccionada la compraventa. Corresponde preguntarse qué puede suceder con las personas que con el deseo de iniciar/cerrar un acuerdo, no se encuentran presentes en el momento mismo de la celebración de contrato, como ocurre con las operaciones celebradas a través de corredores inmobiliarios. Varias son las preocupaciones que han atendido a la doctrina especializada en torno a esto último, ya que las dudas que plantea el tipo de ley aplicable al contrato; o la pregunta sobre el momento en que debe de considerarse exacto el inicio del mismo para el computo de los plazos ciertos y determinados; o la posibilidad de la aceptación o retractación de la oferta; o la pregunta sobre la jurisdicción aplicable ante un posible conflicto entre otras²

De manera que si las partes no están presentes en mismo tiempo y espacio, pueden intercambiar sus declaraciones recurriendo a distintos y disímiles medios. Es así que en el Código Civil derogado se aplicaban cuatro teorías, concordando en que la teoría de la información y de la declaración son teorías extremas, mientras que las teorías de la emisión y de la recepción son teorías intermedias³: El actual ordenamiento del Código Civil y Comercial adopta la teoría de la recepción lo que simplifica la interpretación..

La oferta de compra se hará variando el precio, exteriorizado en la autorización de venta al intermediario o corredor generalmente ofreciendo uno menor, o variando las condiciones, es decir introduciendo algunas modificaciones a las estipuladas en la autorización,.

Asimismo, la reserva también hace de recibo de las sumas entregadas al intermediario, garantía de la seriedad de la oferta. Todas las reservas tienen un plazo, de mantenimiento de la oferta. Antes de su vencimiento deberá suscribirse el boleto de compraventa, o firmarse la escritura traslativa del dominio y en caso de no poder llevarse a cabo por no aceptar la oferta o por culpa del propietario, las sumas deberán ser devueltas al interesado. Es de destacar, que durante el plazo de vigencia de una reserva, el intermediario debe notificar al propietario y abstenerse de ofrecer en venta el inmueble, hasta tanto el propietario no tome una decisión respecto de la reserva efectuada.

Procede la devolución de la reserva cuando la operación no llega a concertarse por causas ajenas al comprador. Podría ser, porque la reserva fue efectuada ad referendum y el propietario no acepta ésta contraoferta, porque el propietario decide sacar el inmueble de la venta o porque no se cumplió la condición a la cual estaba subordinada, entre innumerables supuestos que podrían darse. Vencida la reserva o

² Jorge MOSSET ITURRASPE, Contratos, Rubinzal Culzoni, Santa FE, 1998, p. 127.

³ Cfr. Alberto Gaspar SPOTA, Contratos- Instituciones de derecho civil, T° I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 535; Jorge MOSSET ITURRASPE, ob. cit, p. 128.

ante el fracaso de la operación, el corredor deberá restituir las sumas que detenta en su poder efectuada en concepto de reserva, ya que de lo contrario incurriría en retención indebida.

1. 2. Oferta.

La oferta es un acto jurídico unilateral destinado a integrarse en un contrato, constituido por una expresión de voluntad que se postula como penúltima⁴. Hay oferta cuando el contrato puede quedar perfeccionado con la sola aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva manifestación del primero⁵.

Entre los contratos discrecionales con tratativas preliminares, encontramos varios actos jurídicos que revisten las características de la oferta, por ejemplo la reserva de compra que analizamos en este capítulo o la opción de compra que analizaremos más adelante.

El análisis de la oferta cobra virtualidad en el caso de los contratos entre ausentes. El momento en que la misma queda perfeccionada, o sea, aceptada como “oferta” y no la aceptación del contenido de la misma, es cuando la persona a quien está dirigida la recibe y a partir de ese momento podrá aceptarla o no. En la actual normativa no hay duda del momento en que queda perfeccionado ya que adopta la teoría de la recepción. Lo único que cabe en este caso es interpretar como se prueba el conocimiento por parte del oferente, coincidiendo gran parte de la doctrina que para los actos registrables es la inscripción en el Registro Público que corresponde al bien de que se trate.

La oferta, para que sea considerada tal, debe cumplir determinados requisitos, (i) completa; (ii) para un contrato determinado; (iii) seria y (iv) estar dirigida a persona determinada, que a continuación analizamos. De no contener alguno de ellos la formulación no será una oferta, sino que será una invitación a ofertar⁶.

Debe ser completa, esto quiere decir, que debe contener todos los requisitos del contrato que se ofrece celebrar, de manera que la sola aceptación de la misma en las condiciones estipuladas perfecciona el contrato. En caso que no se produzca la aceptación, sino que a la oferta realizada se le efectúen modificaciones, importará la propuesta de un nuevo contrato.

La forma de la oferta debe ser sobre un contrato determinado y cumplir con las mismas solemnidades que el acto que se ofrece celebrar. Es por ello que la oferta de boleto de compraventa puede ser por instrumento privado, pero la oferta de donación indefectiblemente debe ser por escritura pública.

La oferta debe ser seria y comprometer al ofertante. No puede ser vaga o efectuada en broma. Su declaración debe ser tal que no de lugar a equivocaciones, su emisor efectivamente tiene intenciones de contratar. Este requisito no debe confundirse con la posibilidad de retractarse de la oferta, facultad que el Código Civil y Comercial (art 975 CCC) reconoce al ofertante mientras no la haya recibido el destinatario .

Si se fija un plazo de vigencia de la oferta (art. 974), la misma mantendrá su vigencia hasta la expiración del plazo.

⁴ Lopez de Zavalía “ Teoría de los Contratos” Tomo 1. Ed. Bs As 1997. Ed Zavalía. pag. 180

⁵ STIGLITZ, Rubén: Contratos civiles y comerciales. Parte General I, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998 p. 189.

⁶ Lopez de Zavalía, Fernando J. Ob Cit. Pag 183

La oferta para ser tal debe estar dirigida a persona o personas determinadas, es por ello que se califica como acto jurídico unilateral y recepticio. La oferta a personas indeterminadas o al público en general no configura oferta en los términos del Código Velezano ni en el Código Civil y Comercial. Sin embargo, estas últimas configuran ofertas vinculantes en el contrato de consumo

Analizando la nueva normativa en el Código Civil y Comercial similar a la anterior ley de defensa del consumidor, ésta ofrece otra concepción de la oferta (Art 1100 a 1103 CCC, donde no se cumpliría con la exigencia de persona determinada a quien esté dirigida, y sin embargo la sigue calificando de oferta.

El art 1103 establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

1.3.Oferta de venta con plazo de vigencia. Contrato de opción

Para poder llevar adelante un emprendimiento inmobiliario, el promotor que encontró un terreno apto para el desarrollo, debe asegurarse que el propietario lo mantendrá en venta en determinadas condiciones y en determinado precio. Para estos casos se utiliza, dentro de los contratos preliminares, la figura de la Opción irrevocable de venta. Como vimos, es posible mantener la vigencia de la oferta, siempre que se haga por un determinado plazo. El promotor aceptará la obligación del propietario de mantenerse en la oferta y aprovechará este tiempo para reunir a los inversores y demás factores para la obra.

La opción de compra es, entonces, el derecho irrevocable del comprador de aceptar la oferta de venta efectuada por un plazo determinado por el propietario Debemos analizar la naturaleza jurídica de la oferta con plazo de vigencia y el contrato de opción.

La mera oferta a plazo, es un acto jurídico unilateral, ya que contiene la voluntad contractual de una sola de las partes. Por otra parte,, el contrato de opción es un acto jurídico bilateral.

Como señaláramos, la mera oferta a plazo pueda ser aceptada durante el plazo de vigencia. Una vez recibida la aceptación por el oferente queda concluido el contrato. La oferta se considera con un plazo de vigencia, cuando el ofertante se obliga a mantenerse en la misma por un término.

Si el oferente se obligara a mantenerse en la oferta sin establecer un plazo, esta manifestación por su parte, es retractable, es decir el oferente puede retractarse de la obligación de mantenerse en la oferta, a menos que haya sido aceptada el mantenimiento. Ello conforme lo dispuesto por el artículo 947 CCC que dispone que la renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros,

Debemos distinguir la aceptación de la oferta, de la aceptación de la obligación de mantenerse en la oferta por un plazo. La primera la efectúa el destinatario, y perfecciona el contrato propuesto. La segunda concluye un contrato de opción que otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptar el contrato definitivo, en este punto es un acto bilateral, no en el contenido de la oferta, sino la oferta y aceptación del mantenimiento de la oferta o derecho irrevocable de aceptación de la misma.

Debemos señalar, que la obligación asumida por el propietario es a favor del destinatario de la oferta, de quien dependerá que la contratación se lleve a cabo. Es por ello que para que no configure una restricción ilimitada a la libertad, el derecho irrevocable de aceptar la oferta debe tener un plazo. El Código Civil y Comercial establece un límite en el artículo 994 de un año.

La sanción por el incumplimiento de esta obligación de mantenerse en la oferta, por ejemplo, durante el plazo de vigencia de la oferta el propietario vende el inmueble, redundará en un resarcimiento económico ya que el acto celebrado no otorga derecho a escrituración. Vale decir, que el contrato de opción no otorga a su destinatario acción de escrituración, o no permite efectuar tercería de mejor derecho, ya que no constituye un contrato definitivo concluido. No obstante, el carácter de bilateral de la opción permite que el beneficiario de la misma, en caso de haber desplegado cierta actividad en virtud de ella, ejerza una acción de daños y perjuicios contra el propietario por el tiempo perdido, además de los gastos en que incurrió teniendo en miras la oferta efectuada. Para Rivera la indemnización es plena porque el Código Civ y Com. a diferencia del Proyecto de 1998 no limita la responsabilidad precontractual al interés negativo (que era lo que sostenía la jurisprudencia) ⁷ y el principio general en materia de responsabilidad es que la indemnización es plena

Lorenzetti denomina a este contrato como promesa unilateral de vender, donde la otra parte se obliga a estudiar si acepta o no la venta. También señala que existen dos posturas respecto de naturaleza de las opciones. La primera sostiene que es un contrato preliminar a la compraventa, de manera que la aceptación de la opción equivale a asumir la obligación de celebrar el contrato aceptado. Si la promesa unilateral de venta es aceptada, no queda concluida una compraventa, sino que es necesaria una nueva declaración de venta y aceptación, o sea la celebración del contrato definitivo. Aunque existen indubitables relaciones entre el contrato definitivo y el de opción pero ello no supone que uno suplanta al otro. La segunda postura, hoy mayoritaria, sostiene que se produce una transformación, porque cuando el promitente expresa su voluntad de aprovecharse de la promesa, por ese solo hecho promete comprar, con lo que la promesa unilateral se transforma en bilateral, y, equivaliendo la bilateral a la compraventa, surgen los efectos propios de ésta⁸.

Enrolados en la postura mayoritaria, cuando se habla de opciones nos encontramos dentro del marco contractual. El derecho de opción no es autónomo ni un acto preliminar, sino que es una cualidad inmersa en un contrato determinado. De esto deriva que este derecho no se pueda ceder de forma autónoma, sin ceder el contrato en el que se encuentra.

La opción de compra dentro del campo obligacional es un pacto que se desarrolla el marco de un contrato de compraventa. La compraventa queda sujeta a una condición suspensiva del ejercicio efectivo de la concesión. O sea, aceptada la opción de compra, se perfecciona el contrato de compraventa, sin necesidad de una nueva manifestación de las partes, porque los elementos constitutivos del contrato están inmersos en la opción. Si el destinatario de la oferta cumple con los requisitos definidos en la opción, el concedente no podrá legítimamente oponerse a dicha adquisición.

⁷ RIVERA Julio Cesar Código Civil y Comercial comentado

⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis “Tratado de los Contratos” Tomo I. pag 326

Desde que se concedió la opción de compra, existe un vínculo contractual entre las partes, que se verá postergado hasta el efectivo ejercicio de la opción. Mientras tanto para el propietario la compraventa es firme y obligatoria, y para el optante aún no lo es. Sin embargo, los efectos del contrato de compraventa, surten efectos sólo desde el momento en que la opción es ejercida, y consecuentemente opera la producción de los efectos propios del contrato.

Lo que caracteriza a la opción es que concede al optante la facultad de desplegar los efectos del contrato. El contrato está sujeto a la voluntad del optante, quien ejerciendo su derecho lo perfecciona. Al estar supeditado a la voluntad de una de las partes contractuales, el derecho del concedente no puede verse ilimitadamente restringido, por eso resulta ser una característica necesaria establecer un plazo del derecho de opción. Dentro de este plazo el concedente se obliga a no modificar las condiciones contractuales.⁹

La opción ejercida consolida el contrato, de modo que incumplimiento permite solicitar la ejecución de las obligaciones del contrato definitivo.

1. 4. Boleto de compraventa inmobiliaria. Su naturaleza

El boleto de compraventa inmobiliaria es el contrato de compraventa regulado en el artículo 1123 no se trata de un contrato preliminar ya que sería un contrato al que le falta una formalidad en los términos del artículo 969 del Código Civil y Comercial

Si bien es cierto en el artículo 1017 se establece en materia de forma la imposición de la escritura pública para celebrar el contrato de compraventa inmobiliaria, éste no sería nulo si le falta la forma requerida sino un contrato al que le falta la formalidad requerida a los fines de producir sus efectos propios. El contrato está concluido como el de compraventa ya que las obligaciones nucleares y esenciales que surgen del mismo son las de ese contrato para el vendedor transmitir el dominio del inmueble y para “el adquirente” el pago del precio. Al reglamentarse el contrato de compraventa en lo pertinente a las obligaciones de las partes no se supedita el cumplimiento de las mismas a que se haya realizado la escritura pública, y por el contrario reglamenta el cumplimiento de las mismas a partir del contrato que las vincula.

Por otra parte al legislar sobre boleto de compraventa en los efectos relacionados con el pago del precio por parte del comprador en los artículos 1170 y 1171 lo hace en el articulado que corresponde a la compraventa. Por otra parte la finalidad de las partes cuando lo celebran es realizar una compraventa inmobiliaria y no un contrato preliminar cuyo objetivo es realizar el definitivo. En el nuevo ordenamiento la causa es determinante en la formación del acto jurídico y esta según el art 281 (aplicable en materia de contratos de acuerdo al 1012) son los motivos que fueron esenciales para las partes.

2. Conclusión.

La trama de relaciones previas a la contratación debe requerir seriedad y realizarse de buena fe porque aun cuando no se entrecruce el consentimiento de las partes con efecto vinculante puede producir efectos jurídicos

⁹ Acuarone, Maria “Los Emprendimientos Inmobiliarios” 2da edición. pag

La reserva de compra de un inmueble tiene la naturaleza de una oferta, va a depender del contenido y del contexto para que engendre efectos vinculantes

La opción de compra irrevocable es cuando el propietario concede en forma irrevocable al beneficiario el derecho a comprar durante un lapso de tiempo en el cual se compromete a mantener la oferta, y se debe hacer por un determinado plazo. El promotor aceptará el mantenimiento de la oferta formulando así un contrato de opción, que se calificaría como preparatorio en los términos de los artículos 994 a 996 del Código Civil y Comercial

El boleto de compraventa inmobiliario es un contrato de compraventa (art 1123 del CCC) definitivo y concluido al que le falta cumplir con una formalidad (art 969 y por lo tanto se lo excluye de la calificación de preliminar.