

ANÁLISIS DE LAS TRATATIVAS Y LOS CONTRATOS PRELIMINARES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Autores: Giuliana Marianela Castagno Juárez, Laura Elizabeth Chumbita, Ana Camila De Gaetano*

Resumen:

Es importante la acertada regulación de las tratativas y los pactos preliminares en el Nuevo Código, los cuales no estaban expresamente previstos en el Código Civil, como etapa eventual en el proceso de formación del consentimiento.

La recepción legal de etapas que conforman el íter contractual, sin perjuicio de ser eventuales y prescindibles, y que son cada vez más utilizadas en el tráfico jurídico, brindan por un lado seguridad jurídica en el sentido que se establecen los deberes de conducta que rigen para los que actúan en la mencionada etapa y por el otro lado se plasma la extensión del ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad desde el primer acercamiento, con miras a la realización de un futuro contrato.

1. Conclusiones.

- 1) Resulta acertada la incorporación de las tratativas y pactos preliminares en el Libro Tercero, Título II, Capítulo 3, en el que se regula la formación del consentimiento ya que éstas son etapas que pueden presentarse para llegar a un contrato definitivo, sea paritario o de consumo.
- 2) El nuevo código reconoce la autonomía de la voluntad en la etapa previa a la oferta, sea para ingresar o retirarse de las negociaciones preparatorias en cualquier momento; estableciendo los deberes a cumplirse en esta etapa, que funcionan como límites a la consagrada libertad.
- 3) El deber de confidencialidad y el deber de buena fe están impuestos para el período de tratativas previas como límites a la autonomía de la voluntad, debiendo complementarse con lo dispuesto en el Título Preliminar, Capítulo 3.
- 4) Los pactos preliminares son verdaderos contratos que obligan a las partes a la celebración de un contrato definitivo, diferenciándose de este modo de las simples tratativas en donde las partes son libres para ingresar y retirarse de ellas.
- 5) Todo pacto preliminar debe tener establecido los elementos esenciales particulares que identifican el contrato futuro definitivo.
- 6) No resulta acertado el plazo de vigencia que prevé el artículo 994 del Nuevo Código Civil y Comercial, ya que no responde a la costumbre jurídica imperante en nuestro país, por lo que debería ser reformado permitiendo que las partes, en uso de su libertad de negociación, determinen el plazo que consideren necesario de acuerdo a la naturaleza del contrato que realizaron, y en caso de silencio ser previsto normativamente.

* Estudiantes de derecho de la Universidad Nacional de La Rioja.

7) En el período de formación del consentimiento en los contratos de consumo, la consagración del trato digno y el del trato equitativo y no discriminatorio, tiene como fin garantizar a los consumidores y usuarios el respeto de la dignidad de la persona y la igualdad desde las instancias previas a la conclusión del contrato de consumo.

8) El deber de información expresamente regulado como obligación general en los contratos de consumo excede su ámbito y se expande hacia toda la relación de consumo abarcando desde las tratativas hasta la ejecución de contrato.

9) En materia de publicidad en los contratos de consumo, el nuevo Código Civil y Comercial consagra el carácter vinculante de la misma y resulta acertada la postura que restringe el derecho a la libertad de expresión ya que la principal finalidad es proteger al consumidor que se encuentra en una situación de inferioridad respecto de la otra parte..

2. Tratativas Precontractuales.

La formación del contrato implica que los interesados en la negociación, deben recorrer un camino hasta llegar a la celebración del mismo. Establecer que el contrato está celebrado implica reconocer que el consentimiento está conformado, y para llegar al consentimiento, según la legislación vigente, deben cumplirse etapas expresamente previstas.

Es importante identificar las etapas a cumplirse para tener por formado el contrato precisando su contenido y los efectos que se derivan de cada una de ellas.

Aparicio cuando se refiere al tema de la formación del contrato, “distingue tres fases o momentos en la vida de un contrato”¹, identificando al primer período que comprende la fase previa de la cual puede derivarse el consentimiento como “fase precontractual”.

La fase precontractual puede adoptar diversas modalidades de concreción o extensión de tiempo, lo que va a depender de la mayor o menor complejidad del objeto o del negocio al que se aspira, en su totalidad.

La existencia de la fase precontractual, dentro del proceso de formación del contrato, responde al reconocimiento legal de la autonomía privada por la que los interesados en celebrar un contrato, deciden optar por transcurrir esta etapa o directamente formular una oferta que, si es aceptada por el destinatario, determina la concreción del consentimiento, para dar paso a una tercera etapa que se la denomina como la “fase de la ejecución del contrato”.

Es importante mencionar que el nuevo código regula una teoría general del contrato a partir del Título II, del Libro Tercero, que responde a la concepción del contrato paritario, el que se realiza entre los que están igualmente posicionados para su celebración y es dentro de este título, a partir del art. 990 donde se regulan las tratativas previas a la celebración del contrato que si bien no se definen, solamente se hace referencia a la libertad de negociación y los deberes a tener en cuenta en esta etapa.

En el Título III, como un fraccionamiento de la teoría general contractual, están contenidas las reglas generales que se aplican a los contratos de consumo, y particularmente las referidas a la formación del contrato, sin embargo no hay una norma específica que regule las tratativas previas. En la Sección 2º, art. 1100, se reglamenta sobre la publicidad y los deberes a respetar por el proveedor en toda relación que establezca con el consumidor, en consecuencia desde el primer acercamiento, se pone en vigencia el respeto a estos deberes legales.

¹ APARICIO Juan Manuel; “Contratos/1. Parte general”; ed. Hammurabi, Bs. As; Año 1997, pág. 230.

De lo regulado se destaca que el consentimiento contractual, puede ser fruto de un acuerdo instantáneo de las manifestaciones de voluntad de las partes, generalmente en operaciones de poca complejidad o en contratos por adhesión. Otras veces las partes necesitan de un periodo previo en donde ellas discuten, formulan y proyectan el futuro contrato. Por ende este periodo precontractual comprende dos etapas que la doctrina diferencia:

- 1- La invitación a ofrecer, que es la solicitud que se hace a otro para que proponga una oferta.
- 2- Las tratativas propiamente dichas en donde las partes interesadas se ponen en contacto para conocer sus pretensiones, precisar puntos y analizar la posible conciliación. Esta etapa no supone la obligación de contratar si no su intención.

Se conceptualiza a las tratativas contractuales como: “Las exteriorizaciones de voluntad inidóneas para concluir un contrato y que, sin embargo, tienen por fin llegar a un contrato” ².

En esta etapa de formación del contrato el nuevo Código Civil y Comercial recepta el principio de “Libertad de negociación” en el art. 990, el cual establece que las partes son libres de ingresar o retirarse de las negociaciones preparatorias en cualquier momento; pero de manera acertada la comisión reformadora ha receptado determinados deberes que resultan límites a la consagrada libertad, en los siguientes artículos, como los analizados a continuación:

-Deber de buena fé: regulado en el art. 991 que impone el deber a las partes de obrar de buena fe no frustrando injustificadamente a las tratativas y se fija la responsabilidad de indemnizar el daño causado al ejercitar abusivamente el derecho de retirarse de las negociaciones que exige que la otra parte haya confiado, sin su culpa, en la negociación del contrato.

Para poder analizar la magnitud del daño causado a la otra parte, al que hace referencia el citado artículo, surge el tema de “la confianza tutelable”, que bien lo señala Julio César Rivera como una cuestión de hecho, por lo que la prueba, la cual corre a cargo de quien la invoca, deberá convencer al juez de que la parte demandante confiaba seria y justificadamente en la celebración del contrato.

Los parámetros para analizar el daño causado según la doctrina podrían ser los siguientes: la duración de las negociaciones, los gastos efectuados en miras a la celebración, el abandono de tratativas paralelas sobre objeto análogo, entre otras.³

A su vez, este deber impuesto en las tratativas previas está plasmado también en el título preliminar, previsto en el artículo 9, el cual se considera un principio general para regir todo el ordenamiento.

Se le atribuye dos aspectos: uno objetivo en donde se exige un comportamiento leal y otro subjetivo que hace referencia a la denominada buena fe creencia que incluye la apariencia.

-Deber de confidencialidad: regulado en el art. 992 el cual contiene un principio general y una excepción, según Rivera. En cuanto al principio es que la información que se maneje durante las negociaciones no es confidencial y la excepción estaría dada cuando la parte que la otorga la califique especialmente como confidencial.

² LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J. “Teoría de los Contratos”, Tomo I, Parte general, Ed. Zavalia, Pag.165.

³ MEDINA Graciela, RIVERA, Julio C., Código Civil y Comercial de la Nación. Editorial La Ley 2014, Tomo III.

Por otro lado el artículo proporciona dos deberes a quien recibe la información calificada de confidencial: 1° no revelarla a terceros; 2° no utilizarla inapropiadamente en beneficio propio.

Quien viole o contradiga estos deberes está obligado a reparar el daño que ha sufrido quien suministró la información, en la medida de su enriquecimiento, aún si la parte agraviada no sufrió un daño podría reclamar de la otra parte los beneficios que ésta última obtuvo al revelar la información a terceros o usarla en beneficio propio.

Resulta necesario imponer límites a las tratativas previas ya que ningún derecho puede considerarse absoluto, además es acertada la protección a la parte que realmente ha obrado con la honestidad y cautela necesaria para poder concluir el contrato, pero el art. 990 del C. C y C. debería en su parte final contener una aclaración que permita a los interesados conocer que esta libertad se encuentra restringida por los principios que están regulados en los artículos 991 y 992 del C. C y C..

Por último, en el art. 993 del C. C y C., se regulan las cartas de intención, algo novedoso puesto que el Código de Vélez no preveía ningún documento generado en etapa de tratativas previas, las que en caso de ser utilizadas se constituirían en una prueba de dicha etapa.

Las cartas de intención son instrumentos mediante las cuales quienes quieren intervenir en la etapa previa expresan su consentimiento para negociar sobre ciertas bases. Son de interpretación restrictiva por lo que solo constituyen una oferta si cumplen sus requisitos.

Miembros de la CEDEF, como los doctores Van Thienen y Rivera, explican que estas cartas manifiestan de manera explícita que no constituyen un contrato ni obligan a las partes a contratar debido a que lo que cada parte quiere es quedar lo más libre posible, pero buscando que la otra parte quede lo más comprometida radicando allí la complejidad en su redacción y diseño. Al ser una figura receptada por primera vez en nuestra legislación solo restara observar la aplicabilidad de las mismas en el tráfico jurídico y la recepción por parte de los jueces.

4. Pactos Preliminares.

Los pactos preliminares regulados en el Nuevo Código Civil y Comercial, no contiene un concepto estricto de los contratos preliminares, pero los regula desde el art.994 a 996.

El Código Civil de Vélez Sarsfield no preveía estos tipos de contratos, pero ya era algo tratado y discutido por los juristas y la doctrina nacional.

La doctrina conceptualiza al contrato preliminar como “el contrato que obliga a la conclusión de otro contrato”.⁴

Los contratos preliminares son denominados también como “precontratos”, incluyendo a los contratos que debiendo ser celebrados por escritura pública se otorgan en instrumento privado.⁵ López de Zavalía considera que los contratos preliminares no son “precontratos” ya que implicaría considerarlos “Pourparlers”, esto es simples tratativas para llegar a un contrato y afirma que el preliminar si bien es anterior a un contrato definitivo, ya es un contrato, generando así responsabilidad contractual. También resalta este autor, que el contrato previsto por el preliminar es siempre, por su formación, un acto jurídico bilateral, pero por sus efectos puede ser unilateral o bilateral.

⁴MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Manual de Contratos”, Editorial: Rubinzal Culzoni, Pág. 131.

⁵ RIVERA, Cesar y MEDINA, Graciela. “ob,cit”

Otro prestigioso jurista como Borda⁶ considera tanto a los contratos preliminares como a los precontratos como incompletos, incluyendo dentro de los precontratos a las promesas de contratos reales, pero no considera al boleto de compraventa, como un precontrato sino como un contrato definitivo.

El nuevo código contempla dos supuestos en la categoría de contratos preliminares:

-Promesa de celebrar un contrato futuro.

-Contrato de Opción.

Antecedente de su regulación: En cuanto al desarrollo de este tipo de contratos se puede citar que la primera tentativa de regulación general aparece en el Proyecto de Unificación de 1987, pero la fuente más cercana y directa es el proyecto de 1998, en donde al art. 934 se le suprime la primera parte, que establecía “Los contratos preliminares previsto en esta sección generan obligaciones de hacer si el futuro no es de formalidad solemne absoluta”, el resto del artículo sigue conservando el texto idéntico al art.994, incorporando, el párrafo referido, al art.995 del nuevo código “promesa de celebrar un contrato”.

El haber suprimido la primer parte que contenía el art. 934 del proyecto de 1998 e incorporarla al art. 995 del nuevo código y no en el art 994, donde se regulan las disposiciones generales de los contratos preliminares, resulta inadecuado y confuso, debido a que solo en el supuesto de “la promesa de celebrar un contrato” se restringe la posibilidad de aplicación a los contratos que exigen la forma bajo sanción de nulidad (formalidad absoluta).

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 es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes tendrán la facultad de renovarlo a su vencimiento. El plazo del art. 994 puede ser suspensivo o resolutorio. Este plazo de un año que el código prevé, tiene la finalidad de que no se afecte la libertad de las acciones pero a criterio de Julio C. Rivera es un plazo extremadamente breve que ocasionará ciertas dificultades en los negocios, ya que en la práctica los términos son mucho más extensos.

Se adhiere a la postura de Rivera en cuanto a la brevedad del plazo en determinados contratos, como sucede en el tráfico jurídico del boleto de compra venta, el mismo que frecuentemente se celebra por períodos muy superiores al plazo legal indicado, desconociéndose la costumbre jurídica.

También, el plazo resultaría breve en el contrato de opción donde es conocido en la actividad profesional que una opción de recompra de acciones es pactada a 9 años contados a partir de la celebración del contrato.

La cuestión referida al plazo de las promesas reguladas en la sección 4° del Capítulo 3, Título II, es plantear el interrogante sobre la razón del legislador de coartar la libertad de las partes de establecer plazos mayores a un año, en estos tipos de acuerdo. En la legislación comparada, el Código Peruano de 1984, establecía una solución similar al último párrafo del artículo 994 del Nuevo Código, y en virtud del desacierto de la normativa y su imposible cumplimiento, los juristas del Perú propiciaron su modificación, que fue concretada en el año 2001, cuando se reforma Código previendo que el plazo del contrato de opción sea determinado o determinable, caso contrario el límite sería un año; de ésta manera se vuelve a la vigencia de la autonomía de la voluntad de las partes.

⁶ LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J. “ob, cit” Pag.151.

En base al antecedente del derecho peruano se considera que en una posterior reforma se debe modificar la legislación permitiendo que las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad puedan pactar el plazo que consideren conveniente según el negocio que realicen y la ley solo prevea un plazo supletorio cuando las partes guarden silencio, teniendo presente la costumbre jurídica.

Spota expone que la finalidad práctica de los contratos preliminares, consiste en que puede contratarse de esta forma cuando no es posible o conveniente celebrar un contrato definitivo, ya sea porque el objeto del contrato es una cosa futura o no esté disponible inmediatamente.

En el art.996 del nuevo código se regula sobre el contrato de opción, el cual según la definición de Alterini es aquel “contrato preliminar que obliga a las partes a celebrar un futuro contrato, a cuyo fin una o varias de ellas otorgan irrevocablemente a la otra o las otras, individual o colectivamente, la facultad de requerir a su arbitrio que el contrato definitivo sea concluido”⁷, diferenciándose de este modo de la oferta que está regulada en el art. 974 y 975 del nuevo código, en los cuales en principio esta es irrevocable, salvo que la retractación de la misma llegue antes o al mismo momento que la oferta.

El art. 996 también prevé que el contrato de opción puede ser gratuito u oneroso, y que se debe observar la forma exigida para el contrato definitivo, además no es transmisible a terceros, excepto estipulación en contrario.

5. Tratativas Precontractuales y el Contrato Preliminar en el Contrato de Consumo.

En el Libro Tercero, Título III, Capítulo 2 se regula la “Formación del consentimiento”, donde se consagra el trato digno, en consonancia con la norma fundamental. A su vez, se amplía la base protectoria de la ley 24.240 con otros principios claros como el trato equitativo, no discriminatorio, protección de la libertad de la persona, tutela de la libertad de contratar.

Trato digno: Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Trato equitativo y no discriminatorio: Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

Libertad de contratar: Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.

En la Sección 2° se regula sobre la obligación general de información y el carácter vinculante de la publicidad cuando consiste en precisiones formuladas, con el efecto de tenerlas por incluidas en el contrato con el consumidor.

El deber de información que se desprende del artículo 1100, excede el ámbito del contrato de consumo y se expande hacia toda la relación de consumo y abarca desde las tratativas hasta la ejecución de contrato. Esencialmente, para Lorenzetti se debe hacer saber lo que es importante; lo es aquel dato que puede alterar la base del negocio, de modo que si se conociera no se

⁷ MEDINA, Graciela, RIVERA, Julio Cesar. “ob-cit”

contrataría, o se lo haría en otras condiciones. Asimismo establece el artículo que la información debe ser siempre gratuita para el consumidor.

En cuanto al carácter vinculante de la publicidad, previsto en el artículo 1101, que prohíbe la publicidad engañosa, comparativa y abusiva.

La doctrina ha llegado a discutir acerca del derecho de libertad de expresión vinculado al interés público: si el discurso publicitario merece protección o no, y en ese caso cual es el grado de dicha protección. Por supuesto que es aceptable la prohibición de la publicidad engañosa. Las discusiones se presentan cuando se prohíbe cierto contenido de las publicidades que no sean engañosas.

En el capítulo Tercero se prevén algunas reglas específicas: el deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado, la vigencia de la oferta durante el tiempo en que permanezca accesible, la comunicación por parte del oferente de la recepción de la aceptación y el derecho a la revocación.

Bibliografía:

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Dir.: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.
- López de Zavalía, Fernando J. “Teoría de los Contratos”, Tomo I, Parte general, Ed. Zavalía.
- Aparicio, Juan Manuel; “Contratos/1. Parte general”; ed. Hammurabi, Bs. As; Año 1997.
- Mosset Iturraspe, Jorge, “Manual de Contratos”, Editorial: Rubinzal Culzoni.
- Borda, Guillermo – “Manual de Contratos”, Tomo I, Editorial Perrot.
- www.abogados.com.ar/articulos/3.
- www.cedeflaw.org.