

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

LOS ACUERDOS PARCIALES Y LOS CONTRATOS PRELIMINARES EN LA REGULACION DEL NUEVO CODIGO

Autor: Cesar Eduardo Lombardi.*

Resumen:

1) *El Nuevo Código en relación a los **acuerdos parciales** considera que el contrato ha nacido cuando se encuentran reunidos los elementos esenciales del tipo particular de contrato .La carencia de elementos no esenciales , en el supuesto de **acuerdos parciales**, pueden suplirse recurriendo a la operación de integración del contrato. Se trata de una clara aplicación de la teoría de la punktation.*

2) *La solución indicada en relación a los **acuerdos parciales y formación del contrato**, puede hacerse extensiva a otras situaciones análogas pero con limitaciones.*

3) *La regulación legal vigente limita temporalmente a un año como máximo el plazo de los **precontratos o preliminares**. Se precariza y debilita el compromiso pactado. Es aconsejable su reforma.*

1. Introducción.

La contratación en muchas ocasiones supone tratativas previas que ponen en contacto a las partes del futuro negocio jurídico . Ello puede llevar a la formalización de ofertas concretas que pueden ser íntegramente aceptadas o rechazadas. También es posible que se acepte parcialmente la oferta formulada siendo materia el ofrecimiento de una verdadera contraoferta. Las alternativas se amplían a la aparición de acuerdos parciales y la formalización de convenciones de diferente naturaleza y efectos , instrumentadas de distinta forma (contratos preparatorios/ contratos preliminares). Resulta trascendente desde el punto de vista jurídico analizar, frente a esa dinámica, cuándo se entiende que se ha formado el consentimiento, y en suma , cuando existe verdadero contrato con efectos plenos .

La formación progresiva o sucesiva del contrato implica que hay un periodo de tiempo en el cual las partes discuten, deliberan y elaboran lo que habrá de ser para ellas una reglamentación de autonomía privada. El contrato se va formando ex intervalo temporis (¹).

Si bien seguramente la formación progresiva del contrato será principalmente un fenómeno de los denominados contratos paritarios o discrecionales no se puede descartar de plano que exista la posibilidad de que dicho proceso aparezca en la categoría de los contratos de adhesión y/o de consumo. . No será lo habitual ya que los

* Mag. Cesar Eduardo Lombardi. Profesor Titular Ordinario de las materias Derecho de los Contratos y Derecho Bancario y Comercio Exterior de la UNS.

¹ DIEZ PICAZO, Luis, en “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción a la Teoría General del Contrato. Editorial Civitas, Madrid. 1996. Pag. 269.

márgenes de negociación en estas categorías se verán reducidos , no obstante es posible que la adhesión se otorgue “progresivamente” o en etapas . A la par , en el caso del acto de consumo , resulta admisible que las cláusulas hayan sido , en algún supuesto concreto, negociadas.

Los problemas que se pueden suscitar en el iter formativo del contrato son varios, nos concentraremos, en este trabajo, en dos principales: (i) el valor e implicancia de los acuerdos parciales; y (ii) la existencia de convenciones preparatorias y/o preliminares , su naturaleza y efectos.

Adelanto que se trata de temas que son abordados en la legislación de fondo de reciente vigencia y que a nuestro entender han generado cambios de importancia en la teoría general del contrato en relación a la formación del consentimiento y perfeccionamiento del contrato.

2. Los acuerdos parciales.

En la etapa de gestación del contrato se suele distinguir a su vez entre un primer período preliminar de tratativas y contactos iniciales , para luego pasar a una segunda etapa donde ya hay un intercambio o proposición de ofertas concretas que pueden concluir en la aceptación . Obviamente no necesariamente debe darse la primera . La segunda , si bien necesaria, puede implicar una contratación instantánea que descarta el iter propio de la formación progresiva del contrato.

Ahora bien en el marco de cualquiera de esas etapas pueden concretarse pactos que sirvan para llevar adelante la contratación – los que tendrían naturaleza de contratos o convenciones preparatorios del mismo contrato a formarse- o también acuerdos parciales que implican que las partes han negociado fraccionadamente el contrato. Se trata de un caso típico de formación escalonada del contrato por el cual las partes avanzan hacia el perfeccionamiento de la convención por intermedio de una sucesión de pactos hasta cumplimentar los elementos propios del instituto.

En este punto el CCCN en su art. 982 expresa que “*..los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimientos sobre todos los elementos esenciales particulares.*”

La norma positiva nos permite reflexionar sobre el problema del perfeccionamiento del contrato , es decir el momento del nacimiento del contrato a la vida jurídica.²

Precisamente la doctrina tradicional ha expresado que la concurrencia de la oferta y la aceptación deben integrarse totalmente sin modificaciones . Si se propusieran reformas a la oferta original por parte del aceptante nos hallaríamos frente a una nueva oferta que reiniciaría el proceso. Se trata de un principio que predica la congruencia de la aceptación con la oferta en todos sus términos. Decía la antigua legislación que la oferta debía ser completa y contener “*todos los antecedentes constitutivos de los contratos*”(cfr. art. 1148 del C.C.) . A su vez “*...cualquier modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla importará la propuesta de un nuevo contrato*” (art. 1152 C.C). En esta línea parece posicionarse el art. 978 del CCCN cuando expresa que la aceptación “*..debe expresar la plena conformidad con la oferta* “ y que en definitiva cualquier modificación será considerada “*.. la propuesta de un nuevo contrato*”.

² Diez Picazo, ob cit. Pag. 268

Sin embargo una posición distinta ha sostenido autorizada doctrina ³, aun con el antiguo régimen legal, cuando entendieron que lo importante es el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato. La carencia de elementos no esenciales pueden suplirse recurriendo a la norma supletoria, a los usos, y a la acción integradora del juez. Se trata de completar las lagunas del contrato.

En ese orden de ideas caben recordar algunas conclusiones de la XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Nacional de Córdoba/.2009) cuando al tratar la Integración del Contrato la definieron como aquella operación en virtud de la cual el reglamento contractual se complementa con fuentes heterónomas. Y seguidamente indicaron que la integración se realiza teniendo en cuenta principalmente las siguientes pautas: a) los principios constitucionales; b) el orden público y las normas imperativas; c) los principios generales del derecho; d) la buena fe, e) las normas supletorias y f) los usos y costumbres.

El nuevo Código, en esa línea, incorpora un orden en la operación de integración señalando en primer lugar a las normas indisponibles; en segundo, a las supletorias y finalmente los usos y prácticas del lugar de celebración con algún condicionamiento. ⁴.

La solución que trae la nueva legislación de fondo en relación a los acuerdos parciales indica que se considerará que el contrato ha nacido cuando se encuentran reunidos los elementos esenciales del tipo particular de contrato. Se entiende que los elementos esenciales del contrato, en la previsión legal, se refieren a aquellos que definen la tipología contractual (legal o social). Se trata de las prestaciones principales que pertenecen a dichos tipos contractuales. Resultará más difícil encontrar el cumplimiento de estos requisitos en los denominados contratos atípicos. No obstante habrá que esforzarse en descubrir, en función de diferentes pautas (instrumentos, comportamientos de las partes, la prenegociación, etc.) si se define el núcleo prestacional básico de la convención. (eventualmente esos elementos pueden surgir de las minutas o contratos preparatorios).⁵

En el caso de una compraventa bastará definir la cosa vendida y eventualmente el precio y su forma de pago (v.g. suplencia legal en caso de silencio definido para la compraventa de mercaderías en el art. 1143 del CCCN). En este supuesto por ejemplo la falta del lugar de entrega o la carencia de garantías no debiera habilitar, en el marco de circunstancias señaladas, que no haya nacido el referido contrato de cambio.

Se trata de una concepción novedosa en la medida que se hace derecho positivo la denominada teoría de la *punktation*. Se sostiene en esta teoría de raigambre germana que existiendo acuerdo sobre los puntos fundamentales del contrato, o mejor dicho las cláusulas esenciales, las de naturaleza secundaria pueden ser suplidas por el juez en su caso. ⁽⁶⁾

Se trata de priorizar una noción objetiva del contrato o al menos atenuar la concepción subjetivista del mismo. En ese sentido se pretende, a mi entender, jerarquizar valores

³ Nicolau, Noemi L. en Una solución adecuada a una complicada cuestión: el momento perfectivo del contrato en el proceso de su formación progresiva. La Ley 2005-A, pag. 479 y sgtes.

⁴ Art. 964 CCCN : Integración del contrato:...c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

⁵ Santarelli, Fulvio, La Formación del consentimiento contractual. La oferta y la aceptación. Suplemento Especial .C.C. y C dela Nación . Contratos. Editorial La Ley, pag. 94.

⁶ Solución del Código Civil Suizo de las Obligaciones

que hacen a la seguridad jurídica , a la confianza y a la buena fe/objetiva. A la par que se predica un principio que no obliga a contratar y que permite apartarse de la negociaciones que llevarían al contrato – sin perjuicio de la eventual generación de responsabilidad por apartamiento abusivo de las mismas- también debe aceptarse que este instituto nace, aun cuando falten precisiones o elementos secundarios , siempre y cuando tengan presencia los elementos esenciales del tipo.

Ahora bien , es la solución otorgada para los acuerdos parciales una solución de excepción o puede concluirse que la misma se extiende a otras situaciones donde el contrato se ha formado con los elementos esenciales , más allá de que existan circunstancias o instrumentos preparatorios que indiquen que subsisten cuestiones secundarias no acordadas. En este punto , el art. 978de CCCN parece poner un valladar al criterio interpretativo extensivo. Sin embargo no puede descartarse que si la oferta , muchas veces definida progresivamente y con tratativas previas, reúne los elementos esenciales del contrato del tipo particular ,y sobre ello se ha formado el consentimiento con la aceptación , el nacimiento del contrato no debiera verse frustrado cuando las partes han calificado a los puntos pendientes como secundarios y de las circunstancias no surge que ellos han sido impuestos como condición esencial para la formación definitiva del contrato. En este sentido también influirá el comportamiento de las partes . Al respecto la norma positiva ha valorizado en grado sumo las conductas de los contratantes en orden a la formación del contrato cuando se expresa que “los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo” (art. 971). (vg. Ejecución de la prestación contractual o preparación de la ejecución).⁷

A la par de lo expresado, el criterio expuesto no alcanzaría a los casos en que la oferta se ha formulado de una manera íntegra y completa y la misma ha establecido- expresa o implícitamente- como condición de aceptabilidad el respeto de su integridad y estructura. De otra manera la mencionada disposición legal (art. 978 CCCN) caería en letra muerta. Se trata de compatibilizar dos criterios legales diferentes y que indudablemente responden a situaciones fácticas diversas, permitiendo de tal manera su convivencia. Igualmente estas situaciones como las anteriormente descritas, en la duda deben ser resueltas , por prescripción legal, a favor de la inexistencia de contrato.

Finalmente cabe indicar que la norma positiva , objeto de análisis, ordena que si el contrato exigiera una forma determinada , los acuerdos parciales debieran respetar en todos los casos dicha forma. Se debe interpretar que ello es así en la medida que se trata de contratos formales solemnes absolutos. En los demás casos las formas exigidas podrían ser sustituidas (si fueran probatorias) o eventualmente exigibles (forma solemne relativa).

3. Los contratos preliminares.

⁷Alterini, Atilio Anibal. Voto causa Tribunal Arbitral Ad hoc B.A.N.A. c T. S.A. . 28/11/2002. La Ley 2005.A, pag. 482. Se dice que : “.. Los principios del Derecho Europeo de Contratos de la Comisión.. presidida por Ole Lando establecen al respecto que “la intención de una parte legalmente vinculado por el contrato se determina por sus aserciones o conductas en cuanto fueron razonablemente comprendidas por la otra, sobre lo cual se explica que “ en todos los sistemas legales la intención de una parte de quedar legalmente vinculada es una condición de formación de un contrato”..

En el transitar al contrato definitivo aparecen los llamados contratos preliminares. Como novedad estos han sido incorporados a la regulación legal en el Nuevo Código .

Se ha definido al contrato preliminar como aquel mediante el cual una de las partes o bien las dos se obligan a celebrar en un momento ulterior otro contrato que, por contraste, se llama definitivo .⁸

Una primera distinción que corresponde efectuar es la que permite diferenciar esa categoría de los denominados contratos preparatorios. Estos no obligan en el futuro a realizar un contrato sino que solo otorgan pautas obligatorias para el caso de que las partes decidieran celebrar una contratación futura. Los contratos normativos se integran a esta categorización contractual.

La regulación legal vigente ha previsto requisitos comunes en relación a las variantes que prevé como precontratos o preliminares.⁹ Ellos deben contener necesariamente los requisitos esenciales del tipo de contrato que se quiera celebrar como definitivo. Al igual que lo exigido en relación a los acuerdos parciales que llevan a la formación del contrato, en esta categoría se exige un mínimo indispensable que se vincula al núcleo prestacional básico del contrato que se pretende concretar en el futuro. No debe haber indefiniciones respecto a ello ya que de lo contrario no se considerara un preliminar sino un acuerdo propio de las tratativas que no alcanza a configurarse como promesa. Además, y en función de razones que se desconocen al menos de forma expresa , se introduce un límite temporal a dichas promesas . Se trata de limitar al máximo de un año las mismas o término menor que dispongan las partes , ello sin perjuicio del pacto de renovación a su vencimiento (art. 994 CCCN).

Ahora bien , esta última disposición , que de alguna manera precariza y debilita el compromiso pactado, alcanza a la promesa de contrato propiamente dicha (art. 995 CCCN) y también debiera considerarse aplicable al denominado contrato de opción (art. 996 CCCN). La redacción de la disposición general si bien en el primer párrafo se refiere a los preliminares – exige la descripción de los elementos esenciales del tipo- en el segundo se refiere a las “*..promesas previstas en esta Sección..*”. No parece haber dudas sobre el alcance del límite a ambas formas de preliminaridad.

Por otra parte no puede decirse que el límite temporal sea una norma disponible. Su redacción es clara y pareciera responder a una finalidad de orden público aparentemente vinculada a la necesidad de circulación de los bienes. Ello define entonces la naturaleza inderogable de la norma garantizando entonces la aplicación de ese término máximo para ambos supuestos.

Llama la atención y resulta criticable que se impongan límites temporales a las promesas contractuales en general. En ese sentido en el mercado de opciones es común que las mismas puedan preverse con plazos mayores al año.¹⁰ No parece ser el espíritu por otro lado que refleja el Nuevo Código en relación a otras normas que en el pasado imponían plazos máximos que no se compadecían con la realidad económica actual. En ese sentido la ampliación de los plazos máximos para la locación de inmuebles urbanos van en dirección contraria a las razones que pretenderían justificar la limitación impuesta a las promesas de contrato en general. Esto al igual que las ampliaciones de plazo para el pacto de retroventa y reventa. La existencia de una limitación temporal al

⁸Mosset Iturraspe, Contratos, Ed.1978. Ed. Ediar, pag. 115.

⁹Promesa de Contrato (art. 995 CCCN) y Contrato de opción (art. 996 CCCN).

¹⁰Serrano Redonnet, Diego M. Imposición de plazos máximos para el contrato de opción y el pacto de preferencia en el nuevo Código.. Diario La Ley 30/07/2015 pag.1.

pacto de preferencia en la compraventa de bienes muebles o inmuebles parece responder a similares motivaciones a las que serían invocables para las promesas de contrato . No obstante no se entienden las razones que ameritan ir contra prácticas y usos propios de la comercialización de bienes y servicios , además de no aparecer razones dignas de protección que justifiquen la existencia de esta norma inderogable.

Las promesas de contrato en general y tal como están previstas en la norma vigente, obligan a contratar y resultan exigibles in natura más allá de las opciones legales que habilita el régimen legal de las obligaciones de hacer . Se trata de un tramo preparatorio de un íter negocial complejo de naturaleza sucesiva. Abarca dos etapas : la promesa contractual, y la posterior exigencia de la promesa mediante el ejercicio de la facultad de ponerlo en vigor por la parte a quien le ha sido atribuida. No hace falta la emisión de una nueva oferta o aceptación , se hace exigible entonces el contenido del contrato proyectado . ¹¹ Precisamente la desaparición de los contratos reales ha permitido a la norma extender la solución cualquier fuera el tipo contractual previsto. No existen motivos entonces que permitan desvalorizar a estos preliminares y que de algún modo justifiquen normas que tienden a desalentar este tipo de contratación provisoria. En todo caso debió permitirse a las partes disponer de la norma haciendo en todo caso a la misma de aplicación supletoria. De lege ferenda se aconseja la reforma del límite temporal impuesto a estos precontratos.

4. Conclusiones.

1) La solución que trae la nueva legislación de fondo en relación a los **acuerdos parciales** indica que se considerará que el contrato ha nacido cuando se encuentran reunidos los elementos esenciales del tipo particular de contrato . Se entiende que los elementos esenciales del contrato , en la previsión legal, se refieren a aquellos que definen la tipología contractual (legal o social). Se trata de las prestaciones principales que pertenecen a dichos tipos contractuales. Resultará más difícil encontrar el cumplimiento de estos requisitos en los denominados contratos atípicos.

2)La carencia de elementos no esenciales , en el supuesto de **acuerdos parciales**, pueden suplirse recurriendo a la norma supletoria, a los usos , y a la acción integradora del juez. Se trata de completar las lagunas del contrato. Precisamente la legislación de reciente vigencia hace referencia expresa a las formas o pautas para la integración contractual (art. 964 CCCN). Se trata de una clara aplicación de la denominada teoría de la punktation.

3) La solución del Nuevo Código comentada en relación a los **acuerdos parciales y la formación del contrato**, se extiende a otras situaciones donde el contrato se ha constituido con los elementos esenciales , más allá de que existan circunstancias o instrumentos preparatorios que indiquen que subsisten cuestiones secundarias no acordadas. No obstante ello frente a disposiciones preparatorias, ofertas o circunstancias que restrinjan , expresa o implícitamente , dicha alternativa , al igual que en casos de duda, habrá que estar a la inexistencia de contrato .

4) Los **acuerdos parciales** debieran respetar en todos los casos la forma establecida por la ley para el contrato que se estableciera por dicho proceso formativo.. Se debe interpretar que ello es así en la medida que se trata de contratos formales solemnes

¹¹ De Castro y Bravo Federico, Las promesas de contrato. En ADC. 1950, pag. 1133 y sgtes.

absolutos . En los demás casos las formas exigidas podrían ser sustituidas (si fueran probatorias) o eventualmente exigibles (forma solemne relativa).

5) La regulación legal vigente ha previsto requisitos comunes en relación a las variantes de ***precontratos o preliminares***. Ellos deben contener necesariamente los requisitos esenciales del tipo de contrato que se quiera celebrar como definitivo. Se trata de una exigencia similar a la minimamente exigida para la existencia de contrato por intermedio de los acuerdos parciales.

6) La limitación temporal de las **promesas de contrato** a un año como máximo, de alguna manera precariza y debilita el compromiso pactado. Esta disposición legal inderogable , alcanza a la promesa de contrato propiamente dicha (art. 995 CCCN) y también debiera considerarse aplicable al denominado contrato de opción (art. 996 CCCN). 6) , ambos definidos como contratos preliminares

7) Resulta aconsejable , de lege ferenda, derogar o transformar en disponible la disposición legal (art. 994 CCCN) que establece un límite temporal máximo a los contratos preliminares.