

Oferta y promesa en etapa de preliminares. El costo de salida:
análisis de los casos *Tinelli y Efe 2 Producciones*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Oferta y promesa en etapa de preliminares. El costo de salida: análisis de los casos Tinelli y Efe 2 Producciones.

Pablo Augusto VAN THIENEN

SUMARIO: *Abstract.* - I. El caso Tinelli. Promesa, oferta y responsabilidad precontractual: el pez por la boca muere.- 1. Los hechos. - 2. El derecho aplicado por la sala M del fuero civil. - 3. La promesa como fuente de responsabilidad *in contrahendo*. Un dato preocupante. - 4. La promesa como fuente de responsabilidad contractual: el mutuo. - 5. El rubro daño moral en etapa *in contrahendo*. - II. El caso Efe 2 Producciones SRL. La gestación del contrato, contrato preliminar y preparatorio. Oferta incompleta. - 1. El veredicto de la sala K del fuero civil. - 2. No hay lugar al daño moral por ejercer el legítimo derecho de salida. - 3. Costo de salida en etapa de preliminares. Los gastos. - 4. El vetusto artículo 1993 C.c. - 5. La promesa como fuente de responsabilidad precontractual. - 6. El pacto de retro y el derecho opción como promesas

Abstract.

Las sala M y K del fuero civil han dictado veredicto en dos casos muy interesantes sobre responsabilidad precontractual en etapa de preliminares. En ambos casos los jueces han dado gala de su talento intelectual para resolver con pericia y justicia una cuestión ardua y difícil: determinar sobre la existencia de contrato (o no) y fijar el costo de salida en la etapa de preliminares.

Dos datos empíricos son incuestionables a nivel de doctrina autoral y judicial en materia de responsabilidad *in contrahendo*: el primero es que en etapa de preliminares el costo de salida se limita al daño al interés negativo y el segundo, que todos tenemos derecho a terminar las negociaciones sin pagar costo alguno y en cualquier momento, salvo salida intempestiva y dañosa¹.

Los casos que se analizarán tienen un alto voltaje académico. En ambos los jueces se tomaron el fino trabajo de desmenuzar los hechos. El lector acabará con la sensación de que se ha hecho justicia. Eso sí, algunas conclusiones no las compartimos. Nuestra crítica será expuesta más abajo.

Advertimos al lector sobre un dato de color. Ambos expedientes pertenecen al ambiente artístico (aunque parezca una contradicción decirlo). Se trata de la obra “*Las Marionetas del Pene*” y “*El Show de Video Match*”. Ambos, a nuestro gusto, muy lejos de ser considerados <arte> entendido éste como espacio cultural destinado a elevar el espíritu humano.

En seguida una síntesis de los principales lineamientos de los fallos que queremos compartir:

I. El caso Tinelli. Promesa, oferta y responsabilidad precontractual: el pez por la boca muere.

1. Los hechos.

Es necesario antes de entrar de lleno en el debate de la teoría conocer los hechos. Éstos sucedieron así:

- En el Concurso Nacional del Chiste llevado a cabo en el Show de Video Match Marcelo Hugo Tinelli exclamó ante las cámaras “*hoy aquí va a haber una ganadora que se va a llevar el okm y que el año que viene la vamos a tener aquí trabajando con nosotros en el Show de Video Match*”.

¹ El lector interesado puede consultar VAN THIENEN – DIC CHIAZZA. *Carta de intención y responsabilidad precontractual no aquiliana: análisis del caso International Container Terminal Services SA*). Working Paper CEDEF N° 50. www.cedeflaw.org

- Mussa Nadia Yamila es la ganadora del concurso. Perfil: Artista de origen humilde proveniente de la provincia de Jujuy.
- Al recibir el premio Marcelo expresó ante las cámaras: “... es la ganadora ... Se ha ganado un okm y va a estar con nosotros el año que viene en el Show de Video Match.”.

Mussa Nadia reclamó daños y perjuicios contra Marcelo Hugo Tinelli e Ideas del Sur SA reclamando los siguientes rubros: (i) lucro cesante, (ii) daño moral, (iii) pérdida de chance y (iv) gastos. Nadia entendió que hubo ruptura intempestiva de *tratativas preliminares*.

Los demandados ensayaron como argumento defensivo que ni Tinelli ni la empresa productora habían formulado una oferta y que la contratación de Nadia para el Show de la temporada siguiente era una decisión discrecional. No había contrato ni precontrato.

En primera instancia tanto Ideas del Sur como el Sr. Tinelli son condenados a indemnizar \$47.500 en concepto de lucro cesante y daño moral. El juez *a quo* rechazó los rubros pérdida de chance y gastos.

2. El derecho aplicado por la sala M del fuero civil.

El tribunal dejó muchas lecciones y enseñanzas fijando el siguiente criterio:

1. *Oferta. Propuesta. Promesa*: En ningún momento se utilizó el modo de verbo potencial. Tinelli expresó un promesa concreta: “... va a estar con nosotros el año que viene en el show ...” La enfática promesa antes de conocerse a la ganadora y ratificada posteriormente a conocerse la ganadora hicieron pensar seriamente que en el siguiente ciclo formaría parte del programa. El lanzamiento de esta promesa genera responsabilidad por daños.
2. *Oferta incompleta*: Existió una oferta incompleta. No contenía las prestaciones esenciales del contrato: tareas, precio, plazo, etc). No por ello dejo de ser una oferta que generó razonables expectativas y cuyo incumplimiento puede enmarcarse en el ámbito de la responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares.
3. *Tratativas preliminares - expectativas – responsabilidad precontractual*: Cuando el destinatario de una oferta ha hecho gastos confiado en la seriedad de la propuesta, la ruptura irrazonable, sin causa o arbitraria de las tratativas justifica reconocer la reparación del daño.
4. *La promesa como fuente de obligaciones*: La promesa constituye una declaración unilateral que es fuente generadora de obligaciones. La negativa a toda tratativa para concretar la participación de Nadia en el Show de Video Match es generadora de daños en tanto evidencia que la promesa efectuada por Tinelli no respondía sino a una especulación de Rating sin medir las razonables expectativas que dichas palabras generarían en Nadia.
5. *Responsabilidad precontractual. El daño emergente y el lucro cesante*: Por producirse el incumplimiento en una fase tan primaria del negocio no puede asegurarse con certeza cual hubiese sido el perjuicio real. En estos casos la indemnización debe cubrir solo daño emergente y no lucro cesante. Este rubro significa indemnizar lo que el destinatario de la oferta pudo haber ganado de no frustrarse el contrato. Esto es excesivo en el ámbito precontractual. Admitir este rubro implica admitir que el contrato existió. El lucro cesante sólo corresponde al daño causado por incumplimiento contractual.
6. *Gastos y pérdidas como daño emergente*: La frustración de la justa expectativa del destinatario de una oferta sólo obliga compensar los gastos o pérdidas (cita art. 1156 c.c.).
7. *Pérdida de chance*: Nadia alega que su participación en el programa el Show de Video Match la hubiera llevado a adquirir notoriedad con una ALTA PROBABILIDAD de beneficio económico. Ahora bien, la chance es la PROBABILIDAD VEROSÍMIL de lograr una ganancia. Debe haber certeza de esa probabilidad. La chance se encuentra entre el daño real y concreto y el daño

hipotético. Éste no se indemniza. Los mismos argumentos para no reconocer lucro cesante son aplicables a la alegada pérdida de chance.

8. *Aleatoriedad de la chance*: La probabilidad de obtener popularidad y por ello percibir ganancias dependían de múltiples factores inciertos en la instancia de preliminares: (i) lugar que ocuparía Nadia en el programa, (ii) repercusión en el público, (iii) interés de productores por contratarla para eventos, etc.
9. *Daño moral – principio general*: La admisión de este rubro en materia contractual es restrictiva. Debe ser acreditada su existencia. Un malestar trivial propio del riesgo cotidiano de la convivencia o de la actividad de un individuo no configura daño moral.
10. *Daño moral en el caso de Nadia*: La sola ruptura de las tratativas no implica daño moral si dicha ruptura de los preliminares provoca solo molestias menores propias del riesgo cotidiano. Ahora bien, en el caso el abrupto incumplimiento de la promesa formulada a una joven artista para participar en un programa de relevante repercusión realizada públicamente ante una gran audiencia (casi 3.500.000 de televidentes) no puede pensarse que haya provocado un malestar trivial o un disgusto menor como pretende sostener Marcelo Tinelli.
11. *El valor de las palabras*: Tinelli no parece comprender el valor de sus palabras en ciertos sectores de la sociedad. Parece no querer advertir el impacto anímico causado por el lugar que aquel ocupa en un medio de comunicación masivo, sus palabras tienen amplia difusión. Ello conlleva una responsabilidad acorde con su posición y con las expectativas que crea (art. 902 c.c.). Tinelli no ha causado sólo molestias sino un intenso dolor, frustración y una afección a las legítimas esperanzas de esta joven artista jujeña.
12. *Daño moral y gastos*: Se condenó a los demandados a pagar la suma de \$30.000 en concepto de daño moral. Los gastos no se acreditaron gastos.

Hay dos aspectos de este decisorio que queremos destacar no como valor sino como crítica: el primero la promesa como fuente de responsabilidad precontractual y el daño moral como rubro indemnizable en etapa de formación de los contratos. Pasamos a explicarnos:

3. La promesa como fuente de responsabilidad *in contrahendo*. Un dato preocupante.

Está claro que la expresión utilizada por Tinelli “... *va a estar con nosotros el año que viene en el Show de Video Match* ...” no puede calificar jurídicamente como oferta pues es evidente que a dicha expresión le están faltando muchos de los elementos esenciales para que formulada la oferta la aceptación de Nadia tenga habilidad autosuficiente para cerrar un contrato de locación de servicios. Determinada así la ausencia de oferta resta analizar la culpa extracontractual o aquiliana, si es que efectivamente ella existió. Y esta es la cruz del problema.

Frente a la ausencia de una oferta concreta el Tribunal se esforzó por ubicar aquella frase dentro del ámbito de la promesa y como tal generadora de responsabilidad aquiliana. El Tribunal entendió que la promesa es un acto jurídico que devenga responsabilidad civil a quien frustra de manera arbitraria las razonables expectativas del otro.

Ya no se trata de la responsabilidad precontractual por el lanzamiento de una oferta (completa) en etapa de preliminares sino, por el lanzamiento de una promesa, en etapa de preliminares. Y esto sí merece ser atendido con prudencia puesto que esta corriente de opinión podría abrir una puerta demasiado amplia a la responsabilidad aquiliana precontractual con un efecto multiplicador preocupante.

Un dato del fallo merece ser esclarecido: fue el propio Tribunal quien puso el debate en este terreno aludiendo e invocando la doctrina de la responsabilidad *in contrahendo*, partiendo de la conclusión de que Tinelli y Nadia Mussa estaban negociando un contrato de locación de obra y por ello en etapa de tratativas preliminares. Es cierto que Nadia puso su reclamo en el ámbito contractual.

Debemos destacar que en etapa de negociaciones puede devengarse responsabilidad aquiliana frente a un grado de avance tal que genere en el otro una legítima y razonable expectativa de concluir el negocio. Frente a esta situación quien rompe las tratativas responde por las consecuencias dañosas. Este grado de avance nos está indicando un dato insoslayable: la etapa de promesa ha sido ampliamente superada. Siendo esto así la promesa no puede devengar responsabilidad civil².

4. La promesa como fuente de responsabilidad contractual. El mutuo

Vélez previó en forma expresa que la promesa pueda ser fuente de responsabilidad civil y lo previó para el caso del préstamo. Con fino y agudo sentido común, y teniendo en cuenta el particular negocio mutuario con alto grado de sensibilidad social, nuestro codificador decidió sancionar a quien prometiendo la dación de un mutuo (oneroso) frustrare luego las razonables expectativas del deudor desatendiendo la promesa. Para esto Vélez distinguió entre mutuo oneroso y gratuito y consideró sólo reprochable la ruptura de la promesa de un mutuo con tasa de interés. El destinatario de una promesa de mutuo gratuito nada tiene para reclamar frente a semejante gratuidad, y quien lanzó una promesa semejante no puede quedar atado a la misma por la simple razón de ser gratuita.

Así las cosas quien hace una promesa de mutuo oneroso termina preso de sus palabras, de sus dichos, en definitiva de su promesa.

Ahora bien el costo de salirse de la promesa debe ser lo razonablemente bajo como para que dicha promesa no se convierta –en los hechos por su coste de salida - en una oferta. Si el coste de romper una promesa es igual al de una oferta entonces estamos ante una oferta. Comprendiendo este fenómeno económico Vélez tarifó el perjuicio del deudor frustrado y lo fijó en un solo rubro: el promitente sólo debe compensar los gastos. Y no sólo eso sino que además redujo la incertidumbre del promitente exigiéndole al beneficiario de la promesa reclamar su indemnización de gastos dentro del plazo perentorio de 3 meses contados desde la frustración de la promesa.

O sea Vélez nos dice lo siguiente: quien promete un mutuo oneroso debe cumplir su palabra bajo amenaza de pagar ciertos costos transaccionales; pero sin ser muy severo pues quien promete un préstamo quedará inmune de culpa si el beneficiario no promueve su reclamo en un plazo de caducidad muy exiguo. Este plazo pone la carga de la diligencia sobre el frustrado deudor.

Nuestro codificador previó la responsabilidad civil por incumplimiento de promesa, la previó sólo para el negocio de mutuo oneroso. La duda que nos genera esta conclusión tajante - pero que surge de la letra del código - es si la promesa (fuera del contrato de mutuo) puede ser fuente de responsabilidad civil.

Frente a este planteamiento podemos tener dos aproximaciones: 1) que toda promesa es generadora de responsabilidad civil aquiliana, salvo la promesa de mutuo oneroso que tiene un régimen *ad-hoc*, o 2) que la única promesa generadora de responsabilidad civil es la promesa de mutuo oneroso. Estamos dentro del ámbito de la interpretación de las normas. Nos inclinamos por la segunda vía. La promesa no devenga responsabilidad civil.

Es notorio pero si consideramos seriamente que una simple promesa puede devengar responsabilidad aquiliana llegamos a una conclusión preocupante: el acreedor de la promesa tiene dos años para reclamar daños y perjuicios fuera del régimen tarifado del mutuo oneroso. O sea los costos de salida y los riesgos de no honrar una simple promesa se tornarían tan elevados y contingentes para el promitente que aquellos terminarían conspirando contra el acto de prometer.

Todos tenemos derecho a prometer y todos tenemos el sano derecho a creer esa promesa más no a demandar daños por la frustración de una mera expectativa: *“Nadia ... va a estar con nosotros el año que viene en el Show de Video Match ...”*.

Si hay daño por responsabilidad extracontractual ya no importa si la fuente del daño es una promesa. Lo que nos debe importar es que haya: 1) ilicitud, 2) daño, 3) atribución subjetiva de responsabilidad y 4) nexo de

² Sobre avance de tratativas preliminares y responsabilidad aquiliana el lector puede consultar VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *Negociaciones avanzadas en etapa de preliminares: responsabilidad in contrahendo en operaciones de M&A*. Working Paper CEDEF N° 52. www.cedeflaw.org

causalidad. El pecado capital de Tinelli es ser el conductor de televisión y productor con mayor rating en la TV argentina. Tal posición dominante exige elevar la prudencia en todos los actos que éste realiza frente a las cámaras y el público, redoblando el estándar de conducta trazado por el artículo 902 C.c.

5. El rubro daño moral en etapa *in contrahendo*.

Como hemos dicho al principio de estas líneas hay coincidencia en doctrina en que el costo de salida en etapa de preliminares debe ceñirse un rubro: al daño al interés negativo, esto es reponer únicamente los costos del cocontratante frustrado por entrar en negociaciones. Fijar este tope al coste de salida tiene un trascendente sentido económico: reducir el coste transaccional de romper una negociación a valores razonables y que no tornen costoso el legítimo derecho de no contratar. Se trata simplemente de compensar meras expectativas frustradas. Ahora bien, para que la indemnización prospere es necesario que se den dos factores insoslayables: 1) grado de avance en la negociación y 2) la ruptura de la negociación debe ser intempestiva, abrupta y dañosa.

El Tribunal sostuvo: *“La sola ruptura de las tratativas no implica daño moral si dicha ruptura de los preliminares provoca solo molestias menores propias del riesgo cotidiano. Ahora bien, en el caso el abrupto incumplimiento de la promesa formulada a una joven artista para participar en un programa de relevante repercusión realizada públicamente ante una gran audiencia (casi 3.500.000 de televidentes) no puede pensarse que haya provocado un malestar trivial o un disgusto menor ...”*.

El juzgador ubicó la promesa de Tinelli dentro del contexto de etapa preliminar. En la visión del Tribunal las partes estaban negociando un contrato de locación de obra. Este es para nosotros el pecado capital del veredicto. No tenemos dudas de que hay responsabilidad aquiliana, en cambio no guardamos certeza de que dicha responsabilidad se encuentre dentro del ámbito precontractual *in contrahendo*.

¿Estaban las partes negociando un contrato o sólo hubo incumplimiento de una falsa promesa?

Ubicado el tema donde lo puso el juez: responsabilidad *in contrahendo*, corresponde indemnizar daño al interés negativo esto es compensar los gastos. El daño moral no encaja en la responsabilidad precontractual aquiliana.

Este precedente debe ser mirado con celo y atención pues implica dar un salto al vacío en materia de responsabilidad *in contrahendo*.

II. El caso Efe 2 Producciones SRL. La gestación del contrato, contrato preliminar y preparatorio. Oferta incompleta.

1. El veredicto de la sala K del fuero civil.

El Tribunal fijó el siguiente criterio doctrinario respecto de tres etapas de un negocio. Etapas bien definidas: (i) la etapa preliminar, (ii) la oferta y (iii) la ruptura del negocio y sus costes de salida.

A. Etapa de preliminares.

1. *La gestación del contrato*: Que la gestación del consentimiento contractual para arribar a la declaración de "voluntad común" (art. 1137 del Cód. Civil) dando existencia a un contrato, tiene un lapso de duración en el que los interesados cambian ideas en pos de la cristalización del negocio jurídico, conformando lo que se da en llamar tratativas previas o preliminares. Que en este período se dan los contactos iniciales entre las partes en los que se proyecta el contrato, elaboran cláusulas condiciones y detalles del futuro convenio. En esta etapa las partes progresivamente van arribando a puntos de entendimiento, configurándose acuerdos parciales, los que tendrán fuerza vinculante si versan sobre el objeto, la causa o elementos esenciales del contrato, debiendo tenerse por concluido

aquel, integrándose los rubros faltantes mediante un convenio posterior, normas imperativas, normas supletorias y usos y costumbres de lugar de celebración.

2. *Etapa de preliminares*: La realidad de las negociaciones y la complejidad de la vida moderna hacen que la gestación de un acuerdo contractual se prolongue en el tiempo, vaya progresando en la medida en que los interesados concuerden en tópicos o cláusulas del futuro contrato. Esta etapa preliminar se caracteriza por tratativas que tienden a la formación de un contrato, pero en sí mismas no son vinculantes; aunque su ruptura intempestiva trae aparejada la responsabilidad precontractual o aquiliana.
3. *Tratativas preliminares y contrato preliminar*: Es necesario distinguir las tratativas preliminares del contrato preliminar. Este último es un verdadero contrato en el que las partes se obligan a concluir otro. Las "tratativas" no lo son e incluso pueden ser llevadas a cabo en la formación del contrato preliminar. La responsabilidad en el tramo de tratativas es precontractual o extracontractual. El incumplimiento de un contrato preliminar genera responsabilidad contractual.
4. *Costo de salida en etapa de preliminares*: Nuestro Código no trata las negociaciones previas, no obstante, a la luz de la normativa, se puede entrever las pautas que se les aplican, como así también la responsabilidad extracontractual (precontractual), que deriva de la ruptura intempestiva de aquellas originando la reparación del daño al interés negativo.
5. *Contrato preliminar y contrato preparatorio*: Los preliminares tienden a la conclusión de un contrato definitivo fijando sus bases y condiciones, por ej. , el contrato de promesa en el que las partes se obligan a celebrar un contrato futuro (CCiv. DF Mex. (art. 2243) y CCiv. Peruano 1984 (art. 1414); y el contrato de opción, supuesto en el que una de las partes acuerda con la otra la posibilidad de requerir la celebración de un contrato definitivo (cfr. C.Civ. Italiano 1942 (art. 1331), Peruano de 1984 (arts. 1419 y 1420) y en nuestro ordenamiento arts. 1366 CC (pacto de retroventa) y 1367 CC (pacto de reventa). Los preparatorios se celebran con la finalidad de fijar ciertas bases para la realización de contratos futuros, sin la obligación de llevarlos a cabo.

B. La oferta.

1. *Oferta incompleta – aceptación total / oferta completa – aceptación parcial*: Esto califica como acuerdo parcial salvo que se trate de la falta de un elemento esencial en cuyo caso no hay contrato; salvo que el elemento esencial pueda ser suplido por la ley o los usos y costumbres (art. 219. c.com).
2. *El artículo 1993 c.c y la prueba del contrato*: En materia probatoria contractual ha perdido actualidad la referencia dineraria del artículo 1993 c.c.

C. La ruptura del negocio. Costos de salida.

1. *Daño emergente*. Se reclamó la suma de \$ 5.400 como daño emergente, derivado de la falta de pago de los "cachets" acordados de \$ 1.800 mensuales por los meses de octubre a diciembre de 2004. La indemnización pretendida resulta procedente en la medida que al desistir por su sola voluntad el dueño de la obra de su ejecución tal circunstancia impone abonar al locador la indemnización correspondiente. En el caso, los accionantes se vieron privados de obtener la renta pactada a consecuencia de la ruptura del contrato.
2. *Lucro cesante y daño moral*: Se rechazaron ambos rubros.
3. *Daño moral por resolución contractual*: Cuando el dueño ejerce el derecho de desistir de la obra conferido por el art. 1638 del c.c, no se presenta, -en sentido estricto-, una hipótesis de incumplimiento, sino que se pone en juego una facultad discrecional con consecuencias indemnizatorias que están previstas en la norma. Se trata, sin duda, de un derecho potestativo (en tanto no requiere expresión de motivos y puede ejercitarse en cualquier tiempo) de orden legal, que constituye una excepción a la intangibilidad de los contratos y que no encuentra otra limitación que la obligación de indemnizar los perjuicios. Por lo tanto no corresponde reconocer daño moral.

Tres aspectos interesan destacar de este veredicto: (1) el caso fue planteado en el ámbito precontractual por la defensa y el juez lo puso dentro del ámbito contractual, (2) explicó de manera razonada y fundada las diferencias entre tratativa preliminar y contrato preliminar enseñando que la primera devenga responsabilidad aquiliana y la segunda responsabilidad contractual y (3) los costos de salida entre romper una tratativa preliminar y romper un contrato (preliminar).

1. No hay lugar al daño moral por ejercer el legítimo derecho de salida.

Este aspecto del fallo merece ser <destacado>.

El Tribunal negó este rubro bajo el argumento de que los contratos pueden ser rescindidos ejerciendo cualquiera de las partes el legítimo derecho de salirse de una relación contractual. El ejercicio del derecho de salida no es, ni puede ser considerado un incumplimiento contractual (salvo, huelga decirlo, que exista pacto expreso de obligación de no rescindir).

El derecho de salida rompe la falsa creencia de ver en los negocios jurídicos relaciones intangibles y eternas. Todo lo contrario los contratos nacen para ser cumplidos (hasta su rescisión). Y el ejercicio de esta facultad no puede ser considerado un incumplimiento contractual y como tal generador de daño moral.

2. Costo de salida en etapa de preliminares. Los gastos.

El fallo confirma la tendencia pacífica dentro de la doctrina autoral y judicial de que el costo de salida en etapa de preliminares (responsabilidad *in contrahendo*) se ciñe a la indemnización del daño al interés negativo.

3. El vetusto artículo 1993 C.c.

El Tribunal ha descartado la letra más no el espíritu de esta norma que impone celebrar en instrumento público con fecha cierta, contratos que tengan un valor igual o superior a los \$10.000. Es más que evidente que este dispositivo normativo ha quedado *congelado en el tiempo*. Me refiero al quantum. Suena ridículo que un negocio con v/n de \$10.000 deba celebrarse por instrumento público. Esta cifra debe ser actualidad ya!

Si bien compartimos plenamente este acertado criterio, realista y con una fuerte dosis de sentido común, no se puede afirmar lo mismo de los tribunales competentes en materia tributaria donde el Tribunal Fiscal de la Nación ha condenado a contribuyentes al pago de intereses presuntos por no contar con los documentos públicos respaldatorios de préstamos por valor nominal superior al precio del artículo 1993 C.c.

Frente al sano criterio civilista y la mirada retorcida del foro tributario no queda otra opción que seguir las pautas y criterios interpretativos del Fisco Nacional hasta que los tribunales del foro fiscal se adhieran a esta realidad.

4. La promesa como fuente de responsabilidad precontractual.

He dicho más arriba que en nuestro sistema la promesa no es un acto jurídico generador de responsabilidad civil precontractual. Quien promete algo tiene la plena libertad de romper la promesa sin costos transaccionales, salvo la promesa de mutuo oneroso.

Confirma esto el derecho comparado citado por la cámara en el caso Efe 2 Producciones. En este caso el juez nos enseñó que en etapa de preliminares dentro del proceso de generación de un negocio contractual la promesa puede ser fuente de responsabilidad *in contrahendo* si dicho supuesto de responsabilidad está expresamente previsto en la ley y citó como ejemplo los casos de México y Perú. Esto reafirma mi postura de

que bajo nuestro derecho la simple promesa no es un acto jurídico generador de obligaciones y responsabilidades.

5. El pacto de retro y el derecho opción como promesas.

La sala K cita al pacto de retro y pacto de reventa como ejemplos de promesa. Esto merece ser aclarado. Ni uno ni otro son promesas sino opciones. En ambos casos tanto comprador (pacto de retro) como el vendedor (pacto de reventa) tienen la opción de comprar o vender. Esa opción no es una promesa ni puede ser calificada como tal. La opción es en sí misma un negocio jurídico contractual autónomo que concede a una de las partes el derecho a ejercer un derecho futuro: la compra o la venta³.

El no ejercicio de la opción (de parte del titular de la opción) no genera ni puede generar responsabilidad alguna. Si así fuera no sería una opción sino una obligación. En cambio el no cumplimiento de la obligación (de parte del concedente de la opción) genera responsabilidad civil de tipo contractual. Esto confirma la idea de que la opción es un contrato, no es una promesa ni puede ubicarse dentro de los preliminares. Ni siquiera califica como contrato preliminar, ni preparatorio. La opción es un contrato con autonomía propia.

La particularidad de este negocio y que suele ser motivo de confusión, es que sus efectos jurídicos y materiales quedan en manos de una sola de las partes: el beneficiario de la opción. Si éste no ejerce el derecho de optar pues nada se deberá, nada deberá cumplirse.

En síntesis estos precedentes nos obligan a poner suma atención en la redacción de contratos preliminares, en las cláusulas de salida y valuación de los costes; y por último distinguir entre negociaciones preliminares y contratos preliminares⁴.

Espero estas reflexiones sean de utilidad.

Prof. Pablo A. Van Thienen

³ El lector interesado puede consultar VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *Precio y valor real en el contrato de opción sobre acciones*. Working Paper N° 23. Con especial mención al contrato de opción y su naturaleza jurídica, económica y contractual. www.cedeflaw.org

⁴ Sobre oferta irrevocable el lector interesado puede consultar VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *La oferta irrevocable: confirmada y condicionada. Una necesaria distinción*. Working Paper CEDEF N° 51. www.cedeflaw.org