

Confirmación y condición en la oferta (irrevocable)
en operaciones de M&A: el caso *Sociedad
Latinoamericana de Inversiones SA*



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Confirmación y condición en la oferta (irrevocable) en operaciones de M&A: el caso *Sociedad Latinoamericana de Inversiones SA*

Por: Iván DI CHIAZZA
Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

SUMARIO: I. Introducción. – II. El caso Sociedad Latinoamericana de Inversiones SA: a) *Oferta de compra de acciones*. b) *Contraoferta*. c) *Incumplimiento de la condición*. d) *Reclamo de los actores*. e) *Fallo de 1ra instancia*. f) *Fallo de Cámara*. g) *Necesidad de efectuar distinciones*. III. ¿Es viable una oferta sujeta a condición? a) *Condición suspensiva no es lo mismo que confirmación*. b) *Licitud del condicionamiento suspensivo de una oferta de compra: b.1) Efectos*. – IV. Primera lectura alternativa: ¿Oferta condicionada o contrato condicionado? a) *Algunas confusiones terminológicas y conceptuales*. b) *Los efectos de las condiciones*. – V. Segunda lectura alternativa: el precontrato. a) *Precontrato*. b) *Carta de intención: ¿precontrato o contrato preparatorio?* c) *Precontrato tácito, no instrumentado*. d) *El acuerdo de “auditar” como precontrato*. – VI. Reflexiones finales

I. Introducción

¿Es lícito sujetar una oferta de compra a la confirmación o ratificación del proponente? ¿Es lícito condicionar suspensivamente una oferta de compra? Confirmación y condición de oferta de compra: ¿son lo mismo?, ¿o acaso refieren a figuras jurídicas diferentes? Es habitual que en el marco de una negociación para la compra de acciones el proponente emita una oferta que incluya un precio con sus condiciones de pago y paralelamente sujete a <<confirmación>> dicha oferta (y consecuentemente la firma del contrato de compraventa en cuestión) a la aprobación de una imprescindible auditoría previa.

Quien reciba (o crea haber recibido) una oferta de compra de acciones sujeta a dicha <<confirmación>> deberá saber que, según el fallo recaído en “*Vicente Norberto Carlos J. y otro c. Sociedad Latinoamericana de Inversiones S.A.*” dictado por la sala D de la CNCom. el 28 de octubre de 2010, en rigor de verdad no ha recibido ninguna oferta.

Una oferta efectuada bajo reserva de <<confirmación>> no califica como una verdadera oferta. Este es el dato fundamental que surge del fallo mencionado. Y no es un dato menor, pues hará cambiar radicalmente la estrategia de negociación de quien ha recibido tal pseudo-oferta de compra y hará pensar, al proponente que realmente quiera ofertar pero a la vez poder revocar su oferta si la auditoría no resulta satisfactoria, la forma de lograr el mismo (o similar) efecto, pero por otro camino que no se encuentre cuestionado.

El fallo “*Sociedad Latinoamericana de Inversiones S.A.*” que tenemos el agrado de comentar es sumamente relevante por dos cuestiones. Primero, por el planteo jurídico que propone con un pormenorizado y detallado análisis de un concepto complejo como es el de <<oferta sujeta a confirmación>>, respecto del cual si bien, como luego veremos, cuestionamos que no se haya distinguido la hipótesis válida de <<oferta condicionada>>, debemos destacar su suficiencia y prolijidad. Segundo, porque asume el carácter de un caso didáctico. Nos hace pensar acerca de la viabilidad jurídica y eficiencia práctica de los acuerdos que plasman procesos de negociación para la adquisición de acciones (o cualquier otro bien que requiera de una auditoría).

Veamos.

II. El caso “Sociedad Latinoamericana de Inversiones S.A.”

a. Oferta de compra de acciones

En octubre del año 2000 la demanda envió a los actores una nota con una <<oferta de compra irrevocable>> del 100 % del capital de Bingo Caballito S.A. y Drobia S.A. y <<condicionó y supeditó>> dicha oferta al cumplimiento de ciertas <<condiciones>>: que dentro de los cinco días de <<aceptada>> la oferta se inicien las tareas de auditoría y que luego de treinta días de <<aceptada>> la oferta y aprobada la auditoría por la propia oferente se suscribiría el contrato de compraventa de acciones. Asimismo, en garantía del mantenimiento de la oferta la demandada presentó un cheque, depositado ante un escribano.

Al día siguiente al de la oferta originaria, la demanda mejoró el precio y ratificó todos los demás términos y condiciones de la oferta originaria. Los actores aceptaron, ese mismo día, la oferta en cuestión.

b. Contraoferta

En diciembre de 2000 los actores dirigieron una contraoferta a la demandada, por un porcentaje menor de las acciones y con una reducción proporcional del precio. A los pocos días, la demanda aceptó la propuesta con las reducciones mencionadas y ratificó la vigencia de los términos y condiciones estipuladas originariamente en su oferta del mes de octubre.

c. Incumplimiento de la condición

En febrero de 2001, tras haber finalizado la auditoría, la demandada notificó a los actores que a tenor del resultado de la auditoría no estaba en condiciones de <<ratificar>> la intención de adquirir las acciones y que por lo tanto <<rescindía>> la oferta, consecuentemente requeriría la devolución del valor entregado en garantía.

d. Reclamo de los actores

Sobre tal marco situacional los actores reclamaron el pago de la suma de \$ 1.000.000, otorgada en garantía del mantenimiento de la oferta, y sostuvieron que la demanda incumplió <<un contrato definitivo>>, ya que resultó perfeccionado al ser aceptada la oferta irrevocable. Alegaron también que el retiro de la oferta no debía ser una decisión arbitraria sino fundada en justa causa y que la misma era inexistente.

e. Fallo de 1ra. instancia

El fallo de primera instancia rechazó la demanda.

f. El fallo de la Cámara

Luego de efectuar una exhaustiva referencia a la regulación que tiene la oferta en nuestro Código Civil, alude a los casos en los que la oferta logra fuerza vinculante por sí misma sin que se integre con otra voluntad, vale decir, desvinculada de toda idea del consentimiento, se refiere así a las ofertas firmes, irrevocables o definitivas, en contraposición con las simples ofertas que son retractables.

A criterio del Tribunal en el caso de la oferta irrevocable el oferente asume una obligación de no hacer consistente en no desistir de la misma.

Agrega luego que a fin de que la retractación de una oferta irrevocable genere a favor del destinatario el derecho a ejecutar la garantía de cumplimiento que, como en el caso se ha reclamado, dicha

oferta irrevocable no debe haber estado <<condicionada>> de manera alguna. Caso contrario, si hubiera sido sujeta a alguna reserva que permitiera al proponente dejarla sin efecto, tal oferta no sería verdaderamente irrevocable.

Primera conclusión del fallo: una oferta irrevocable condicionada (o mejor dicho, sujeta a reserva de confirmación por el proponente) no es, en rigor de verdad, irrevocable.

No obstante, la Cámara va más lejos aún. A su criterio, una oferta (irrevocable o no) sujeta a confirmación no es una verdadera oferta. Esta es la segunda conclusión central y por cierto, sobre la cual girará esta nota. Al respecto sostuvo el Tribunal que “...no hay verdadera oferta cuando el proponente se reserva la posibilidad de optar entre dar nacimiento al contrato o no hacerlo, aun si hubiera recibido una respuesta afirmativa de su destinatario”.

Sobre tales bases argumentales la sala D ratificó la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda.

g. Necesidad de efectuar distinciones

Compartimos la solución propiciada por la sala D en el sentido de ratificar el rechazo de la demanda, aunque, como luego expondremos, propiciamos una distinción necesaria entre <<oferta sujeta a confirmación>> y <<oferta sujeta a condición>>.

A criterio del Tribunal una oferta sujeta a confirmación no es verdadera oferta. Compartimos ese criterio.

Ahora bien, a lo largo del fallo se alude indistintamente a <<confirmación>> y a <<condición>>¹; sin embargo, no corresponde asimilar tales conceptos.

Al no haber una clara diferenciación de conceptos e incluso una suerte de generalización o amplitud de la expresión <<condicionada>>, se podrá incurrir en el error de creer que el fallo califica como <<no ofertas>> tanto a las ofertas sujetas a <<confirmación>> como a las ofertas sujetas a <<condición>>. Tal interpretación no sería correcta, además de nociva, dado el papel relevante que la figura de la <<oferta condicionada>> puede tener en el proceso de compra de acciones.

El fallo se refiere sólo a las ofertas sujetas a <<confirmación>> y no a las ofertas sujetas a <<condición>>. Nos ocuparemos de remarcar las diferencias en esta nota a fin de evitar malos entendidos o lecturas desviadas de este rico e importante precedente de la sala D.

Es necesario distinguir entre <<confirmación>> y <<condición>>. Una oferta de compra condicionada (respetando los parámetros que al respecto prevé el Código Civil para una condición válida) es jurídicamente viable y, en determinados casos, una solución útil y eficiente para encauzar una negociación.

III. ¿Es viable una oferta sujeta a condición?

a. Condición suspensiva no es lo mismo que confirmación

Como hemos visto, el fallo anotado establece que una oferta sujeta a la confirmación o reserva de prestar el consentimiento no es una oferta. Ahora bien, allí no se alude a una condición propiamente dicha y lícita.

Cuando se desarrolla el argumento acerca de la necesidad de que la oferta sea vinculante y que, consecuentemente, no lo sería aquella que se encuentra sujeta a confirmación, se cita en el fallo algunas opiniones de prestigiosos doctrinarios nacionales y extranjeros quienes consideran que, en tales casos, “...pese a existir una propuesta completa de llevar a cabo un contrato, la reserva del derecho a una posterior confirmación a la teórica aceptación del destinatario, impide hablar de una verdadera

¹ En el punto 7° se señala que la oferta no debe estar, ella misma, “...condicionada de manera alguna pues si, por el contrario, hubiera sido sujeta a alguna reserva que permitiera al proponente dejarla sin efecto, la denominada oferta irrevocable no tendría de tal sino el nombre.”

oferta...”, o que “...para ser tal, la oferta (de cualquier tipo, irrevocable o no) debe tener carácter vinculante y no lo tiene, por ejemplo, la que está sujeta a confirmación...” y por último: “...si la propuesta se ha emitido con reserva, expresa o implícita, de la prestación final del consentimiento, no se tratará propiamente de una oferta”.

Compartimos plenamente las afirmaciones precedentes, una oferta que se sujeta a la necesidad de una posterior <<confirmación>> del oferente no es oferta. Ahora bien, ¿equivale ello a una <<condición>> suspensiva lícita? Consideramos que no.

Esta última aclaración es pertinente a fin de evitar una eventual lectura errónea del caso “Sociedad Latinoamericana de Inversiones S.A.” en virtud de la cual se pensara que una oferta sujeta a condición no es oferta.

Sin duda que una oferta que se sujeta a la ulterior <<confirmación>> del proponente o se efectúa bajo <<reserva de la prestación final del consentimiento>> del oferente, no es una verdadera oferta; ahora bien, ello no significa que tal <<confirmación>> sea asimilable o se identifique con una <<condición>>.

Confirmación y condición no son lo mismo.

La confirmación no es más que una manifestación unilateral del propio oferente que decide, por su propia voluntad, ratificar luego del cumplimiento de ciertos hechos o plazos, su oferta. Una condición válida, en cambio, requiere todo lo contrario, que no dependa, exclusivamente, de la voluntad del oferente (conf. Art. 542 CCiv.).

La confirmación se vincula a los denominados negocios *ad referendum* o claudicantes, que son así llamados cuando la declaración de voluntad del oferente requiere ser integrada por otra declaración de voluntad (asentimiento, aprobación, homologación). El negocio *ad referendum* es un acto complejo, que requiere la combinación de diversas declaraciones de voluntad distintas puestas al servicio del interés de uno de los agentes o de terceros.²

De esta manera, y tal como ha sabido destacar la jurisprudencia, mientras que en el negocio *ad referendum* lo que pende es la perfección del negocio, en el negocio bajo condición suspensiva, lo que es incierto no es la perfección del negocio sino su efectividad. Además, el negocio *ad referendum* requiere de la correspondiente <<ratificación>>.³

b. Licitud del condicionamiento suspensivo de una oferta de compra

Entendemos que es perfectamente lícito condicionar una oferta de compra. Desde luego debe tratarse de una verdadera y lícita condición. No de una mera <<confirmación>> o <<ratificación>> a cargo exclusivo y arbitrario del propio oferente.

Vale decir, se podría subordinar la oferta a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no suceder (conf. Art. 528 CCiv.) y que por cierto, no califique como condición potestativa (conf. Art. 542 CCiv.). También se podría sujetar a la voluntad de un tercero (conf. Art. 537 CCiv.) o bien, al hecho de se concrete determinado acontecimiento en un tiempo fijo (conf. Art. 539 CCiv.).

De modo tal que sostenemos la necesidad de distinguir entre la <<confirmación>> y la <<condición>>. Participamos de la idea de que una oferta no puede ser sujeta a <<confirmación>>, (¿no puede? La pregunta es ¿una oferta sujeta a ratificación del oferente qué es si no es vinculante?) pero no compartimos la posibilidad de que tal razonamiento se extienda a una <<condición>>, por cuanto, como hemos visto, <<confirmación>> y <<condición>> son conceptos distintos.

Es lícito condicionar suspensivamente una oferta de compra, siempre claro está que se observen todos los recaudos que al efecto requiere el Civil (arts. 527 y s.s.).

Ahora bien, dicho esto, cabe preguntarse: ¿cómo funcionaría una verdadera oferta condicionada suspensivamente?

b.1. Efectos

Si se quisiera realizar una oferta condicionada (verdaderamente condicionada), no se debe

² Mosset Iturraspe, Jorge, *Compraventa Inmobiliaria*, Ediar, Bs. As., 1976, pág. 26, cit. *in re*: CNCom., sala E, 26/05/2010, “*Caracotche Carlos R. c. El Hogar Obrero Sociedad Cooperativa*”, Abeledo Perrot On Line, Lexis N° 70062544.

³ Cfr. CNCom., sala E, 26/05/2010, “*Caracotche Carlos R. c. El Hogar Obrero Sociedad Cooperativa*”, Abeledo Perrot On Line, Lexis N° 70062544.

proceder del modo que lo ha hecho la demandada en el caso. Esto es un punto fundamental que nos enseña el fallo. En el caso se pretendió condicionar una oferta pero, paradójicamente, se aludió a la realización de la auditoría una vez aceptada la oferta.

La cuestión es que si la oferta es aceptada hay contrato y en tal caso, lo que en última instancia se suspenden son los efectos del contrato que queda congelado hasta el cumplimiento de la condición. De modo tal que no cumplida la condición el contrato será considerado como si nunca se hubiera formado (conf. Art. 548 CCiv.).

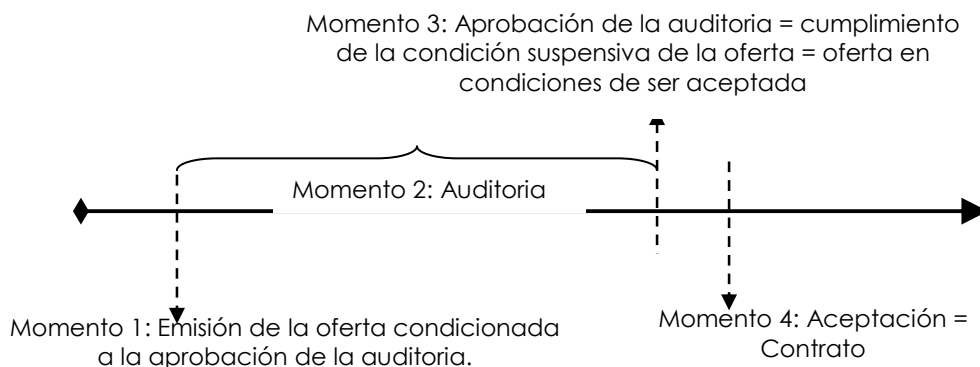
A nuestro criterio, en el caso anotado la demandada pretendió <<suspender>> su oferta, pero en rigor, con sus propias manifestaciones lo que hizo fue suspender el contrato consecuente. Luego desarrollaremos este análisis. Volvamos ahora a los efectos de una oferta condicionada.

¿Qué suspende una verdadera oferta condicionada?

Su aceptación. Por lo tanto, no se debe emitir una oferta condicionada a un hecho futuro (*vgr.* la aprobación de la auditoría) y pedir su aceptación inmediata para iniciar la auditoría, tal como sucedió en el caso anotado, porque ello es absolutamente contradictorio.

Si se pretende emitir una oferta condicionada, se deben condicionar (valga la redundancia) sus efectos en cuanto tal, al acontecimiento previsto como condición. De modo tal que una verdadera oferta condicionada lo que condiciona no es la firma del contrato, sino la aceptación de la oferta. En otras palabras, una oferta condicionada no puede ser válidamente aceptada sino hasta tanto se cumpla la condición en cuestión. Si no se cumple la condición suspensiva, se considerará como si nunca se hubiera emitido dicha oferta (conf. Art. 548 CCiv.) y por ende no podrá ser aceptada válidamente por cuanto ya no habrá oferta alguna que susceptible de ser aceptada.

Veámoslo en un gráfico:



Como se puede ver, una oferta lícitamente condicionada (siguiendo las pautas del CCiv.) y no sujeta a una mera confirmación del proponente, es aquella que no existirá, jurídicamente hablando, sino hasta que la condición se cumpla y recién en ese momento puede ser aceptada. Una oferta sujeta a condición suspensiva, deja pendiente la posibilidad de su legítima aceptación al cumplimiento de la condición.

Avancemos ahora en dos lecturas alternativas de lo sucedido en el caso, aunque nos permitirán llegar a la misma conclusión de la sala D en cuanto al rechazo de la demanda.

Veamos la primera lectura alternativa

IV. Primera lectura alternativa: ¿Oferta condicionada o contrato condicionado?

El oferente, como hemos visto, ha manifestado su voluntad de condicionar su oferta; sin embargo, nos preguntamos si en realidad no se ha condicionado el contrato de compraventa de acciones en sí mismo.

a. Algunas confusiones terminológicas y conceptuales

Conforme lo hemos destacado al inicio de esta nota, se ha emitido una <<oferta de compra irrevocable>> que se <<condicionó y supeditó>> al inicio de la auditoría luego de ser <<aceptada>> dicha oferta y además, recién luego de aprobada la auditoría por quien la llevaría a cabo (se supone que ese es el sentido de la referencia a quien la <<suscriba>> que empleó el oferente) se <<suscribiría>> el contrato de compraventa de acciones.

Luego, tras haber finalizado la auditoría, la oferente notificó que no estaba en condiciones de <<ratificar>> la intención de adquirir las acciones y que por lo tanto <<rescindía>> la oferta.⁴

En primer lugar, según la nota de la demandada la auditoría debía iniciarse luego de ser *aceptada* la oferta. Aquí hay una primera contradicción, sucede que si la *oferta* es *aceptada*, entonces, se completa el consentimiento y consecuentemente se perfecciona el *contrato*.

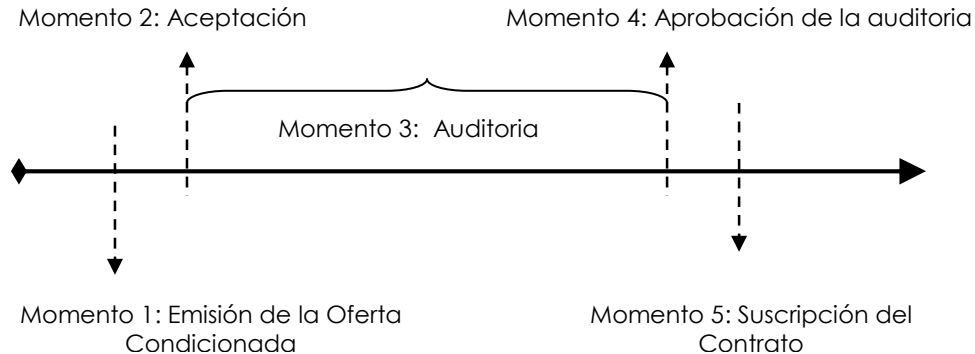
Seguramente la confusión viene dada por la <<condición>> prevista un segundo lugar: la aprobación de la auditoría. Es clara la intención de sociedad demanda oferente procurando no obligarse contractualmente hasta tanto se conociera el resultado de la auditoría. No cabe duda que es lógico y habitual que así sea. La pregunta es si, a tenor de las expresiones y conceptos empleados, ha sido correcto el camino elegido para tal fin.

b. Los efectos de las condiciones

De todo lo dicho anteriormente, surge un interrogante esencial: ¿Qué efectos se supone debía cumplir las condiciones mencionadas por la demandada en su oferta?

A tenor de los documentos transcritos dicha condición debía sujetar la suscripción del contrato de compraventa de acciones.

Veamos la situación en una secuencia temporal:



La oferta emitida (momento 1) debía ser aceptada (momento 2) y luego comenzar la auditoría (momento 3); a su vez, solo se <<suscribiría>> el contrato (momento 5) una vez aprobada la auditoría por quienes debían confeccionarla (aunque confusamente alude a la aprobación de la auditoría por quien la <<suscriba>>) (momento 4).

Aquí se advierte muy claramente que lo condicionado no es la oferta, sino el contrato de compraventa de acciones. Se suscribirá el contrato luego de aprobada la auditoría. Esta es la condición que ha querido imponer “*Sociedad Latinoamericana de Inversiones S.A.*”. No debía haber contrato de compraventa de acciones sin haberse terminado el proceso de auditoría y haber sido aprobada la misma por la proponente⁵. Tal vez se ha equivocado al calificar como <<condicionada a la oferta>> cuando en

⁴ ¿<<Rescindir>> la oferta?

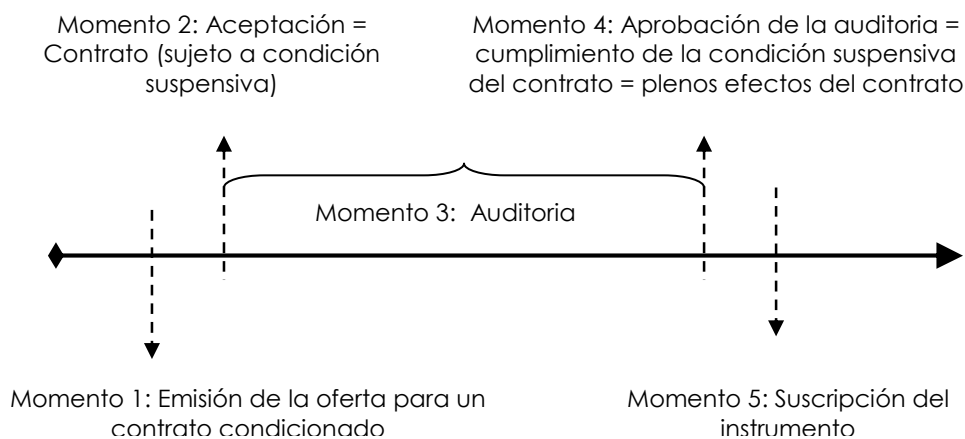
⁵ Compartimos el criterio del Tribunal acerca de la validez de tal condición, por cuanto no es una condición potestativa ya que de los hechos surge que no era una mera decisión arbitraria del oferente aprobar o no la auditoría, sino que lo haría en función del resultado de la misma. La buena fe, que se presume, impone esa visión; máxime cuando se llevó a cabo el proceso de auditoría con prorrogas incluidas a fin de poder culminarla. Caso contrario, si los actores creyeran que en nada le importó el resultado de la auditoría al oferente y que tomó la decisión de no aprobar la auditoría de modo totalmente arbitrario, debería probarlo, debería

rigor de verdad debió calificar de condicionado al perfeccionamiento del contrato de compraventa de acciones.

Reiteramos: si la condición de la demandada exigía la aceptación de la oferta, entonces, ya estamos en presencia de un contrato: oferta + aceptación = contrato. Una vez aceptada la oferta existe un contrato. En el caso se trata de un contrato latente, por cuando aún se encuentra condicionado suspensivamente. En tal caso, la condicionalidad funcionaria con otros efectos.

En pocas palabras, si se aceptó la oferta (y ello era necesario para iniciar la auditoría) y la auditoría a su vez era condición de la suscripción del contrato, a nuestro criterio la operación que se ha instrumentado es muy sencilla: es un contrato de compraventa de acciones perfeccionado con la aceptación pero sujeto a una condición suspensiva, a saber: la aprobación de la auditoría. No aprobada la auditoría, no se cumple la condición y por ende, no existirá contrato. Contrariamente, cumplida la condición los efectos del contrato se retrotraen al día en que se perfeccionó, es decir, cuando se aceptó la oferta.

Veámoslo, nuevamente, con otro gráfico:



De esta manera el enfoque debe ser distinto y por ende sus consecuencias también. No se ha condicionado una oferta, sino más bien un contrato. En pocas palabras, desde el momento mismo de la aceptación de la oferta nace un contrato pero suspendido en sus efectos hasta que opere la condición.

Si la condición no se cumple no perfecciona el contrato. Si la condición no se cumple, el contrato será considerado como si nunca se hubiera formado (conf. Art. 548 CCiv.). Teniendo como marco esta distinta visión jurídica de lo sucedido, igualmente correspondería el rechazo de la demanda. En efecto, si se ha condicionado el contrato de compraventa (no ya la oferta) a la aprobación de la auditoría por parte del oferente, la única manera en que pudiera reconocerse algún derecho a los actores, es en el caso que dicha condición (la aprobación de la auditoría) no sea lícita.

Al respecto, tal como ya hemos mencionado, compartimos el criterio del Tribunal acerca de la validez de tal condición. No se trata de una condición potestativa. De las circunstancias detalladas en el caso es evidente que no era una mera decisión arbitraria del oferente aprobar o no la auditoría, dado que lo haría en función del resultado de la misma.

La buena fe, que se presume, impone esta visión; máxime cuando se prorrogó el plazo para culminar la auditoría. Si los actores creyeron que nada le importó al oferente el resultado de la auditoría, debería probarlo; es decir, debería demostrar la mala fe del oferente a través, por ejemplo, del resultado positivo de la auditoría, datos que por cierto, no han sido aportados a la causa.

Por todo lo expuesto, aún con un enfoque distinto de lo sucedido en el caso, la solución debería ser la misma a la propuesta por la sala D: el rechazo de la demanda.

Veamos a continuación la segunda lectura alternativa del caso.

demonstrar la mala fe del oferente a través, por ejemplo, del resultado positivo de la auditoría. Lo cierto es que ningún elemento al respecto habrían incorporado los actores.

V. Segunda lectura alternativa: el precontrato

Existe otra lectura alterna: el precontrato.

Esta es una variante de lo desarrollado en el punto IV. Primera lectura alternativa: ¿oferta condicionada o contrato condicionada? Allí mencionamos que al exigirse la aceptación de la oferta condicionada, en rigor de verdad, se había perfeccionado el contrato y lo condicionado había sido el contrato de compraventa de acciones.

Creemos que existe la posibilidad de fraccionar el vínculo que surge del caso en dos contratos. Uno es un precontrato y otro es el contrato de compraventa de acciones.

¿Es dable sostener que existió un precontrato, obviamente, no instrumentado? ¿Es ello jurídicamente viable?

a. Precontrato

Sabido es que en el precontrato las partes se obligan a celebrar un contrato futuro. El precontrato es en si mismo un contrato pero tiene en miras la celebración de otro contrato que se denomina definitivo.⁶

En este caso, existió un precontrato para comprenderlo es necesario dividir la oferta presentada. Allí se aprecia lo siguiente: por un lado la oferta propiamente dicha conteniendo el precio y porcentaje de acciones a comprar, es decir, las condiciones en que se concretaría el futuro contrato de compraventa de acciones o contrato definitivo. Por otro lado, estaba claro que no se perfeccionaría dicho contrato de compraventa, en cuanto contrato definitivo, hasta tanto se culminara satisfactoriamente la realización de la auditoría. De modo tal que debió existir un acuerdo entre actores y demandados a fin de auditar a las sociedades cuyas acciones se pensaban comprar con el contrato definitivo. Este acuerdo es, ni más ni menos, que el precontrato en cuestión.

Existen diferentes figuras que usualmente califican como precontratos, por ejemplo, un contrato de promesa⁷, un contrato de opción, un contrato de prelación, e incluso un contrato sujeto a cierta condición.⁸

Desde esta perspectiva el precontrato representa un negocio jurídico patrimonial que siendo verdaderamente contrato en punto a su perfeccionamiento, carece de una función autónoma, ya que tiende a preparar otro contrato. Es una especie de contrato de primer grado dirigido a la conclusión de otro contrato futuro.⁹

De esta manera al acordarse por medio de la oferta, luego aceptada, que se llevaría a cabo una auditoría y que si la misma resultaba aprobada se procedería a suscribir el correspondiente contrato de compraventa de acciones en cuanto contrato definitivo, se podría considerar que aquella oferta aceptada dio lugar a un contrato preliminar o precontrato en cuanto tendiente a la formación de otro definitivo cuyo objeto consistiría en la transferencia de las acciones.¹⁰

⁶ "...El contrato (puro o condicional) jurídicamente contingente, que obliga a la conclusión de otro contrato (definitivo o preliminar) que habrá de regular los intereses de las mismas partes sustanciales". Cfr. López de Zavalía, Fernando J. J., "Teoría de los contratos. Parte General", t. I, Zavalía, Buenos Aires, 1991, pág. 90.

⁷ Cfr. CNCom., sala E, 19/10/2006, "Transportes Cadam S.A. v. Coca-Cola FEMSA. de Buenos Aires", SJA 18/4/2007, JA 2007-II-139, Abeledo Perrot On Line, Lexis N° 35010341.

⁸ Se ha definido al precontrato como la "...convención por la cual las partes se obligan a celebrar un contrato ulterior una vez que venza un término o se cumpla una condición o se pueda satisfacer el requisito de forma probatoria impuesta por la ley, o pactada por las partes, y teniendo por objeto este ulterior contrato el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la primera convención". Vid. Spota, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil. Contratos", t. 2, p. 1, n. 222, Cit. por CNCiv., sala F, 02/07/1982, "Winograd, Marcos y otro v. Erenfryd, Aarón N.", JA 1984-I-557, Abeledo Perrot On Line, Lexis N° 70030162.

También se ha señalado que el "...el precontrato o antecontrato es un contrato que obliga a las partes a la celebración de uno nuevo y genera una responsabilidad de fuente contractual...". C. Nac. Com., sala D, 16/11/2004, "Olivera, Héctor M. v. ICI Argentina S.A.I.C. (Ex Duperial S.A.I.C.)", RCyS 2005, 8849, La Ley 19/04/2005, 4; LA LEY 2005-B, 855; DJ 2005-2, 89; IMP 2005-A, 1370; La Ley Online: AR/JUR/5005/2004; SJA 1/6/2005; JA 2005-II-174.

⁹ Cfr. CNCom, sala A, 13/02/2008, "Karamalikis, Juan c. Cash Converters Sudamérica Ltd. y otro", Abeledo Perrot On Line, Lexis N° 35022437.

¹⁰ Este mismo análisis ha sido planteado como fundamento de la sentencia en un destacado caso de la sala E de la CNCom. de hace unos pocos años: "Garansini". La única diferencia, menor a nuestro criterio pues no empece al razonamiento y a la comparación efectuada, es el hecho de que en "Garansini" el precontrato se instrumentó como tal, en "Sociedad Latinoamericana

Una hipótesis similar a la anterior que también se ha planteado en la jurisprudencia es el caso en que las partes suscribieron una <<carta de intención>>.¹¹

b. Carta de intención: ¿precontrato o contrato preparatorio?

La <<carta de intención>> puede o no, dependiendo de su configuración concreta, revestir el carácter de precontrato.

A veces, la <<carta de intención>> instrumenta un vínculo cuyo objeto no es el futuro contrato, sino la negociación en sí misma¹². En tal caso, las partes no tienen obligación de celebrar el contrato previsto en la carta de intención, sino solo la de negociar de buena fe y facilitar la información necesaria para que la otra parte contratante pueda adquirir el conocimiento preciso del objeto del contrato y de sus circunstancias¹³. En estos casos, la carta de intención se acerca al contrato preparatorio o normativo ya que “...las partes no se obligan a celebrar un contrato futuro, sólo establecen las pautas básicas sobre las que se regirá una eventual contratación futura”.¹⁴

En otras hipótesis, lo denominado por las partes <<carta de intención>> encierra un verdadero precontrato, si se han obligado a celebrar un contrato futuro¹⁵. Lo propio cuando el nombre empleado ha sido el de <<contrato marco>>. ¹⁶

c. Precontrato tácito, no instrumentado

Desde luego, un precontrato, como contrato que es, no requiere necesariamente de una instrumentación por escrito. Tal el resultado de la <<oferta irrevocable y condicionada>> que fuera emitida por la demandada y aceptada por los actores en el caso “*Sociedad Latinoamericana de Inversiones*”.

d. El acuerdo de “auditar” como precontrato

Bajo el encuadre propuesto en los párrafos anteriores conforme al cual no es dable concebir al precontrato, sino contemplándolo en relación con el contrato definitivo que las partes pretenden celebrar¹⁷,

de Inversiones”, en cambio, no se ha instrumentado ningún precontrato, sin embargo, ello no obsta a su existencia. CNCom., sala E, 10/02/2004, “*Garansini, Oscar c. Garansini, Edgardo*”, La Ley 2004-E, 461, La Ley Online: AR/JUR/1333/2004.

¹¹ Se ha dicho, por ejemplo, “...puesto que, en el caso, las partes suscribieron una carta de intención en la cual estipularon que el negocio no tendría un efecto inmediato, sino que quedaría supeditado al análisis de la situación que en una determinada fecha debía hacer la accionada para decidir si los resultados obtenidos justificaban la ‘continuación del esfuerzo’, cabe concluir que la conducta seguida por ésta autoriza a considerar que la misma entendió que el proyecto debía seguir y, por ende, a considerar cumplida la mencionada condición, por lo cual el contrato debe reputarse perfeccionado a partir de esa fecha”. CNCom., sala E, 13/05/1998, “*Promosell S.R.L c. New Shopping S.A.*”, ED, 183-581.

¹² Cfr. Lorenzetti, Ricardo, “*Tratado de los Contratos - Parte General*”, Santa Fe, 2004, p. 289, cit. in re: CNCom., sala D, 17/02/2010, “*Neptan S.A. c. International Container Terminal Services y otros*”, La Ley Online: AR/JUR/211/2010. En tales hipótesis la carta de intención es de suma utilidad por cuanto permite determinar ciertas obligaciones de las partes durante el proceso de negociación, sean ellas procedimentales y generales o específicas, como las referidas a la confidencialidad, la no competencia, etc. Asimismo se podría utilizar, tal como se puede ver en el fallo “*Neptan*” antes citado, para neutralizar la responsabilidad precontractual en el caso de la ruptura de las negociaciones.

¹³ Cfr. CNCom., sala D, 17/02/2010, “*Neptan S.A. c. International Container Terminal Services y otros*”, La Ley Online: AR/JUR/211/2010. El lector interesado puede consultar Van Thienen – Di Chiazza. *Carta de intención y responsabilidad precontractual no aquiliana: análisis del caso Puerto Rosario SA (International Container Terminal Services SA. Working Paper CEDEF N°48. www.cedeflaw.org*

¹⁴ “...El contrato normativo queda enmarcado en el acuerdo colectivo que regulara futuros contratos, en el caso que estos se produzcan, es decir he aquí una diferencia esencial con el preliminar, los suscriptores no quedan obligados a contratar, mas si lo hacen están compelidos a respetar los términos del normativo. Lo predispuesto alude al contenido de los eventuales contratos, más no a la obligatoriedad de su celebración”. CNCom., sala E, 28/12/2005, “*Rafti, Ricardo c. Sabio, Ángel*”, Abeledo Perrot Online.

¹⁵ Tal lo resuelto, por ejemplo, in re CNCom, sala A, 13/02/2008, “*Karamalakis, Juan c. Cash Converters Sudamérica Ltd. y otro*”, Abeledo Perrot On Line, Lexis N° 35022437.

¹⁶ “...es procedente concluir que el negocio jurídico denominado “contrato marco” configuró un precontrato y no un contrato preparatorio en tanto de su texto surgen claras obligaciones para las partes de suscribir diversos contratos”. CNCom., sala A, 14/07/2010, “*Cabrera, Mercedes Ester c. General Electric International Inc. y otros*”, DCCyE 2010 (noviembre), 181; La Ley Online: AR/JUR/44873/2010.

¹⁷ Cfr. CNCom., sala A, 27/05/2010, “*Teximco S.A. c. Eduardo Caramian S.A.C.I.C.F. y A.*”, La Ley 30/06/2010, 30/06/2010, 9; La Ley 2010-D, 233; La Ley Online: AR/JUR/25093/2010.

es posible concebir al acuerdo de auditar como el precontrato respecto del contrato definitivo de compraventa de acciones.

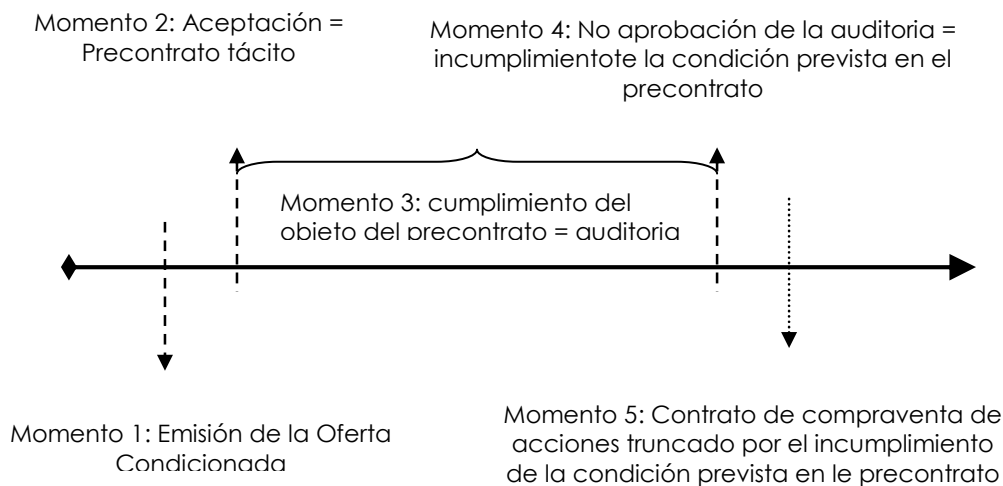
¿Qué papel juega en esta lectura la condicionalidad?

En este contexto, no cabe olvidarse de un aspecto fundamental del negocio: el hecho de que el oferente haya condicionado el contrato de compraventa de acciones al resultado favorable de la auditoría.

No existe obstáculo alguno para que se acuerde de esa manera en un precontrato. Tal como hemos visto, el precontrato obliga a las partes a celebrar un contrato futuro, ello no empece a que tal obligación asumida por las partes se encuentre condicionada al cumplimiento de determinados hechos (como podría ser una auditoría favorable) y siempre que los mismos califiquen en los términos que el Código Civil contempla para las obligaciones sujetas a condición en general y a condición suspensiva en particular.

Desde este enfoque, la solución del caso no variaría. En efecto, si la condición prevista en el precontrato tácito (resultante de la oferta formulada por la demandada y aceptada por los actores) era la aprobación de la auditoría y ello no se ha cumplido, *ergo*, opera la condicionalidad

Veámoslo con otro gráfico:



VI. Reflexiones finales

El fallo “*Sociedad Latinoamericana de Inversiones S.A.*” nos deja mucho para pensar. Y para tener presente en el futuro. Es un fallo con un desatcado tratamiento jurídico-teórico del tema de la <<oferta condicionada>> pero a la vez, con relevantes connotaciones prácticas.

Como ya hemos mencionado compartimos la solución dada por el Tribunal. Participamos de sus argumentos. Coincidimos en el hecho de que una oferta sujeta a confirmación no es una verdadera oferta, por cuanto no sería vinculante. No obstante, es imprescindible aclarar que no se debe extender ese razonamiento a una <<oferta condicionada>>.

Corresponde distinguir entre <<confirmación>> y <<condición>>. A nuestro parecer, son dos conceptos distintos. El primero, vinculado a los *negocios ad referendum* implica una ratificación del propio proponente y no puede, lícitamente, calificar a una oferta. El segundo en cambio, en la medida en que se adecue a las previsiones que en materia de condición prevé el Código Civil, es perfectamente lícita su inclusión en una oferta. Además, puede resultar una medida útil en ocasión de la negociación de la compra de determinados bienes que requieren de una imprescindible auditoría previa.

En éste último caso, de así ocurrir, la condición afecta a la oferta en sí misma. No al contrato. En consecuencia, el efecto de condicionar una oferta de compra a determinado hecho futuro e incierto (no dependiente de la exclusiva y arbitraria voluntad del oferente) no es otro que supeditar la consecuencia jurídica de dicha oferta, esto es, su aceptación, hasta tanto ese hecho se considera cumplido. De este modo,

mientras no se cumpla la condición la oferta así condicionada no tiene virtualidad jurídica alguna para ser aceptada.

En pocas palabras, una oferta condicionada (aún aceptada) cuya condición no se ha cumplido no genera efectos jurídicos vinculantes.