

## I.- Formación del consentimiento

**1.- El acuerdo y la conducta de las partes.-** El capítulo 3º del Título 2º, del Libro 3º del Proyecto, trata la formación del consentimiento. Se inspira en las disposiciones del Proyecto de 1998. El Código Civil luego de indicar en la definición que el contrato presupone un acuerdo sobre una declaración de voluntad común (art. 1.137), dispone en el art. 1144 que el *“consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”*. El art. 971 del Proyecto, dispone al respecto: *“Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”*. Esta redacción coincide sustancialmente con la que utiliza el art. 2.1 de los Principios del Unidroit. En la nota explicativa del precepto, relativo al papel que se le atribuye a la conducta de las partes que pueda ser relevante para demostrar el acuerdo, se expresa en los citados Principios, que en la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos se celebran después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación, ni determinar si se ha llegado a un acuerdo o, en su caso, en que momento éste se ha perfeccionado. En estos supuestos, el comportamiento de las partes puede ser trascendente para demostrar la existencia del acuerdo. El ejemplo con que se pretende ilustrar lo dicho, es el de negociaciones con miras a establecer una asociación en participación (*joint venture*). Después de haberse prolongado, en algún momento, restando aún puntos de menor importancia, las partes comienzan a cumplir sus obligaciones. Dicho comportamiento autoriza a concluir que se ha perfeccionado el contrato. De la lectura de estos antecedentes se colige que no se trata la hipótesis prevista de un supuesto de conclusión del contrato diferente del acuerdo, sino tan sólo de casos en que resulta factible demostrar la existencia de este último, en atención al comportamiento posterior de las partes. El supuesto concierne, pues, a la prueba de la existencia del contrato en que la conducta de las partes puede revestir la misma importancia que tiene en materia de interpretación de su contenido. Dicha prueba atiene a la demostración de que se ha producido el encuentro y la conformidad entre una oferta y una aceptación: vale decir, no excluye la necesidad del acuerdo, sino, hace referencia

a supuestos en que es dable demostrarlo, en atención a la conducta de las partes. Por ello, la ubicación de tal salvedad no es la apropiada.-

**2.- La oferta.-** El art. 972 del Proyecto, caracteriza la oferta: *“La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”*. Los requisitos de la oferta que se traducen en los caracteres que la identifican, son los que se desprenden del art. 1148 del Código Civil: la autosuficiencia, la intención de obligarse y la dirección a persona determinada o determinable. La autosuficiencia concierne a la precisión de la oferta: ella debe ser completa, debe estar concebida en forma tal que baste el mero asentimiento del destinatario para que el contrato quede perfeccionado. El art. 1148 del Código Civil, a este respecto, exige que debe ser hecha *“sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos del contrato”*. El art. 972, sustituye el texto del Código, requiriendo que debe contener *“las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”*. Entendemos que la formula utilizada por el Proyecto no traduce con fidelidad la idea que se pretende enunciar. Sería más apropiado, para referirse a este carácter de la oferta, no fincar la precisión en los efectos, sino en el hecho que ella debe contener los elementos esenciales del contrato que tiende a celebrar.

**3.- La invitación a hacer ofertas y la oferta hecha al público.-** En lo atinente a la dirección de la oferta, el Código Civil establece que debe ser hecha *“a persona o personas determinadas”* (art. 1148). La expresión es demasiado estrecha e, incluso, no coincide con la opinión del Codificador vertida la nota a dicho precepto, con la cita de la opinión Zachariae. El Proyecto de manera más flexible, en el citado art. 972, prescribe, con acierto, que debe ser dirigida a persona determinada o determinable. El tema se vincula con la validez de la oferta hecha al público. Empero, el art. 973 al tratar esta oferta lo hace de un modo incidental, al referirse a la invitación a ofrecer, de un modo técnicamente objetable, en que lo principal aparece subordinado a lo secundario y accesorio. Dispone el art. 973 del Proyecto: *“Invitación a ofertar. La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos”*. Ante todo debe señalarse que la referencia a la

invitación a ofrecer diferenciada de la oferta, parece provenir del Proyecto Gandolfi. Este Proyecto, con mayor propiedad, en el apartado 1 del art. 13, prescribe los requisitos de la oferta. En el apartado 2, establece que una declaración que no reúne los requisitos del apartado precedente, o está dirigida a personas indeterminadas y tiene el carácter de una comunicación publicitaria, no constituye una oferta y no es susceptible de ser aceptada, constituyendo una invitación a hacer una oferta. La hipótesis que excluye, es la declaración que contenga una promesa hecha al público, cuestión diferente de la oferta hecha al público. A su vez, la oferta hecha al público es objeto de tratamiento específico en el art. 22, que reproduce el recomendable tenor del 1336 del Código Civil italiano: *“La oferta al público, cuando contiene los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como oferta, salvo que resulte lo contrario de las circunstancias o de los usos”*. En el art. 973 del Proyecto, el abordaje de la oferta hecha al público, según se ha adelantado, está encubierto en la definición dada a la invitación a ofrecer, cuestión prescindible, y, aparece inopinadamente, como una excepción a dicho concepto. Otra fuente que puede haber influido en la redacción del art. 973 del Proyecto es el art. 1388 del Código del Perú, el que a diferencia de aquél, se refiere explícitamente a la oferta al público. Dispone dicho art. 1388: *“La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a dicha invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”*. El temperamento seguido por el Código peruano no es convincente, pues para que una propuesta deje de ser una invitación y tenga el rango de una oferta, no es suficiente que el autor le asigne carácter obligatorio. Es más simple, idóneo y coherente señalar que la oferta al público, vale como tal oferta, cuando reúna todos los requisitos de ella, esto es, contenga los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, a lo que cabe sumar la intención de obligarse y no resulte lo contrario de las circunstancias o de los usos, según la impecable redacción del Código Civil italiano.-

**4.- La fuerza obligatoria de la oferta.-** El Proyecto atribuye fuerza obligatoria a la oferta, en el art. 974: *“La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso”*. La importancia práctica del tema, exige distinguir dos modalidades de contratación, entre presentes o entre ausentes. En la primera modalidad, la oferta es hecha a persona presente o es formulada por un medio de comunicación instantánea, sin que exista plazo

para la aceptación. En dicho supuesto, la oferta sólo puede ser aceptada inmediatamente, pues en caso contrario caduca o pierde vigencia. En cambio la segunda modalidad se da cuando la oferta es hecha a persona no presente, sin un medio de comunicación instantánea o bien cuando existe un plazo para la aceptación que puede ser un término razonable o fijado en la oferta. Dicho de manera más simple, en la modalidad de contratación entre ausentes, debe mediar un espacio de tiempo entre oferta y aceptación, sin que la respuesta del destinatario tenga que ser dada de manera inmediata. Por ello se plantea la cuestión si la oferta puede ser revocada por el proponente mientras no haya aceptación o si el oferente está obligado a mantener la oferta durante un determinado lapso, obligación que desprovee de efectos a su revocación.

**5.- El plazo de la oferta.-** El Proyecto, cabe reiterarlo, consagra como regla que la oferta tiene fuerza vinculante. En este sentido prescribe el párrafo 3º del art. 974: *“Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación”*. Por tanto, como agrega el inc. b del art. 980, la aceptación perfecciona el contrato, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta. Ahora bien, la fuerza obligatoria de la oferta está asociada al plazo de su duración. Al respecto, cabe distinguir dos hipótesis según que el oferente haya fijado ese plazo o no lo haya hecho. El Proyecto se ha referido exclusivamente a esta última hipótesis y ha omitido la consideración de la primera. Existe coincidencia en sostener que la oferta siempre tiene un término de vigencia. Cuando no lo ha fijado el oferente, es el plazo de (borrar “de”) dentro del cual cabe razonablemente esperar la llegada de la respuesta en circunstancias normales y hasta ese momento sólo es concebible admitir la vinculación de la oferta, si se adopta ese sistema. Sin embargo, ello no quita que corresponda para completar la regla, consignar como lo hace expresamente el BGB en su §148 que si el oferente ha fijado un plazo para la aceptación de la oferta, la aceptación sólo puede realizarse dentro de ese plazo. El Proyecto de 1998, prevé una norma relativa a la caducidad de la oferta, en la cual se da solución este supuesto (inc. c del art. 924), cuya consideración ha omitido del Proyecto.

**6.- Momento inicial del plazo.-** También en el Proyecto de 1998, en el citado art. 924 in fine, se establece que los *“plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su emisión, salvo que contenga una previsión diferente”*. El Proyecto, inexplicablemente, ha invertido esta regla y prescribe en el cuarto párrafo del art. 974: *“Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente”*. Si se piensa que dicha recepción de la oferta puede dilatarse por motivos extraños a quien emite la oferta, se advierte que esta solución es inadecuada. En los casos en que el retraso con que llega al destinatario es imputable al oferente, sería conveniente prever que se prorroga el plazo de caducidad de la misma, como lo hace el Proyecto Gandolfi en el art. 15.4. En los otros casos, los plazos de duración de la oferta –ya sea que los fije el oferente o que se reputan razonables- son aquellos términos en que el oferente piensa o se estima que debe llegarle la respuesta, en circunstancias normales, por lo que cuadra computar los términos a partir del momento en que proponente envía la oferta, salvo que éste exprese lo contrario.

**7.- Autonomía de la oferta.-** Otro de los temas que deben ser abordado en la oferta, aparte de su posibilidad de revocación, es el de su autonomía. Nuestro Código Civil ha admitido la tesis tradicional que la oferta caduca por la muerte o pérdida de capacidad del oferente, antes de haber sabido la aceptación o por la muerte o pérdida de la capacidad del destinatario, antes de haber aceptado (art. 1.149). El BGB se aparta de esta solución tradicional y dispone en su §153 que no obsta a la perfección del contrato que el oferente muera o devenga incapaz de obrar, antes de la aceptación, a no ser que quepa suponer que su voluntad era otra. Aparece consagrada, de este modo, la regla denominada de la autonomía de la oferta. El Proyecto de 1998 acogió esta tesis en el art. 918<sup>1</sup>. De allí que en el art. 925, establezca que tanto el oferente como sus herederos están obligados a mantener la oferta durante el término de su vigencia. Por el contrario, el Proyecto, en su art. 976, mantiene la solución del Código en el sentido que la oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan pero estableciendo que tales hechos deben producirse antes de la recepción de la aceptación. Pese a esta modificación que el Proyecto le introduce al Proyecto de 1998 que le ha

---

<sup>1</sup> Art. 918 Proyecto de 1998: Muerte, incapacidad o quiebra de las partes. La muerte, la incapacidad o la quiebra, del oferente o del aceptante, no perjudican, respectivamente, la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con posterioridad, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

servido de fuente principal, cuando en el art. 974 del Proyecto analizado, en su párrafo final, reitera la fuerza obligatoria de la oferta, repite que el oferente, y en su caso sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, resultando obvio el contrasentido: ¿Cómo puede pesar sobre los herederos del oferente la obligación de mantener la oferta, si ésta caduca cuando muere el oferente?

Con el temperamento que adopta el Proyecto, se ve constreñido a mantener una hipótesis tradicional de responsabilidad precontractual en el segundo párrafo del art. 973: “ *El que aceptó una oferta ignorando la muerte o la incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación*”.-

**8.- La retractación de la oferta.-** Si se adopta el sistema de asignar fuerza obligatoria a la oferta, la única retractación o revocación de la oferta que cabe, siguiendo la regla, es aquella en que se comunica su retiro de manera tal, que dicha comunicación sea recibida por el destinatario, antes o al mismo tiempo que la oferta. Así lo dispone el art. 975 del Proyecto.-

**9- La aceptación, conformidad con la oferta.-** En el art. 978 el Proyecto trata la aceptación, que es la manifestación de voluntad con la cual el destinatario presta su adhesión a la oferta. El precepto citado, enuncia el primer requisito que debe observar la aceptación para que sea idónea a los fines del perfeccionamiento del contrato, consistente en su plena conformidad con la oferta. En este orden de ideas, coincidiendo con lo preceptuado en el art. 1152 del Código Civil, prescribe que cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato. En su parte final el artículo enuncia, como excepción a esta regla, que tales modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante. Acoge lo dispuesto por el Proyecto de 1998, en el inc. a del art. 929. Según los fundamentos de este Proyecto, antecedente de esta solución sería la Convención de Viena, y el Código Peruano en el art. 1376. Empero la Convención de Viena de 1980, no contiene un precepto con ese alcance. La Convención de Viena de 1980, en el art. 19.2, seguida por los Principios del Unidroit (art. 2.11) y el Proyecto Gandolfi (apartado 7 del art. 16), prevén el supuesto de una aceptación que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta, esto es, que sólo conciernan a aspectos marginales, de ella, como señala el Proyecto Gandolfi. En dicha hipótesis se dispone

que tal aceptación concluirá el contrato, si el oferente no comunica sin demora justificada el desacuerdo con tales modificaciones, objetando la discrepancia. El art. 1376 del Código Civil Peruano se refiere a la aceptación tardía y a la que introduce y la oportuna que que no sea conforme a la oferta, disponiendo que ambas equivalen a un contraoferta. Asimismo, establece que el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante. En este orden de ideas puede haber servido parcialmente de fuente de inspiración para la solución comentada. Hecha esta aclaración, cabe señalar que ella no resulta convincente.. Si la aceptación que introduce modificaciones a la oferta, constituye una nueva oferta, comunicada al oferente, él se convierte en destinatario de esa contraoferta y puede aceptarla o rechazarla dentro del plazo de duración que es propio de toda oferta. Amén de lo indicado, el Proyecto ha omitido consignar una regla del género en lo atinente a la tempestividad de la aceptación, como se verá, ámbito en el cual resulta recomendable.

**10.- La tempestividad de la aceptación.-** El art. 980 del Proyecto hace referencia a este requisito de la aceptación. Según este precepto, cuando la oferta es entre presentes, para que la que aceptación perfeccione el contrato debe ser manifestada en forma inmediata, como debería haber prescripto con mayor propiedad el inc. a de dicho artículo<sup>2</sup>. Entre ausentes, debe ser recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta, establece el inc. b. del art. 980. Es con respecto a la aceptación tardía, que el Código Civil italiano, en el párrafo tercero del art. 1326, seguido por la Convención de Viena de 1980 (apartado 1 del art. 21), los Principios de Unidroit (art 2.9), el Proyecto Gandolfi (apartado 5 del art. 16) y el Código Civil de Perú (art.1376), sienta la regla, consignada innecesariamente por el Proyecto en relación con la aceptación que difiere de la oferta. Dispone el Código Civil italiano en el precepto citado: “*El proponente puede considerar eficaz la aceptación tardía, siempre que dé aviso inmediatamente a la otra parte*”. Resulta aconsejable la inclusión de una norma con este contenido.-

**11.- Los acuerdos parciales y la formación progresiva del contrato.-** El art. 982 del Proyecto trata de los acuerdos parciales. Reproduciendo el art. 916 del Proyecto de 1998, prescribe: “*Acuerdo parcial. Los acuerdos parciales de las partes concluyen*

---

<sup>2</sup> ARTÍCULO 980.- *Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato:*

a) *entre presentes, cuando es manifestada;*

b) *entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.*

*el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos*". Ante todo, conviene recordar que el tema de los acuerdos parciales se vincula con la formación progresiva del contrato<sup>3</sup>. Las partes se proponen tratar ciertos puntos que deben formar el contenido del contrato y, de ese modo, el acuerdo se va gestando paulatinamente, a través de la concordancia sobre cada uno de ellos. También puede darse el caso que las partes decidan ir documentando por escrito el resultado de las tratativas y, en consecuencia, dejan constancia de los puntos de coincidencia a que se va arribando. Tales documentos reciben el nombre de minuta o puntualización. El contrato se reputa celebrado cuando todos los puntos sobre los que debe versar y que se han propuesto discutir las partes, son aprobados por los interesados. Inclusive, se ha planteado la hipótesis que las partes inicien tratativas respecto a la posibilidad de convenir un determinado proyecto de contrato, cuyas cláusulas deben ser objeto de análisis y discusión. Para que se perfeccione el contrato en estos casos, por vía de regla, el acuerdo de los contratantes debe extenderse a todos los puntos materia de discusión. En principio, los acuerdos fragmentarios o parciales que dejen cuestiones futuras a resolver, no constituyen oferta ni aceptación, en sentido técnico, sino meras tratativas inconclusas.

**12.- La doctrina de la punktation.-** Sin embargo, se ha planteado el interrogante si cuando media acuerdo sobre los puntos o elementos esenciales es dable admitir el perfeccionamiento del contrato, independientemente que ese acuerdo incompleto no alcance a puntos secundarios o cláusulas accesorias. El Código Civil Suizo de las Obligaciones consagra la solución afirmativa en su art. 2º. El BGB, adopta la posición

---

<sup>3</sup> Messineo, Francesco, voz "Contratto", en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, p. 847, n° 34; Ravazzoni, Alberto, *La formazione del contratto*, t. I, Giuffrè, Milano 1973, ps. 725 y ss.; Carrara, Francesco, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, p. 20 y ss.; Osti, Giuseppe, voz "Contratto", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, p. 513, n° 46; Carresi, "Il contratto", cit., t. I, p. 706, n° 238; Mirabelli, Giuseppe, *Dei contratti in generali*, Utet, Torino 1980, p. 48; Ferri, Giovanni, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, en "Rivista di Diritto Commerciale", 1969, I, p. 187; Lehmann, Heinrich, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1956, p. 353; Witz, Claude, *Droit privé allemand Actes juridiques, droits subjectifs. BGB- Partie générale*, Litec, París 1992, 146, n° 160; von Tuhr, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, cit., vol. II- 2, p. 161; Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. I, Depalma, Buenos Aires 1975, p. 395, n° 206; Brebbia, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, La Rocca, Buenos Aires 1987, p. 239. Roppo, Il contratto, cit., ps.137 y ss.; Flume, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p.734.-

contraria en su §154: *“Hasta que las partes no se hayan puesto sobre todos los puntos de un contrato respecto de los cuales debe lograrse conformidad, aunque más no sea según la declaración de una sola de las partes, en la duda no se reputa concluido el contrato. La conformidad sobre puntos concretos no es vinculante, incluso si se ha documentado en un borrador”*. Desde un punto de vista crítico, la solución del Código Suizo que ha sido objeto de un acogimiento minoritario en la legislación comparada, merece el reparo que la distinción entre puntos esenciales y no esenciales no deja de ser arbitraria, porque si las partes han estimado subordinar la conclusión del acuerdo al tratamiento y conformidad de determinados puntos, es porque todos ellos revisten importancia y afectan sus intereses. No obstante lo señalado, en la primera parte del precepto, el Proyecto opta por adherir al criterio del Código Civil Suizo de las Obligaciones. Si se leen los fundamentos de la norma en el Proyecto de 1998, fuente del precepto que reproduce el Proyecto, en ellos se señala: *“En la realidad negocial, por lo pronto, son frecuentes los acuerdos parciales. Corresponde considerar que ellos concluyen el contrato cuando todas las partes expresan consentimiento sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares; la extensión de una minuta respecto de alguno de esos elementos, o de otros no esenciales, es irrelevante y, en la duda, el contrato no se considera concluido (conf. Cód. Civ. Alemán, §154). Logrado aquel consentimiento, el contrato queda integrado en las estipulaciones pendientes mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulte de las normas imperativas, de las normas supletorias y de los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables. Se trata de la punktation, contemplada por el Código suizo de las obligaciones (art. 2º), que también resulta de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 – Ley 22.765 (arts. 14.1 y 19.2), según la cual el contrato queda formado cuando hay acuerdo sobre sus elementos constitutivos propuestos en la oferta, y la aceptación no le introduce modificaciones que los “alteren sustancialmente”*.

**13.- La contradictoria formulación del art. 982 del Proyecto.-** Como se advierte, se confirma lo anticipado que el Proyecto ha resuelto seguir la doctrina de la punktation contemplada en el art. 2 del Código Suizo de las Obligaciones. No es exacto que esa doctrina haya sido incorporada a la Convención de Viena de 1980. El artículo 19.2 de dicha Convención prevé un supuesto que si bien puede tener una relación de parentesco con el analizado, es diferente. Prevé que la respuesta a una oferta que

contenga elementos adicionales o diferentes a la oferta pero que no alteren sustancialmente los elementos de la oferta, constituirá aceptación, si el oferente no objeta sin demora injustificada la discrepancia. A diferencia del caso considerado, no se trata de la formación progresiva del contrato; amén de ello, el contrato no se reputa perfeccionado, pese a que puede considerarse que existe un acuerdo sobre los elementos esenciales, sino que el oferente tiene el derecho de impedir que ello ocurra. Para mayor abundamiento, es dable recordar que cuando se discutió el proyecto de convención, en el seno de la UNCITRAL, esta excepción contenida en el párr. 2º del artículo 19, dio lugar a un debate prolongado, que giró en torno a la dificultad del distingo entre los que cabe considerar elementos sustanciales de la oferta y los que no lo son. Por tanto, el criterio sobre la base del cual se proyectaba la norma, si bien podría tener la ventaja de ser dúctil, tenía la dificultad de ser poco preciso, por lo que podía transformarse en una fuente de controversias. Se trató de superar esa dificultad con la incorporación del apartado 3º al art. 19 que dispone: “3) *Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y cantidad de mercaderías, al lugar y fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias, alteran sustancialmente los elementos de la oferta*”. Como bien se ha señalado, ante esta enumeración, es harto estrecho el margen que queda para hablar de modificaciones o adiciones a la oferta que no son susceptibles de alterar sustancialmente sus elementos<sup>4</sup>.

En los fundamentos del Proyecto que han sido transcritos, se invoca §154 del Código Civil alemán para señalar que la extensión de una minuta respecto de alguno de los elementos esenciales u otros que no lo son, es irrelevante. Y siguiendo ese temperamento, luego de consagrarse la solución que el Código Civil Suizo de la Obligaciones, prescribe en el supuesto de acuerdos parciales, se agrega en la parte final del art. 982: “*No se considera acuerdo parcial la extensión de alguna minuta o de un borrador respecto de algunos elementos o todos ellos*”

---

<sup>4</sup> Véase Garro-Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, p. 124. El Proyecto de Unificación de 1987, inspirado en esta Convención, establece en su párr. 2º lo siguiente: “Las modificaciones sustanciales que el destinatario introduzca a la oferta importan su rechazo y constituyen una contraoferta. Las otras modificaciones que el destinatario le introduzca se consideran admitidas por el oferente si no manifiesta sin demora su rechazo”. Una norma de este tipo merece reparos porque significa generalizar el grado de desaconsejable imprecisión de la diferencia de que se trata.. Véase Brebbia, *Responsabilidad contractual*, p. 271. Véase, asimismo, Frignani, “Il contratto internazionale”, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Galgano (dir.), Cedam, Padova 1990, p. 313.

En el Código Civil Alemán, como bien se sostiene, la segunda parte del precepto, es una mera consecuencia del primer párrafo que desprovee de efectos a los acuerdos parciales. El párrafo final establece que no lo tienen, aun cuando tales acuerdos consten en una minuta o en un apunte. La razón de ese aditamento, que aparece como innecesario, se justifica en el derecho alemán, porque los autores del BGB querían rechazar expresamente la regla interpretativa del Proyecto de Dresde, según la cual, en dichos supuestos, en caso de duda, debía suponerse que el proyecto de contrato contiene ya por sí un contrato vinculante<sup>5</sup>.

Vale decir, que el art. 982 resulta de la combinación de dos fuentes antagónicas y de dos soluciones antitéticas, la del Código Civil suizo y la del Código Civil alemán, lo que obsta a su interpretación racional. Únicamente cabría entender que cuando el art 892 del Proyecto se refiere a la extensión de alguna minuta o borrador respecto de algunos elementos o todos ellos, sólo puede haber querido comprender las hipótesis de meros proyectos concernientes a tales elementos, documentados de esa forma, sobre los cuales no ha existido ningún acuerdo. Por lo que el agregado de que se trata, se limitaría a señalar una perogrullesca verdad: no existe acuerdo parcial cuando no hay acuerdo.

Entendemos que una norma de ese tipo, debe ser excluida de un proyecto de reforma del Código. El sistema vigente relacionado con los acuerdos parciales en la formación progresiva del contrato, construido en torno del art. 1152 del Código Civil, que es el predominante en la legislación comparada, no ha dado lugar a ninguna dificultad que torne necesaria o conveniente su modificación. La regla debe continuar siendo que para la conclusión de un contrato es necesario el acuerdo sobre todos los puntos sometidos a discusión. Sin embargo, mediante la apreciación de las circunstancias que rodean la formación progresiva del contrato, siempre queda espacio para determinar las hipótesis en que, existiendo conformidad sobre sus elementos esenciales, las partes lo dan tácitamente por aprobado, ya sea porque han perdido su interés en continuar las negociaciones sobre los puntos secundarios o bien en el supuesto previsto desubicadamente en el art. 971 del Proyecto, al que se ha hecho referencia, porque las partes optan directamente por ejecutar el contrato. Se trata de una cuestión de hecho que debe ser examinada en cada caso particular, mediante una razonable interpretación de

---

<sup>5</sup> Flume Werner, el Negocio jurídico, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p.741.- El Proyecto Dresde fue elaborado, en 1866 por una comisión, inmediatamente antes de disolverse la Federación y antes de consolidarse la unidad alemana. Ennecesrus Ludwig-Nipperdey Hans Carl, Tratado de Derecho Civil. Parte general, tº I-1º, p. 31, Bosch, Casa editora, Barcelona 1947.-

la voluntad de las partes y sobre la base de elementos de convicción que permitan acreditar la concreción del acuerdo.

**14.- El sistema de la recepción.-** El régimen previsto en primer lugar para la formación de los contratos entre ausentes, prevé los supuestos en que dicho perfeccionamiento se lleva a cabo a través de declaraciones. La declaración constituye un hecho del lenguaje que se vale de símbolos para transmitir ideas. Tales símbolos pueden consistir en la palabra hablada o escrita, pero no se agotan en ella. También valen las indicaciones o gestos tales como levantar la mano en una subasta para hacer una postura o, incluso, en una actitud silenciosa que en determinadas circunstancias puede entrañar un modo directo y explícito de dar a conocer una voluntad, cuando el acuerdo de las partes le ha atribuido tal significado. La declaración, pues, tiene, por su misma naturaleza, la función participativa o comunicativa que es propia del lenguaje. Cuando la oferta y la aceptación se traducen en declaraciones de voluntad, ellas son recepticias, esto es, manifestaciones que deben dirigirse a una persona porque están destinadas, precisamente, a comunicarle tal voluntad. Por ello, razonablemente deben producir efectos cuando cumplen con su destino natural y son recibidas por el destinatario. No obstante, el Código Civil se inclinó por la adopción del sistema de la expedición, lo que conduce a soluciones que pueden ser reputadas como insuficientes o no satisfactorias. De este modo prescribe el Código que la aceptación hace sólo perfecto el contrato cuando ella se hubiese mandado al proponente (art. 1154). Asimismo, el Código Civil establece que las ofertas pueden ser retractadas, mientras no hayan sido aceptadas (art.1150). Dicha retractación, tal cual ocurre con la aceptación, produce efectos desde el momento es que es enviada al destinatario de la oferta, según incuestionablemente se desprende del art. 1156 del Código. Este sistema conduce a soluciones que pueden ser reputadas como insuficientes o no satisfactorias. En efecto, abre el interrogante respecto a qué suerte debe asignársele a una declaración emitida, la que, por razones ajenas al declarante no cumple con su finalidad de ser recibida por el destinatario. Amén de ello permite la existencia de supuestos en los que, quien emite una declaración, ignorando la emitida con anterioridad por la contraparte, en un sentido contrario, ve frustrada su expectativa de concluir el contrato, restándole, tan sólo, la posibilidad de hacer uso de la vía imperfecta de reclamar una indemnización. El Código Civil exige unos retoques en esta materia. Ellos se traducen en que debe reemplazarse el sistema de la emisión por el de la recepción, seguido por la Convención de Viena de 1980 y también por el Proyecto.

**15.- La retractación de la oferta y la Convención de Viena de 1980.-** Sin embargo, este último, en lo concerniente a la retractación de la oferta, se ha plegado a la solución distinta dada por el BGB, que admite, en principio, su fuerza vinculante. Creemos que también en ese punto debe acogerse el temperamento de la Convención de Viena de 1980, la cual admite, por vía de regla, que la oferta pueda ser revocada, si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación, temperamento también acogido por los Principios del Unidroit y por el Proyecto Gandolfi. Esta solución significa una acertada corrección de la reglamentación del Código Civil con la ventaja que estructura un sistema semejante, al actualmente vigente, aunque notablemente mejorado. Amén de ello, debe repararse en que la Convención de Viena de 1980 fue aprobada por nuestro país por la ley 22.765, habiéndose depositado los instrumentos de adhesión con fecha 14 de marzo de 1983. Se acoge así una solución que ya está incorporada a nuestro derecho, con la ventaja de la coherencia que significa darle un tratamiento semejante al tema en el derecho interno y en el internacional, sin perder de vista la trascendencia que corresponde asignarle a la Convención de Viena en los esfuerzos exitosos de armonización del derecho contractual.

**16.- La aceptación tácita. El silencio.-** Como es sabido, la manifestación que exterioriza la voluntad, puede realizarse mediante declaraciones o bien mediante comportamientos que, a diferencia de aquéllas, no cumplen una función comunicativa o participativa de dicha voluntad. En estos últimos casos, se habla de manifestación tácita, la que se traduce, ya sea en hechos concluyentes que permiten inferir con certidumbre la existencia de la voluntad, a través de un juicio lógico, fundado en la incompatibilidad que existe entre tales hechos y una voluntad contraria a la que se supone; o bien en comportamientos que significan la actuación en los hechos de dicha voluntad. El art. 979 del Proyecto trata los modos de la aceptación. Dispone que toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta, importa aceptación. La referencia que hace a un acto, significa sumar a la declaración la manifestación tácita de voluntad. El precepto concluye refiriéndose al silencio; establece: *“El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”*. Es ésta una prescripción sobreabundante porque se limita a repetir lo dispuesto por el art. 263; y

también es defectuosa, porque omite mencionar entre las excepciones, el deber de expedirse que resulta de la ley.-

**17.- La aceptación por comportamientos concluyentes.-** Lo que debió haber sido materia de tratamiento más explícito, es la aceptación por comportamientos concluyentes en cuanto configura lo que la doctrinariamente se denomina negocio de actuación. Así lo hacen el Código Civil alemán, §151, el Código Civil italiano, art. 1327, la Convención de Viena de 1980, art. 18.3, los Principios del Unidroit, art. 2.6, apartado 3, y el Proyecto Gandolfi, art. 21. Son supuestos en que por un acuerdo previo de las partes, por las prácticas establecidas entre ellos, por la autorización del oferente, por la naturaleza del negocio, o según lo usos, el contrato se concluye antes que el oferente reciba la aceptación, por un acto del destinatario, ya sea consista éste en ejecución de su prestación o en la apropiación de la prestación por la contraparte.-

**18.- La noción de recepción dada por el Proyecto.-** Como se ha indicado el Proyecto adopta el sistema de la recepción, como el momento en que una declaración es susceptible de producir efectos. Sin embargo, curiosamente, en el art. 983, siguiendo al art. 21 del Proyecto Gandolfi, que a su vez acusa la influencia del art. 1335 del Código Civil italiano, dispone: *“A los fines de este capítulo se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátese de la comunicación verbal, de recepción de su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil”*. Corresponde aclarar que el Proyecto Gandolfi, como el Código Civil italiano, adopta la teoría del conocimiento para el perfeccionamiento del contrato entre ausentes, esto es, el contrato se concluye en el momento y en lugar en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, aunque se considera que toda declaración dirigida a una determinada persona se reputa conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, si éste no prueba haber estado, sin su culpa, en la imposibilidad de tener conocimiento de ella (art.1335 del Código Civil italiano)<sup>6</sup>. Ahora bien, si el Proyecto, adopta el sistema de la recepción, dentro del iter de formación del contrato ésta representa un momento anterior al conocimiento. Las declaraciones surten efecto en el momento y en el lugar en que

---

<sup>6</sup> Aunque la redacción es distinta, puede llegarse a la misma conclusión en el Proyecto Gandolfi, cuando en el art. 11.2 establece que el contrato se concluye en el lugar y en el momento en que el oferente conoce o debe considerarse que conoce la aceptación, expresión reiterada en el art. 12.1.-

llegan al destinatario, que no son otros que el momento y el lugar adonde deben ser remitidas o enviadas, ya sea porque es el domicilio del destinatario o porque así lo han convenido los interesados. Ergo, si bien cuando se adopta la teoría del conocimiento es razonable admitir que las declaraciones surten efectos cuando son conocidas por el destinatario, aunque cabe presumir tal conocimiento cuando él las recibe, no tiene el mismo rigor lógico afirmar que las declaraciones surten efectos con su recepción y reputar que las recibe cuando las conoce o debió conocerlas. Como es de sentido común, la recepción es un estadio anterior al conocimiento; si el destinatario conoce la comunicación, obviamente es porque la recibió, y tal recepción tan sólo basta para que la declaración surta efectos.-

**19.- Contrato plurilateral.-** Resta referirse al art. 977 del Proyecto que, dada su ubicación, regla la formación del contrato plurilateral; dispone en tal sentido: *“Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlos en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido”*, Este precepto reproduce el art. 919 del Proyecto de 1998. Ni en los fundamentos de dicho Proyecto de 1998, ni tampoco en los escuetos fundamentos que el Proyecto consagra a la formación del consentimiento, se encuentra referencia a los antecedentes de esta norma. Se denomina contrato plurilateral al que es celebrado por más de dos partes. Pueden revestir esta condición, excepcionalmente, los contratos de cambio, tales como la cesión de contrato, la novación subjetiva, la partición, etc.. Los contratos asociativos: La expresión paradigmática del contrato plurilateral concierne a los contratos asociativos. Como este tipo de contratos las partes unen sus esfuerzos y prestaciones para realizar una actividad conjunta, en vista de un fin común, el contrato encierra, por su misma naturaleza, la posibilidad inmanente de ser celebrados por más de dos parte, por un número indeterminado de ellas. Esto es, los contratos asociativos, aunque pueden ser celebrados por dos partes, son potencialmente plurilaterales<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Ascarelli, Tulio, “Il contratto plurilaterale”, en *Saggi giuridici*, Milano 1949, p. 273. Ferri, Giuseppe., voz “Contratto plurilaterale”, en *Novissimo digesto italiano*, t. IV, p. 679 y ss.; Messineo, voz “Contratto plurilaterale e contratto associativo”, en *Enciclopedia del diritto*, t. X, p. 140 y ss.; Mirabelli: *Dei contratti in generale*, p. 59; Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, p. 134, n° 45; Osti, voz “Contratto”, en *Novissimo digesto italiano*, t. IV, p. 476, n° 13; Carresi, “Il contratto”, cit., en *Trattato de diritto civile e commerciale*, Cicu - Messineo (dirs.), t. I, p. 74, n° 22; Roppo, *Il contratto* cit, ps. 128 y ss.; Orestano, Andrea, Schemi alternativi, en *Trattato del contratto*, tº 1-Formazione, a cura di Granelli, Carlo, Giuffrè,

El proceso de formación del contrato plurilateral es semejante al del contrato con dos partes, La oferta hecha por alguna o algunas de partes debe ser aceptada por todas la restantes. Por vía de principio, asimismo, cada parte debe recibir la comunicación de la aceptación de las otras. Ello es la consecuencia de que cada parte representa un distinto centro de intereses y tiene derecho a que se le comunique las determinaciones de las otras partes. Como esta regla es susceptible de generar complicaciones prácticas, se proponen atenuaciones razonables para evitar abusos o distorsiones, tal como que la comunicación de la aceptación de alguna de las partes, puede ser llevada cabo por cualquiera de las partes que la reciba a las otras partes.-

El contrato plurilateral debe ser distinguido de los contratos celebrados por partes subjetivamente complejas, en que una de ellas está constituida por dos personas o más, como la venta que celebran los condóminos de un inmueble con dos o más compradores. Esa pluralidad de personas de los vendedores y compradores no impide que cada grupo de ellas responda a un mismo interés y que, por tanto, cada uno de los integrantes no sea un centro distinto e independiente de intereses, por lo cual representa una sola parte.-

El perfeccionamiento del contrato plurilateral requiere que todas las partes presten el consentimiento. Empero, una vez celebrado un contrato es factible que éste se presente abierto. Se denomina de este modo, al contrato celebrado entre o dos o más partes originarias que admite la adhesión de otros sujetos, los que verificada la adhesión, devienen partes del mismo contrato originario, sin que ello signifique su modificación. El Código Civil italiano en el art. 1332 ha contemplado dicha adhesión. El precepto dispone que si el contrato ha contemplado modalidades para la adhesión, a ellas debe sujetarse. En el caso en que ello no ocurra, la adhesión debe ser dirigida al órgano que haya sido constituido para la actuación del contrato. Finalmente, a falta de éste, la adhesión debe ser dirigida a todos los contratantes originarios.-

Aclarado, así, los problemas que se plantean en la formación de los contratos plurilaterales, es dable colegir que el art. 977 del Proyecto no les da una solución razonable y, ni siquiera, los aborda. En efecto, tras enunciar la obvia regla que el perfeccionamiento de estos contratos requiere el consentimiento de todas las partes interesadas, consagra dos excepciones. La primera es cuando una convención o la ley

autoricen a la mayoría de la partes a celebrarlos en nombre de todos. A poco que se medite si esa mayoría de las partes está autorizada a actuar en nombre de otras es porque tiene la representación del ellas. En consecuencia el consentimiento prestado en ejercicio de tal representación, como un efecto que es propio de ésta, en definitiva se reputa dado por el representado. La segunda excepción, que en virtud de una convención o de la ley se permita la conclusión entre quienes lo han consentido, exige hacer una distinción. Si existe una convención concerniente a la etapa formativa del contrato, ésta no puede ser otra que un contrato preparatorio en el que se ha pactado tal resultado. En lo atinente a la referencia a la ley, se ha discutido, cuando se trata de un contrato asociativo, si cuando media acuerdo de las partes que deben tener una participación esencial en el contrato pueda considerarse concluido entre quienes han dado el consentimiento<sup>8</sup>. La tesis opuesta aclara, con razón, que la oferta sobre la base de la cual puede perfeccionarse el contrato propone una reglamentación de intereses que presupone el consentimiento de todos los interesados. Frente al rechazo de alguno de ellos, si las retrates partes deciden, no obstante celebrar el contrato entre ellas, dicho acuerdo será un nuevo contrato que sustituye al primitivo malogrado.

Como corolario de lo expuesto, creemos que dicho art. 977, es un original precepto carente de trascendencia práctica, fuente innecesaria de confusión, que debe ser excluido del Proyecto.-

## **II.- Contratos preliminares**

**20.- Una cuestión terminológica.-** La Sección 5ª del Capítulo 3º, del Título 2º, del Libro 3º del Proyecto, está titulada “contratos preliminares”. En ella el Proyecto trata la promesa de celebrar un contrato y el contrato de opción. La primera observación es de índole terminológica; para comprender las dos figuras contractuales referidas es más correcto hablar de contratos preparatorios, como lo hace el Código Civil peruano (Título V, de la Sección Primera, del Libro VII que comienza con el art. 1414). La denominada promesa de celebrar un contrato, es precisamente el contrato preliminar según el derecho italiano, el tradicional *pactum de contrahendo* con un lenguaje que proviene del derecho romano, el contrato de promesa en el derecho español, el contrato promesa del derecho portugués o el *vorvertrag* o precontrato del derecho alemán.

---

<sup>8</sup> Orestano, Schemi alternativi cit, p. 266.-

**21.- Los contratos preparatorios. El contrato preliminar.-** Los contratos preparatorios son aquéllos que se celebran en vista de facilitar la conclusión de un futuro contrato. Dan vida, por tanto, a una relación instrumental que se desenvuelve en función del perfeccionamiento de ese contrato principal. Dentro de esta categoría cabe incluir principalmente al contrato de opción, al acuerdo de prelación, al contrato preliminar y al contrato normativo. El contrato preliminar, está caracterizado en el 995 del Proyecto: *“Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer”*.

Es decir, el contrato preliminar es aquel contrato en que las partes asumen la obligación de concluir en el futuro un contrato, que se denomina contrato definitivo. Genera una obligación de hacer, de realizar una actividad de cooperación para el perfeccionamiento de dicho contrato. El art. 995 prescribe que el futuro contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Así como en otras legislaciones, el contrato preliminar se vincula primordialmente con los contratos que tienen efectos reales provocando una fractura de tales efectos, en cuanto el preliminar produce tan sólo efectos obligatorios, postergándose los efectos traslativos para el momento en que se perfecciona el definitivo, en nuestro derecho la expresión paradigmática del contrato preliminar se relaciona con la forma del contrato. Reiterando el régimen del Código Civil en la materia (arts. 1183, 1185 y 1188 del Código Civil), en el art. 285 prescribe el Proyecto: *“El acto que no se otorga en la forma prescripta por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como un acto en que las partes se han obligado al cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”*. Cuando la forma es *ad substantiam*, su incumplimiento impide que un contrato pueda producir los efectos que le son propios. Empero, dentro de este género de forma cabe distinguir dos especies: los contratos formales de solemnidad absoluta, en que la transgresión de la forma priva y destituye drásticamente de todo efecto al contrato que no la observa; y los contratos formales de solemnidad relativa, en los que si bien la omisión del requisito formal impide que el contrato quede constituido como tal, la ley les atribuye el efecto de constituir un contrato preliminar, que obliga a perfeccionar el contrato definitivo en la forma prescripta legalmente. La manifestación más trascendente de este contrato

preliminar es el boleto privado de compraventa. Como lo hace el Código Civil, el Proyecto prescribe que deben ser otorgados por escritura pública los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017 inc a). En el art. 1018 prevé el supuesto que los contratos enunciados no sean hechos en escritura pública, disponiendo que generan una obligación de hacer dicha escritura, si no se requiere una forma bajo sanción de nulidad. En su párrafo final, el precepto citado consagra legalmente la doctrina de la jurisprudencia nacional, admitiendo la posibilidad de ejecución específica de dicha obligación, con el auxilio de la intervención judicial. En este orden de ideas, prescribe que cuando la parte condenada a otorgar el instrumento de escrituración es remisa, “*el juez lo hace en su representación, siempre que las prestaciones estén cumplidas o asegurado en su cumplimiento*”. Entendemos que este último agregado es inapropiado; es suficiente señalar que, de ser posible, la escritura debe otorgarse en las condiciones pactadas.-

**22.- El contrato de opción.-** El contrato de opción está reglado en el art. 996 del Proyecto: “*Contrato de opción. El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule*”.

Al respecto cabe señalar que la redacción del art. 1331 del Código Civil italiano, seguida por el art. 1419 del Código Civil peruano es más clara para caracterizar la figura. En substancia, disponen tales normas que por el contrato de opción una de las partes queda vinculada a una oferta de celebrar un futuro contrato y la otra tiene el derecho exclusivo de aceptarla o no.-

**23.- La inclusión de los elementos esenciales del contrato definitivo.-** El art. 994 del Proyecto, establece que ambos contratos, el preliminar y el de opción, deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. Es lo que prescribe el Código Civil Peruano en los arts. 1415 y 1422. Respecto el contrato preliminar la regla es obvia y se deriva de la función instrumental que cumple el contrato preliminar preordenada al perfeccionamiento del definitivo, lo que lo constriñe a tener en germen todos los elementos esenciales de este último. También se descuenta en el contrato de opción, dado que por versar éste sobre la

oferta de una de las partes, ella no puede prescindir de contener los elementos esenciales del contrato que propone.

**24.- El plazo de duración.-** Lo que cabe objetar, por carecer de fundamento, es la norma imperativa contenida en el precepto que fija el término máximo de un año ya sea para el compromiso de contratar en el contrato preliminar o para la duración de la opción. El art. 994 segundo párrafo del Proyecto prescribe: *“El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlas a su vencimiento”*. Baste tan sólo recordar que un contrato preliminar es el boleto privado de compraventa, para apreciar los trastornos indeseados a que puede conducir esta restricción de la autonomía de las partes. Está huérfana de toda justificación razonable tanto respecto del contrato preliminar, como en lo concerniente al contrato de opción. La norma proviene del Proyecto de 1998 (art. 934 3er párrafo), el que seguramente se inspiró la solución semejante que establecía el Código Civil del Perú en sus arts. 1416, 1417 y 1423. Prueba de la inconsistencia de ella, es que los referidos artículos del Código peruano fueron modificados en el año 2001 por la ley 27.240, restableciendo el buen sentido, y ahora disponen que tanto el plazo del compromiso de contratar como el del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año.

No existe razón alguna para la incorporación una norma imperativa como la analizada, la cual debe ser erradicada del proyecto y sustituida por una norma supletoria que sólo fije un plazo para el compromiso de contratar o el contrato de opción, si no lo hacen las partes.