

La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial

Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios



María T. Acquarone

RESUMEN

El objetivo de este trabajo consiste en profundizar el estudio de la conexidad contractual en el negocio inmobiliario, el cual debe propender a brindar beneficios económicos para que revista interés para los inversores, y ello comprende diversas situaciones que deben ser analizadas por el jurista; las ganancias o eventuales pérdidas se relacionan directamente con la estructuración jurídica y las garantías de la inversión. Se desarrollan en este artículo los conceptos de negocio jurídico, de contrato y sus funciones dentro de la "clasificación funcional", y de conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Se ven las normas de interpretación de los contratos atípicos. Se analizan las distintas etapas del emprendimiento inmobiliario y las partes intervinientes y se profundiza sobre los diferentes contratos mediante los cuales se desarrollan los negocios de la construcción.

Sumario: **1.** Introducción. **1.2.** Concepto de negocio jurídico. Formas y contenido. El contrato como medio para la concreción del negocio. **2.** La normativa contractual en la sistemática del Código Civil y Comercial. **3.** Clasificación de los contratos. **3.1.** Normas de interpretación de los contratos atípicos. **4.** La conexidad contractual. Su realidad jurídica y económica. **4.1.** El negocio jurídico completo y su influencia para una revisión del principio del efecto relativo en los contratos. Antecedentes en el derecho comparado. **5.** Realidad en materia inmobiliaria. Emprendimientos inmobiliarios y etapas. Partes intervinientes. Grupos de interés. **5.1.** Introducción a las formas actuales de contratación inmobiliaria. **5.2.** Implementación en el emprendimiento inmobiliario. **5.3.** Red de contratos en el negocio de la construcción. **6.** Normativa del Código Civil y Comercial. Contratos conexos.

1. Introducción

El emprendimiento inmobiliario, tomado integralmente, ofrece una interesante perspectiva para su estudio. Es así porque el análisis de un negocio desde su inicio hasta su conclusión, considerado globalmente, exige la observación en conjunto de las di-

versas etapas que lo conforman. Desde el inversor hasta el consumidor, mediante el realizador del emprendimiento, se produce una secuencia en la que observamos el fenómeno de la conexidad.

En esta oportunidad, nuestro desarrollo consistirá en profundizar el estudio de dicha conexidad y analizar el negocio como tal, para que al empresario le resulte re-dituable, los inversores obtengan ganancias en el negocio y el consumidor logre su objetivo. Hemos sostenido que los emprendimientos inmobiliarios como negocios deben propender a brindar beneficios económicos a fin de que revistan interés para los inversores, lo que comprende diversas situaciones que deben ser analizadas por el jurista; el margen de ganancias o la consideración de eventuales pérdidas se relaciona directamente con la estructuración jurídica y las garantías de la inversión. Así, el hecho de que la inversión que pueda obtenerse de un tercero, y aun del propio empresario que va a llevar adelante el emprendimiento, tenga un margen de seguridad va a tener como consecuencia un mayor flujo de dinero y una tasa de interés menor.

A su vez, el análisis de las distintas formas de encarar el negocio de la construcción y la viabilidad de la financiación se relacionan directamente con las garantías de la misma. El hecho de que el negocio se realice sobre la base de un inmueble al que se le agrega cierto valor y que lo que se pretenda comercializar también sea un inmueble le da una cierta especialización al tema a tratar; por ello nos referimos a los emprendimientos inmobiliarios.¹

1.2. Concepto de negocio jurídico. Formas y contenido.

El contrato como medio para la concreción del negocio

Según Betti,² la consideración que el derecho hace de un comportamiento del hombre como acto jurídico consiste en reconocerle trascendencia jurídica, basándose en una valoración de la conciencia que regularmente lo acompaña y de la voluntad que normalmente lo determina. Frente al comportamiento humano, el orden jurídico puede, respondiendo a varias exigencias, sentir la necesidad de tomar posición ponderándolo. A diferencia de la moral, el derecho solo se propone resolver un círculo limitado de problemas, por lo cual selecciona los actos humanos para darles trascendencia, convirtiéndolos en actos jurídicos.

Según la naturaleza y la especie de las declaraciones, los actos jurídicos se clasifican en diversas formas y si la circulación de los bienes y servicios, como el desarrollo de las relaciones entre individuos, representa una exigencia vital en toda sociedad, el derecho debe responder a esa exigencia. Se le asigna en este supuesto un

1. ACQUARONE, María T., *Los emprendimientos inmobiliarios. Marco jurídico y normativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

2. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 12.

contenido dinámico que hace posible una constante renovación y le reconoce a la autonomía privada la potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, que es presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas. Constituye una regulación directa, individual, concreta, de determinados intereses propios de los mismos interesados.

El principio de la autodeterminación de la persona fundamenta la libertad de las partes referida a la configuración de sus relaciones jurídicas particulares dentro de un marco de posibilidades que el sistema jurídico permite. En nuestro sistema, los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato crear, modificar, transferir o aniquilar derechos expresados por dos o más personas son actos jurídicos bilaterales, en los que, si la declaración de voluntad es común y tiene por objeto la autorregulación de sus intereses, se configuran contratos. No hay en el derecho argentino, a diferencia de otros sistemas, una categoría especial denominada “negocio jurídico” y hay coincidencia en que esta se refiere a actos jurídicos bilaterales. Este principio general, que constituye la base conceptual del contrato y del negocio jurídico según las actuales concepciones doctrinarias, sufre una crisis, ya que el mercado presenta asimetrías en las posiciones de quienes contratan. El elemento central y propiamente característico del negocio jurídico es el contenido de la declaración o del comportamiento, que es recogido por el derecho cuando este comportamiento ofrece un contenido preceptivo en orden a una materia y respecto de un contenido específico.

Las partes autorregulan sus intereses con amplia libertad en el contrato, que reconoce los límites que le impone el sistema jurídico. El principio por el cual se protege a la parte más “débil” en la contratación parece afectar la libertad contractual. Así se ha desarrollado, en la interpretación de nuestro sistema jurídico, el principio basado en la protección a la parte débil en la contratación, que se sustenta en el estatuto de la persona. La aplicación del principio protectorio, dice Lorenzetti, es una cuestión compleja y debe ser analizada como un conjunto de variables de corto y mediano plazo.³

Para la interpretación del contrato, expresa este autor, se pueden utilizar dos pares de modelos: el formalista-realista, que refleja la discusión sobre si hay que atenerse solamente a la voluntad de las partes o a otros criterios para interpretar un contrato, o el individualista-paternalista, que expresa el debate sobre la intervención en el contrato principalmente en protección de las partes débiles. La regla general es que la autonomía de la voluntad es un valor jurídico y una posición jurídica de rango constitucional que comprende dos aspectos: la libertad de celebrar un contrato y la de configurar su contenido. Esta voluntad libremente expresada, con los límites que impone el orden público, funda la fuerza vinculante del consentimiento como causa de la obligación contractual. Cuando se utilizan varios contratos como instrumentos para alcanzar una operación económica que les da sentido y unidad, hay una finali-

3. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 142.

dad “supracontractual” que permite tener algunas reglas para la interpretación conforme a esa finalidad.

Otro de los principios desarrollados por la doctrina clásica, y que también configura un supuesto de autonomía de la voluntad, es el efecto relativo de los contratos, que enuncia que solo se obliga con fuerza vinculante aquel que prestó su consentimiento para la autorregulación de los intereses propios. Este principio también está hoy cuestionado por la tesis de los contratos conexos, ya que aun cuando las partes no hayan expresado su consentimiento pueden quedar relacionadas en los contratos conexos mediante la traslación de efectos tradicionalmente inoponibles, como la nulidad, la resolución, la suspensión del cumplimiento, la existencia de obligaciones colaterales. Se dice que el contrato ha ensanchado su contenido⁴ y no se analiza aisladamente, ya que normalmente no se encuentra solo sino vinculado con otros, formando conjuntos de productos y servicios de donde surge la operación económica que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización formando “redes contractuales”. Ello lleva al análisis de los grupos de contratos para ver la configuración en sistemas con finalidades supracontractuales, en donde se estudian la perspectiva interna que analiza las relaciones entre las partes, el objeto como operación que involucra varios contratos, el nexo asociativo y la perspectiva externa que analiza los efectos del conjunto frente a los terceros.

Este fenómeno que se relaciona con la conexidad comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica.

Habrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio.⁵

La implementación de todos estos elementos se realiza a través de las herramientas que brinda el derecho privado, donde se tendrán en cuenta las normas imperativas que son propias de los derechos reales y el margen de posibilidades que brindan las convenciones de las partes.

Requisitos para que haya conexidad: a) pluralidad, b) autonomía, c) vinculación, d) finalidad económica común, e) esquema previo de origen contractual o legal. El artículo 1075 del *Código Civil y Comercial* (CCCN) reglamenta los efectos en que,

4. Ídem, p. 201.

5. Conclusiones de la Comisión n° 3 “Contratos. Contratos conexos” de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999). [N. del E.: ver [aquí](#)]. Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentarios a los arts. 1073-1075], en Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 643-655 (ver especialmente las citas de GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 114-116).

probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial, o defectuoso aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

2. La normativa contractual en la sistemática del Código Civil y Comercial

En el derogado [Código Civil](#) (CCIV), el codificador argentino adoptó como concepto de contrato aquel acuerdo de voluntades apto para la realización de actividades económicas, ya que, a la definición del artículo 1137 CCIV, la doctrina había agregado el concepto de los artículos 1168 y 1169, que le da contenido patrimonial al acuerdo.⁶ En la definición, se adoptó una concepción más amplia que la de su fuente, el Código Civil francés, ya que en el mencionado artículo 1137 se define el contrato como todo acuerdo de voluntades que esté destinado a reglar derechos. Esta amplia definición abarcaba lo que en el sistema francés era el concepto de “convención” y de “contrato”; sirve para la finalidad que estudiamos, ya que en el [Código Civil francés](#) el contrato se define como el acuerdo de voluntades que está destinado a crear derechos y no comprende los acuerdos que están destinados a crear, transferir o extinguir derechos, que serían las convenciones. En ambos sistemas, la norma responde a la misma idea liberal, y es que a través de las convenciones se pueden formular todo tipo de acuerdos, pero, al poder utilizar el contrato en el sentido amplio, se admite mayor flexibilidad para su utilización en materia de negocios.

El CCCN define el contrato en el artículo 957 y establece que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, lo que, según opinión de Alterini⁷, implica una mejora respecto del CCIV en que se relaciona al contrato con el acto jurídico, se sustituye la palabra *persona* por *partes*, se destaca el consentimiento como elemento volitivo sustancial e inserta a esta en el campo patrimonial. Es un acto jurídico y bilateral, y excluye por tanto al acto jurídico unilateral.

3. Clasificación de los contratos

El contrato tiene una doble función socialmente trascendente, ya que es la causa objetiva o la finalidad económica-social del negocio y una finalidad individual que se

6. VIDELA ESCALADA, Federico N., “Visión general del contrato”, en *Contratos*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 1973, pp. 9-96.

7. ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 8.

puede categorizar por grupos, la llamada “clasificación funcional” en la doctrina. Esta ha agrupado a los contratos en las distintas clasificaciones, lo que constituye una tarea facilitada, delimitadora y de programación.

Según un sector de la doctrina,⁸ los contratos podrían clasificarse según las distintas funciones en:

- De transferencia en el uso
- Financieros
- De garantía
- De cambio
- De custodia
- De colaboración (gestoría, asociativa, en redes)
- De previsión
- De gratuidad
- De extinción

También debemos acudir a otra clasificación importante de los contratos: la de contratos típicos y atípicos, también llamados nominados e innominados.⁹ Es que, tomando la idea de la amplitud de posibilidades que dan los acuerdos de voluntad dentro de nuestro sistema, debemos recordar que esos acuerdos pueden estar previstos y legislados o no estarlo.

Los negocios que puedan aparecer y que no estén previstos en la legislación o que por algún motivo no se concreten en leyes positivas serán contratos atípicos. Estos contratos deben autorregularse, por lo que en su redacción se deben prever todas las situaciones posibles, ya que cualquier vicisitud que no esté prevista en el propio contrato no tiene norma supletoria por la cual regirse. El negocio estructurado a través de las cláusulas del contrato es la única pauta para la interpretación de la voluntad de las partes que lo conformaron. Aun así, esta tarea no es tan sencilla, porque siempre puede haber alguna vicisitud que no haya sido prevista; por ello, la doctrina ha elaborado pautas con una posible integración con la normativa existente.

3.1. Normas de interpretación de los contratos atípicos

Por una parte, se dice que los contratos atípicos, es decir, sin regulación, pueden ser contratos atípicos puros o atípicos mixtos. En este último caso, se pueden aplicar las siguientes reglas:

- *Absorción*: La interpretación se realiza en función del contrato más importante.
- *Extensión analógica*: Para la interpretación se busca el contrato que resulte más afín según la finalidad que persiguen las partes y se busca la norma regulatoria de ese contrato.

8. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010 (ed. act. y ampl.).

9. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., [comentario al art. 970], en Alterini, Jorge H. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 92-94.

- *Combinación*: Cuando del contrato en su totalidad no surge un contrato afín, el contrato se desmenuza en sus obligaciones y se busca la interpretación más acorde con la obligación en forma aislada.

4. La conexidad contractual. Su realidad jurídica y económica

Otra forma de otorgarles interpretación supletoria es a través de las **uniones de contratos**. Las uniones de contratos han sido clasificadas por la doctrina de la siguiente forma:

- *Legal*: autónomos recíprocos; principales y accesorios; subcontratos.
- *Convencional*: grupo de contratos a los que las partes han vinculado ya que en conjunto constituyen un “negocio”.

Algunos ejemplos de estas uniones son el préstamo de dinero y la compra de mercadería o la compra de mercadería y su financiación.

El contrato de tarjeta de crédito y la cuenta corriente bancaria. Estos supuestos de uniones también han sido vinculados por la doctrina y revisten gran interés como contratos conexos, ya que para concretar un resultado económico muchas veces se debe suscribir una cantidad de contratos en forma conjunta que llevan al resultado querido. Ello lleva en muchos supuestos a otorgar efectos para alguna de las partes que celebraron el contrato vinculado sin que en principio haya tomado intervención en el mismo. Esta consecuencia se relaciona con los efectos del contrato.

El principio de los efectos relativos del contrato tiene su origen en la doctrina clásica, basada en la autonomía de la voluntad, que considera parte del contrato a quien contrata en nombre propio o a quien es representado por otro, que actúa en su nombre y emite la voluntad contractual cuando esta es transmitida materialmente por otro, basada en el adagio “*res inter alios acta*”, que se reflejó en el CCIV en el artículo 1195 y actualmente en el artículo 1021 CCCN: “Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros excepto en los casos previstos por la ley”. Este principio se aplica al contrato celebrado como acto jurídico aislado cuando causa obligaciones entre quienes expresaron su voluntad por sí mismos o a través de sus representantes, y consecuentemente es oponible en distintos grados frente a los terceros.

Este principio general admite, en la actual interpretación de la doctrina, excepciones cuando existen varios contratos que aparecen unidos por una operación económica, lo que se denomina “red contractual”, en la que solo tiene sentido cada contrato individual si está unido a los demás en una red o sistema. La doctrina ha utilizado distintos nombres: contratos conexos, negocios coligados, redes, *networks*.¹⁰ El supuesto de hecho se configura cuando hay varios contratos que tienen su propia

10. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 717.

estructura, causa, objeto pero hay una operación económica que les da un sentido único.

Si el negocio excede al contrato, es necesario vincularlo en sus efectos consagrando una excepción al efecto relativo, de modo que la ineficacia de uno de los contratos será oponible a los otros en virtud de esa conexión. Esta interpretación debe ser delimitada para no distorsionar el principio rector en materia contractual consagrado en el artículo 1021 CCCN, que reitera lo legislado en el artículo 1195 CCIV.

4.1. El negocio jurídico complejo y su influencia para una revisión del principio del efecto relativo en los contratos. Antecedentes en el derecho comparado

Esta red de contratos que tienen una conexión ha requerido especial atención en el derecho extranjero; particularmente, ha sido objeto de análisis en Italia, donde se puede afirmar que la categoría se halla consolidada. Para la mayoría de los juristas italianos, hay conexidad cuando las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre sí un nexo jurídico que se manifiesta en las vicisitudes que afectan a cada uno de los convenios celebrados sobre los otros.¹¹ Esto es denominado “*il collegamento negoziale*”.

López Frías¹² sostiene que la jurisprudencia italiana ha tenido una influencia importante en el desarrollo de la interpretación de la conexidad contractual, elaborando una doctrina que se aplica en diversas situaciones y que sostiene que:

Las partes en el ejercicio de su autonomía contractual pueden dar vida con un solo acto a contratos diversos y distintos que, aun conservando la individualidad de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, están coligados entre sí funcionalmente y con relación de dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros condicionando su validez y ejecución.

En Francia, el análisis de la conexidad proviene de una óptica completamente diferente, que consiste en la del agrupamiento de las empresas para la realización de ne-

11. Ver LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, p. 29. La autora cita una nota de Satta a una sentencia de un tribunal donde (ya en 1950) decía que la conexión existente entre dos negocios o entre las relaciones que de ellos derivan no puede permanecer sin relevancia en el campo del derecho, sino que debe en mayor o menor medida coligar la suerte de aquellos.

12. Ídem, p. 31. Esta doctrina ha llevado, según la autora, a las siguientes conclusiones: “1) Que si se resuelve un contrato debe declararse la resolución de otro distinto siempre que las prestaciones de los dos convenios sean conexas e inescindibles desde el punto de vista económico debido a la unidad del fin perseguido; 2) aquel que impugna varios negocios jurídicos deduciendo su conexión funcional está legitimado para hacerlo, incluso siendo extraño uno de ellos en cuanto que si existe conexión existe también legitimación; y 3) en la hipótesis de varios contratos coligados entre sí es inadmisibles el desistimiento en uno solo cuando con ello se rompa el equilibrio de toda la relación negocial y 4) cuando se reclama el cumplimiento de un contrato cabe oponer al actor el incumplimiento del contrato conexo a aquel si las prestaciones en cuestión son correlativas”.

gocios, desarrollando su vinculación a través de los contratos de colaboración empresariales y las diversas formas de agrupamiento: “*les groupes de contrats*”.¹³

Sostiene Mosset Iturraspe que los procesos de producción se han vuelto sumamente complejos, con empresas que aportan la producción de las diversas partes que los forman, como sucede con los automóviles, a lo que se suma la especialización y la división del trabajo que se realiza muchas veces fuera del país, lo que conduce a nuevas necesidades y vinculaciones entre distintas empresas que aparecen como eslabones de una unidad.¹⁴ La primera obra doctrinaria sobre el tema data de 1975¹⁵ y se consagró legislativamente en dos leyes, de los años 1975 y 1979, en operaciones en materia mobiliaria e inmobiliaria.

Por su parte, en España, no hay recepción legislativa, lo que no impide que la legislación civil recoja aisladamente algunas manifestaciones de los vínculos existentes entre determinados contratos. Se analizan, por un lado, las relaciones que se derivan del carácter dependiente o subordinado de determinados contratos regulados por el Código Civil y las leyes especiales, y, por otro, las acciones directas reconocidas por nuestro derecho en favor de una persona que no ha contratado con el legitimado pasivamente.

En la doctrina nacional, es reciente la consideración de los contratos conexos. Mosset Iturraspe señala como un hito la recomendación de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹⁶ (Mar del Plata, 1995):

En los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha participado con él pero ha participado en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento.

Este desarrollo –sin duda– influyó en la [Ley 24240](#) (LDC), en la que se establece una responsabilidad solidaria frente al consumidor del fabricante importador mayorista y minorista, es decir, de todos aquellos que intervinieron en la cadena de comercialización. Lo que está en juego es el principio del efecto relativo de los contratos y, como se interpreta en la doctrina y la jurisprudencia, el otorgamiento de efectos frente a distintas vicisitudes a partes que no han participado en la formación de la voluntad contractual.

El [CCCN](#) define los contratos conexos en el artículo 1073:

13. CHAMPAUD, Claude, “Los métodos de agrupación de las sociedades”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

14. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 25.

15. LÓPEZ FRÍAS, Ana, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 30.

16. [N. del E.: ver las conclusiones [aquí](#)].

Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Esta norma tiene su antecedente de regulación en el [Proyecto de 1998](#) y en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999). Se establecen los siguientes requisitos para que haya conexidad:

- a) *Pluralidad*: Dos o más contratos.
- b) *Autonomía*: Cada uno de los contratos debe tener su propia autonomía, si bien no se requiere ningún elemento en especial para lo cual cualquier contrato válido tenga la aptitud de ser, además, conexo;
- c) *Vinculación*: Deben estar vinculados entre sí con distintos grados de conexidad, que puede ser jurídica o económica (por haber celebrado una operación económica global o única).
- d) *Finalidad económica común*: Sería la finalidad supracontractual, los objetivos buscados y obtenidos a través de una red de vínculos contractuales. Es la razón de ser de la vinculación, es el sentido de estar vinculados, que es el resultado económico que motiva a las partes a participar de una red. De los múltiples ejemplos que podemos dar, se destacan: la venta de bienes informáticos, que generalmente incluye un contrato sobre el *hardware*, otro sobre el *software* y otro sobre la asistencia; el mutuo para realizar la adquisición; la tarjeta de crédito; la apertura de una cuenta corriente; etc.
- e) *Esquema previo de origen contractual o legal*: el esquema negocial debe estar establecido por un diseño previo por el convenio de partes. Esta conexidad puede surgir de una coordinación organizada o espontánea.¹⁷

5. Realidad en materia inmobiliaria. Emprendimientos inmobiliarios y etapas. Partes intervinientes. Grupos de interés

Llamamos emprendimientos inmobiliarios a todos aquellos con los siguientes elementos comunes: por un lado, la existencia de un inmueble, ya sea el terreno donde se va a construir o donde se va a realizar la infraestructura; por otro, la inversión para realizar la construcción o la infraestructura para lograr una “plusvalía” con esa fracción, que es lo que le dará un valor agregado al inmueble. El objetivo que caracteriza cualquier negocio es la producción de esa plusvalía, lo que reviste interés para el inversor.

17. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 650 y ss.

La implementación de todos estos elementos se realiza a través de las herramientas que brinda el derecho privado, donde se tendrán en cuenta las normas imperativas que son propias de los derechos reales y el margen de posibilidades que brindan las convenciones de las partes. Por lo tanto, es de fundamental importancia la normativa relacionada con los contratos, ya sea por su contenido convencional o por el conocimiento de las normas imperativas para lograr una estructuración eficiente.

Para el desarrollo de una obra o para conjugar las inversiones a fin de lograr este resultado, se estructura el negocio a través de diversas etapas.

5.1. Introducción a las formas actuales de contratación inmobiliaria

Las formas actuales de contratación inmobiliaria abarcan diferentes situaciones: por una parte, la de los inversores que desean tener una garantía basada en los derechos reales; por otro, la adquisición por parte de los consumidores, el último eslabón en la cadena de negocios, que se relacionan entre sí para lograr esta concreción.

Los inversores pueden actuar a través de un promotor que se encarga de estructurar el negocio, el que muchas veces toma al fideicomiso como una herramienta válida para garantizar los derechos de todas las partes que están en juego. Es común que la compra se realice en la etapa de construcción del edificio, en cuyo caso nos introducimos en toda la problemática del departamento en construcción. Desde la búsqueda del terreno donde se va a desarrollar la obra hasta la garantía por la propia obra construida, se desarrolla una importante cantidad de situaciones que deben ser previstas en la estructuración.

La construcción y la enajenación de bienes inmuebles como negocio global para buscar el rendimiento de la inversión, juntamente con el análisis de los contratos de crédito para lograr la financiación para los compradores, se encuentran relacionados, por lo que la conceptualización de sus características y sus efectos son los problemas jurídicos que importa la actual dinámica económica negocial, en el marco de la teoría clásica de los contratos. En todo este estudio, la finalidad del emprendimiento es de la mayor relevancia para la interpretación del negocio.

5.2. Implementación en el emprendimiento inmobiliario

El negocio que analizamos se trataría de un grupo de operaciones que se encuentran unidas entre sí como contratos que, si bien tienen cada uno su autonomía, no responden a una causa autónoma, ya que hay un negocio único que se compone de distintos contratos e incluso en diversas etapas.¹⁸ Algún sector de la doctrina sostiene que el enfoque que permite establecer una finalidad supracontractual posibilita una

18. GALGANO, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 5).

mejor interpretación de las relaciones contractuales, que se van estructurando en una red que conforma un sistema, por lo que se refiere a ella como una teoría sistémica.¹⁹

Esto comprende un enfoque teórico que estudia el tema a partir de la distinción entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla, elaborando el concepto de sistema como un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales, lo que ayuda a la interpretación de los contratos conexos que deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen. El negocio de la construcción de departamentos, así enfocado, comprende una cantidad de relaciones contractuales en las que algunas de las partes quedan vinculadas a través de contratos asociativos y otras, en estructuras de contratos de cambio.

5.3. Red de contratos en el negocio de la construcción

Podríamos decir que el negocio de la construcción de departamentos se puede desarrollar a través de los siguientes contratos:

- Opción irrevocable de venta.
- Contrato asociativo entre los inversores del negocio.
- Contrato de compra del terreno: permuta del terreno por metros cuadrados construidos.
- Contratos de garantía de la asociación y del resultado del negocio: fideicomiso.
- Contrato de locación de obra.
- Contrato de locación de obra profesional con arquitectos e ingenieros.
- Contrato de venta de unidades en construcción.
- Contrato de adjudicación de unidades del contrato asociativo.
- Contrato de autorización de venta al corredor inmobiliario.
- Contrato de venta de unidades construidas.
- Contrato de *leasing*.
- Contrato de préstamo a los adquirentes de las unidades, con distintas garantías.

Estos contratos generalmente se dan en forma superpuesta y coordinada, con la finalidad del negocio de la construcción y de obtener la plusvalía pretendida por

19. Lorenzetti se refiere a la teoría sistémica, expresando: “La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de ellos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios”; cita como fundamento de esta postura lo expresado en el texto de la Comisión n° 3 “Contratos. Contratos conexos” de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) [N. del E.: ver [aquí](#)], en las que se manifestó que “habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra entre las mismas partes o partes diferentes una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento en el objeto o en las bases del negocio”. Ver LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 54 y 55.

quienes emprenden el negocio y, los dueños del terreno, distintos contratos e incluso en diversas etapas.²⁰ La finalidad supracontractual que relaciona todos estos contratos es la edificación realizada por inversores que desean obtener un mejor rendimiento económico, realizando al mismo tiempo una actividad productiva. Es sumamente importante que el ordenamiento otorgue seguridad jurídica a estas inversiones, ya que implica la obtención de una ganancia mediante un proceso de producción.

Para un mejor análisis de esta red contractual, se debe dividir el negocio en etapas para poder desmenuzar las relaciones contractuales, siempre teniendo en cuenta que los contratos se concretan en forma interdependiente, por lo que debe hacerse un estudio conjunto. Visto en conjunto, podemos hacer un esquema en donde se visualiza la finalidad común y supracontractual de estos contratos relacionados:

ETAPA	SUJETOS	CONTRATO	NEGOCIO
1) Tratativas preliminares	Titular del dominio del terreno	Opción irrevocable de venta	Construir para vender
	Promotor del negocio	Contrato asociativo	Construir para vender
2) Adquisición del terreno	Dueño del terreno e inversores asociados	Compraventa o permuta de terreno por metros a construir	Construir para vender
3) Construcción del edificio	Comitente y empresa constructora	Locación de obra material e intelectual	Construir para vender
	Arquitecto - Ingeniero	Locación de obra intelectual	Construir para vender
4) Venta de unidades construidas	Titular de dominio del edificio	Adquirentes de unidades funcionales	Venta de lo construido

5.3.1. Primera etapa. Preparación del negocio

En la preparación del negocio, la búsqueda del terreno es fundamental, ya que sin él no hay negocio inmobiliario. Para la adquisición, se genera una cantidad de relaciones preliminares que se traban a través del promotor del negocio o a través de los intermediarios en la contratación inmobiliaria.

5.3.1.1. Búsqueda del terreno

La búsqueda del terreno sobre el que se va a desarrollar el emprendimiento es fundamental para el análisis de la inversión. Por un lado, el costo, que va a depender de varios factores: el lugar de la ciudad donde se encuentre y las posibilidades de construir o desarrollar un emprendimiento determinado según las reglas urbanísticas del

20. GALGANO, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 114.

lugar. El terreno debe contar con las autorizaciones previas que provienen de las ordenanzas y las disposiciones legales urbanísticas, para que al presentarse el proyecto concreto que ha de desarrollarse pueda ser aprobado. En consecuencia, se debe analizar, desde el punto de vista económico, la cantidad de metros cuadrados que permiten construir las normas urbanísticas. Esto va a determinar la incidencia del valor del suelo en el costo de la construcción, lo que normalmente se realiza dividiendo el precio del terreno por la cantidad de metros cuadrados a construir. La otra cuestión que se examina es si el emprendimiento va a encarar la construcción de toda la capacidad disponible del terreno o la construcción va a realizarse en etapas o si se van a comercializar los metros a construir mediante la comercialización del derecho de sobreelevar, cuya estructura jurídica también examinaremos.

5.3.1.2. Encargo del proyecto

Para poder analizar la viabilidad de un negocio se debe partir de las dos variables fundamentales: el terreno y el proyecto. Para la realización del proyecto, se puede optar entre dos vías: la primera es la que parte de la contratación de un arquitecto en forma previa para desarrollar el proyecto una vez que se ubica el terreno; la otra es convocar a un concurso para desarrollar el proyecto.

En el primer caso, se celebra un contrato entre el promotor y el arquitecto, por el cual el primero pide la realización de un proyecto con determinadas características. Los concursos entre arquitectos pueden ser abiertos o restringidos. Pueden participar en los primeros todas aquellas personas interesadas que reúnan los requisitos exigidos por el convocante; en los segundos, solo podrán hacerlo los que reciban la correspondiente invitación. La convocatoria de un concurso para encargar el proyecto presenta una serie de aspectos positivos y negativos que han de ponderarse antes de tomar la decisión. Por un lado, se han de redactar las normas por las que se regirá; son las denominadas bases, con todos los detalles que puedan preverse a efectos de que las presentaciones los contemplen. Asimismo, se ha de contar con la infraestructura necesaria para examinar los trabajos que se presenten y adjudicar al más conveniente. Por otra parte, este sistema tiene la ventaja de analizar varias ideas y elegir la que más se ajuste a las necesidades del negocio.

La conveniencia de adoptar los concursos abiertos o restringidos dependerá del tipo de emprendimiento. Es fácil llegar a la conclusión de que, salvo que se trate de emprendimientos muy grandes, siempre convendrá que los concursos sean restringidos mediante una invitación a los profesionales que merezcan la mayor confianza de los promotores. Invitar a un número reducido de arquitectos también resuelve el inconveniente de examinar la documentación masiva que puede producir un concurso abierto. Por otra parte, los concursos cerrados generalmente no son vinculantes para el que realiza la invitación. Es más difícil que el concurso no lo sea cuando la presentación es abierta, lo que significa que también en el procedimiento se debe establecer una forma de apelación o de impugnación a la resolución del jurado.

5.3.1.3. Opción irrevocable de venta

5.3.1.3.1. Concepto y naturaleza

Cuando el promotor encuentra el terreno apropiado para el proyecto esbozado y decide buscar los inversores, necesita tener la seguridad de que el terreno para el cual se elaboró el proyecto va a estar disponible cuando reúna a las personas que lo financiarán. La figura que se emplea en estos casos es la “opción irrevocable de venta”. Mediante la opción irrevocable, el propietario del terreno ofrece en venta el terreno y se compromete a mantener la oferta por un plazo determinado.

En una primera aproximación, podríamos sostener, como lo hace una parte de la doctrina, que la opción consiste en una oferta, o sea, un acto jurídico unilateral, en el que se exterioriza la voluntad contractual de una sola de las partes. Sin embargo, hay otro sector de la doctrina, cuya postura compartimos, que sostiene que cuando la oferta es irrevocable, nos encontramos con un acto jurídico bilateral.

Con respecto al concepto de oferta, el CCCN establece en el artículo 972 que

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

La oferta o propuesta es una proposición unilateral que una persona dirige a otra para celebrar un contrato. Hay oferta cuando el contrato puede quedar perfeccionado con la sola aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva manifestación del primero.²¹ Supone la culminación de las tratativas preliminares en los contratos discrecionales. Spota²² sostiene que la oferta es un acto prenegocial, que conforma la base sobre la cual se podrá construir un contrato, pero no constituye en sí un negocio jurídico autónomo. También se ha dicho que es la declaración unilateral de una persona, sea física o jurídica, que tiene la intención de promover la creación de un contrato.²³ Constituye una exteriorización unilateral de voluntad emitida por el “proponente” u “oferente”, destinada a otro sujeto que va a recibirla, por lo que ha sido calificada como recepticia, que tiene por finalidad la formación del contrato.

Sus caracteres son: a) constituye una declaración unilateral porque depende de la sola voluntad del oferente; b) es recepticia porque está dirigida a un destinatario que podrá llegar a aceptarla, dando nacimiento al contrato; c) tiene por finalidad la formación del contrato a diferencia de las meras tratativas o de las declaraciones sin compromiso.²⁴ Los requisitos de la oferta son los que surgen del artículo 972 CCCN:

21. STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 189.

22. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 261.

23. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 972], en Alterini, J. H., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 112.

24. STIGLITZ Rubén S., ob. cit. (cfr. nota 19), p. 190.

- a) Debe tener las precisiones necesarias para establecer los efectos en caso de ser aceptada. En la doctrina, se habla de autosuficiencia o completitud de la oferta. El CCIV exigía en el artículo 1148 que la oferta previera todos los elementos del contrato; el nuevo artículo 972 (CCCN) recibe la teoría de la *punktation*, según la cual el consentimiento se forma solo con el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, aunque no lo exista sobre los secundarios, para que se otorgue sustento a la oferta.
- b) Debe ser precisa y en firme, lo que significa que la propuesta compromete al autor en la medida en que haya sido emitida con el propósito inequívoco de hacer conocer la intención de contratar.
- c) Debe referirse a un contrato determinado; es decir, debe hacer referencia a una operación jurídica determinada, por lo que debe referirse a un contrato determinado en particular, ya sea típico o atípico.
- d) Debe estar dirigida a persona o personas determinadas, lo que significa que debe tener un destinatario concreto.

5.3.1.3.2. Retracción

El análisis de la opción irrevocable de venta implica el de la posibilidad de retractación de la oferta. El artículo 974 CCCN establece la fuerza obligatoria de la oferta, lo que nos obliga a plantearnos cuál es su alcance. Emitida, la oferta pone al sujeto que la realiza frente a diversas consecuencias que se desatarán conforme a la posibilidad de respuesta inmediata y el plazo con que haya sido realizada. Se diferencia del régimen anterior (art. 1150 CCIV) en que la oferta podía ser retractada mientras no hubiera sido aceptada y el contrato recién quedaba perfeccionado una vez que se hubiera expedido la aceptación por parte del destinatario. Por su parte, el artículo 975 CCCN establece que “la oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”, lo que indicaría que no puede retractarse si es recibida por el destinatario después. Por lo tanto, la oferta sería vinculante y también lo es si se efectúa sujeta a un determinado plazo en el que el oferente se obliga a no revocarla o a permanecer en ella hasta un momento determinado. Así, en ambos supuestos, la oferta sería irrevocable.

Es en la interpretación de este artículo donde la doctrina difiere. Por una parte, algunos autores sostienen que la única limitación a la renuncia de la retractación es que sea por tiempo indeterminado, ya que no se podría renunciar indeterminadamente a ello. Otro sector entiende que la grave restricción a la libertad que parece admitir este artículo debe conjugarse con otras disposiciones del ordenamiento.²⁵ Así, la oferta se vuelve irrevocable en virtud de una renuncia. Por su parte, el oferente

25. LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallía, 1971, pp. 106-107.

te podría retractarse de la renuncia, salvo que hubiese sido aceptada por el destinatario. Esto no es contrario, dice López de Zavalía, a la existencia de una oferta realmente irrevocable (por haberse aceptado su renuncia) por un tiempo determinado.²⁶ La aceptación de la renuncia a retractarla por parte del promotor no significa que ha aceptado el contrato para el cual está destinada la oferta, es decir, el contrato de compra, sino que ha formulado un contrato preliminar, en el cual una de las partes formula la oferta de venta por un tiempo determinado y la otra acepta que mantenga la oferta durante ese lapso, es decir, acepta la irrevocabilidad por un período de tiempo, produciéndose de esta manera la opción irrevocable de venta.

Entonces, en este supuesto, que es el eficiente para el negocio que nos ocupa, se trata de un acto jurídico bilateral y dependerá de la forma en que se redacte para que efectivamente consista en una opción que permita al promotor la búsqueda de inversores. La parte propietaria vendedora realiza una oferta de venta, en la que explicita todas las condiciones en las que ofrece en venta, estipulando el precio, la forma de pago, el plazo para el pago y, eventualmente, las garantías por el pago del precio aplazado, comprometiéndose a mantener dicha oferta por un plazo determinado. Por su parte, el promotor acepta que se mantenga la oferta durante ese plazo. El incumplimiento por parte del oferente, que puede consistir en la venta a otra persona en este período o el compromiso de venta, no puede llevar a la otra parte a un juicio por escrituración, porque la compraventa ofertada no ha sido aceptada; sin embargo, sí producirá resarcimiento por daños y perjuicios, que consistirán en el reintegro de los gastos efectuados en virtud de haber comenzado todos los actos preparatorios, que pueden abarcar inclusive los gastos del proyecto de obra.

5.3.1.4. Reserva de compra

El otro acto preliminar que es frecuente encontrar en la formación del negocio es la llamada “reserva” de compra. Ello ocurre cuando una persona que es titular de dominio de un terreno celebra una autorización de venta con un intermediario, quien, a su vez, lo ofrece al público en general a través de los medios de publicidad. Esta oferta no tiene los caracteres de la oferta contractual, ya que falta la característica de la oferta dirigida a una persona determinada. Una vez que el comprador o adquirente deja una suma de dinero en la inmobiliaria, aparece la llamada “reserva de compra”, que consiste en una verdadera “oferta de compra”, que reúne todas las características de la oferta contractual, ya que se realiza sobre los elementos del negocio que ha de realizarse y sobre una persona determinada. Para el análisis de su naturaleza, debemos analizar diversas situaciones que se pueden presentar.

La reserva celebrada con el intermediario constituye una oferta con las características de las ofertas de los contratos entre ausentes, ya que el corredor inmobiliario puede revestir las modernas características del nuncio. Si la oferta es aceptada

26. *Ibidem*.

por el propietario, estaríamos ante un contrato. Morello²⁷ sostiene que la reserva de compra constituye un contrato innominado mediante el cual se entrega una suma de dinero en calidad de reserva de un inmueble durante algunos días y el dueño contrae la obligación de no comprometer con un tercero la venta de un inmueble durante ese lapso, pagando la otra parte aquella suma por la espera de su conveniencia. Sostiene que, aunque el precontrato designado como reserva de compra reúna todos los requisitos propios del contrato de compraventa (cosa, precio, forma de pago, designación del escribano, plazo, etc.), si la venta quedó condicionada a la conformidad del inquilino y a la firma del boleto respectivo, operación que no se cumplió por no haberse llegado a un acuerdo, debe considerarse extinguida e inexistente la operación a que se refiere dicho documento, debiendo el vendedor restituir la suma recibida por el comprador.

5.3.2. Segunda etapa. Adquisición del inmueble a los fines del emprendimiento de construcción y enajenación. Contrato de compraventa

Una vez que se reúnen los inversores para edificar sobre el terreno, se comienza, por una parte, la etapa de su adquisición y, por otra, la estructuración jurídica que adoptarán para asociarse entre ellos. También puede ocurrir que el emprendimiento se realice para personas que deseen construir para sí mismas, obteniendo en ese caso el beneficio de la edificación al costo. En esta etapa, es fundamental realizar la distinción, según la finalidad, entre: a) edificación para comercializar las unidades a terceros, y b) edificación para los propios inversores. Estas finalidades diferentes determinarán el tipo de estructuración que adoptarán los inversores; no obstante, cualquiera sea, es imprescindible que el terreno se transmita en propiedad a favor de los inversores. Esta transmisión se puede realizar de diversas maneras, pero hay dos formas que analizaremos: la adquisición por compraventa y la adquisición a cambio de unidades funcionales a construir.

5.3.2.1. Entrega del terreno por promesa de construir departamentos

En ocasiones, el propietario de un terreno decide cederlo a alguien que va a realizar un desarrollo inmobiliario a cambio de uno o varios pisos o un departamento del edificio a construir sobre ese terreno. En principio, esto supone un intercambio en que ambas partes intervinientes se beneficiarán: por una parte, el emprendedor, porque no tiene que desembolsar dinero para pagar la tierra; por la otra, el dueño del terreno, porque obtiene un mayor valor al recibir metros cuadrados construidos. Las distintas modalidades en que se realiza esta operación permiten obtener una gran variedad de fórmulas jurídicas con un resultado parecido. Las más frecuentes son:

27. MORELLO, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, p. 225.

- a) La transmisión de la propiedad del terreno a cambio de que se construya allí un edificio y se revierta al transmitente una cantidad de metros cuadrados.
- b) La transmisión del terreno a cambio de un porcentual de lo edificado, sin determinar *a priori* los pisos que se recibirán.
- c) La transmisión de determinados pisos o locales a construir, ya acordados, con especificaciones técnicas del edificio.
- d) La permuta del terreno por beneficios en dinero que obtenga quien desarrolle el emprendimiento.
- e) La transmisión del derecho de superficie por una o varias unidades funcionales (en los sistemas jurídicos en que se admite este derecho para la construcción sobre un terreno).

En todos los casos, como se trata de operaciones en las que hay una promesa futura, se paga además el pago de un precio en dinero para el caso en que la construcción no llegara a terminarse, de modo que la opción de requerir una suma de dinero equivalente al valor del inmueble es uno de los caracteres de este contrato.

Se ha discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la naturaleza de este contrato, con el objeto de otorgarle una calificación. La polémica se centra en dos supuestos de diferente estructuración: a) se transfiere el terreno por metros cuadrados construidos; b) se transfiere el terreno por unidades a construir, ya determinado.

Un sector de la doctrina se ha inclinado por la calificación del contrato como de permuta de cosa presente por cosa futura. Así, Merino Fernández²⁸ cita a varios autores españoles que sostienen dicha posición: entre ellos, De la Cámara, quien califica al negocio de “permuta de solar por cosa futura con prestación subordinada de obra”; y García-Bernardo Landeta, quien sostiene que se trata de un cambio de cosa actual por cosa futura, que puede ser objeto de contrato, al amparo del artículo 1271 del [Código Civil español](#). También explica que la jurisprudencia ha sido reacia a considerar que se trata de un contrato de permuta, explicando la figura a través de un contrato innominado y complejo de tipo acumulativo mixto, de permuta y ejecución de obra, en virtud del cual el actor se obliga a ceder al demandado un terreno.²⁹ En la doctrina argentina, esta postura es sostenida por De Hoz, quien expresa que la permuta es el contrato que mejor contempla los intereses en juego y que –citando a Salvat–, como contrato consensual, admite el cambio de una cosa por un derecho y que la palabra “cosa” debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo tanto las que son materiales como los derechos.³⁰

Por nuestra parte, observamos que el artículo 1271 del Código Civil español se refiere al objeto de los contratos, como las cosas o los servicios, mientras que el CCIV

28. MERINO HERNÁNDEZ, José L., *El contrato de permuta*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 345.

29. *Ibidem*.

30. DE HOZ, Marcelo A., “Transferencia de inmueble por unidades a construir”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 915, 1993, pp. 396-397.

argentino, en el artículo 1167, establecía que el objeto de los contratos eran las prestaciones, que podían ser de dar o hacer o no hacer, lo que marcaba una diferente postura, y, cuando se refería a las obligaciones de dar que pudieren surgir de un contrato, sostenía que podían tratarse de cosas presentes o futuras. Asimismo, confirmaba esta situación respecto de la compraventa, ya que el artículo 1327 postulaba que podían venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida. En el caso de las cosas futuras, se consideraba a la venta como condicional a que la cosa llegue a existir, situación en la que no se podría encuadrar el contrato que nos ocupa. El CCCN ha terminado con la discusión sobre el objeto de los contratos, ya que remite la norma del artículo 1003 al objeto de los actos jurídicos, con lo cual se lo debe coordinar con los artículos 279 y 1004. Por su parte, el artículo 1007 admite expresamente que puede ser objeto de un contrato una cosa existente o futura. Respecto de la compraventa, el CCCN menciona expresamente en el artículo 1125 que

Quando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Sin duda, la cuestión no puede deslindarse de la naturaleza de la transmisión de las unidades en construcción, que es la contrapartida de la obligación de transmitir el terreno. Así, el emprendedor se encuentra con la propiedad del terreno y todavía no recibe la contraprestación porque las unidades en construcción todavía no existen. Claramente el problema es similar a quien adquiere una unidad funcional a construir, aun cuando difiere el título por el cual se pretende adquirir la unidad. Presenta, sin embargo, una diferencia importante, ya que en la permuta del terreno por unidades a construir el propietario del terreno cumple con su prestación íntegramente mucho antes que el otro contratante, y en el caso de la adquisición de unidades a construir generalmente el adquirente paga solo una parte del precio al celebrarse el contrato, aplazando el resto al momento de entrega de la unidad.

Por otra parte, la posición negociadora del dueño del terreno y la del comprador no son iguales, ya que este último generalmente se adhiere a las cláusulas de un contrato que podría decirse que es predispuesto y que le ofrece la promotora. El dueño del terreno está en mejor condición negociadora, dado que la existencia del edificio pasa necesariamente por la adquisición del terreno: el promotor necesita ese bien y tal necesidad lo lleva a que deba atender y aceptar las prioridades del propietario.

Aun cuando la finalidad del negocio es diferente, la naturaleza de la obligación de transferir las unidades funcionales a construir es idéntica a la de la compraventa, ya que la obligación del constructor o promotor es la misma. Ello nos lleva a la conclusión de que no puede tratarse de una permuta, atento a que en el CCCN, de acuerdo con la definición del artículo 1172, “hay permuta cuando las partes se obli-

gan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero”, situación que se producirá una vez que el edificio se haya terminado.

A nuestro entender, la transferencia del terreno a cambio de unidades funcionales a construir supone la celebración de un contrato atípico. Cuando el propietario del terreno opta, en cambio, por tomar en pago departamentos a construir en el mismo edificio para el cual está realizando la operación, estamos ante un contrato atípico por el cual una de las partes se obliga a entregar una cosa, el inmueble sobre el que se va a construir el edificio, y la otra parte se compromete a entregar departamentos del edificio que va a construir, es decir, una cosa que materialmente no existe. En ese contrato de naturaleza compleja, el dueño del terreno transmitirá esta propiedad a la otra parte contratante, que, como contraprestación, se obliga a entregar la propiedad de una o varias unidades funcionales en el edificio que al efecto ha de construir en el referido terreno y en un plazo determinado. El transmitente del terreno no adquirirá inmediatamente la propiedad de las unidades funcionales, sino que lo que adquiere es un crédito que podrá exigir a la contraparte, consistente en el cumplimiento de las obligaciones tendientes a la “producción” de la cosa en los términos pactados en el contrato y una vez concluida la transmisión de dominio mediante la entrega y la escritura transmisiva. En este aspecto, coincidimos con las sentencias de los tribunales españoles citados por Merino Hernández.

Este contrato se rige por la libertad de convenciones que permite el sistema jurídico, por la cual se pueden formular toda clase de contratos atípicos, mientras no sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

5.3.3. Tercera etapa. Construcción del edificio. Proyecto. Locación de obra

En esta etapa, el contrato que se celebra es el de locación de obra, tanto material como intelectual. Hay acuerdo en la doctrina en definir el contrato de locación de obra como aquel por el cual una persona se obliga a hacer alguna cosa o a alcanzar un resultado material o inmaterial para la otra, sin subordinación frente a esta, por un precio en dinero.³¹ El locador de obra asume esa obligación a su propio riesgo, lo que exige una organización de los factores de la producción, en particular del trabajo, o sea, una organización de los medios necesarios conducentes a la consecución de la obra. Persigue la obtención de un resultado cuyo riesgo de no obtención es soportado por el empresario locador. Generalmente, está proyectado para una duración prolongada y comprende las obras nuevas, refacciones o ampliaciones en un edificio y las obras inmateriales conexas, como los anteproyectos y proyectos, planos, etc.

31. SPOTA, Alberto G., *Tratado de locación de obra*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 8. Este autor define el contrato de locación de obra como aquel por el cual una de las partes, denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso profesional liberal, autor, artista), se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico sin subordinación jurídica, y la otra parte, denominada el locatario de la obra (dueño, propietario, comitente, patrocinado, cliente), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero.

El CCCN regula el contrato de obra y servicios como contrato típicos en los artículos 1251 a 1277, estableciendo normas comunes a obras y servicios y una especial al contrato de obra, en las cuales se reglamenta el sistema de contratación, la retribución, las variaciones del proyecto convenido, las diferencias de retribución surgidas de modificaciones, la reglamentación particular de la contratación de la obra por pieza o medida, el derecho a verificar, la aceptación de la obra, los vicios o defectos y diferencias en la calidad, los plazos de garantía y la obra en ruina o impropia para su destino.

En la construcción de un edificio, conviven el contrato de obra material y de servicios por la obra inmaterial o intelectual, ya que, si bien en una época era posible que una sola persona pudiera realizar el proyecto, la dirección y la construcción de una obra, en la actualidad las funciones tratan de separarse: las del proyectista y director, por un lado, y la del empresario que lleva a cabo la ejecución de la obra, por otro. Ello significa que, en la construcción de un edificio, el comitente puede celebrar varios contratos de obra. Si el edificio es construido por más de un contratista, porque con unos se realiza una parte y con otros, otra, habrá varios contratos de obra material y, si se disocia el proyecto de la dirección, también tendremos en un mismo edificio varios contratos de servicios.

La finalidad del contrato es la realización de una obra de elaboración intelectual y material, que se concreta en una cosa inmueble realizada en forma autónoma por el empresario, conforme a instrucciones dadas por el dueño. Según Lorenzetti,³² es un vínculo de colaboración mediante actos materiales en el que la sede del interés permanece en el dueño, quien le encarga al empresario la realización de actos que no puede realizar por sí mismo, dada la profesionalidad que requieren. El jurista expresa que, como titular del interés, está facultado a dar instrucciones sobre el modo de hacer la obra. Siendo un vínculo de colaboración y no de cambio, hay un interés en el modo de hacer interno de la cosa, lo que no existe en la compraventa, en la que la cosa comprada solo se aprecia externamente y donde el riesgo de no obtención de un resultado está a cargo del empresario. Finalmente, expresa que el contrato presenta una obligación de hacer un resultado en forma autónoma y de entregarlo en propiedad contra el pago de un precio.

5.3.4. Cuarta etapa. Comercialización de los departamentos en construcción

Es frecuente que se pretenda financiar la construcción del edificio con la venta anticipada de los departamentos. Esta modalidad, que en su momento originó la sanción de la [Ley 19724 de Prehorizontalidad](#), distinguió aquellos edificios en donde un grupo de personas se reunía para construir un edificio y resultaban todas dueñas del edificio, de la situación en la cual la empresa titular de los departamentos resolvía comercializar y vender los departamentos en construcción. El caso de los condóminos

32. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte especial*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni, p. 64.

que construían en conjunto, aun cuando se hubieran preadjudicado los departamentos en el convenio, los excluía de su regulación. Los casos que abarcaba eran todos aquellos en que hay un tercer adquirente de la unidad que todavía no existe como tal porque no se encuentra finalizada su construcción y, por lo tanto, no tiene posibilidades de afectarla al régimen de la propiedad horizontal, de transmitirla a un tercero y de inscribirla a su nombre para que sea inoponible a los acreedores del titular del negocio.

La exposición de motivos de la ley expresaba que

... [el] período de prehorizontalidad es el comprendido entre el momento en que se ofrece una unidad que todavía no está en construcción hasta aquel en que finaliza la edificación y se cumplen los trámites para adjudicar el dominio.

Se sancionó con el objeto de tutelar a los adquirentes de unidades a construir contra el posible abuso de los vendedores, publicitando la venta en el Registro y, al mismo tiempo, impidiendo que el propietario disponga libremente del inmueble en construcción. Esta ley no se aplicó por distintos motivos, a pesar de un fallo plenario cuya doctrina planteaba que el adquirente de la unidad tenía derecho a dejar de pagar el precio en cuotas si el vendedor no había cumplido con la afectación a prehorizontalidad.³³

El CCCN deroga el régimen de la Ley 19724 y establece, en el artículo 2070, que “los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este capítulo” (Capítulo 10 “Prehorizontalidad”, Título V “Propiedad horizontal”). Asimismo, en el artículo 2071, el CCCN establece que

Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular de dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

Por su parte, Mosset Iturraspe³⁴, anotando un fallo de 1977 en que se accionaba por incumplimiento de la vendedora, decía que no ignoraba que la situación planteada

33. CNCiv., en pleno, 28/2/1979, “Cotton, Moisés D. y otros c/ Tutundjian, Simón s/ Sumario - Compraventa inmobiliaria - Ley de Prehorizontalidad - Inscripción registral”. [N. del E.: acceder al fallo [aquí](#)].

34. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contrato de construcción de un departamento, compraventa de inmueble futuro o compraventa del terreno. ¿Unidad o pluralidad de contratos?”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1977-IV, p. 345.

en autos fuera común y que el estado de prehorizontalidad abarcara desde el momento en que se ofrece una unidad que todavía no está en construcción hasta aquel en que finaliza la edificación y se cumplen los trámites para adjudicar el dominio. Agregaba que la protección de los adquirentes en el período de prehorizontalidad apunta siempre al terreno, que es lo existente, y no al “cubo de aire”, sobre el cual no se puede constituir un derecho real actual sino eventual. Tampoco se la busca apuntando al edificio a construirse, ya que se trata solo de una cosa futura y prometida condicionalmente, y que en los sistemas que implican comercialización en la construcción por empresa promotora o administradora, la protección se busca por la inscripción de los boletos y la afectación del inmueble a la prehorizontalidad.

Si bien la situación fáctica sigue siendo la misma, es decir, el adquirente no puede inscribir su dominio y, por lo tanto, hacerlo inoponible a todos, la Ley de Prehorizontalidad 19724 ha sido derogada y es reemplazada en el Código Civil y Comercial por el Capítulo 10 del Título V, denominado “Prehorizontalidad”, y dispone en el artículo 2070 que los contratos anteriores a la constitución de propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este capítulo, mientras que el artículo 2071 dispone que:

Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal el titular de dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o en su caso la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho sobre el adquirente a menos que cumpla íntegramente con las obligaciones pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

5.3.4.1. Naturaleza del contrato con el adquirente

La doctrina y la jurisprudencia polemizan desde hace largo tiempo sobre la naturaleza del contrato por el cual un adquirente compra un departamento en construcción, atento a que todavía no puede ser considerado cosa. En el caso que estudiamos, se trata de derechos futuros sobre una cosa futura, si se lo considera objetivamente, por lo cual se ha dicho que se trata de un contrato de compraventa de cosa futura o bien que se trata de un contrato de locación de obra. Las consecuencias prácticas resultan distintas según se trate de un contrato u otro, ya que las normas a aplicar son distintas de acuerdo con cada caso.

El artículo 1125 CCCN finaliza con la discusión doctrinaria, ya que expresa que cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque estas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la obligación principal consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Si la parte que encarga la manufactura

o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción sustancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra.

6. Normativa del Código Civil y Comercial. Contratos conexos

El CCCN define a la conexidad en el artículo 1073 como una situación en la que dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común, previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley expresamente pactada o derivada de la interpretación, conforme a lo que se dispone en el artículo 1074. Por su parte, el artículo 1074 establece que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

En todas las etapas que mencionamos, en las que solamente hemos tomado algunos ejemplos de los contratos relacionados, se traban relaciones que dependen unas de otras, ya que no es posible que alguien adquiera un departamento en construcción sin que tenga especial interés en quién es el empresario que realiza la construcción del departamento. De esta situación puede derivarse la producción de efectos en la esfera jurídica de quienes no intervinieron directamente en el contrato. Así, un reciente fallo³⁵ estableció que la entidad financiera que se constituyó en fiduciaria y principal beneficiaria del contrato de fideicomiso en garantía celebrado con una empresa constructora era responsable, frente al comprador del inmueble fideicomitado, por las violaciones al régimen de defensa del consumidor. En el caso, el predio vendido no contaba con las tareas de obra previstas, dado que dicha entidad integró la cadena de comercialización del bien y no fue un mero agente financiero carente de vinculación con los eventuales clientes de la constructora fiduciante. En la sentencia, el juez sostuvo:

Desde otro ángulo, resulta acertada la imputación de responsabilidad a la entidad financiera con sustento en el art. 6 de la 24441, norma que dispone que el fiduciario deberá cumplir con sus obligaciones con la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Su conducta quedará regida, entonces, por la directiva de la buena fe del art. 1198 del Código Civil (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo, “Las obligaciones del fiduciario”, *La Ley*, del 3 de junio de 2005).

Entre sus obligaciones legales imperativas, de las que no puede liberarse contractualmente, podemos destacar: 1) rendición anual de cuentas; 2) prohibición de ad-

35. CNCont. Adm. Federal, Sala II, 14/6/2005, “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires” (*La Ley*, 20/9/2005, p. 3; t. 2005-E; cita online AR/JUR/2478/2005; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2006-2, p. 342). [N. del E.: acceder al texto completo online [aquí](#)].

quirir para sí los bienes fideicomitidos y 3) imposibilidad de exoneración de su responsabilidad en las consecuencias dañosas de la conducta propia o de sus dependientes (conf. De Hoz, Marcelo, “Contrato de Fideicomiso - Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos”, *La Ley*, 2003-A, 1067).

En el caso, el Banco Hipotecario recibió la propiedad fiduciaria del inmueble en construcción, asumiendo la obligación de transmitir el dominio de las unidades a sus respectivos compradores, con arreglo a las disposiciones de la ley 24.441 (artículos 1, 7, 25 y 26). Aceptar el criterio de la entidad sancionada en el sentido de que no se encontraba ligada contractualmente con el denunciante importaría desnaturalizar el funcionamiento del fideicomiso.

Por su parte, en nota al fallo, Malumión³⁶ dice que

Si el fiduciario no fuera fabricante, importador o productor o distribuidor del bien, asumiría un rol de mera administración del activo y quedaría amparado por la limitación de la responsabilidad. [...] En esta línea, el fallo que comentamos ha entendido que el fiduciario de un fideicomiso en garantía “no resultaba un simple tercero... [pues] integró la cadena de comercialización del inmueble objeto de autos y, por ende, desestimada la falta de legitimación pasiva, resulta solidariamente responsable por el incumplimiento de la ley 24240, en los términos de su art. 40... Es que por el rol asumido en la operatoria, el banco debió controlar que los bienes fideicomitidos –bajo su administración– se encontraran correctamente terminados, en los términos de los contratos celebrados con el consumidor o al menos hacerse cargo de las eventuales reparaciones inmediatamente de tomar conocimiento de su existencia, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondieren”.

Por nuestra parte, encontramos una explicación razonable en la conexidad contractual, en donde se relacionan los contratos dentro de la estructuración del negocio por su finalidad común. En el negocio de la construcción de departamentos para su comercialización se conectan todos los contratos que, siendo autónomos, se relacionan con la misma finalidad común, de manera que los contratantes de cada uno tienen acciones entre sí, pero, al mismo tiempo, se ven conmovidos por la conexidad de modo que el efecto relativo de los contratos se trasladó de la institución contractual al sistema global económico, lo que posibilita que los integrantes de la red, sin ser parte del contrato, puedan intervenir en el contrato que forma parte del sistema. El efecto relativo se mantiene pero se desplaza, lo que permite incorporar a todos los miembros de la red dentro del concepto de parte. Si el plexo contractual conexo tiene fuente legal, se habilitan acciones de terceros ante cada uno de los participantes en un negocio económico, generándose una situación de solidaridad pasiva de origen legal, como sucede con los derechos de los consumidores, situación que es amparada por la Ley de Defensa del Consumidor y por la normativa del contrato de consumo en el CCCN.

36. MALUMIÓN, Nicolás, “El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 20/9/2005, p. 3; t. 2005-E, p. 436; cita online AR/DOC/2669/2005.