

Voces: CONTRATO ~ PRECONTRATO ~ RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Título: Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código

Autor: Rovira, Alfredo L.

Publicado en: LA LEY 28/05/2015, 28/05/2015, 1

Cita Online: AR/DOC/1590/2015

Sumario: I. El camino al contrato: los ámbitos precontractual y contractual. — II. ¿Es ilícito abandonar las tratativas? El deber de actuar de buena fe. — III. Los deberes de conducta durante las tratativas. — IV. El valor de los documentos que se suscriben en "el iter" al contrato. — V. El precontrato y el contrato preliminar. — VI. La cuestión de la responsabilidad precontractual.

Abstract: El Código Civil y Comercial rompe la tradicional distinción de responsabilidad contractual y extracontractual, pero incorpora principios que merecen un análisis detenido. En primer lugar es coherente con lo que se ha venido diciendo sobre los deberes de conducta de las partes en las tratativas en el sentido que éstas deben ser llevadas adelante de buena fe, pero si alguna de ellas en el curso de las negociaciones advirtiera circunstancias que la inducirían a interrumpir la negociación, debe tener presente el art. 1710 que sienta el deber de prevenir el daño, de modo que en lo que de ella dependa deberá actuar de modo de evitar causar un daño no justificado y adoptando de buena fe las medidas razonables para evitar que tal daño se produzca.

(*)

I. El camino al contrato: los ámbitos precontractual y contractual

Las tratativas precontractuales son actos voluntarios lícitos realizados por alguna de las partes de un contrato futuro, enderezado a su celebración. Son las que preceden o pueden preceder a la formación de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad (1). El Código Civil y Comercial de la Nación ("CCCN") sancionado por ley 26.994 trata esta cuestión regulándola en el Libro Tercero, Título II, Sección 3ª. a renglón seguido de abordar la temática de la formación del consentimiento. Como bien apunta Rivera, los más recientes proyectos de reforma trataron la materia y constituyen la fuente directa de las soluciones que consagra el Código Civil y Comercial; tales fueron el Proyecto de Unificación de 1987, arts. 1158 y 1159; el Anteproyecto de la Comisión del dec. 468/1992, arts. 871 y 872 y, finalmente, el Proyecto de 1998, art. 920" (2).

La innovación es bienvenida como un aporte a la seguridad jurídica aunque aún quedaron cuestiones abiertas a discusión sobre las cuales proponemos una posición pues ésta era una cuestión respecto de la cual la doctrina y jurisprudencia se han venido explayando desde hace años y la jurisprudencia reconoció esta situación que se da previa a la celebración del contrato reconociendo la existencia de ciertos deberes de conducta.

Diez-Picazo caracteriza a las tratativas dentro de la etapa de contacto entre eventuales futuras partes de un contrato que entablan conversaciones o negociaciones, pero que también las plasman en manifestaciones escritas de variado tenor y nombre que han recibido caracterizaciones tales como minutas, cartas de intención, memorándum de entendimiento, "term-sheet", "aid-memoire" que en el fondo no son más que notas o borradores de los puntos sobre las cuales las partes negocian y a veces sobre las que vienen alcanzando acuerdos parciales o de naturaleza preparatoria del eventual contrato que las partes esperan celebrar.

Leiva Fernández identifica dos etapas desde el inicio del contacto entre las partes hasta la celebración del contrato, a saber: a) la primera etapa, es la que va desde el inicio de la relación hasta la oferta; b) la segunda, es la que ocurre entre oferta y aceptación, período durante el cual las partes analizan y negocian un eventual acuerdo pudiendo desprenderse consecuencias jurídicas. Conforme esta posición sólo a partir de la segunda etapa del contacto surgirían obligaciones para las partes y si la negociación se frustra o cesa por el acto u omisión de una de las partes sin justa causa se consagra un supuesto de responsabilidad por el eventual daño causado a la otra parte. Además, para Leiva Fernández existiría una tercera etapa que la reconoce en los contratos reales, que corre desde la aceptación hasta la tradición.

En nuestra opinión, con relación a la cuestión planteada en torno a los contratos reales, conforme el estado de la evolución doctrinaria y jurisprudencial y el criterio recogido por el Proyecto de reformas de 1998 y ahora por el

CCCN la distinción en función de etapas y en particular respecto de los contratos reales que analiza el proceso que acaece hasta llegar a la formación del contrato o su perfeccionamiento significa una distorsión de la cuestión pues más que referirse a un devenir precontractual exterioriza una frustración del contrato por incumplimiento como lo veremos más adelante (3). La conclusión antedicha se refuerza ante las disposiciones del CCCN que concibe al contrato sólo consensual eliminando la antigua clasificación de contratos consensuales y reales (4).

Aunque puede ocurrir en cualquier contrato, las tratativas son frecuentes en los contratos discrecionales y resultan ajenos a los contratos instantáneos. Pero aún en los actos contractuales en masa o en los que una de las partes se adhiere a condiciones generales, esto es, en los contratos predispuestos, aun cuando se trate de "entrar" a un contrato predispuesto por la contraparte siempre existe un análisis previo de sus condiciones y de la conveniencia o no de ingresar a la relación aun mientras no se tenga la libertad de imponer condiciones o modificar las que se propongan por la llamada "parte fuerte" de la relación. Esta afirmación es ratificada por el CCCN al regular los Contratos de Consumo (arts. 1100, 1101 y 1111) agravando el deber de información que el consumidor debe recibir previo a decidir contratar y, en particular, en los contratos bancarios donde el CCCN trae una norma específica aplicable al período previo al contrato (arts. 1379, 1385 y 1387 que regulan la obligación de información que más adelante comentaremos).

Como se dijo, atendiendo al criterio sentado por el CCCN —que sigue la propuesta del Proyecto de 1998 (5)—, ubica a estas circunstancias aun antes de la existencia de una oferta. En efecto, conforme al art. 991 las tratativas preliminares o etapa previa al contrato se inicia a partir de las manifestaciones de las eventuales futuras partes que denotan el período de exploración durante el cual los futuros contratantes intercambian sus puntos de vista, formulan y discuten las proposiciones que mutuamente tengan sobre una o más cuestiones concretas a fin de determinar el contenido del contrato, sin estar, por tanto, seguros de su conclusión; esa etapa finalizará con el consentimiento sobre lo convenido exteriorizando los puntos de acuerdo común. Hasta tanto no se arribe a ese punto, naturalmente, no habrá contrato.

Así, las tratativas antes expuestas no constituyen un acto jurídico en sentido estricto pues de ellas no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. Ello así pues no se puede decir que entre las partes se cree una relación jurídica originada por la voluntad de iniciar las conversaciones. Sin embargo dichos tratos o conversaciones no son irrelevantes ya que tienen proyección en orden a la formación de la voluntad contractual y a la interpretación del eventual contrato (6).

II. ¿Es ilícito abandonar las tratativas? El deber de actuar de buena fe

La primera cuestión en esta materia es determinar si se puede entrar y salir en forma libre de las tratativas enderezadas a contratar y si los acuerdos parciales que se vayan alcanzando enderezados al contrato final crean deberes que hacen exigible contratar.

En el derecho anglosajón hay reticencia en reconocer la situación precontractual como fuente de las obligaciones, pues, en dicho sistema, el que hace una oferta es, en principio, libre de cambiar de idea y de retractar su oferta. Se trata de defender a ultranza la libertad de "no contratar" pese a haber entrado en negociaciones o conversaciones tendientes al contrato. La cuestión parte de la regla de libertad contractual en virtud de la cual las partes no están obligadas a llegar al contrato y, por lo tanto pueden apartarse libremente de las negociaciones en cualquier momento; tal es la posición adoptada por el CCCN en el art. 990 cuando dice: "Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento". Pero a diferencia del criterio que pretende consagrar sin condiciones el derecho anglosajón, nuestro legislador, siguiendo la sugerencia de Unidroit y la posición mayoritaria del derecho europeo, requiere justificar el apartamiento de las negociaciones conforme los dictados de la buena fe y lealtad de trato. En este sentido los Principios de Unidroit dicen: 'Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en caso de que éstas no culminen en acuerdo' (art. 2.1.15) y este mismo principio general aparece en los proyectos de reforma que han servido de fuente al CCCN y finalmente es el consagrado en el art. 990 en cuanto establece que las partes pueden abandonar las tratativas en cualquier momento" (7).

Inspirado en el Proyecto de 1998 (arts. 920 y 921) el CCCN destaca en el art. 991 el deber de comportarse de buena fe, para no frustrar injustamente las tratativas. El incumplimiento a este deber genera responsabilidad. En

esta materia también el legislador ha respetado los criterios sentados por los Principios de Unidroit que, a su vez, recoge el sentir de la doctrina. Así, por ejemplo, iniciar tratativas conociendo o a sabiendas que al correr de ellas no se habrá de contratar es una típica conducta contraria a la buena fe y lealtad (8). Por ello es importante destacar que en "la regulación de los tramos precontractuales van cobrando paulatinamente mayor relevancia mecanismos de tutela preventiva del crédito a la luz de una correlativa ampliación de los intereses tutelados" (9).

Como ya adelantamos, el derecho moderno de los contratos realza y enfatiza el valor de la buena fe. El mismo no es sólo propio de la celebración y ejecución del contrato, también debe existir, hasta diría es tanto o más importante, en la etapa de la negociación. Por ello, se explica que el CCCN consagre este deber —que es una manifestación de los postulados fundamentales que declama el codificador en el Título Preliminar (art. 9), en su art. 991 cuando dice: "Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato".

Nuestra jurisprudencia caracterizó a las conductas violatorias del deber de buena fe en esta materia como supuestos asimilables al de la culpa "in contrahendo" que se da cuando se produce una violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo (10).

El CCCN al regular el régimen de responsabilidad civil a partir de la antijuridicidad, hace redundante discutir la cuestión de la fuente de responsabilidad que generó grandes debates entre los sostenedores de los que consideraban tal fuente de naturaleza contractual (Ihering y Fagella) difiriendo de aquellos otros que buscaban explicación en la responsabilidad de naturaleza extracontractual (11). En concreto, bajo el régimen del CCCN el fundamento de la responsabilidad en el período de las tratativas o "pourparlers" radica en un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar, especie del género abuso del derecho (12), en posición también aceptada por la jurisprudencia (13).

En el moderno derecho de los contratos se reconoce que entre los negociadores, a pesar de no existir una verdadera relación jurídica, el "contacto social" previo al contrato torna aplicable deberes de conducta extraíbles de principios generales como el "neminem laedere" consagrado por el CCCN en su art. 1710, o que se pueden inferir de pautas de conducta comunes a todos los actos jurídicos como claramente establecen diversas normas del CCCN (art. 9, 729, 961, 991, 1061, 1067): la buena fe lealtad prevista en el actual art. 1198 Cód. Civil.

III. Los deberes de conducta durante las tratativas

Lo expuesto se sintetiza en principios o deberes específicos de conducta, adicionales o, si se quiere, coadyuvantes al deber esencial de negociar de buena fe (14), a saber:

III.1 Deber de cooperación

Consiste en colaborar con la otra parte en la celebración del contrato asumiendo conductas activas enderezadas a llegar a la formación del acuerdo; la manifestación más concreta de este deber es el proporcionar información, lo que ha inducido a parte de la doctrina a considerarlo de un modo parcial, simplemente como un deber de información. Así el deber de información se convierte en una especie del deber genérico de cooperación. A nuestro juicio, la caracterización de este deber en forma diferenciada se justifica en cuanto también comprende el deber de evitar la realización de gastos innecesarios por la otra parte durante las tratativas preliminares, cuestión trascendente en el supuesto de ruptura (15).

El deber de cooperación no es reconocido en forma explícita en las normas dedicadas a las tratativas preliminares por el CCCN, pero podemos inferirlo a partir del deber de buena fe antes aludido, del reconocimiento del deber de información contenido en los arts. 1100, 1101 y 1111 para los contratos de consumo y de los arts. 1379, 1381, 1385 y 1387 para los contratos bancarios. Quizás el CCCN debió haber sido más explícito, pues sólo parece desprenderse tal deber cuando regula el deber de confidencialidad que consideramos implícito y comprendido dentro del deber de cooperación, cuando aludimos al más específico deber de custodia.

III.2 Deber de información

Como adelantamos en el párrafo anterior, durante las tratativas previas el acento está puesto en el deber de información que las partes se deben; informar sobre las aptitudes negociales, la experiencia, las obras realizadas, la presencia en el mercado, etc. Obviamente, la información facilitada debe ser veraz o, por lo menos, responder al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto y también debe ser completa en la medida de lo que la contraparte ha manifestado como su interés en concertar el negocio.

Lo antedicho es trascendente pues el deber de informar es recíproco para las partes (16). No existe un deber unilateral de informar, pues corresponde a cada parte buscar la información; al deber de auto informarse le sigue el deber de informar a la contraparte de sus expectativas y necesidades a satisfacer. Esto aplica aun en la relación empresa-consumidor, pues si bien es cierto que, como principio, el empresario es el que debe cuidar de informar en forma completa a quien se supone menos informado, para que esa información sea completa también debe poder conocer las expectativas o necesidades que busca satisfacer el consumidor con el acto en negociación o expectativa. Todo, en suma, gira en torno al deber de buena fe y la confianza despertada en la contraparte que entra a una negociación seria y se encuentra recogido en el art. 1067 del CCCN, al que debe recurrirse al tiempo de la interpretación de la eventual frustración del contrato, adquiriendo relevancia la propia conducta.

En esta fase hay varios factores que confluyen, por ejemplo, la confianza de las partes derivada de una relación previa existente entre ellas, como es del caso en empresas que habitualmente negocian entre sí o es un factor a tener especialmente en cuenta cuando la extensión y profundidad del deber de informar depende también del hecho de que una de las partes sea profesional y la otra no.

El deber de informar debe entenderse como un deber vinculado al de colaborar en el mantenimiento y desarrollo de las tratativas. Leiva Fernández apunta que este deber de informar debe satisfacerse bajo tres aspectos que el negociante debe contemplar en forma específica, a saber: a) debe informar sin reticencia sobre lo que conoce pues la obligación de informar procura evitar que la otra parte incurra en error de juicio al contratar. b) tiene el deber de adquirir la información que ignora y sobre este aspecto más abajo nos explayamos en relación con el costo en proporcionar o adquirir información y c) el negociante debe buscar y obtener la información que no tiene, ya que de lo contrario se estaría favoreciendo una actitud meramente pasiva, que en definitiva es contraria al deber de cooperación (17).

A lo arriba expuesto se le suma la cuestión del costo de informar. Si la información no fue costosa hay deber de transmitirla; si en cambio lo fue pero revaloriza la cosa se distingue según que los costos de información fuesen simétricos (iguales para ambas partes) o asimétricos (más elevados para una que para otra parte). En el primer caso no hay deber de informar pues cualquiera de los contratantes pudo informarse con el mismo costo y no ha de permitirse al que nada hizo de que se beneficie de la inversión hecha por el otro. En cambio cuando los costos fuesen asimétricos la regla desde el punto de vista económico es que aquel para quien los costos sean menores está obligado a informar al otro; pero ello es así sólo si puede recibir de aquel a quien informa una prima de confianza al menos equivalente al costo de adquirir esa información (18).

III.3 Deber de protección o custodia

Esta cuestión está tratada en forma explícita por el CCCN pero también se desprende del deber genérico de actuar de buena fe (art. 991). Este deber se vincula a la posibilidad de que una de las partes envíe a la otra alguna cosa a fin de que la examine o pruebe. A partir del momento que el receptor recibe la cosa para su examen, surge el deber de custodia.

A pesar de que no hay contrato alguno, la obligación del receptor se juzgará por las reglas del contrato de depósito. Si incumple el deber de custodia de la cosa o de conservación, la responsabilidad que se le imputará será de orden precontractual.

III.4 Deber de confidencialidad

Una cuestión vinculada al ya comentado deber de guarda o protección es el de mantener confidencial la negociación así como la información que se proporcionen recíprocamente las partes. Informar suele ser costoso, requiere tiempo y disposición para hacerlo. Informar no siempre es inofensivo frente a la competencia. Informar es revelar secretos, diseños, fórmulas, etc.

El CCCN pone fin a un debate doctrinario que discutía la necesaria presencia de este deber. En doctrina se ha venido reconociendo que este deber sólo existe cuando el deber de confidencialidad se pacta en forma expresa (19). El nuevo régimen legal —en mérito al principio de la buena fe— concluye que para que las partes estén alcanzadas por la obligación de mantener en reserva las negociaciones es menester calificar la información brindada como confidencial. Sería contrario a la buena fe que la parte informada pudiese adquirir un beneficio indebido de la utilización de información proporcionada en reserva y con un fin específico (la negociación) (20). Al respecto el CCCN establece en su art. 992 lo siguiente: "Deber de confidencialidad. Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento".

IV. El valor de los documentos que se suscriben en "el iter" al contrato

La doctrina ha reconocido "hitos negociables" camino al contrato en el proceso progresivo de formación del consentimiento; a partir de notas, intercambios de correos electrónicos o por otros medios así como por la firma de documentos tales como las "cartas de presentación", "cartas de intención", "minutas", "memorandum de entendimiento" y otros documentos que no alcanzan la jerarquía de los "acuerdos preliminares" o "precontratos" (21) se van plasmando gradualmente los acuerdos. La cuestión es diversa a la situación que se plantea frente al contrato "nulo" o aquel posteriormente anulado, que deja de producir los efectos propios para desencadenar los supuestos de un enriquecimiento sin causa (art. 1052 C. Civil y arts. 390 y 391 CCCN), obligando a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido.

Dado que es propio de las tratativas que las mismas se manifiesten a través de documentos que van marcando los avances de la negociación resulta adecuado que el CCCN hubiese previsto el valor de tales documentos en el Art. 993. Como dijimos, es normal que durante el proceso se firmen "minutas", "aid memoires". "memorandum de entendimiento", "cartas de intención", "hojas de términos" (o "term sheets"). El CCCN si bien titula al Art. 993 "Cartas de Intención" en dicha norma se refiere genéricamente a todos los antedichos instrumentos. Así reza: "Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos".

La doctrina ha venido caracterizando a dichos acuerdos preliminares o provisorios para negociar un contrato como documentos de finalidad probatoria de las tratativas, con relevancia en el supuesto que éstas se frustren súbita o improcedentemente. El CCCN no define a tales instrumentos. En el Código comentado dirigido por Rivera-Medina se propone recurrir al Diccionario de la Real Academia que define a la "minuta" como el extracto o borrador que se hace de un contrato apuntando a lo que se considera lo esencial que es "la provisoriedad" (22).

Lorenzetti propone una caracterización de la minuta como un documento que registra anotaciones que hacen las partes sobre la marcha de las negociaciones pero reconoce que no hay un criterio unívoco sobre las mismas, por tanto las analiza con criterio práctico y así sostiene que si las minutas emanan de una de las partes es un instrumento privado de naturaleza probatoria contra el autor ya que es una evidencia de que existieron negociaciones. Si está suscripto por ambas partes es elemento de prueba más contundente porque prueba contra la contraria y contra el autor pero aclara que no le corresponde al juez valorar sólo la minuta sino el comportamiento (23).

Para el mismo autor las cartas de intención además de ser una forma de documentar el avance de las negociaciones no sólo tienen finalidad probatoria porque no son unilaterales a pesar que no llegan a ser un contrato porque "no hay obligaciones bilaterales causadas para cumplir una finalidad. Su objeto es la negociación". Bajo tal impronta nos encontramos con la redacción del art. 993 del CCCN que dice que es "un documento que expresa el consentimiento para negociar sobre ciertas bases". Y aclara que es de interpretación restrictiva y que "sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos"; esto es, en definitiva, el contenido del documento dirá si estamos frente a una oferta si está dirigida a persona determinada o determinable, con intención de obligarse y con las precisiones necesarias para que si es aceptada produzca los efectos

vinculantes propios del contrato (arg. art. 972 CCCN) que dice: "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 carta de intención puede ser declarativa e informativa: registra los puntos de acuerdo y disenso. Puede ser obligatoria cuando establece la obligación de negociar. Puede ser de definición de objetivos cuando las partes definen los objetivos de la negociación. Puede incluir deberes secundarios de conducta: tales como el deber de confidencialidad, o el deber de exclusividad que surge del compromiso de no ofrecer el objeto de negociación a tercero, o cuando se refiere al modo y alcance de la información.

El CCCN no recoge la teoría de los acuerdos parciales que permiten al juez integrar el contrato tomando en cuenta los acuerdos parciales e integrándolos conforme la naturaleza del negocio (24). El CCCN no sólo no autoriza esta posibilidad sino que la restringe para supuestos muy puntuales como es el caso de las cláusulas abusivas que al tenerse por no escritas pueden distorsionar el necesario equilibrio de las prestaciones. De ahí que es trascendente destacar la regla general en materia de consentimiento que se encuentra en el art. 959 del CCCN: el contenido de los contratos solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley lo prevé; así conviene recordar el art. 960 que dice: Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las parte cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público". Sólo se autoriza la facultad integradora del juez en los supuestos de las cláusulas abusivas cuando declarada la nulidad parcial del contrato éste no puede subsistir sin comprometer su finalidad (art. 989).

Ratificando lo expuesto, el art. 982 que regula los acuerdos parciales, reza: "Los acuerdos parciales de las partes concluyen 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 (que es el que trae las disposiciones generales aplicables a los contratos en general —arts. 957/965—). 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."

Un tema distinto es el de la retractación o revocación de una oferta vinculante. El CCCN regula esta cuestión en el art. 975 cuando 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". El CCCN ha simplificado esta temática, en particular, tratándose de ofertas a personas ausentes, pues claramente se enrola en la teoría de la recepción que es lo que la moderna doctrina postula.

Por ello la norma que regula la oferta debe ser analizada en complemento con el art. 974 que regula la fuerza obligatoria de la oferta dando al oferente la posibilidad de desvincularse, en el caso "de oferta entre presentes si la misma no es aceptada inmediatamente" y, entre ausentes, "sin haberse fijado un 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". Para ratificar la conclusión antes expuesta el art. 974 dice "... Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente."

El art. 1150 Cód. Civil considera vinculantes a las ofertas en las que el oferente ha renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas a permanecer en ellas hasta una época determinada o hasta el cumplimiento de una condición. Pero es lícito, y así también lo entienden las reglas Unidroit, cuando el oferente las revoca antes de que le haya enviado la aceptación. Esa no es la solución del art. 975 del CCCN ya que para que la oferta pueda retractarse esa comunicación debe ser recibida al mismo tiempo que la oferta.

V. El precontrato y el contrato preliminar

Pero las tratativas preliminares y los documentos que se suscriben durante el proceso se distinguen de otros documentos que ya dejan de pertenecer a ese "estado de negociación precontractual" para pasar a revestir el carácter de contratos. Tal es el caso del contrato preliminar, también regulado por el Proyecto en el art. 994. Este genera obligaciones de hacer si tiene elementos esenciales que identifiquen el futuro contrato (art. 994 CCCN, inspirado en el 934 del Proyecto de 1998).

Ahora bien, nada obsta a que las partes organicen convencionalmente tales tratativas, otorgando un marco reglamentario a éstas, lo que se vuelve necesario en ciertas contrataciones complejas, en cuyo caso la responsabilidad por la ruptura de tales convenios quedaría enmarcada en el ámbito convencional. Se trata del campo de los Precontratos. En este ámbito, cabe distinguir:

V.1 La promesa unilateral de contratar (art. 995), que es la convención por la cual un individuo —el promitente— se compromete respecto de otro que la acepta —el beneficiario— a concluir un contrato cuyas condiciones están o serán en el futuro determinadas. De este modo el beneficiario obtiene una opción de contratar en ciertas condiciones que puede o no utilizar. Se trata de un contrato unilateral que supera a una oferta contractual, en cuanto sienta un ligamen más fuerte que ésta. La oferta constituye una manifestación unilateral de la voluntad, en tanto la promesa constituye un contrato unilateral, empero acuerdo de voluntades al fin, por ello que no está alcanzado por las vicisitudes de la oferta (caducidad, retractación, etc.).

V.2 La promesa sinalagmática de contraer (art. 994), resulta cuando dos personas acuerdan realizar en el presente determinado contrato, pero que aún, no han perfeccionado; la razón más habitual está dada por el incumplimiento de la formalidad, que se realizará en el futuro (25). Estas promesas en el CCCN tienen un plazo de vigencia acotado a un año aunque el mismo es prorrogable al vencimiento. La promesa bilateral suele confundirse con el contrato preparatorio. Si bien hay divergencias doctrinarias respecto de considerar a la promesa bilateral como contrato definitivo, en tanto éste cuenta con todos los elementos esenciales se convierte en un contrato preliminar porque contiene todas las cláusulas del contrato definitivo; es en sí mismo un contrato aun cuando pueda faltarle algún requisito de forma, impuesta por las partes o por la ley.

V.3 El contrato preliminar en cambio es un contrato que obliga a celebrar el contrato futuro; es un verdadero contrato en el que ya existe acuerdo.

VI. La cuestión de la responsabilidad precontractual

Al considerarse los deberes precontractuales debe reconocerse que el bien jurídico protegido no es la libertad de comercio, sino la confianza —la seria expectativa de que el contrato se concrete—. La ilicitud surge de la lesión a una expectativa jurídica fundada que se ha creado en la otra parte.

Ha sido discutido el factor de atribución de la responsabilidad. La tendencia de los principios de armonización se orienta a interpretar que la libertad de contratar sólo puede generar responsabilidad cuando hay mala fe y ésta requiere culpabilidad definida como la ausencia de intención de llegar al acuerdo o la negligente creación de una expectativa de confianza en la otra parte. Es el criterio de Unidroit (ver Principios, 2.15) y este criterio no será una novedad en nuestro derecho pues ya la jurisprudencia lo ha recogido en alguna oportunidad (26).

La tendencia de los distintos ordenamientos —tanto de fuente continental europea como anglosajona— exteriorizada en más de un siglo se ha orientado claramente hacia la consagración de una responsabilidad precontractual o in contrahendo; esta responsabilidad resulta cuando se frustran de un modo inadecuado las negociaciones previas camino al contrato (27).

El sistema de responsabilidad precontractual se sustenta en el presupuesto de la existencia de la libertad de contratar o no hacerlo (28).

Para Rivera (29) la relación precontractual se inspira en la libertad de contratar o no y si bien reconoce la necesidad de respetar un comportamiento correcto y leal, siguiendo las pautas del art. 991, le da prioridad al principio general sentado por el art. 990, a mi juicio relativizando en alguna medida la necesidad de priorizar la conducta que manda no frustrar injustificadamente la negociación.

Rivera reconoce que la necesidad de entrelazar la libertad de contratar con el deber de actuar de buena fe ya había sido reconocida por la doctrina y jurisprudencia argentinas, de donde, aun antes de que el contrato llegue a celebrarse, "el imperio del principio supremo de la buena fe penetra para siempre en el campo de la relación obligacional inyectándole notas de respeto hacia los intereses de la contraparte que se traducen en la necesidad de conducir el obrar de cada uno de un modo funcionalmente valioso tipificado por los deberes de corrección" (30). Sin embargo, el distinguido autor, reconociendo que el CCCN establece en el art. 991 que la parte no debe frustrar injustificadamente las negociaciones, critica la expresión utilizada pues ello indicaría que quien se ha retirado de

las negociaciones debería dar un motivo o justificación de su conducta, lo cual para dicho autor aparece contradictorio con lo expuesto en el art. 990 que establece la libertad para abandonarlas en cualquier momento; así concluye que en la armonización del art. 991 con el art. 990 debería prevalecer el principio del art. 990: "las partes no están obligadas a contratar y pueden abandonar las negociaciones sin responsabilidad" (31).

No participamos de la opinión del distinguido autor. El CCCN ha dado al valor de "la buena fe" un rol protagónico destacando el valor ético de la conducta en la interpretación de los actos. Por lo tanto, si bien las partes son libres de contratar o no esa libertad se encuentra condicionada por un actuar que en modo alguno puede implicar la violación al principio de buena fe. Rivera sólo abre la posibilidad de discutir el apartamiento de la negociación cuando se produzca un ejercicio abusivo de la libertad de contratar o no, pero a mi juicio ello implica disminuir la trascendencia de la ética debida en la negociación. El mismo autor señala como la doctrina y jurisprudencia ha ido perfilando típicos casos que derivan en la asunción de responsabilidad precontractual citando el caso más claro como es el de las negociaciones iniciadas con el específico propósito de romperlas o jamás llegar a su fin como ejemplifican los Principios de Unidroit, incluyendo aquellas negociaciones que se continúan, aun estando decidido a romperlas. Así, los Principios Unidroit dicen: "En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo" [art. 2.1.15 (iii)]. En el Comentario 2 a este precepto, se agregan otros ejemplos, como aquellos "en que una parte, ya sea deliberadamente o por negligencia, ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando realmente los hechos o absteniéndose de revelar". Pero, como el mismo autor reconoce, parte de la doctrina y fallos también incluye los supuestos de ruptura abrupta o intempestiva de las negociaciones como un supuesto de violación del principio de buena fe.

Leiva Fernández (32) va más allá y opina que la responsabilidad precontractual requiere una conducta correcta no sólo al que eligió libremente contratar, sino incluso al que se ve en la obligación de hacerlo, o en la necesidad de hacerlo con determinada persona. Así el aludido autor sostiene que hay varios casos en los que puede concurrir responsabilidad precontractual y en los que tal libertad de contratar o no hacerlo no existe o está disminuida. Al respecto ejemplifica con los casos de venta forzosa del art. 1324 Cód. Civ, con el contrato de depósito necesario y con el seguro obligatorio previsto en el art. 67 del Reglamento Nacional de Tránsito (Dec. 2254/92). Concluye Leiva Fernández diciendo que vincular el tema de la responsabilidad precontractual con el de la libertad de contratar o no contratar llevaría a liberar de las consecuencias del incumplimiento de sus deberes precontractuales al negociante de un contrato futuro en la medida en que haya visto restringida su capacidad negocial. Si fuese así, se vería seriamente disminuida la responsabilidad del aceptante de un contrato predispuesto, lo que a criterio de dicho autor, que compartimos, resultaría improcedente. Por ello, coincidimos con el autor antes citado que tal conclusión se aplica tanto a los contratos de contenido forzoso como a los contratos impuestos en los que es obligatorio contratar, en los que aun así, no es obligatorio hacerlo con determinada persona.

Criticamos el hecho de que el CCCN, si bien aporta seguridad jurídica al regular las tratativas contractuales de un modo genérico abordando las cuestiones fundamentales, peca por no considerar las consecuencias de la antijuridicidad derivada de la ruptura intempestiva de las tratativas.

Como anticipamos párrafos arriba, la doctrina de la responsabilidad precontractual también ha sido identificada con la llamada "culpa in contrahendo", originada en Alemania a fines del siglo XIX. Su mentor fue Ihering, quien habló de la responsabilidad por no emplear la diligencia debida. Pero esa doctrina partía de las consecuencias de la existencia de un contrato que luego es declarado nulo. La posición de Ihering se fundaba en fuentes romanísticas en donde era posible encontrar casos en los que a pesar de la nulidad del contrato se concedía a la otra parte una reparación con fundamento en una acción contractual (33). La doctrina alemana y la jurisprudencia admitieron la existencia de culpa en la conclusión de un contrato, aun en los casos en que éste fuera válido si en la celebración del mismo una de las partes había incumplido especiales deberes de conducta, que son básicamente deberes de información del objeto, incluyendo deberes de protección o guarda. Esta posición sigue la postura de encontrar los fundamentos del deber de reparar en el carácter contractual de la responsabilidad. En la actualidad, al decir de Clara Asúa (autora española) la culpa in contrahendo es una institución aceptada en Alemania como costumbre jurídica y en función de ella se hace responsable a quien en la fase precontractual realiza un comportamiento lesivo y contrario a la buena fe (34).

Pero otra doctrina precisó que no se trata del caso del contrato nulo, sino lisa y llanamente de la inexistencia de contrato y de las consecuencias de un acto ilícito como derivación de la aplicación de la máxima "neminem leadere". En función de este razonamiento, que compartimos, se han esbozado teorías que fundan la responsabilidad en la doctrina del abuso del derecho o en el quebrantamiento de la confianza o directamente fundado en el principio general de buena fe, derivado del hecho de entrar en contacto y de relacionarse, asumiendo el deber de comportarse de buena fe que imponen deberes específicos de información, de protección o guarda y de lealtad (35).

Dado el énfasis que el CCCN pone en el deber de buena fe y la protección de la confianza, sumado al hecho que el CCCN deroga la distinción de responsabilidad contractual de la extracontractual, pareciera ser que éste es el fundamento que mejor encuadra en el que será ahora nuestro derecho positivo.

La conclusión antedicha ya había sido anticipada por Llambías (36) quien decía "Por tanto, quien en el curso de una negociación y cuando ésta ha avanzado suficientemente como para despertar en la otra parte una legítima expectativa acerca de su culminación, la rompe intempestivamente sin motivo justificado, incurre en este tipo de culpa y debe responder por los daños consiguientes". El eminente profesor de derecho civil consideraba que en ese comportamiento hay un "abuso de la libertad de no contratar", que es una especie del género abuso del derecho pues aun antes del contrato los negociadores si bien no están todavía ligados entre sí y pueden poner término a las tratativas libremente, deben actuar con lealtad y buena fe (37).

En efecto, las tratativas precontractuales no conducen necesariamente a la celebración del contrato, pero si se quiebran, deben concluir de buena fe. Si no sucede así debe resarcirse el costo de los gastos efectuados, trabajos, estudios realizados, etc. durante la negociación frustrada (38). Esta conclusión quedó confirmada en el derecho positivo con el art. 991 que consagra ese deber de buena fe en esta etapa negocial.

Cualquiera fuere la postura que se sustente sobre la naturaleza de la responsabilidad, al igual que sobre la extensión del daño resarcible, ninguna duda cabe que la legitimación directa para hacerla efectiva pertenece sólo a la contraparte de las tratativas frustradas y no a terceros respecto del autor del desistimiento tildado intempestivo y arbitrario.

Los elementos de la responsabilidad precontractual parten de la antijuridicidad, imputación y voluntariedad, los factores de atribución y el daño resarcible. Llambías realiza una ajustada síntesis de lo expuesto cuando, sin distinguir la culpa "in contrahendo" de la "precontractual" a las cuales las asimila, sostiene que la responsabilidad resulta de encontrarnos en presencia de 1º) un hecho reprobado por la ley, en cuanto ésta veda todo acto culpable dañoso (arg. Art. 1109 Cod. Civ.), 2º) un daño sufrido por alguien que busca su reparación; 3º) una relación de causalidad material entre el hecho y el daño; 4º) una relación de causalidad moral entre el agente y el hecho obrado o imputabilidad de primer grado (voluntariedad de obrar) y de segundo grado (culpa en el obrar) (39). Tales reglas siguen válidas en el CCCN.

El principio general que gobierna esta materia, ya existente implícitamente en el Cód. Civil y ahora en forma expresa en el CCCN es que todos debemos no dañar al otro. La violación de tal deber (asimilado al supuesto de incumplimiento de una obligación) da lugar a la reparación del daño causado (art. 1716). Sobre ello la doctrina y jurisprudencia mayoritaria tiene sentado el principio que sólo corresponde indemnizar el interés negativo que se resume en los gastos ocasionados en tratativas que devienen inútiles.

Esta posición sigue la doctrina tradicional que distingue el "interés positivo" o "interés de cumplimiento" o "interés de la ejecución de un contrato" del "interés negativo" o por la frustración del contrato y es llamado también el "interés de confianza" (40). Esta es la posición a la que adhiere Rivera. Sin embargo, en adición a los gastos incurridos en la negociación, ya Lorenzetti durante la vigencia del Cód. Civil apuntó a una extensión de la responsabilidad incluyendo en los rubros indemnizatorios no sólo los costos sino también las ganancias perdidas por desaprovechar otras oportunidades de concertar el contrato frustrado por la intempestiva decisión de la contraparte de terminar la negociación. Este fue el criterio propuesto por el Proyecto de 1998 que en su art. 1600, inc. C) dice: "El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto".

Si bien el CCCN siguió prácticamente a la letra el Proyecto de 1998, lamentablemente desaprovechó este antecedente no obstante haberse inspirado tan fuertemente en dicha fuente de referencia. Pareciera que el legislador, ante la discusión planteada tanto en España como en Italia en torno a la extensión de la responsabilidad se inclinó por dejar la solución abierta a la dilucidación de la cuestión sobre una base casuística.

Para Diez-Picazo (41) el lucro cesante o las ventajas que la parte perjudicada hubiera podido obtener por haber perdido otro negocio, que reconoce que ha sido admitido por la jurisprudencia italiana, no puede ser materia de resarcimiento. Para así concluir parte de sostener que en los casos de ruptura de negociaciones, la existencia de una ocasión más provechosa es un motivo justo de retirada y si la parte no lo aprovechó sólo a ella le es imputable. Sin embargo admite tal posibilidad cuando se reclame responsabilidad precontractual por nulidad del contrato donde la parte que ha violado los deberes de buena fe en su opinión se encuentra obligada al resarcimiento de la pérdida de la ocasión más ventajosa para quien concluyó el contrato fundado en la confianza de la validez del mismo. En nuestra opinión, en ese caso no se da una responsabilidad precontractual sino derivada de la frustración del contrato y al interés real y cierto en pretender exigir el cumplimiento del contrato que la parte perjudicada entendió haber celebrado y cuya expectativa quedó trunca al declararse el contrato nulo. En otras palabras, no estaríamos en el campo de lo precontractual sino en un supuesto de responsabilidad que justifica una reparación integral por haberse violado el principio de no dañar y donde el elemento doloso juega un rol trascendente.

En mi opinión, aunque no sin esfuerzo de análisis, puede llegarse a una conclusión similar al criterio sustentado por el Proyecto de 1998 y, como vimos, también compartido por parte de la doctrina moderna. Las cuestiones que entonces se plantean es determinar cuál es el lucro cesante a indemnizar y en tal caso el período del mismo. Adelanto la conclusión: no se trata de reparar el lucro cesante por no haber celebrado el contrato sino del lucro perdido ante la frustración de la posibilidad de haber celebrado un contrato con un tercero antes de la ruptura; es la contraprestación que merece el cumplidor por haber respetado el compromiso de mantenerse en las tratativas.

Tal pérdida tendría como límite el período entre el comienzo de las tratativas y el cese intempestivo —sin causa justa— de la negociación. A veces el plazo es laxo porque la parte que abandona la negociación directamente "desaparece" sin que la contraparte sepa a ciencia cierta si está aún o no en el proceso de negociación. Eso configura un agravante en la determinación del nexo causal y las consecuencias de la antijuridicidad, porque en suma, la regulación de las tratativas tiende a sentar la importancia de comportarse de buena fe y respetando los principios básicos que gobiernan no sólo la ejecución del contrato sino también su negociación. En la determinación de la extensión de la responsabilidad es importante destacar que durante las tratativas no hay contrato, y de ahí resulta que, al no existir un contrato, es imposible reclamar su cumplimiento, porque la confianza en la posibilidad de celebrar un contrato no garantiza el cumplimiento del contrato y por ello el interés de cumplimiento no puede ser reclamado (42). Tal premisa fue tenida en cuenta por la doctrina que sugirió la incorporación de este nuevo factor determinante de la responsabilidad por la ruptura de la etapa precontractual.

Así encuadrado el tema, el bien jurídico protegido es la negociación (43) y de ahí que, en principio, sólo cabe resarcir los gastos incurridos en tal proceso y sólo las ganancias perdidas por haber rechazado otras ofertas durante el período que las partes se entendían negociando y por lo tanto tenían la legítima confianza en que la tratativa se concretaría en un contrato.

Rivera reconoce que todos los proyectos de reformas al Código Civil, incluso el Proyecto de 1998, limitan la responsabilidad de quien ha frustrado el contrato a la indemnización del daño al interés negativo, o sea limitando la reparación a los gastos causados en la negociación aunque parece aceptar que se incluya el daño emergente o el lucro cesante derivados del impedimento para celebrar otro contrato sustitutivo o el rechazo de otra oferta. A tal fin interpreta que como el CCCN no contiene una previsión semejante, acepta que no existan límites y por lo tanto pareciera participar de la posición en virtud de la cual la reparación incluiría todos los daños que tengan una adecuada relación de causalidad con la conducta antijurídica, por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil.

La clasificación del daño al interés positivo y el daño al interés negativo es una clasificación de importancia

pero no muy profundizada por la jurisprudencia, probablemente por cuanto ella no está explícitamente consignada en el Código Civil lo que, al decir de Llambías "no ha de extrañar porque su elaboración científica es posterior a la sanción de aquél" concluyendo que "la clave de la clasificación consiste en la virtualidad jurídica del título en que se apoya la pretensión resarcitoria del demandante" (44).

Al daño al interés positivo se lo llama daño al "interés de cumplimiento". Y la obligación de cumplir sólo nace a partir del contrato celebrado. En ese supuesto el acreedor tenía en su crédito un título válido y eficaz, que constituía una causa legítima de las ventajas esperadas y por lo tanto si el deudor no cumple la obligación ha de responder por la frustración de los beneficios con que contaba el acreedor y que se fundaban en la virtualidad de su título. Por ello, en este supuesto no sólo cabe compensar el daño o gastos sufridos sino también las expectativas de ganancias que habría de incrementar el patrimonio del acreedor si la obligación se hubiera cumplido. Se ha dicho así que al considerarse la compensación del interés positivo se mira "hacia el porvenir" tomando en cuenta las ventajas esperadas del cumplimiento de la obligación contraída por contrato.

En cambio en el daño al interés negativo se ha dicho que se ha afectado el "interés de confianza" (de celebrar el contrato) (45) porque la obligación no concretada queda sin causa y por ello carente de la virtualidad que le era propia pues no se producirán los efectos de las obligaciones y consiguientemente no podrá el acreedor emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado (art. 505, inc. 3º, Cod. Civ.) ni obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes a las que le da derecho el antes referido artículo del Cod. Civil. De tal modo el "interés negativo" consiste en el resarcimiento de los daños y perjuicios que no habría sufrido si no se hubiese constituido la obligación pues si el acreedor no es culpable de la ineficacia del acto originario (el contrato esperado celebrar) no es justo que sufra las derivaciones de esa circunstancia. Así, al compensarse el interés negativo, se mira el pasado tratando de restablecer el "statu quo" patrimonial anterior a la constitución de la obligación que no se ha podido concretar por no haberse celebrado el acto jurídico que se venía negociando con razonables expectativas de celebrarse.

Por ello los posibles daños que pueden representar el interés negativo del acreedor son los gastos que efectuó con motivo de la esperada prestación de haberse celebrado el contrato (vgr. el alquiler de un galpón para instalar la máquina que se esperaba comprar, los gastos de traslado para ver y analizar la cosa a adquirir). A ellos Llambías le agrega la "pérdida de chances" relacionadas con otras operaciones que muy probablemente se hubieran realizado si no hubiese promediado el contrato malogrado. En función de lo dicho, en este caso no es procedente el resarcimiento del daño moral, ya que éste, requiere una mayor solidez probatoria que en la responsabilidad contractual. Por esta razón no cabe hablar de la posibilidad de resarcir el daño moral en virtud de esta responsabilidad. A pesar de esta flexibilidad en el criterio resarcitorio siempre se requiere probar una causalidad adecuada. Lorenzetti citaba a los arts. 901 a 906 del Cód. Civil como relevantes a tal fin. Tales normas encuentran sus equivalentes, aunque a mi juicio con mejor exposición en el CCCN, en los arts. 1722 a 1727, encontrándose la norma fundamental en el art. 1726 que indica que "son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño" agregando en el art. 1740 el principio general de que "La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso" pero tal regla general encuentra una reflexión limitativa en el art. 1742 que autoriza al juez, al fijar la indemnización, tener en cuenta las circunstancias del hecho dañoso.

El CCCN rompe la tradicional distinción de responsabilidad contractual y extracontractual pero incorpora principios que merecen un análisis detenido. En primer lugar es coherente con lo que se ha venido diciendo sobre los deberes de conducta de las partes en las tratativas en el sentido que éstas deben ser llevadas adelante de buena fe pero si alguna de ellas en el curso de las negociaciones advirtiera circunstancias que la inducirían a interrumpir la negociación debe tener presente el art. 1710 que sienta el deber de prevenir el daño de modo que en lo que de ella dependa, deberá actuar de modo de evitar causar un daño no justificado y adoptando de buena fe las medidas razonables para evitar que tal daño se produzca. Reconoce Lorenzetti que en el campo de la negociación cabe "la astucia negocial" pero ello no autoriza a dañar a otro porque hay normas que prevalecen sobre tal facultad de actuar en una negociación como es el deber genérico de no dañar sentado por el art. 1716.

Así cabe recurrir al 1717 que establece que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. De tal modo que si la interrupción de las tratativas no tiene justa causa cabe valorar la

conducta conforme los parámetros del 1725 que impone que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes pero así y todo el art. 1726 recuerda que son sólo reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño y que sólo se indemnizan las consecuencias inmediatas (en el caso, los gastos incurridos u ocasionados) y las mediatas previsibles (en el caso, la pérdida de la oportunidad de cerrar negocios con terceros en función de, por ejemplo, la prohibición de contratar con otros mientras subsistieran las negociaciones).

El CCCN sigue la tradición del Cód. Civil y califica —en el art. 1727— a las consecuencias inmediatas como las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y cuando las consecuencias resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto se llaman mediatas.

Para los contratos, el art. 1728 enseña que sólo se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto, o sea, no por las consecuencias casuales y que, como excepción, sólo pueden contemplarse cuando hay dolo. En estos casos siguen vigentes las reglas generales en materia de prueba del daño, de los factores de atribución así como las de las circunstancias eximentes. Sin embargo, ya la jurisprudencia ha venido aplicando cada vez con más asiduidad el principio de la "carga dinámica de la prueba" que es recogida en forma expresa por el CCCN en el art. 1735 en virtud del cual "el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de la situación para aportarla comunicando a las partes, durante el proceso, que aplicará ese criterio de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan su defensa".

Como se ve, el régimen de reparación de daños es suficientemente complejo como para imputar al legislador una importante falla al no haber sido más explícito en esta cuestión al regular las tratativas previas. Esa omisión da pie a un razonable margen de duda para determinar el límite de la responsabilidad. De ahí que es importante recordar que no pueden ser iguales las consecuencias de violar los deberes resultantes del contrato del que se derive de un acto que lo frustre, y en función de ellos, considero que la jurisprudencia habrá de mantener el criterio que sostuvo la doctrina originalmente, esto es, que en el caso de ruptura de tratativas corresponderá resarcir el gasto incurrido y, ante la nueva normativa, que lleva al criterio legal del deber de reparación plena del daño sufrido en función de las circunstancias, será coherente adoptar la solución propuesta por la moderna doctrina de abrir la posibilidad de incluir en la indemnización una compensación por la pérdida de las oportunidades de cerrar contratos con un tercero, todo en función del principio que impone llevar al damnificado a la situación en la que estaba antes de sufrir las consecuencias del hecho dañoso.

(*) El presente fue elaborado sobre la base de las notas preparadas por el autor, con la colaboración de los auxiliares docentes Natalia Girolimini, Liuba Lencova y Mariano del Olmo para el dictado de la Materia: Formas Modernas de Contratación - Departamento de Derecho Empresarial - Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

(1) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. "Responsabilidad Precontractual Aportes para su Estudio", LL, T. 1988-D, Secc. Doctr. P. 1229 y ss. Este autor sostiene que la tratativa precontractual comprende tanto los meros actos lícitos tal como adecuar físicamente la cosa objeto del contrato futuro cuanto los actos jurídicos como el comprar la cosa que se habrá de revender en el contrato que se negocia. Asimismo, las negociaciones previas comprenden tanto las comunicaciones entre las futuras partes en las que se acercan posiciones negociales o intercambian información. En esa etapa se trata de un "contacto social", no una relación jurídica. Estas tratativas existen desde antes de la formulación de la oferta y se prolongan hasta la celebración del contrato.

(2) RIVERA, J. - MEDINA, G. (Dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". t. III, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 472.

(3) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. "La Responsabilidad Postcontractual", LL suplemento diario del 19/7/02.

(4) Comparar el criterio que trae el Código Civil en su artículo 1140 respecto de la clasificación que trae el CCCN en sus arts. 966-970 en donde se suprime la distinción que trae el Código Civil.

(5) El CCCN ha recibido una fuerte influencia del Proyecto de Código Unificado de 1998 en general, sobre todo en las materias reguladas por el Libro Tercero y por ello no sorprende que en el Libro Tercero, Título II, Contratos en General, se haya previsto en la Sección 3ª. las Tratativas Contractuales.

(6) DÍEZ-PICAZO, L. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Vol. I., Introducción. Teoría del Contrato, Pamplona, 6ª edición, Pamplona, reimpresión 2011, p. 311. El Art. 1065 CCCN recoge este principio.

(7) RIVERA, J. - MEDINA, G. (Dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". t. III, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 472-473.

(8) Los Principios de UNIDROIT prevén expresamente esta hipótesis al afirmar que "en especial se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo". Leiva Fernández, incluye en esta categoría también al caso de prolongación innecesaria o injustificada de las tratativas (ob. Cit. En nota 5).

(9) Código Civil de la República Argentina Explicado. Directores de la obra Compagnucci de Caso, Ferrer, Kemelmajer de Carlucci, Kiper, Lorenzetti, Medina, Méndez Costa, Mosset Iturraspe, Piedecasas, Rivera, Trigo Represas, ed. Rubinzal Culzoni, 2011, t. V, p. 748.

(10) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. I, ed. Perrot, Bs. As., 1973, pp. 226 cita entre nuestra doctrina a Spota, Lafaille y Colmo como partícipes de tal postura siguiendo la postura de Faggella, en Italia y de Saleilles en Francia (ver nota 100 en la página antes citada).

(11) BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 79, núms. 155 y sigts., 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980; v. también MOSSET ITURRASPE, "Contratos", ps. 357 y sigts., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978, quien con cita de Brebbia, afirmaba que es la opinión predominante en la doctrina nacional: op. cit. p. 359, nota 81.

(12) Conf. LLAMBÍAS, "Tratado...", "Obligaciones", t. I, p. 222, núm. 179, 3ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978; MOSSET ITURRASPE, "Justicia Contractual", p. 85, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1977

(13) CN Civ., Sala E 16-9-82 en SANCHEZ SORONDO, MATIAS C/ PEREYRA IRAOLA, Diego, LL 1983-A, 127 con nota de Alberto G. Spota

(14) Para el CCCN el principio de buena fe encabeza y funda el ejercicio de los derechos (ver Cap. 3, Art. 9). DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos...", enumera cuatro deberes: a) el de negociar de buena fe; b) el de suministrar determinadas informaciones; c) el deber de protección; y d) el deber de confidencialidad, p. 311

(15) Deber destacado por BREBBIA, ROBERTO H. "Responsabilidad precontractual", p. 51, ed. Víctor P. De Zavalía, Rosario, 1957.

(16) DIEZ-PICASO, LUIS "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", t. I, 6ª. ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2007, agrega que la cuestión de la información plantea criterios valorativos y de arbitrariedad y debe arrancar de dos premisas claras. La primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información y citando a GOMEZ CALLE, Esther. "Los deberes precontractuales de información", Ed. La Ley, Madrid, 1994, aclara que a ese deber se le denomina el "deber de autoinformarse". La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular. p.312.

(17) Leiva Fernández, L. cita en esta cuestión a STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, "Responsabilidad precontractual", p. 87 y 88, Ed. Abeledo-Perrot, 1992. Leiva Fernández refiere al art. 7 del Código Europeo de los contratos que trata específicamente a este deber que se impone a ambas partes para asistirlos a evaluar la conveniencia y validez de su celebración y el interés en hacerlo.

(18) GOMEZ CALLE, E. (cit. por Diez-Picazo, L. "Fundamentos...", p. 313).

(19) Ver DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos...", p. 314.

(20) La regla liminar surge fundamentada y recogida en forma expresa en el art. 9 del CCCN.

(21) Dos obras de necesaria consulta son la de BREBBIA, Roberto H. "Responsabilidad precontractual", La Rocca, Buenos Aires, 1987. STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. "Responsabilidad precontractual", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

(22) Ver Art. 982 y sus comentarios.

(23) LORENZETTI, R. L., "Tratado...", p. 300

(24) Es el caso de los Principios de Unidroit (art. 2.14) que establece que cuando las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato la falta de acuerdo sobre alguna cláusula no obsta a su celebración a menos que haya sido establecido lo contrario (2.13) y la integración del contrato se produce mediante algún modo razonable de determinarla teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes (2.14 [2] [b]) y corresponde adoptar la disposición "que resulte más adecuada a las circunstancias" considerando la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y los usos.

(25) Terre Simler Lequette, ob. cit. N° 183, pág. 148 u ss., cit. por Santarelli, Fulvio C., "El perfeccionamiento del contrato ...", LL, 19/4/05.

(26) Ver por ejemplo el fallo de la CN Civ., Sala E 16-9-82 en "Sánchez Sorondo, Matias c/ Pereyra Iraola, Diego", LL 1983-A, 127 con nota de Alberto G. Spota, en donde el tribunal asignó responsabilidad fundando su conclusión en el ejercicio abusivo de la libertad de no contratar, hoy consagrado en forma expresa en nuestro derecho positivo en el Art. 990 CCCN.

(27) MOSSET ITURRASPE, Jorge "El ámbito de la responsabilidad...", p. 202 destaca que el debate sobre la extensión del período perdura; si esa responsabilidad puede surgir desde las primeras tratativas o sólo desde un momento posterior, cuando ellas se encuentran avanzadas, como ocurre a partir de la oferta. En este último

sentido se expresan los MAZEAUD en su Tratado. T. 1-I, pág. 165.

(28) MESSINEO, Francesco, "Doctrina General del Contrato", t. I, p. 19, Ed. Ejea, Bs. As., 1986 recalca que la libertad de contratar comprende la de estipular o no estipular.

(29) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. III, ps. 473/476.

(30) RIVERA, J. C., ob. cit, T. III, p. 473

(31) RIVERA, J. C., ob. cit, T. III, p. 473

(32) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. "Responsabilidad Precontractual Aportes para su Estudio", La Ley, t. 1988-D, Secc. Doctr. P. 1229 y ss.

(33) Ver para un rápido análisis evolutivo de la cuestión Díez-Picazo, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", T. I, 6ⁿ Reuters, p. 316/317.

(34) Ver citas de Díez-Picazo, Luis, ob. cit., p. 317.

(35) DÍEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., p. 317/318.

(36) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. I, Ed. Perrot, Bs. As., 1973, p. 224/225.

(37) LLAMBÍAS, J. J. "Tratado...", p. 225.

(38) En contra (posición aislada en doctrina) Waisman, Agustín, "Repensando la responsabilidad precontractual", ED, 15/12/2003 sostiene que además de los gastos debería compensarse las expectativas razonables, que no se limita al interés negativo.

(39) LLAMBÍAS, J. J. "Tratado...", p. 227/228.

(40) DÍEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., p. 325.

(41) DÍEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., p. 325.

(42) LORENZETTI, RL, "Tratado...", p. 344.

(43) LORENZETTI, RL, "Tratado...", p. 343.

(44) LLAMBÍAS, J. J. "Tratado...", p. 296.

(45) Concepto tomado de Enneccerus y Lehmann, "Tratado de las obligaciones", Barcelona, 1934, vol. 1, párr. 10, p. 234 citados por Llambías, J.J. en su "Tratado...", nota 22, p. 297.