

Comisión n° 4, Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

LAS TRATATIVAS PRELIMINARES Y LA CUANTIFICACION DEL DAÑO CAUSADO POR SU RUPTURA INJUSTIFICADA

Autores: Ricardo Sebastián Danuzzo, Carlos Silvero Fernández y Héctor Escalante*

Resumen:

Este trabajo ha abordado la temática de las tratativas preliminares, caracterizándolas, indagando sobre su naturaleza jurídica y antecedentes en derecho nacional, realizando una explicación de los alcances de la nueva normativa y emitiendo conclusiones respecto de la cuantificación del daño generado por la ruptura de las mismas.

1. Introducción.

En los "pequeños contratos", como los que habitualmente se celebran para cubrir las necesidades cotidianas, no suele haber entre las partes tratativas previas; pero, cuando ya la complejidad del negocio o su incidencia en el patrimonio de las personas lo requieren, los negociantes diligentes suelen establecer tratativas previas a la celebración, que les permiten barruntar si el negocio jurídico que consideran realizar puede ser idóneo para satisfacer la utilidad que persiguen, evaluando su conveniencia con la libertad de decidir, de buena fe, concretarlo o no hacerlo.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula las "tratativas contractuales" en los artículos 990 a 993, ambos inclusive (Libro Tercero, de los Derechos Personales; Título II, de los Contratos en General; Capítulo 3, Formación del Consentimiento; Sección 3).

La importancia de las tratativas previas a la formación del contrato radica en deducir, si las mismas, son capaces de producir consecuencias jurídicas en algún momento de su existencia.

Para adentrarnos en el tema diremos que en nuestro derecho, en materia de contratación, contamos con un principio general, el cual, tiene su excepción. Dicho principio es, ni más ni menos, el "derecho a no contratar" o dicho de otro modo el "derecho a frustrar o romper las tratativas precontractuales", en cuanto lógica y obvia derivación de aquél. La ruptura de las negociaciones es, para quien se encuentra negociando, un derecho (derecho a no contratar y manifestación de la libertad o autonomía contractual).

* Doctor Ricardo Sebastián Danuzzo. Profesor Titular por concurso de la Cátedra Derecho Civil III Contratos cátedra “B” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E. Abogado Carlos Silvero Fernández. Profesor Adjunto por concurso de la Cátedra Derecho Civil III Contratos cátedra “B” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E. Abogado Héctor Escalante. Profesor Adscripto de la Cátedra Derecho Civil III Contratos cátedra “B” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E.

Ahora bien, dado que ese derecho no es absoluto y su ejercicio no debe ser abusivo, se configura la excepción a la regla. En efecto, cuando el "derecho a romper las tratativas precontractuales" o "derecho a frustrar la negociación" es ejercido de modo abusivo, abrupto, injustificado e intempestivamente y con ello se ocasiona un daño, allí aparece en escena la excepción a la regla: responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas previas.

2. Concepto.

Las tratativas contractuales o precontractuales constituyen diálogos, intercambios de información y evaluaciones de factibilidad preliminares que preceden a la asunción de obligaciones contractuales y permiten a los negociantes establecer los términos del contrato que procuran celebrar.

Se encuentran asentadas sobre los principios de la libre negociación, la buena fe y la confidencialidad.

3. Caracteres.

Las tratativas contractuales presentan los siguientes rasgos distintivos:

- **No vinculante:** Las tratativas no tienen efecto vinculante, pero sí tienen la ligazón generada por la buena fe, respaldada por la función coercitiva de las consecuencias derivadas de su inobservancia. La libertad de desvinculación de las negociaciones prevalece sobre la de obligarse, pero acompañada de la obligación de indemnizar a la otra parte por la confianza generada
- **Genera responsabilidad:** se establece en el artículo 991 del CCCN "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". Tal responsabilidad se verifica, como una consecuencia de la buena fe comercial que debe orientar las tratativas, cuando la conducta de una de las partes genera expectativas que luego se ven frustradas por un apartamiento intempestivo, violento, abrupto.
- **Avanzada:** Este carácter habrá de ser analizado en cuanto a la importancia que reviste para determinar cuándo el incumplimiento de una tratativa es susceptible de generar responsabilidad. Dicha calificación de avanzada, no responde a una noción temporal de la negociación, aunque ese término nos haga pensar así. No tiene que ver con el mayor o menor lapso de tiempo transcurrido desde su inicio. Tampoco con la complejidad de la negociación en sí misma. Las tratativas serán avanzadas en la medida en que hubieren generado esa confianza o expectativa en el perfeccionamiento del contrato. Si no se configuró confianza o expectativa, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el inicio de tratativas, no hay tratativas preliminar susceptible de generar responsabilidad precontractual. No hay, sencillamente, tratativas avanzadas. Desde luego, aquella confianza no se reduce a una mera especulación o creencia del conegociador sino que responde a actitudes y conductas concretas por parte de quien ha interrumpido el curso de las negociaciones. Por tal razón, quien alegue la responsabilidad no debe probar esa confianza o expectativa (lo cual, por cierto, sería

harto dificultoso por tratarse de un dato subjetivo) sino más bien, las conductas del co-negociador que han inducido de manera cierta y clara a generarlas.

La confianza es el bien jurídico tutelado. Esa confianza presenta como contrapartida una serie de obligaciones en la otra parte, básicamente, se trata de los deberes de informar y guardar secreto, de diligencia y previsión, de cooperación, de reserva y custodia

- **Buena fe:** La buena fe es un principio general del Nuevo Código tanto en la etapa gestacional como en la funcional, con amplia proyección, pues establece que los términos establecidos por las partes en un contrato obligan no sólo a lo que formalmente está en él expresado, sino a todas las consecuencias que pueden considerarse comprendidas.

La buena fe podría ser considerada un carácter de las tratativas, en cuanto ellas deben ser llevadas a cabo teniendo en cuenta y respetando siempre este deber o principio. Caso contrario, se ha dicho, su inobservancia genera responsabilidad, en este ámbito, la precontractual.

4. Novedades.

Las novedades que encontramos en el Código Civil y Comercial que entra en vigencia en el mes de agosto del año 2015 son de suma y verdadera importancia ya que trae regulado en su cuerpo normativo a las Tratativas contractuales, a diferencia de lo que ocurría con los antiguos Códigos que nada decían respecto a ellas.

- Dispone en el art. 991 el deber de actuar de buena fe para no frustrar injustificadamente las tratativas que servirán de camino para la concreción de la oferta.

Sabido es que la buena fe es y ha sido siempre un pilar fundamental en nuestro derecho, y más aún en materia de contratación, la novedad introducida por este artículo está dada por su parte coercitiva, es decir, el incumplimiento de esta deber acarrea responsabilidad de resarcir el daño que resulte al afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

- Asimismo en el art. 993 del C.C.C.N. nos encontramos con la regulación de las cartas de intención: *“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 la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos”*.

La norma se refiere a un instrumento particular, entre los que pueden darse en una etapa de negociación previa a la concreción de un vínculo contractual, la carta de intención es una forma de documentar el avance de las negociaciones; su objeto es la negociación en sí misma y no necesariamente el contrato futuro.

Ella puede tener distintas finalidades:

- Declarativa y probatoria: registrando puntos sobre los que los negociantes arribaron a un acuerdo y otros, sobre los que se mantiene el disenso; lo que permite mantener orden y claridad sobre la marcha de las negociaciones, cuestión de especial utilidad cuando ellas con son de carácter complejo. Carecen de obligatoriedad jurídica y cumplen una función ordenatoria y probatoria.

- **Obligatoria:** cuando se adiciona una obligación de negociar, que generalmente consiste en un deber de diligencia específico de carácter procedimental o sustancial;
- **Determinadora de objetivos:** cuando las partes establecen los objetivos que procuran alcanzar en las negociaciones.
- **Determinadora de la identidad de las partes y representantes:** lo que es de gran importancia en las negociaciones de contratos complejos, en los que interviene una pluralidad de sujetos.

Entre los distintos deberes y obligaciones que suelen pautarse en estos documentos, pueden mencionarse: el deber de confidencialidad; el de lealtad; el de información, todos subsumidos en el genérico de obrar con sujeción al principio vertebral de buena fe.

Se ha decidido que la ruptura de las negociaciones impulsadas por una carta de intención puede dar lugar a responsabilidad precontractual, y son válidas las cláusulas de irresponsabilidad pactadas para el caso de que cualquiera de las partes se retire de la negociación, salvo que se trate de una relación de consumo.

5. Naturaleza Jurídica.

Podríamos decir que la naturaleza de las tratativas contractuales surge o nace de actos voluntarios lícitos, que no tienen como propósito la producción de consecuencias jurídicas, es decir, son actos sin relevancia jurídica autónoma. Nos encontramos ante negociaciones, charlas o entendimientos previos a la concreción de la oferta, mucho más de la formación del consentimiento. La importancia de ellas radica en dos aspectos relevantes:

- a) el referido a los efectos que se derivan de la frustración dañosa para una de las partes, y;
- b) el relieve que alcanzan para la interpretación del contrato luego de perfeccionado, en caso de conflicto.

El fundamento jurídico radica en su naturaleza, contractual o extracontractual. Teniendo en cuenta la jurisprudencia, en cuanto al tema, absolutamente todos los precedentes modernos de nuestro país recalcan en el régimen de la responsabilidad extracontractual al momento de tener que aplicarle reglas a la etapa precontractual.

6. La consecuencia de la ruptura de las tratativas contractuales.

En principio para que exista responsabilidad por la ruptura de ellas deben darse los siguientes presupuestos:

- a) **Una conducta antijurídica**, consistente en la violación del deber de obrar con buena fe. La antijuridicidad se identifica con la frustración de la expectativa o confianza generada en el co-negociador respecto de la celebración de un contrato. Tal como ha sido resuelto en "Mancinelli, Juan Carlos c. Siemens it Solutions and Services S.A.", quien alega la responsabilidad precontractual debe acreditar que se han "frustrado sus expectativas ciertas" de celebrar el contrato tenido en miras en la etapa precontractual.
- b) **La atribución (subjetiva)** de tal conducta a uno de los negociantes, en quien razonablemente el afectado depositó su confianza sin que mediara culpa de su parte. En el ámbito precontractual se responderá en la medida que exista una conducta culposa —

o dolosa, obviamente— y rigiendo las pautas de la responsabilidad aquiliana, la carga de la prueba debe recaer sobre el perjudicado, quien debe demostrar la culpa (o dolo) del co-negociador en la ruptura de las tratativas. La configuración de la culpabilidad asume caracteres y notas especiales en el marco de la responsabilidad precontractual. Se traduce en una suerte de falta de la debida diligencia, cuidado y previsión con los cuales debe desenvolverse quienes se encuentran en el período de las tratativas preliminares.

c) **Daño** generado por tal conducta, entendido el concepto en sentido amplio. Sin daño no hay responsabilidad alguna. La jurisprudencia reconoce, por regla general, que el daño que se debe resarcir es sólo el concerniente al interés negativo; es decir, los gastos efectuados con motivo de las negociaciones y no las ganancias dejadas de percibir que integran el interés positivo, propio del reclamo por incumplimiento contractual. La jurisprudencia ha incluido también a la pérdida de chance en la reparación e incluso el daño moral.

d) **Una relación de causalidad** adecuada entre la conducta desplegada por el agente que violó el deber de sujeción a la buena fe y los perjuicios generados a quien padeció los efectos de tal violación.

La nueva norma no contiene la limitación al daño generado en el interés negativo, como ocurría en el Proyecto de 1998, tenido en consideración por la Comisión elaboradora, lo que lleva a considerar que fue intención de sus integrantes, y del legislador, no establecer "a priori" tal limitación, aun cuando ella pueda darse naturalmente en la mayoría de los casos. Deberá, pues, procurarse la reparación plena del afectado, de toda lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737 CCCN), con un criterio indemnizatorio amplio (art. 1738 CCCN), comprensivo de las consecuencias no patrimoniales derivadas de la frustración de la confianza padecida por el afectado

Será la evaluación de la relación de causalidad la que limitará ese resarcimiento a lo que sea adecuado y razonable.

Es posible que la ruptura de las tratativas vaya acompañada de conductas que generen otros daños, como la formulación de una falsa denuncia o de afirmaciones agraviantes para su destinatario, las que habilitarán reclamos resarcitorios que pueden considerarse vinculados causalmente con lo que fueron las negociaciones pero que guardan autonomía con relación al objeto de lo considerado en este análisis.

7. Daños resarcibles por la ruptura de tratativas contractuales.

En la actualidad por consenso doctrinario el daño resarcible, cuando ocurre el supuesto de ruptura de tratativas contractuales, es el denominado daño al interés negativo. En principio nuestro Código Civil no contiene una norma expresa que lo contemple pero la doctrina y jurisprudencia brindan su aceptación.

Daño al interés negativo es aquel que se compone por todos los daños sufridos por el acreedor, a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó, que se extinguió o que resultó inválido. En otras palabras, comprende todos los daños en relación de causalidad adecuada, que ocasiona la frustración del acto en sentido amplio.

En el CCCN en su artículo 991, como ya hemos visto, se establece que el incumplimiento en el deber de obrar de buena fe genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

La nueva norma no contiene la limitación al generado en el interés negativo, como ocurría en el Proyecto de 1998, tenido en consideración por la Comisión elaboradora. Deberá procurarse la reparación plena del afectado, de toda lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737 CCCN), con un criterio indemnizatorio amplio (art. 1738 CCCN), comprensivo de las consecuencias no patrimoniales derivadas de la frustración de la confianza padecida por el afectado. Será la evaluación de la relación de causalidad la que limitará ese resarcimiento a lo que sea adecuado y razonable.

Es posible que la ruptura de las tratativas vaya acompañada de conductas que generen otros daños, como la formulación de una falsa denuncia o de afirmaciones agraviantes para su destinatario, las que habilitarán reclamos resarcitorios que pueden considerarse vinculados causalmente con lo que fueron las negociaciones pero que guardan autonomía con relación al objeto de lo considerado en este análisis.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 1726 y 1727 del CCCN, se resarcirán los daños que resulten consecuencia inmediata o mediata previsible de la conducta lesiva.

8. Conclusiones.

Arribamos a través del presente trabajo a las siguientes conclusiones:

1º) Debemos concluir afirmando que la ruptura de tratativas tendientes a la celebración de un contrato, siempre que se actúe de mala fe o negligentemente, genera responsabilidad para su autor.

2º) Estamos ante supuestos de responsabilidad precontractual y su resarcimiento, en el esquema del Código de **Velez** debe limitarse a la reparación del daño al interés negativo, es decir, a los gastos reales efectuados con motivo de las negociaciones, debiendo descartarse las ganancias que se dejaron de obtener.

3º) El encuadre jurídico de las tratativas contractuales plasmadas hoy en el Nuevo Código Civil y Comercial, no hace más que corroborar, dejar sentada su validez, permitiéndole formar parte del derecho positivo y a su vez establecer una reparación integral de los daños sufridos por la víctima, no ya limitándose al resarcimiento del daño al interés negativo como preveía el Código de Vélez.

9. Bibliografía Consultada.

Se han consultado las siguientes obras para la realización de este trabajo:

1º) NICOLAU, Noemi, Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.º 2014-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 390.

2º) NICOLAU, Noemi, Fundamentos de Derecho contractual, La Ley, Bs.As., 2009, t. I, p. 212.

3º) APARICIO, Juan Manuel, Contratos/1, Hammurabi, Bs.As., 1997, pag. 343.

4º) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, Edición actualizada, reimpresión. Rubinzal-Culzoni.

5º) LORENZETTI, Ricardo Código Civil y Comercial Unificado, Tomo V, Editorial Rubinzal Culzoni