

Comisión 4, Contratos: "Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares"

DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y LA BUENA FE PRE CONTRACTUAL

Autores: Bestani Ana Melina, Koñarik Herrera Camila Macarena, Risso Patron Yannina, Salado Iacono María Florencia y Toledo Lucia Carolina.
Zavaleta Juan Manuel.

Conducción: Federico Wayar.*

Resumen

Conforme a los argumentos esgrimidos, concluimos que la buena fe es un principio supremo que inspira la conducta de las partes tanto en la etapa de negociación - durante las tratativas preliminares-, como con posterioridad, comprendiendo la oferta y hasta el perfeccionamiento del contrato. Así, la violación al deber de buena fe y/o de los deberes consiguientes como la confidencialidad, genera una responsabilidad precontractual en la cual el factor de atribución debe ser siempre subjetivo puesto que la prueba de la culpa tendrá un rol fundamental. Celebramos la nueva regulación al deber de confidencialidad, incorporado en el art. 992CCyCU, que si bien no contiene definición de información confidencial, la pudimos definir en el presente. Asimismo destacamos que según el nuevo Código, para atribuir el deber de reparación, debe existir un factor de atribución, sea objetivo o subjetivo, según lo disponga la ley o la convención de las partes; y si nada se dice en tales fuentes, el factor de atribución es la culpa.-

1. Formación progresiva.

Es de importancia insoslayable resaltar que antes de acaecer el perfeccionamiento del consentimiento, con motivo de los contratos, existe un período previo de deliberación y de opciones; en el cual las personas evalúan distintas alternativas entre distintos objetos, según sus necesidades. Cuando se trata de contrataciones entre particulares y el objeto de tales alternativas no es de gran importancia económica, la deliberación tiene lugar

* Titular de Contratos Facultad San Pablo Tucumán.

sólo en la conciencia de las personas, o en el núcleo familiar. Distinto es cuando la contratación tiene la connotación de mega-contrato o de contratos entre empresas, donde se incrementan considerablemente las variables técnicas, haciéndose necesaria la intervención de profesionales y técnicos que suministren información relativa a las negociaciones con el objeto de reflejar la conveniencia de contratar en el futuro. Antes de continuar, resaltamos que a los fines de la ponencia, hacemos hincapié en aquellas tratativas preliminares que transcurren en un tiempo prolongado. Tal como manifiesta el Dr. Lorenzetti, no puede haber responsabilidad precontractual donde no existe negociación duradera, por lo que la buena fe y los deberes derivados de la misma tendrán importancia a los fines de determinar la responsabilidad en un transcurso amplio de tiempo. Si la negociación es instantánea y las partes concretan una relación contractual, no podrá existir responsabilidad precontractual¹. Entonces se dice que existe voluntad de contratar pero no hay acuerdo sobre los elementos esenciales particulares y necesarios para la existencia de cualquier contrato típico, natural y accidental.

2. Tratativas preliminares

La Doctrina entiende por tratativas preliminares, a toda comunicación o aproximación, que luego del contacto inicial, pueda extenderse, por un tiempo más o menos prolongado, entre quienes persiguen comerciar bienes o colaborar entre sí para obtener beneficios, intercambiando opinión o información, efectuando pruebas, consultas a terceros y cualquier otra actividad que les permita decidir sobre la conveniencia o no de celebrar un contrato² de mucha importancia, en las mega-contrataciones. Se ha señalado que estos tratos preliminares están destinados a preparar el terreno para la oferta; en esta etapa no existe el designio de vincular a las partes, no hay intención de contratar (intentio iuris) ni de obligarse con la finalidad inmediata de producir efectos jurídicos. No obstante ello, podrán existir las denominadas invitaciones a ofertar, sin configurar propiamente una oferta, conf. Art. 973. Hay que tener en cuenta que las mismas no constituyen oferta, evitando generar dudas sobre su naturaleza.

Cabe resaltar, que durante las negociaciones previas, si bien no existe una relación jurídica, surgen ciertos principios derivados de la buena fe que guían a las partes

¹ Lecciones Sobre la Teoría del Contrato. Ernesto C. Wayar, Federico Wayar. 1º Ed. Facultad de Derecho y C. S. UNT. Tomo II. Pag.68

² Lecciones Sobre la Teoría del Contrato. Ernesto C. Wayar, Federico Wayar. 1º Ed. Facultad de Derecho y C. S. UNT.

durante la negociación: el deber de información, el deber de conducta y el deber de confidencialidad; las partes serán responsables cuando sus acciones sean contrarias a los mismos, si generan un daño, con motivo de las negociaciones, dando nacimiento a la responsabilidad pre contractual³. En otras palabras: las tratativas preliminares implican un contacto o vínculo social, donde dos o más partes, intercambian manifestaciones de voluntades, las cuales, no implican ni oferta ni aceptación. Nos encontramos en el ámbito de la negociación, con la intención de celebrar posteriormente un contrato preliminar o definitivo. Con respecto a este tema, los Dres. Ernesto Wayar y Federico Wayar (h) expresan: *“como se está ante conversaciones tendientes al perfeccionamiento del contrato, es frecuente que alguno de los tratantes o ambos consignen por escrito determinados puntos o cláusulas que desearían se incorporen al futuro acuerdo”*. Esto, toda vez que, previo a los acuerdos contractuales, las empresas realizan reuniones por un período prolongado, para deliberar o discutir las condiciones de contratación futura manejando cierta información, destinada a integrar el contrato, pudiendo ir puntualizando por escrito, en una nota o en borrador, los aspectos y/o elementos particulares del futuro y eventual contrato. Tales anotaciones o puntualizaciones, no constituyen “acuerdos parciales en los términos del art 982,⁴ pero sí deben ser consideradas con carácter confidencial, si surge de la naturaleza de la misma, o si las partes así lo hubieran manifestado. Tal es así, que es posible la existencia de minutas (última parte del art. 982 del C.C. y C.) y borradores; las minutas son un marco para la contratación, una base previa, que mientras no reúna las características de la oferta, no podrá ser considerada como tal, ni tampoco como lo establece el art.993 CCyCU, que marca un alcance restrictivo de los instrumentos donde consta el consentimiento⁵

Hay que tener en cuenta que, durante las tratativas preliminares es común que exista, lo que la doctrina ha dado a llamar, cartas de presentación o cartas de recomendación; las primeras son propias de una invitación a las negociaciones, indicando los datos personales y otras características de las personas; y en las segundas, el remitente asegura la probidad y solvencia del sujeto señalado para la negociación, sin que esto signifique que afianza sus obligaciones.

³ Comentario de Julio Cesar RIVERA Fuente: Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

⁴ Lecciones Sobre la Teoría del Contrato. Ernesto C. Wayar, Federico Wayar. 1º Ed. Facultad de Derecho y C. S. UNT. Tomo II. Pag. 40

⁵ Lecciones Sobre la Teoría del Contrato. Ernesto C. Wayar, Federico Wayar. 1º Ed. Facultad de Derecho y C. S. UNT. Tomo II. Pag. 40 Pag.63.

Los intervinientes no deberán realizar comportamientos que se consideren concluyentes del contrato Así, el art. **971 del CCyCU Formación del consentimiento**, establece que los contratos se concluirán con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo.-

3. La etapa de negociación periodo pre contractual.

Negociación:

Conviene recordar que la doctrina entiende por negociación al encuentro entre dos o más partes o centros de interés para la producción de un reparto de potencias e impotencias, entendidas éstas, como las exposiciones de intereses para la futura configuración de un contrato, donde las mismas pueden estar reguladas por acuerdos preliminares (Goldschmid).

Cabe destacar que en las negociaciones, según el art. 991 del CCyCU, las partes deben conducirse conforme al DEBER DE BUENA FE, y teniendo en cuenta LA LIBERTAD DE NEGOCIACION consagrada en art. 990 del CCyCU, según el cual las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento. O sea, entendida como la posibilidad de ejercer la voluntad tanto para emitir una oferta o aceptación durante la formación del consentimiento; libertad económica; libertad política; libertad jurídica; libertad de expresión, etc.

Las partes deben ser libres de exponer sus intereses; de poder asistir y retirarse cuando lo consideren oportuno, siempre que ésto no implique una irrupción injustificada de negociar con todos, y que no lo hubiesen pactado en un contrato preliminar anterior, de EXCLUSIVIDAD o similar. Es necesario que dicha LIBERTAD se integre con la IGUALDAD, ya que si ésta no existe, no se es libre de negociar.

Si bien cada caso se presenta con características propias, hay que tener en cuenta la “autonomía”, por lo que la negociación debe desarrollarse en un “marco reservado” donde las partes se deben “información y secreto”. Es en este marco donde surge el deber de información, garantizando la autonomía de los tratantes. Es importante, conocer los límites de la negociación, ya que su desconocimiento puede vulnerar la relación y frustrar el negocio. Dentro de la protección de la autonomía, es importante el principio de la libertad para iniciar, avanzar o abandonar estas tratativas, dirigidas a la formación del contrato. Entre los límites al principio de la libertad se encuentra el principio de buena fe y el deber de no dañar a otro (*alterum non ladere*); y en ellos

encontramos el deber de información, el de confidencialidad, de custodia y el de secreto de información.

4. Buena fe contractual. deber de informacion

La "buena fe" es un principio del derecho, encarna la idea de honestidad y recíproca lealtad en las relaciones jurídicas. Es una regla relacional de comportamiento, cuyo contenido es objetivo y su entendimiento siempre va en función de la tutela de ambas partes. Tiene su fundamento en la garantía de Justicia y equidad, creadora de la obligación de una norma de conducta social y pre jurídica. Es importante destacar su rol durante las tratativas preliminares, donde las partes deberán garantizar el deber de información, de confidencialidad y de custodia. En el sistema del nuevo Código, la vigencia de la buena fe con los deberes consiguientes, comprende los períodos anteriores y posteriores a la oferta.

El Código Civil Comercial tiene el acierto y es digno de remarcar de hacer referencia a la buena fe expresamente durante las tratativas preliminares Art. 991 *“Durante las tratativas preliminares y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente...”*. Este principio, que si bien es general del derecho civil y comercial (Art 9 del CCyCU), establece una pauta para la conducta y de la cual derivan, con muy buen criterio, otros deberes como **el deber de confidencialidad expresamente enunciado en el art 992 del CCyCU** *“si durante las negociaciones unas de las partes facilita a otra una información con carácter confidencial el que las recibió tiene el deber de no revelarla y usarla inapropiadamente en su propio interés”*, también puede inducirse el **deber de información, el cual está diseminado en todo el ordenamiento**; al mismo nos referiremos en detalle a continuación:

5. Deber de información

Antes que nada, es importante aclarar el concepto del deber de información, el cual consiste en dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de éste, entre otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar. Ello, con el objeto de evitar daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la contraparte parte si dicha información no se suministra.

Así, hay que resaltar el rol que juega el deber de información en la formación progresiva del contrato, el cual es entendido como expresión del principio de buena fe precontractual, toda vez que en las tratativas preliminares existe un particular contacto social, o mejor dicho, una relación de hecho basada en la recíproca confianza respecto de los datos e informaciones concernientes a la negociación contractual otorgadas por las partes en ese período.

En efecto, el desequilibrio de conocimiento respecto de las circunstancias que rodean al negocio, origina la obligación de las partes a informarse recíprocamente, con el objeto de hacer viable el uso de la libertad contractual, toda vez que esa información posibilita el poder de decisión y resolución sobre la conveniencia del negocio. Siendo así, al estar informadas, las partes pueden determinar el alcance de las obligaciones y derechos que asumirían en el caso de concretarlo.

Hay que destacar, que en muchas ocasiones, para lograr tal igualdad entre las partes, la obligación de informar se genera, esencialmente, a cargo de la parte que de acuerdo a los conocimientos técnicos, profesionales, sociales, económicos o culturales se encuentre en mejores condiciones, con el fin de poner en conocimiento a la otra parte de toda la información que ignora, acerca de las circunstancias que rodean al negocio, que son de gran importancia para aquélla al resultar determinante para ésta última que desconoce tal información.

El deber de información está impregnado en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico entre los cuales se encuentran, el **art 42** de la CN, “Los consumidores y usuarios tienen derecho a una información adecuada y veraz, el art 4 de la Ley 24.240 “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización”. Art 9 de Ley 22.802 Publicidad engañosa: “queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión...”. Según la jurisprudencia: “Informar *es hacer saber lo que es importante, resultando tal todo dato que pueda alterar la base del negocio, de modo que si se conociera no se contrataría, o se lo haría en otras condiciones. La información es un elemento imprescindible para restablecer el equilibrio entre las partes- Tratantes primero, contratantes después-... Por ello resulta fundamental que la información sea veraz, detallada, eficaz, suficiente, cierta e inteligible*” (CSJT. **Sentencia N° 921 del 02/10/2009, en “Fondevilla Pablo vs. HSBC Bank Argentina**

S.A s/ daños y perjuicios”).) “El deber de información... debe ser previo, concomitante y posterior a la formalización del contrato...” (CAPEL. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma De Bs. As, Sala 2, “DIRECT TV. S.A vs. Gobierno De La Ciudad de Bs. As. s/ otras causas con trámite directo” 01/12/2011)

6. Deber de confidencialidad.

Consideramos que atento a la regulación de las tratativas contractuales a partir del art. 990, consideramos pertinente, precisar un concepto del deber de confidencialidad. En efecto; el mismo es una manifestación de la buena fe, señalada por la doctrina como buena fe - lealtad, deber de custodia, secreto e información⁶. Este deber (de confidencialidad), contenido expresamente en el Art. 992 del CCyCU, determina una regla de conducta para los contratantes, que constituye una de las expresiones más fuertes de la buena fe. Durante las tratativas previas, las partes pueden haber dado carácter reservado o confidencial a lo que hubieren manifestado durante las mismas, este carácter confidencial, puede originarse a su vez en su propia naturaleza técnica y/o profesional que surge en otras circunstancias. Cabe destacar que el deber de confidencialidad, puede ser de origen legal o convencional, el primero es establecido por ley, sin que las partes lo pongan en manifiesto, y el segundo tiene lugar cuando se presenta por acuerdo de partes.

El límite de la buena fe es impuesto a la parte a la cual le es entregada la información reservada. La contraparte enterada tiene un deber de secreto o reserva pasiva, que presenta dos escenarios, el primero, consistente en no utilizar en su propia ventaja la información cuyo conocimiento es ahora suyo y el segundo, relacionado con no divulgar hechos o información cuyo conocimiento se ha producido a causa o con ocasión de la formación del contrato o ejecución del mismo, y su difusión podría ser perjudicial para la otra parte. Por último, sobre este punto queremos plantear la tensión que puede existir entre el deber de reserva y el deber de información, en una negociación en la que existe, de por medio, información que genera ventajas en su posesión. Dicha tensión se puede presentar, en aquel caso, que al exigir el cumplimiento

⁶ Lecciones Sobre la Teoría del Contrato. Ernesto C. Wayar, Federico Wayar. 1º Ed. Facultad de Derecho y C. S. UNT. Tomo II. 79.

Cita 160. Sobre las manifestaciones de la Buena Fe diez Picazo, Luis, las manifestaciones de los propios actos, Sozzo, Gonzalo, antes del contrato. Mosset, Iturraspe, Jorge Píede Casas, A. Responsabilidad pre contractual.

del deber de informar a una de las partes, se llega a establecer que la información solicitada es calificada como reservada debido a su naturaleza, contenido y forma de obtención, lo que genera que no pueda ser transmitida a su contraparte, situación que habrá de ponderarse frente al beneficio que la trasmisión de la información representa para la parte inexperta, desentendida o débil. Frente a esta situación de conflicto planteada, habrán de privilegiarse los derechos que representen un interés preponderante dentro del marco constitucional, así por ejemplo, se ha planteado la importancia de los valores inherentes a la empresa la cual compartimos con el límite antes expresado de no violar la regla que prohíbe el obtener lucro en perjuicio ajeno.⁷

Informacion confidencial. Información desconocida o novedosa, accesible sólo para algunas personas intervinientes en una negociación. Basada en un principio ético relacionado en algunos casos con la actividad profesional de los que intervienen en la negociación, siempre que éste pueda tener un valor o ventaja económica. Así por ejemplo está sujeta a reserva, la información privilegiada en cuanto ella no puede ser usada o revelada en interés del particular, en desmedro de la transparencia del mercado, así como toda aquella información sujeta a secreto, como la empresarial, la industrial, la bancaria, etc. En todos estos casos la información, si bien es útil a la contraparte, puede ser reservada o mantenida en secreto por los contratantes debido a los perjuicios que pueden derivar de su revelación

Información confidencial .caracteres:

A) Desconocido: Según la Real Academia Española, es lo ignorado, de lo que no tenía conocimiento anteriormente. **B) Ventaja Económica:** es la que con motivo de la información recibida, puede producir una condición favorable en el mercado, ya sea una superioridad o una mejoría de algo o alguien. **c) Novedad:** es la extrañeza o admiración que causa lo antes no visto ni oído.

prueba de la confidencialidad: El uso inapropiado, en su propio interés y enriquecimiento, producido por la violación del deber de confidencialidad, será de suma importancia para la determinación de la responsabilidad precontractual, a la que nos referimos en el acápite correspondiente, pero debemos señalar que la prueba deberá ser producida por quién invoca el daño o el beneficio, según corresponda, y

⁷ Carlos Alberto Chinchilla Imbett. Revista de Derecho Privado, n.º 21, julio-diciembre de 2011, pp 327 a 350

excepcionalmente podría solicitarse la inversión de la carga probatoria por la parte que se encuentre en una posición superior o en mejores condiciones técnico profesionales, sobre la parte débil.

7. Responsabilidad precontractual

En el sistema del nuevo Código la vigencia de la buena fe, con los deberes consiguientes, comprende los períodos anteriores y posteriores a la oferta. Cabe resaltar que en las negociaciones previas a la celebración del contrato, se debe actuar con un criterio de prudencia y diligencia.

Fue un tema de arduo debate de la jurisprudencia y la doctrina, si la reparación de la responsabilidad precontractual debía consistir en la reparación del interés negativo o positivo. Siguiendo la opinión emitida por el Dr. Carlos Hernández, en la interpretación del art 991 del CCyCU “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”, creemos que el resarcimiento al afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato, hace referencia al interés negativo, entendido éste, como el daño ocasionado en virtud de la no celebración del contrato, siempre y cuando el reclamante de la parte contraria haya motivado, con deslealtad infundada una confianza, determinando la realización de gastos o acciones que deban ser resarcidas. Esta fue la teoría esbozada por el alemán Rudolf Von Ihering en su teoría de la responsabilidad de la “culpa in contrahendo”, que no pudo ser incorporada en el Código Civil por Vélez Sarsfield, al desconocerla, pero fue receptada de manera uniforme por la doctrina posterior. Es importante destacar que según lo dicho durante esta etapa el Factor de atribución va a ser siempre Subjetivo, la parte que alegare un perjuicio por haber confiado en la parte contratante deberá probar que el abandono injustificado con culpa a provocado gastos innecesarios de otra forma por lo que siempre se estará a la prueba de quien alegare el perjuicio.