

Comisión n°14, Estudiantes. Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

LAS TRATATIVAS CONTRACTUALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Autor: Franco Raschetti*.

Resumen: *Las tratativas preliminares tienden a “preparar el terreno para la oferta”. Este régimen no se aplica a los contratos instantáneos, de consumo y en los celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.*

La libertad de negociación incluye el “derecho de contratar”, el “derecho de no contratar” y la irresponsabilidad de los contratantes en caso que no se perfeccione el contrato. Prevalece la buena fe por sobre la libertad de negociación y el ejercicio de ésta última siempre debe encuadrarse dentro de la primera.

“No usar inapropiadamente en interés propio la información catalogada como confidencial” no es una expresión correcta.

El factor imputativo en la responsabilidad precontractual es el ejercicio abusivo del derecho a no contratar y por lo tanto es de carácter de objetivo.

I) Introducción.

La problemática de las tratativas contractuales ha sido objeto de debate en el ámbito jurídico durante largo tiempo. Esto se debe principalmente a que las primeras teorías o sistematizaciones dogmáticas de este fenómeno fueron temporalmente posteriores a la obra de Vélez Sarsfield¹ y por ello no fueron receptadas en el Código Civil de 1869-1871. Por lo tanto, en dicho cuerpo normativo el proceso de formación del contrato comenzaba exclusivamente a partir de la emisión de la oferta. Como decíamos, las tratativas contractuales se desarrollaron desde la doctrina, primero a nivel comparado y luego en el ámbito local, de allí obtuvieron recepción en la jurisprudencia² para luego

* Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹ La obra de Rudolf von Ihering data de 1860 en idioma alemán, la edición francesa se ubica en 1893; como Vélez Sarsfield no leía en idioma alemán él no pudo tener en consideración su teoría, así lo expresa LÓPEZ DE ZAVALÍA Fernando J., “Teoría de los contratos”, Zavallía Editor, 3° edición, Buenos Aires, 1991, p.183, nota 13. Por otro lado, la obra de Gabrielle Fagella es del año 1906.

² A partir de “Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina S.A.” proveniente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, Sala B (CNCCom) 1953, publicado en LA LEY, 75, 239;

comenzar a ser acogidas en los sucesivos proyectos de reforma desde la década del 80³. Como consecuencia de esta evolución paulatina y al no contar con una recepción legal de la cual partir existieron (y aún existen) multiplicidad de criterios para entender a las tratativas. Hoy en día debemos reevaluar esta metodología de estudio y analizar este tópico de las tratativas contractuales partiendo desde la expresa regulación del mismo en el Código Civil y Comercial de la Nación en los artículos 990 a 993 dentro del Libro Tercero, de los Derechos Personales; Título II, de los Contratos en General; Capítulo 3, Formación del Consentimiento; Sección 3. Eso es lo que haremos a continuación:

II) Concepto y ámbito de aplicación.

En rigor del orden se impone iniciar por una conceptualización del fenómeno de las tratativas contractuales. Así, debemos decir que el período de formación del contrato no comienza con la oferta como lo había entendido Vélez sino con el primer contacto de las partes susceptible de ser probado⁴. De esta manera, antes de relacionarse mediante la oferta los futuros contratantes entran en relación mediante tratos preliminares, conversaciones previas, o, como las designó la doctrina francesa “Pourparlers”, que tienden a “preparar el terreno para la oferta”⁵ a través de intercambios de información, renuncias, propuestas o evaluaciones de factibilidad que luego serán ponderadas por los futuros contratantes a la hora de, según el caso, emitir o aceptar la oferta. Rápidamente, uno podría desprestigiar a este momento de la contratación basándose en su inidoneidad para concluir un contrato y en la ausencia de vinculatoriedad que ellas presentan, pero no es así, porque mediante estas herramientas las futuras partes esbozan un proyecto de contrato que luego es recogido en la oferta⁶ por lo que aquello que sea objeto de discusión en las tratativas reviste máxima importancia ya que por un lado tiene proyección en orden a la formación de la voluntad contractual y a la interpretación del eventual contrato⁷, y por el otro, genera en los contratantes confianza y seguridad en el negocio y en consecuencia ellos prevén y organizan su actividad en virtud de esa futura contratación, incluso privándose de contratar con terceras personas.

³ Proyecto de Unificación de 1987, arts.1158 y 1159; Anteproyecto de 1992, arts. 871 y 872; Proyecto de 1998, art. 920.

⁴ SOZZO, Gonzalo, “La formación del contrato en el Proyecto 2012 de código civil y comercial de la Nación. Su comparación con el Código vigente”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1 año 2014, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, pág. 136).

⁵ RIVERA, J. - MEDINA, G. (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. t. III, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 472.

⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos”, Zavalía Editor, 3º edición, Buenos Aires, 1991, p.101.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Vol. I., Introducción. Teoría del Contrato, Pamplona, 6ª edición, Pamplona, reimpresión 2011, p. 311.

En otras palabras, sin perjuicio de que las tratativas no generen por sí mismas efectos jurídicos de manera inmediata a la manera de un acto jurídico, no es posible negar su gran utilidad e importancia, que se pone de manifiesto en el hecho de que sea fuente de responsabilidad civil toda vez que los futuros contratantes no actúen de manera acorde a lo preceptuado por el ordenamiento para esta etapa.

Ahora bien, el régimen jurídico en cuestión no se aplica a la totalidad de los contratos celebrados en el tráfico negocial ya que determinados tipos de ellos quedan fuera de estas previsiones. En principio las tratativas contractuales se darán en los llamados contratos paritarios, negociados o discrecionales, vale decir, en aquellos en los cuales existe una presunción de igualdad formal entre las partes sin ningún tipo de jerarquía entre ellas lo que permite un contacto y una negociación previa y libre sobre los términos y condiciones del futuro acuerdo.

Por el contrario, esta relación precontractual no se dará en los contratos instantáneos⁸ ya que en ellos el perfeccionamiento ocurre sin necesidad alguna de discusión inicial más allá de la paridad o no en la que se encuentren los contratantes. A su vez, tampoco se aplicarán las normas de las tratativas contractuales a los contratos de consumo ya que ellos no operan sobre la base de una relación igualitaria sino de una lógica de tutela del consumidor y, como expresamente mencionan los fundamentos, la cuestión de los períodos previos en las relaciones de consumo está ampliamente tratada en el Capítulo Tercero y allí encontramos por ejemplo, el régimen de la publicidad (arts. 1101, 1103 y conc.) y la provisión de información a los consumidores (art. 1100).

En último lugar, no se verificará la existencia de tratativas previas en los “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas” receptados por el Código Civil y Comercial en la Sección 2 del Capítulo 3 “Formación del consentimiento” desde el art. 984 al 989. Esto es así como consecuencia de la propia estructura de esta modalidad del consentimiento, cuya nota característica es justamente la ausencia de participación o influencia de uno de los contratantes en la redacción de las cláusulas ya sean de carácter general o particular.

III) Extensión temporal.

Primeramente debemos aclarar que las tratativas contractuales no están sometidas a un plazo mínimo o máximo de duración por el legislador, sin perjuicio que los futuros contratantes así lo puedan decidir en ejercicio de su autonomía de la voluntad. En este sentido, las tratativas se prolongarán o no en el tiempo en orden a su complejidad, al interés de las partes, a la cantidad de información a intercambiar, pero nunca por una disposición legal; para esto las partes gozan de plena autonomía a la hora de fijar o no un plazo de caducidad para la negociación.

⁸ ROVIRA, Alfredo L., La Ley Online AR/DOC/1590/2015, p.2.

Una vez hecha esta advertencia podemos trazar el “camino de la contratación” que desembocará en el perfeccionamiento del contrato. Siguiendo a Gabrielle Fagella⁹ entendemos que existen dos grandes momentos antes de que se perfeccione el contrato: A) Período anterior a la oferta, el cual comienza con el primer contacto susceptible de ser probado; B) Período entre la emisión de la oferta y su eventual aceptación. Naturalmente, como etapa C) se nos presenta la aceptación de la oferta y el consecuente perfeccionamiento del contrato. Ninguna de estas dos etapas previas a la aceptación (A y B) se diferencian entre sí en cuanto a la responsabilidad ya que el solo hecho de entrar en negociaciones con vistas a la formación del contrato, se halla bajo el amparo del derecho y es susceptible de producir consecuencias jurídicas¹⁰.

En definitiva, y siguiendo a Cuiñas Rodríguez, podemos sostener que la responsabilidad precontractual es la que surge desde el momento mismo de las negociaciones preliminares y durante el iter contractus, hasta el acuerdo o desacuerdo definitivo de voluntades¹¹.

IV) La libertad de negociación.

El art. 990 del Código Civil y Comercial de la Nación reviste particular importancia porque nos presenta un principio general de la contratación que no debemos perder de vista en ningún momento. Este principio es el de la libertad de negociación, que en pocas palabras evidencia la libertad de opción entre contratar o no que tienen todas las personas, también llamada libertad contractual. Ahora bien, este principio no se agota en el mencionado enunciado sino que como consecuencia lógica importa además, la irresponsabilidad de las partes para el supuesto en que no se llegue a perfeccionar el contrato, por lo tanto le asiste el derecho a las partes de retirarse de las negociaciones previas con total libertad y en la medida de que hayan actuado de buena fe no deberán reparación alguna a la parte contraria¹².

Todo esto nos permite sostener que esta libertad de negociación incluye el “derecho de contratar” y el “derecho de no contratar”, teniendo éste último vigencia incluso en el caso de que se hayan iniciado negociaciones previas pero con la advertencia de que no reviste un carácter absoluto sino limitado por el deber de actuar de buena fe (como seguidamente veremos) cuyo incumplimiento hace nacer el deber de reparar los daños ocasionados a la contraparte.

⁹ FAGELLA, Gabrielle, *Dei periodi precontrattuali*, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Nápoli 1906, t. III.

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág.104.

¹¹ CUIÑAS RODRÍGUEZ Manuel, “*Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma*”, Revista La Ley Nro. 103, 1995, p.2.

¹² RIVERA, J. - MEDINA, G. (Dir.), *ob. cit.* T.III p. 472.

En definitiva, siguiendo a Stiglitz podemos identificar a la autonomía de voluntad con la libertad de contratación porque la primera es, en el campo contractual, inseparable de la segunda¹³.

Como consecuencia de lo expresado hasta aquí debemos resaltar que el principio general en materia de tratativas contractuales es la libertad de negociación y la correspondiente irresponsabilidad de los contratantes para el supuesto en que no se perfeccione el contrato. De esta manera podemos colegir que las tratativas previas no son vinculantes para las partes, vale decir, ellos no están compelidos a continuarlas y a arribar a un acuerdo final por el simple hecho de haber entrado en un contacto negocial previo. Ante esta falta de obligatoriedad afirmamos que no es contrario a derecho el apartamiento de las tratativas, incluso esta facultad de desvincularse que poseen los contratantes representa el ejercicio de un derecho, el derecho a no contratar que le asiste a toda persona como manifestación de la libertad de negociación. A tenor de lo dispuesto sobre la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil por los arts. 1717 y 1718 del Código Civil y Comercial de la Nación entendemos que nunca se puede intentar responsabilizar a quien se desvincula de las tratativas previas ya que no se verifica la existencia de una acción u omisión antijurídica toda vez que el apartamiento siempre va a estar justificado por representar el ejercicio regular de un derecho. En palabras de Bustamante Alsina “El concepto de antijuridicidad es sinónimo de ilicitud...el acto ilícito consiste en una infracción a la ley”¹⁴ por lo tanto para considerar como tal a una determinada conducta se exige una expresa prohibición legal, la cual no existe con relación al ejercicio de un derecho y así lo determina el art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación: “el ejercicio regular de un derecho propio...no puede constituir como ilícito ningún acto” o como diría la máxima latina *qui jure suo utitur, neminem laedit* (quien usa de su derecho, a nadie lesiona)¹⁵.

Pero como acabamos de decir, lo esencial en cuanto al derecho de no contratar es indagar cómo ha sido ejercido en el caso concreto y, como todo derecho, el mismo debe ser puesto en práctica de manera regular ya que el Derecho no tolera el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10) y exige, sin ninguna excepción que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe” (art. 9). En caso de no verificarse estos dos parámetros no hay inconveniente en catalogar al abandono de las tratativas como un acto ilícito que hace nacer la obligación de reparar los daños causados. Éste es el límite que encuentra el ejercicio del derecho a no contratar, el cual no debe transgredir a este principio general

¹³ STIGLITZ, Rubén S. “Un nuevo orden contractual en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley Online AR/DOC/4416/2012 citado por CAMELO, Gustavo “La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley Online AR/DOC/180/2015.

¹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *ob. cit.* p.109.

¹⁵ ALTERINI Atilio A., AMEAL Oscar J., LÓPEZ CABANA Roberto M., “Derecho de obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 736.

del Derecho como es la buena fe ya que en caso contrario estaríamos en presencia de una conducta arbitraria mediando, en consecuencia, un acto antifuncional¹⁶.

V) El deber de obrar de buena fe.

Lejos de estar circunscripta a la problemática contractual, la buena fe es un principio general del Derecho. Se la ha conceptualizado como un verdadero trasfondo del Derecho, un principio básico del mismo, que debe admitirse como supuesto de todo el ordenamiento jurídico¹⁷. Esta manera, atraviesa todas las ramas del Derecho y a la totalidad de las relaciones jurídicas que nacen al amparo del mismo imprimiéndoles un sentido moralizador y sirviendo, fundamentalmente, como criterio de interpretación y de integración.

Como lo dijera Mosset Iturraspe, la noción de buena fe aparece difícil de perfilar cuando la exposición no se detiene en un concepto simplista y mínimo y que tampoco es suficiente afirmar que el comportamiento de buena fe se opone al de mala fe¹⁸ es por ello que podemos indagar sobre su carácter partiendo de la clasificación de la buena fe. En el ámbito de la doctrina local se ha distinguido tradicionalmente entre “buena fe objetiva” y “buena fe subjetiva”¹⁹. La buena fe-probidad (objetiva) importa el comportamiento leal, el comportamiento honesto, en la celebración y cumplimiento del acto, es el comportamiento de la gente que actúa correctamente en la convivencia social²⁰, que exige a las personas proceder con probidad en sus relaciones jurídicas y que se cristaliza, fundamentalmente, en la “teoría de los actos propios”.

Si bien en la materia de los contratos el Derecho ampara la buena fe tanto en uno como en otro significado²¹, claramente en el tema que nos convoca el Código Civil y Comercial de la Nación exige en los contratantes un parámetro o estándar de conducta referido a la buena fe-objetiva, cuya concreción en el caso particular admite múltiples posibilidades imposibles de agotar en esta exposición pero que podemos ejemplificar con la ruptura abrupta o intempestiva de las negociaciones, la frustración injustificada de las tratativas, ocultamiento o adulteración de información, entre otras. Debemos dejar

¹⁶ LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., “La oferta contractual y las tratativas precontractuales”, Revista La Ley, 2000, p.1.

¹⁷ GASTALDI, J. M., “El contrato de concesión privada”, Buenos Aires, Astrea, 1974, p.78.

¹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, p.305.

¹⁹ COMPAGNUCCI DE CASO, R. H.: “El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas de derecho privado”, en Tratado de la buena fe en el Derecho, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, p. 172, Director: Marcos M. Córdoba citado por GESUALDI DORA M.: “La interpretación de los contratos en el siglo XXI”, en La contratación en el siglo XXI, Buenos Aires, El Derecho, 2008, p.28, Directora: Mónica Fresneda Saieg.

²⁰ ALTERINI Atilio A., AMEAL Oscar J., LÓPEZ CABANA Roberto M., *ob. cit.*, p. 151.

²¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *ob. cit.* p.306.

en claro que la tarea de determinar qué conducta se ajusta a la buena fe objetiva y cuál no, es una cuestión abierta a la decisión judicial para cada caso en particular no pudiendo establecerse de modo completo y riguroso un criterio genérico para tal fin.

Ahora bien, este deber de actuar de buena fe se encuentra, según el art. 991, enderezado a lograr la no frustración injustificada de la negociación. Al criterio apuntado hay que enmarcarlo dentro de la idea general que propugna el Código Civil y Comercial de la Nación (y que tuviera la reforma de la 17.711) el cual le da un papel central y protagónico a la buena fe como principio rector en todas las relaciones jurídicas, por lo cual entendemos que en una ponderación entre la buena fe y la libertad de contratación se impone la primera, sin perjuicio que la segunda la hayamos conceptualizado como regla general de la materia en cuestión; en otras palabras prevalece la buena fe (principio general del Derecho) por sobre la libertad de contratar o no contratar (regla en tratativas contractuales) y, por lo tanto, el ejercicio de éste último siempre debe encuadrarse dentro de las pautas de la buena fe.

Por último, la consideración de la buena fe como principio del Derecho tiene implicancias directas en cuanto a la prueba del daño para el supuesto de responsabilidad precontractual. Dijimos antes que la buena fe debía entenderse como supuesto de todo el ordenamiento jurídico, por lo tanto la demostración de que ella no se ha verificado en una relación de hecho es a cargo de quien invoca la inexistencia de buena fe, porque ella, al ser un principio general, se presume.

VI) El deber de confidencialidad del art. 992.

Si bien este deber es consecuencia del deber de obrar de buena fe del art. 991 y podría quedar subsumido en éste, su introducción en un artículo autónomo resulta acertada y, además, una novedad absoluta ya que ni el Código Civil ni los proyectos de reforma contenían previsiones en este sentido.

Decimos que es acertada la incorporación de este artículo porque el deber que de él emana carece de universalidad en el sentido de que no alcanza a todas las relaciones jurídicas precontractuales por igual debido a que es un deber contingente que puede estar presente o no en las tratativas previas. Si lo consideraríamos implícito en el deber de obrar de buena fe y lo dedujéramos de él, esta exigencia de confidencialidad tendría el carácter de universal, algo que no responde a su estructura lógica. La introducción de este deber de reserva de la información dependerá de la voluntad de los futuros contratantes.

Para quedar sometidos al deber de confidencialidad, la parte que brinda información a la otra debe catalogar a la misma como confidencial, previniendo a la contraria del carácter que esta tiene sin necesidad de que introduzcan una cláusula de confidencialidad, sin perjuicio que esta última posibilidad es perfectamente posible, sobre todo en contrataciones de gran envergadura. En ausencia de esta caracterización de la información, ella no será considerada confidencial y por ende no se aplicará el art. 992.

Una vez verificado este extremo, nacen dos deberes en cabeza de quien recibe la información considerada confidencial. Éste debe: 1) no revelarla a terceros; 2) no usarla inapropiadamente en su propio interés. Aquí creemos que la frase “en su propio interés” no es correcta ya que con el vocablo “inapropiadamente” ya se logra cubrir el sentido en el cual no debe comportarse quien recibe la información independientemente de que ese uso inapropiado que él haga redunde en un interés propio o de un tercero al cual desea beneficiar de forma ilícita. Ya sea que se beneficie él mismo o un tercero, el uso de la información de está realizando es igualmente “inapropiado”. Entendemos como tal, al igual que Rivera, aquel uso que no se condice con el sentido, significado o finalidad para la que la información ha sido dada²².

El incumplimiento de estas obligaciones genera en el infractor dos tipos de consecuencias según el art. 992: por un lado el deber de reparar todos aquellos daños que se encuentren en adecuada relación causal con su conducta y por el otro para el supuesto en que haya obtenido un enriquecimiento, debe indemnizar a su contraparte en la medida del incremento patrimonial indebido que obtuvo gracias a la inobservancia del deber de confidencialidad.

VII) Otros deberes precontractuales.

Por lo general se suelen mencionar otros deberes que deben cumplir los futuros contratantes en la etapa de negociación tales como el deber de información, el deber de cooperación o el deber de custodia. En el Código Civil y Comercial de la Nación no se establece una regla expresa que regule otros deberes que no sean el de obrar de buena fe y el de confidencialidad porque estamos en presencia de “deberes secundarios de conducta” que no precisan de una regulación determinada ya que se infieren del principio de buena fe y por lo tanto estarían implícitos en el art. 991.

VIII) La responsabilidad precontractual.

Analizaremos este tópico a través de los presupuestos de la responsabilidad civil viendo como se cumplimenta con cada uno de ellos en este supuesto particular:

VIII. A) *Antijuridicidad*: este punto ya ha sido expuesto precedentemente en el apartado IV en el cual nos referimos a la libertad de contratación como principio, la cual contenía al derecho de no contratar y que, el ejercicio abusivo del mismo permitía catalogar a esa acción como un acto ilícito, contrario al ordenamiento jurídico y que satisface sin lugar a dudas el elemento de la antijuridicidad.

VIII.B) *Daño*: en este aspecto ya no hay que distinguir más entre daño al interés positivo y daño al interés negativo ya que a pesar de la difusión que tuvo en el pasado esta clasificación, el Código Civil y Comercial de la Nación omite realizar esta distinción y gracias a esta simplificación que nos otorga la norma debemos acudir al principio de reparación integral o plena adoptado en el artículo 1740 que consiste en la

²² RIVERA, J. - MEDINA, G. (Dir.), *ob. cit.* T.III, p. 477.

restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso y procurarse la reparación total de la totalidad de los daños sufridos ya sea una lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737). De esta manera, debemos sostener que todo daño que cumpla con una adecuada relación de causalidad con el hecho productor (art. 1726) resulta indemnizable, circunstancia que verificaremos en cada caso en particular.

Tampoco es necesario diferenciar entre una responsabilidad de tipo contractual y una de naturaleza extracontractual ya que ambos sistemas de responsabilidad han sido unificados bajo un mismo régimen. Al respecto, cabe aplicar la regla introducida en el art. 1728 en cuanto a la indemnización de los daños previsibles al tiempo de contratar.

VIII. C) *Relación de causalidad*: Bueres²³ nos informa que se mantiene la clasificación de las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, que Vélez Sarsfield recogió del Landrech prusiano de 1794, pero que se suprime la categoría de las consecuencias necesarias que había generado diversas confusiones. Por lo tanto, en líneas generales se mantiene el régimen del Código Civil y analizaremos en el caso en concreto la prueba de esta ligazón causal regulada entre los arts. 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial de la Nación.

VIII). D) *Factor de atribución*: sobre este tema caben dos posibilidades en el Código Civil y Comercial de la Nación. Por un lado tenemos el art. 1721 y por el otro el art. 10.

El primero de los artículos se enmarca en el capítulo de “Responsabilidad civil” y reza “...en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”. Se introduce entonces a la culpa como factor de atribución residual, que supliría la laguna jurídica producida por un silencio legal. Como en los arts. 990 y ss. no existe previsión normativa alguna sobre el factor de atribución a tener en cuenta y ante el conflicto de interpretación que esto genera, corresponde aplicar el artículo en cuestión y predicar a la culpa como factor de atribución subjetivo para la responsabilidad precontractual. Los Fundamentos consideran a este artículo como una norma de cierre del sistema.

Sin perjuicio de lo mencionado, nos inclinamos por una interpretación contraria a la recién explicada. Entendemos que el factor de atribución para el supuesto de responsabilidad precontractual es objetivo y más precisamente es el abuso del derecho, el cual está receptado en el art. 10 dentro del Título Preliminar al Código Civil y Comercial de la Nación en los términos clásicos que ya conocemos.

Creemos que es perfectamente posible este entendimiento ya que el Código Civil y Comercial de la Nación no incluye una norma consagratoria del principio de la culpa como lo hace el actual art. 1109 y lo hacen códigos extranjeros como el uruguayo,

²³ BUERES, Alberto J. “La responsabilidad por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, publicado en: LA LEY 18/02/2013, 18/02/2013, 1 – RCyS2013-II, 5 – LA LEY 11/06/2012, 11/06/2012, 1 – LA LEY2012-C, 1254 – DJ27/02/2013, 1 – LA LEY 30/07/2012, 30/07/2012, 1 – LA LEY2012-D, 1154 – RCyS2012-IX, 17.

francés o italiano²⁴ y porque en los Fundamentos se destaca que no hay relación de jerarquía entre los factores objetivos y subjetivos y que los mismos se encuentran en un pie de igualdad, desapareciendo la relación de regla y excepción que los vinculaba anteriormente y que fuera objeto de controversia en la doctrina nacional.

De esta manera, el factor imputativo o atributivo revestiría el carácter de objetivo por lo cual la culpa resulta irrelevante a los efectos de atribuir la responsabilidad y el responsable sólo se podría liberar demostrando causa ajena (art. 1722).

Ahora bien ¿de qué derecho se estaría abusando aquel que incurre en esta responsabilidad? sin lugar a dudas abusa de su derecho a no contratar (el cual fue desarrollado precedentemente) y que en virtud del art. 10 última parte este abuso hace nacer el deber de reparar integralmente los daños causados. Así lo manifiesta Bustamante Alsina al decir que incurrirá en responsabilidad todo aquel que en el ejercicio de su derecho se desvía de los fines que tuvo en mira el legislador al reconocerlo, y que al hacerlo causa un perjuicio a otro²⁵.

La ilicitud a la que hacemos mención es, como se suele decirse, una “ilicitud solapada” o una “ilicitud en potencia” porque el derecho y el ejercicio del mismo siempre lo va a tener su sujeto activo sin poder ser tachado de contrario al ordenamiento hasta tanto no se indague en el supuesto de hecho y se constate una “puesta en marcha” de ese derecho que viola la finalidad por la cual el derecho le reconoció al particular esta facultad.

Esta posición que proponemos cuenta con el apoyo de importante doctrina²⁶ y se arriba a ella sin forzar ninguna previsión legal ni dejando de lado ningún elemento de la responsabilidad civil, cuestión que hemos analizado y que se cumple con total rigor.

²⁴ BUERES, Alberto J., *ob cit.*

²⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *ob. cit.* p.470.

²⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. I, Ed. Perrot, Bs. As., 1973, p. 225; SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho. Contratos", Vol. I, Edit. Depalma, p. 240; DÍEZ-PICAZO, Luis, *ob. cit.*, p. 317/318; LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., *ob. cit.*; entre otros.