

Comisión nº 4, Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

**LAS TRATATIVAS PRELIMINARES EN LA REGULACION DEL NUEVO CODIGO**

**Autoras:** Gabriela Sotomayor\* y María Belén Riobó\*

**Resumen:**

*1) El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 991 limita el deber de reparación del daño sólo al supuesto de incumplimiento de la obligación de obrar de buena fe que frustra injustificadamente las tratativas preliminares; y excluye de su ámbito de aplicación los casos de responsabilidad precontractual objetiva, como así también los fundados en culpa o negligencia.*

*2) El término “injustificadamente” incluido en la norma torna imprescindible la existencia de una conducta imputable y dolosa como fundamento del deber de reparación.*

*3) La gran mayoría de los supuestos de ruptura de las tratativas preliminares pueden encuadrarse fácilmente en la categoría de “justa causa” y quedar fuera de la órbita del artículo 991. Sin embargo, corresponde precisar los alcances de esta última para evitar soluciones aún más injustas que las ya expresadas en los párrafos anteriores con motivo de la terminología implementada en la redacción del articulado.*

*4) Es necesario efectuar una reformulación más abarcativa del artículo 991 del CCCN, retomando el principio de que quien ocasiona un daño debe repararlo.*

**I.- INTRODUCCIÓN**

La recepción normativa de la formación progresiva del contrato es una consecuencia del dinamismo y de la complejidad de las relaciones contractuales modernas, en las que el acuerdo constituye el fruto de un proceso de largas negociaciones.

Doctrinariamente se expone que los contratos de formación progresiva se traducen en acuerdos precedidos de un período preliminar que se conforma de distintas etapas; agrupándose como: A) Etapa de negociaciones anteriores a la oferta, B) Momento de la oferta; C) Encuentro de voluntades coincidentes<sup>1</sup>. Se trata de un largo camino de múltiples idas y vueltas que confluyen en la formación del consentimiento que da vida al contrato. Ahora bien, en su transcurso pueden generarse un sin número de situaciones con relevancia

---

\*Gabriela Sotomayor; Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho de los Contratos; Ayudante de Docencia de las materias Derecho Procesal Civil y Practica Procesal Civil de la Universidad Nacional del Sur.

Mag. María Belén Riobó; Ayudante de docencia de las materias Derecho de los Contratos y Derecho Bancario Comercio Exterior de la UNS.

<sup>1</sup> BREBBIA, ROBERTO, Responsabilidad Precontractual, Ediciones La Rocca, Bs. As., p. 94 y ss., 1987.

jurídica, entre ellas, podría ocurrir que se produzca una ruptura intempestiva e injustificada de las negociaciones, tornando imposible arribar a un acuerdo de voluntades.

En esta ponencia analizaremos las posibles consecuencias y conflictos que se suscitan en torno a la redacción del artículo 991 del CCCN, que prevé la obligación de reparar el daño ocasionado por quien ha incumplido con su deber de obrar de buena fe, provocando injustificadamente la ruptura de las tratativas previas para la conclusión definitiva del contrato.

## **II.- FUNDAMENTOS**

Como ya hemos expresado, el artículo 991 del CCCN recoge el régimen de la responsabilidad precontractual por ruptura abrupta de las negociaciones previas al contrato, estableciendo el deber de reparación del daño al interés negativo.

### **a) Análisis terminológico del artículo 991 del CCCN: Ámbito de aplicación e implicancias**

Corresponde efectuar una lectura pormenorizada de la terminología empleada por el legislador en su redacción para entender sus efectos e implicancias.

Con ello, es posible advertir claramente que la norma citada circunscribe el deber de reparación del daño sólo al supuesto de incumplimiento de la obligación de obrar de buena fe que frustra injustificadamente las tratativas preliminares del negocio jurídico que se trate y excluye de su ámbito de aplicación los casos de responsabilidad precontractual objetiva, como así también los fundados en culpa o negligencia. En otras palabras, la norma alude a una ruptura de carácter abrupto o intempestivo, colocándonos de cara a una conducta imputable, puesto que, según la terminología empleada por la disposición proyectada, no cualquier ruptura que ocasione un daño generaría responsabilidad precontractual, sino que sólo aquella que es repentina e injustificada<sup>2</sup>.

Por lo tanto, como primera aproximación podríamos afirmar que, según el nuevo régimen normativo vigente, para que exista el deber de reparar en la etapa preliminar se torna imprescindible la existencia de una conducta imputable y dolosa. Ahora bien, estos supuestos excluidos normativamente en la nueva legislación (los fundados en factores de atribución objetivos y en culpa/negligencia), fueron admitidos por los doctrinarios y por la jurisprudencia mucho tiempo antes de la proclamación del Código. Estos abordajes permitieron utilizarlos como factores desencadenantes del deber de reparar, aún cuando la responsabilidad precontractual no tuviera explícita regulación en el Código Civil de Vélez Sarsfield. Por caso, el principio de la buena fe contractual del artículo 1198 del Código Civil y su aplicación analógica a la responsabilidad precontractual, así como el principio de “quien daña, paga”, fuera y dentro de la orbita de la responsabilidad precontractual, tenían desde tiempo atrás suficiente reconocimiento legal. De este modo, dado que el Nuevo Código recepta el daño al interés negativo ocasionado por un actuar doloso, se torna necesario continuar recurriendo a las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales

---

<sup>2</sup> DI CHIAZZA, IVÁN, “Las tratativas contractuales en el Nuevo Civil y Comercial”, MJ-DOC-7012-AR | MJD7012, 15/12/2014.

referenciadas para los casos de responsabilidad precontractual, fundados en otros factores de atribución.

En síntesis, consideramos que el tratamiento de la responsabilidad precontractual debería reformularse de un modo más abarcativo, defendiendo al pre-contratante fiel de todas las viscosidades que tuviera que sortear para llegar finalmente a celebrar el contrato que desea. Creemos que el vocablo “injustificadamente” soslaya un sistema poroso que aparta innumerables posibilidades de responsabilidad precontractual y es el que en definitiva nos obliga a aplicar la norma sólo a la ruptura dolosa de las tratativas preliminares. Es por ello que propiciamos una reforma en su redacción, sosteniendo que debiera omitirse el término “injustificadamente”.

Entendemos que se debe volver al principio de quien ocasiona un daño debe repararlo, independientemente de la culpa del precontratante, que actuando de buena fe, celebró las tratativas precontractuales frustradas

Además, cabe agregar que gran parte de los supuestos pueden encuadrarse fácilmente en la categoría de “justa causa” para quedar fuera de la órbita del artículo 991. Sin embargo, corresponde precisar los alcances de esta última para evitar soluciones aún más injustas que las ya expresadas en los párrafos anteriores con motivo de la terminología implementada en la redacción del articulado.

De conformidad con lo expuesto, la doctrina ha señalado que la fórmula de justa causa de la ruptura constituye un concepto peligrosamente indeterminado que debe ser interpretado conjuntamente con el de los deberes de buena fe y de lealtad; y con lo que razonablemente puede esperarse de personas colocadas en una situación semejante. Se trata, pues, de una fórmula abierta que obliga a un difícil proceso de concreción<sup>3</sup>. Con ello, en la jurisprudencia del Derecho Comparado se han considerado causas justificadas del apartamiento de las negociaciones las circunstancias sobrevenidas que impiden alcanzar el fin del contrato proyectado (por ejemplo la enfermedad sobrevenida de quien pretendía ser locatario para llevar a cabo en el local una actividad comercial o profesional de carácter personal). Se considera asimismo justificada la ruptura cuando una de las partes reclama de la otra una nueva redacción de una cláusula ambigua y esta petición es rechazada. También, se considera que se encuentra justificada la ruptura de las negociaciones cuando por la situación objetiva del mercado o por cualquier otra circunstancia, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta. De ahí, se expresa que en estos casos, los deberes de lealtad y buena fe obligan solamente a comunicar esta circunstancia a la otra parte para que decida si puede o no ajustar sus propuestas a la nueva situación<sup>4</sup>.

#### **b) Supuestos excluidos normativamente. Consecuencias.**

Los casos de ruptura justificada (aquellos en los que las partes actuaron con conductas diligentes, evitando actos disfuncionales) como también los supuestos en los que los precontratantes no son idóneos para avanzar eventualmente en las negociaciones e igual

---

<sup>3</sup> DIEZ PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción al Contrato, Editorial Civitas, p. 279, 2012.

<sup>4</sup> DIEZ PICAZO, LUIS, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción al Contrato, Editorial Civitas, p. 279, 2012.

gestan la no celebración del contrato, quedarían excluidos del deber de reparación, aún cuando tal ruptura produzca un daño. Es decir, el que frustra las tratativas sólo repara cuando lo hizo injustificadamente, no cuando daña.

Así es como podrían incluirse supuestos tales como: ocultar la realidad mediante reticencia, falsificar la realidad mediante la disimulación de lo verdadero, apartarse de las tratativas, injustificada y arbitrariamente; prolongar las tratativas deliberada e incausadamente para luego contratar con un tercero; actuar sin poder, revocar la propuesta habiendo renunciado a la facultad de retractarla<sup>5</sup>.

Y a nuestro entender, no generaría responsabilidad: silenciar –por negligencia o ignorancia culpable- la existencia de una causa de ineficacia, que impida la celebración del contrato (“El contratante de buena fe debe ser resarcido, no sólo si ha creído, hasta el momento de la conclusión, en la eficacia del contrato, sino si después de tratativas que se extendieron en el tiempo, se ha retirado de ellas, por haber descubierto la causa de la nulidad, cuya información fue retaceada<sup>6</sup>”); ni iniciar las tratativas sin seriedad, entendido ello en el sentido de que, por anticipado, se sabe que no se tiene intención de comprometerse y, por ende, de negociar.

Por nuestra parte, todo se reduce a un tema excluyentemente probatorio, y aún cuando la ruptura haya sido justificada, si se produjo un daño, se debe reparar. En la segunda parte del artículo 991 tenemos que: “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” ¿Y qué ocurre si ambos actuaron con culpa? ¿Se reparten? ¿O el que sufre un daño puede reclamar la reparación?

### **III.- CONCLUSIONES**

1) El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 991 limita el deber de reparación del daño sólo al supuesto de incumplimiento de la obligación de obrar de buena fe que frustra injustificadamente las tratativas preliminares; y excluye de su ámbito de aplicación los casos de responsabilidad precontractual objetiva, como así también los fundados en culpa o negligencia.

2) El término “injustificadamente” incluido en la norma torna imprescindible la existencia de una conducta imputable y dolosa como fundamento del deber de reparación.

3) La gran mayoría de los supuestos de ruptura de las tratativas preliminares pueden encuadrarse fácilmente en la categoría de “justa causa” y quedar fuera de la órbita del artículo 991. Sin embargo, corresponde precisar los alcances de esta última para evitar soluciones aún más injustas que las ya expresadas en los párrafos anteriores con motivo de la terminología implementada en la redacción del articulado.

---

<sup>5</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIS, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, T.V, Rubinzal – Culzoni, pág. 669, 2015

<sup>6</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIS, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, T.II, Rubinzal – Culzoni, pág. 363, 2015

4) Es necesario efectuar una reformulación más abarcativa del artículo 991 del CCCN, retomando el principio de que quien ocasiona un daño debe repararlo.