

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

UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 990 A 999 DEL CCCNAC.

Autor: María Josefina Tavano*

Resumen:

En el presente se trata la formación progresiva del consentimiento analizando la normativa del nuevo código referida a los artículos 990 a 999. Se determinan los deberes que las partes asumen en este iter y las responsabilidades que de ella derivan. En razón de la extensión se han obviados otros temas.

1. Introducción.

La formación progresiva del contrato a través de tratativas y la responsabilidad de ella derivada fue expuesta por primera vez por Ihering¹, en su obra “De la culpa in contrahendo o de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas”. Allí trataba supuestos de nulidad de los contratos, en los que era necesario volver a la situación anterior al acuerdo. La cuestión a resolver era a quién hacer cargo de los gastos (embalaje de la mercadería, transporte, etc). La respuesta aparecía como sencilla: al culpable de causarlos. Y el fundamento lo va a encontrar en la existencia de un preacuerdo tácito entre las partes, regulatorio de conducta, cuya violación daba lugar a la responsabilidad, que consideraba contractual y exigible desde el momento en que hubo una oferta.

Posteriormente Fagella², apartándose de Ihering, amplió el campo a toda la etapa de negociaciones y tratativas anteriores a la oferta. Entendió que debía ampliarse el lapso de la responsabilidad al tiempo anterior a emitirse la oferta, y desestimó la “culpa in contrahendo”, no obstante coincidir en considerarla una especie de responsabilidad contractual. Así como las partes están en plena libertad de entablar negociaciones tendientes a celebrar un contrato, también lo están a retirarse de ellas. Sin embargo, existe un deber de resarcir cuando las partes se hubiesen autorizado expresa o tácitamente a realizar actos preparatorios para el negocio. Para él la responsabilidad no es subjetiva, fundada en la culpa, sino objetiva, pues si alguien consiente que se realicen trabajos

* Profesora Titular efectiva Facultades Ciencias Económicas y Derecho de UNCuyo. Profesora Titular Ordinaria Fac de Ciencias Jurídicas y Sociales UM.

¹ VON IHERING, Rudolf, “De la culpa in contrahendo ou des dommages - intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaits”, Tº II, trad. de O. de Meulenaere, Oeuvres choisies, París, 1893, pp. 1-100.Choisies”.

² FAGELLA, Gabrielle, “Dei periodi precontrattuali”, en Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, III, p. 271 ss

preparatorios antes de la celebración del contrato, asume también la obligación de resarcir los gastos y costos del mismo en tanto se ha lesionado un valor patrimonial.

Esta responsabilidad, que entre nosotros se denominó “responsabilidad precontractual” fue caracterizada como “aquella que se origina en la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que deriva un daño al otro precontratante generando el deber de resarcirlo”³. Por su parte, la jurisprudencia entendió que la responsabilidad precontractual comprende toda brusca ruptura de los actos preliminares, aun cuando éstos no se hubieran concretado en una oferta definitiva, siempre que se hubieren realizado trabajos preparatorios con la autorización expresa o tácita de la otra parte.

En el derecho moderno, la responsabilidad precontractual abarca el período que comienza con las tratativas hasta la formación del consentimiento, pero partiendo de este supuesto que puede considerarse pacífico, se discrepó respecto de los fundamentos y de la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad.

En la “responsabilidad precontractual” se comprenden supuestos como los de nulidad contractual, de contratos válidos carentes de requisitos de eficacia, o bien la ruptura injustificada dañosa de las tratativas, la caducidad de la oferta o de la aceptación, los deberes del empresario en los contratos de consumo, los daños a la persona derivados de prestaciones precontractuales, los contratos forzosos, etc⁴.

2. El contrato y sus etapas.

El C.C. Argentino, definió al contrato en el art. 1137 diciendo que “hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”. Por su parte, el C.C.C.Nac lo define en su **art 957**, diciendo: “*Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”.

Ya sea en la tradicional definición de contrato, como en la actual, se hace referencia al acuerdo de voluntades, al consentimiento, lo que permite advertir un proceso dinámico, no estático. No se trata de un solo momento en el transcurrir histórico que pueda ser captado por una foto. Llegar a acuerdos puede ser difícil, requiere de mucho más tiempo que un mero instante.

En todo contrato existen intereses en juego, más o menos importantes; pero los hay. También, dificultades para su concreción que pueden derivar de la complejidad técnica o de actos que se requieren para su concreción, del número de partes que participan, de sus diversos objetivos, de sus diferencias culturales, de los riesgos propios del contrato, etc. Todas las circunstancias que mencioné, y muchas otras, hacen que la formación del

³ Brebbia, Roberto, “Responsabilidad precontractual en un caso de daño producido durante los preliminares de una compraventa”, LA LEY, 1993-C, 92, nota al fallo del Trib. Col. Resp. Extracontractual Santa Fe, n° 4, 19/05/92, “Bertolo, Mario c. Federico Tomaso”.

⁴ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., “La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación”, LA LEY 1993-B, 712-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 927-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 469.

contrato deba verse en forma dinámica, como un proceso susceptible de ser captado por una película.

Actualmente, se está muy lejos del modelo de negociación fundado en el contrato de compraventa, instantáneo y entre presentes al que aludían los códigos del siglo XIX. Es necesario reconocer que llegar a acuerdos no es sencillo, y aún en contratos entre presentes, puede mediar lapso entre los primeros acercamientos de las partes, la formulación de la oferta y su eventual aceptación. En este sentido la terminología utilizada por Ihering "... in contrahendo" explicita con mayor precisión la situación que trata, pues da la idea del proceso dentro del cual las partes están inmersas. No hay contrato, porque todavía no hay acuerdo; pero existe una relación en camino (en iter) al contrato, lo que, en principio lo diferenciaría de la situación extracontractual, en la que, por definición, no hay relación previa entre las partes.

En el fondo, subyace la idea que para llegar a la oferta, también se necesita de la negociación, llamándose a la etapa "pre- contractual". En el Common Law, el instituto que explica esta situación se denomina "Teoría de la negociación".

La negociación entre las partes es libre, y en tal sentido dice el **art 990** del C.C.C.Nac *"Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento"*.

Las partes gozan de la autonomía de su voluntad- no podría ser de otro modo- dentro de un código que está atravesado por tal principio. Es que, la libertad de contratación implica la facultad de entrar en negociaciones para formar el contrato y también la facultad de abandonarlas si así es su deseo; pero como cualquier otro derecho o facultad tiene sus límites:

a-Abuso del Derecho:

En este sentido es necesario recordar el art 10 del C.C.C. Nac. Pero lo novedoso no está allí, sino en el art 11 referido al abuso de la posición dominante. *"Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales"*.

Durante la vigencia del C.C. de Vélez, se discutió quiénes podían invocar el abuso de derecho. ¿Es que sólo podían hacerlo los individuos, los débiles; o también podían invocarlo las empresa?, y, admitido que también las empresas pudieran hacerlo, ¿cuáles, sólo las pequeñas, o también las medianas? La respuesta que di⁵ a esos interrogantes fue todos los sujetos, incluso las empresas. Sin tomar en cuenta que tal vez no les faltaba cierto conocimiento, e incluso asesoramiento; pues, lo importante era ver la situación de esas empresas comparadas con aquellas a las que se enfrentaban. No importaba si eran pequeñas, medianas o grandes, consideradas en sí mismas sino en comparación con las otras; en comparación con la porción del mercado que manejaban.

El nuevo código en sus fundamentos establece que "el ejercicio abusivo, incluye la posición dominante pero debe aclararse que se trata de la posición en el mercado. El

⁵TAVANO, María Josefina, "La autonomía de la voluntad: otro punto de convergencia entre el Derecho y la Economía" en Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, en Conmemoración al 50 ° Aniversario de la Facultad, Año L, N° 117- 118, enero- diciembre 1998, Mendoza

fundamento de este agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro...”

En este sentido, la norma se torna de una aplicabilidad más amplia, pues ya no mira la protección sólo de los particulares, o de los débiles, o del pequeño ciudadano; sino que permite introducir a aquellos que sin serlo, porque por ejemplo son pequeños o medianos empresarios o empresas, tienen una situación de inferioridad en el mercado, pues por su tamaño, en relación a otras empresas son débiles o bien están en una situación de inferioridad, dominados.

b-Buena fe:

La buena fe de los co- negociadores será fundamental. Y así lo establece como principio general del art 9

El CCCNac se refiere a las tratativas contractuales, en las que luego de fijar el principio de libertad de negociación (art. 990). Lo aplica a las tratativas preliminares en el **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. 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”.*

Como se dice en los fundamentos, “a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, se encuentran soluciones para la responsabilidad en los casos típicos en la negociación entre iguales”. Es decir, la buena fe que impide actuar de modo de frustrar injustificadamente las negociaciones.

En los mismos fundamentos se dice que se trata de una regulación demasiado austera, pero hay que tener en cuenta que se trata de “un área muy dinámica, con un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario, y en tales condiciones es conveniente sentar principios generales que permitan esa labor. También debe considerarse que toda la temática de los periodos previos en las relaciones de consumo está ampliamente tratada en el Capítulo Tercero”.

c-Actos propios

Como un producto derivado de la buena fe, habrá que analizar los actos propios de los co-negociadores y si estos actos crearon o no la apariencia, la creencia del co-negociador de que la intención era llegar a la contratación.

d-Usos y costumbres

Finalmente, vinculado a ellos: los usos y costumbre que corresponderán a la actividad de la cual se trate. Hay ciertos usos, ciertas costumbres, o reglas, las que en el Derecho Norteamericano se suelen llamar “prácticas de la industria o comercio” dentro de los cuales esos contratos fueron negociados. Ellos indicarán al juzgador las verdaderas intenciones de los co-negociadores y eventualmente las expectativas que crearon o pudieron crear en su contra parte.

3. Cartas de intención, los contratos preliminares, pactos de preferencia y contrato sujeto a conformidad.

Bien se ha señalado que en el iter constitutivo del contrato pueden darse diversas alternativas⁶

a-Cartas de intención:

Definidas ahora por el Código en el **art 993**: *“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”*.

Las cartas de intención son un instrumento especialmente útil cuando se inician tratativas contractuales complejas y prolongadas. Por ejemplo, cuando se pretende la adquisición de una empresa o de sus productos y es difícil determinar el precio, pues dependerá de la existencia de pasivos ocultos, del valor real de los activos, etc. En aquellos casos en que sea necesario realizar ciertas tareas difíciles y costosas, que incluso puedan requerir la intervención de diversos profesionales para llegar a precisiones que permitan concluir el contrato, es útil celebrar una carta intención que asegure al co-negociador, tal vez posible inversor, ciertas circunstancias. Por ejemplo, que tendrá acceso a la información necesaria y que sus erogaciones no se verán frustradas por la ruptura intempestiva o arbitraria de las negociaciones.

La carta de intención no es un contrato previo ni preliminar. Sin embargo, ella puede revelar cierto acuerdo de voluntades sobre acciones a realizar o posibles contratos a celebrar, por lo que la redacción de la misma será materia posterior de interpretación en caso de desacuerdo entre los co-negociadores, dando lugar incluso a cierta responsabilidad. Su interpretación es restrictiva, y salvo que tenga los elementos propios de la oferta no tendrá fuerza obligacional.

Bien se ha hecho notar que la carta de intención “puede contener, y normalmente contiene, acuerdos de voluntad que son verdaderos contratos y también otras manifestaciones que no alcanzan esa categoría, pero que definen conductas previas al convenio básico, cuya inobservancia puede generar responsabilidad si alguna de las partes incurre en falta de lealtad y probidad antes de que aquél quede perfeccionado o se produzca la ruptura definitiva de las tratativas”⁷.

En el Common Law los acuerdos precontractuales se plasman en lo que para nosotros constituyen las “cartas” o “pactos de intenciones” (letters of intents). Bajo esta denominación se incluyen los acuerdos precontractuales (precontractual agreement) y los pactos de intenciones en los cuales se va determinando el desarrollo de las negociaciones a través de distintos instrumentos, lo cual será base del futuro contrato⁸.

⁶ Gregorini Clusellas, E. L., “Derecho de los Contratos”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. I, Cap. VI, p. 371 y ss.

⁷ MORETTI, Walter Octavio, “Características y naturaleza de la denominada “carta de intención” (“Letter of intent””, LLGran Cuyo 2004 (junio), 427.

⁸ Conf. LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., “La responsabilidad en las tratativas precontractuales”, DJ 28/10/2009, 3019.

La carta de intención, como ya se dijo, puede generar responsabilidad, lo que queda de manifiesto en el **art. 992**, con el 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”*.

La regulación sobre el deber de confidencialidad, es fundamental. Dentro del deber general de “no dañar a otro”; y del más específico de obrar de buena fe, se incluye este deber de confidencialidad. Toda la información que el co-negociador obtuvo de la otra parte, en razón de la negociación en la que participó no puede ser revelada y menos aún usada en interés propio. Por supuesto que su incumplimiento genera la obligación de reparar el daño causado. Es aquí donde la regulación me parece novedosa.

Se debe reparar el daño sufrido por la otra parte. Y agrega que: *“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”*. Le agrega un plus indemnizatorio que funciona como un incentivo a mantener la confidencialidad y una “extensión –límite” de la responsabilidad civil.

Veamos un ejemplo: un co- negociador ha llegado a saber, en razón de la negociación en la que está, sobre ciertas debilidades en el sector ventas de una determinada empresa. Por supuesto que deberá guardar silencio sobre tal circunstancia y no develarla a un competidor, pues si no deberá responder por los daños y perjuicios que ocasione. Es difícil imaginar que develará tal información si no obtiene a cambio algún beneficio; no será simplemente porque es un “chismoso”. Y suponiendo que no lo es ¿para qué arriesgarse a tener que pagar daños y perjuicios sin beneficio alguno? Lo lógico es imaginar que usará esa información en beneficio propio -venderá la información al mejor postor, o a un competidor de la empresa, o la aprovechará para realizar algún negocio que requiera tal información-; si esto es así; y utiliza tal información para obtener un beneficio indebido en interés propio, no sólo deberá indemnizar los daños y perjuicios que cause sino que deberá devolver todo aquello en lo que se haya enriquecido.

El plus establecido al deber de indemnizar se presenta como un doble valladar a respetar el deber de confidencialidad. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil analizada de modo funcional, se cumplirá con una función preventiva- reparadora-sancionadora. En cuanto a la función preventiva, no habrá interés alguno en dañar, pues se deberá responder por el daño causado y se deberá entregar todo el beneficio obtenido. No habrá interés en dañar y pagar, porque se deberá devolver más del daño causado. La función sancionadora actuará en tanto en algunos casos develar un determinado dato podría causar muchos más beneficios que lo que se debería pagar por los daños provocados de modo que conviniese dañar y pagar. Devolver el enriquecimiento obtenido actuará como una alteración del análisis costo-beneficio. No habrá interés alguno en violar la confidencialidad.

b- Contratos preliminares

Los contratos preliminares, tal como han sido regulados, comprenden las promesas de contratos y el contrato de opción. Se diferencian del llamado contrato preparatorio que es el “acuerdo que establece un marco regulatorio general para una serie de contratos que las partes prevén celebrar en el futuro ... no obliga a celebrar futuros contratos, pero, si ellos realmente se perfeccionan, deben encuadrarse en las cláusulas del contrato preparatorio ... se incluyen en esta categoría los contratos normativos, reglamentarios y contratos tipo ... El contrato preliminar en cambio es un contrato que obliga a celebrar el contrato futuro es un verdadero contrato en el que ya existe el acuerdo”⁹

El Libro Tercero, Título II, Capítulo 3, sección 4º regula las disposiciones generales sobre los contratos preliminares en el **art. 994** “*Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento*”.

Constituyen contratos preliminares tanto la promesas de contratos como los contratos de opción.

Sus elementos esenciales son:

- a) todas aquellas indicaciones que identifiquen el contrato futuro de que se trate: requisitos mínimos, esenciales;
- b) el tiempo de vigencia: cuyo límite es de un año,.

En el **art. 995** regula la promesa de contrato “*Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer*”.

El ejemplo clásico de lo que usualmente se denominó ante contrato, pre contrato o contrato preliminar es la compraventa de un inmueble cuya escritura pública indispensable para transmitir el dominio sólo puede celebrarse en el futuro una vez confeccionado un plano u obtenido un préstamo bancario destinado a pagar parte del precio cuya gestión el comprador se obliga a concluir. En tal caso la obligación de hacer que surge del precontrato no se traduce en renovar el “consensus”, sino en ejecutar lo convenido anteriormente.

c-Contrato de opción

En el **art. 996** se regula el contrato de opción. “*El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule*”.

La opción en sí misma es un contrato preparatorio, que es el medio para la celebración de un contrato ulterior que se denomina definitivo¹⁰. El ejemplo clásico de una opción es la de “compra” que da al beneficiario- comprador el derecho a comprar un activo

⁹ Conf. SANTARELLI, Fulvio G. en nota a fallo Olivera, Héctor M. c. ICI Argentina S.A.I.C. (Ex Duperial S.A.I.C.), en RCyS 2005, 8849 - LA LEY 19/04/2005, 4; LA LEY 2005-B, 855; DJ 2005-2, 89 - IMP 2005-A, 1370 - AR/JUR/5005/2004.

¹⁰ Conf. ALTERINI, Atilio Aníbal, “Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo-Teroría General”, 2ª ed, (Abeledo Perrot-Bs As-2009), pág.307.

a un precio predeterminado en una fecha concreta. El vendedor de la opción de compra tiene la obligación de vender el activo en el caso de que el comprador ejerza el derecho a comprar.

d- Pacto de preferencia

En la sección 5 regula los pactos de preferencia y los contratos sujetos a conformidad.

Dice el **art.997** que *“El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. Si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco. Los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen”*.

En el **art. 998**, regula sus efectos *“El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios”*.

Los pactos de preferencia generan la obligación de contratar con determinada persona antes que con otra, siempre que se decida realizar la operación. No se está obligado a celebrar contrato alguno, simplemente, en caso de decidirlo, deberá hacerlo preferentemente con alguien. Están legislados en el nuevo código en diversos lugares y con diversos plazos. Por ejemplo, en la compraventa (art. 1165 y 1167), o el contrato de suministro (1182).

e-Contrato cuyo perfeccionamiento requiere conformidad o autorización

En el **art. 999** se refiere al contrato sujeto a conformidad. *“El contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva”*.

Corresponden a los llamados contratos “ad referendum”. La conformidad o autorización puede provenir de un individuo, de un órgano societario o de un organismo estatal; teniendo como efecto principal quedar sujeto a condición suspensiva.

4. Derechos y deberes de los que aquellos que intervienen en los tratos y deliberaciones previas

En cualquiera de las situaciones enunciadas, los partícipes de la negociación deben observar deberes de conducta que se convierten en verdaderas obligaciones¹¹.

a) comportamiento acorde con la buena fe objetiva “in contrahendo” (arts 9, 10,11 y 991) del CCCNac. Hay un deber general de consideración y respeto a los intereses del otro negociador (no hacerlo incurrir en gastos inconducentes, no prolongar las tratativas cuando la decisión sea no concretar el negocio, etc) ;

¹¹ Conf. CAMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., “Responsabilidad precontractual”, LA LEY 2006-E, 1380-LLP 2007 (marzo), 163-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 531.

b) mantener el secreto sobre todo aquel elemento que sea confidencial (art.992). Los negociadores y quienes de ellos dependen deben preservar toda información comercial, técnica o relevante en general a la que hayan accedido en ocasión de las negociaciones y de la cual no hayan sido expresamente relevados;

c) cumplir con la información necesaria. Los co-negociadores deben informarse sin reticencia sobre lo que conocen. De modo tal de alejar cualquier la posibilidad de que la otra parte incurra en error tanto en la celebración del contrato como en la ruptura de las negociaciones, pues por ambos medios se le ocasionaría un daño; sea por celebrar un contrato viciado o por no celebrarlo por creerlo contrario a sus intereses. Asimismo, se ha cuestionado si la información que debe proporcionarse es tanto la de hecho como la del derecho aplicable. Por ejemplo: si “A” se prepara a comprar un detector de radar para su automóvil (hecho), ¿debe el vendedor “B” informarle que en el ejido municipal está prohibido su uso (derecho)?. Entiendo que sí, no sólo porque ambas informaciones resultan relevantes para la celebración y posterior eficacia del contrato, sino también porque, aunque la ley se presume conocida por todos, la ley no es todo el derecho.

No queda excluida la información que el negociante pueda considerar reservada siempre que resulte conducente a la celebración del contrato. La información reservada—será compartida con el otro negociante—y el secreto quedará cubierto con el deber de reserva que pesa sobre el nuevo poseedor de la información y que en caso de violación comprometerá su responsabilidad.

Los negociantes tienen, además, el deber de adquirir la información que ignoran, ya que de lo contrario se estaría favoreciendo una actitud meramente pasiva, que, en definitiva es contraria al deber de cooperación.

Es necesario tener presente que la información cuesta; por tanto, debe ser obtenida toda aquella que pueda serlo a un costo razonable. Carecería de todo sentido obtener una información sobre determinado producto o sustancia a un costo que superase el valor del contrato que se prepara. La información es un costo más que influirá en los costos de transacción; y habrá que determinar cuánto costo y quién debe cargar con él;

d) mantener y conservar los elementos materiales que resultan el substrato del futuro acuerdo. Se trata de un deber de custodia. Es frecuente que una de las partes del futuro contrato envíe a la otra la cosa a fin de que la examine o pruebe. No hay allí todavía contrato alguno. En algún caso ni siquiera hay oferta. Tampoco contrato de depósito, pese a lo cual las obligaciones que pesan sobre el receptor se juzgarán 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 precontractual¹², y ;

e) no hacer abandono de los tratos en forma abrupta o sin causa. Comprende un deber de corrección y lealtad hacia el co-negociante.

5. La responsabilidad civil

¹² Conf. LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P.; “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, LA LEY 1998-D, 1229-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 985.

Para que una situación genere responsabilidad civil debe cumplir con todos los presupuestos; pero merecen especial referencia el factor de atribución y el daño.

a-Factor de atribución

En cuanto al factor de atribución, se citan¹³: la ruptura arbitraria de una negociación, la mala fe del negociador, la retractación abusiva y anti-funcional de su derecho, que generaba una imputación subjetiva basada en la culpa o dolo del operador. Si éste actúa despreocupada o deliberadamente, desconociendo los límites impuestos “por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” o simplemente en la culpa aquiliana, prescindiendo que haya existido uso abusivo de la facultad de no contratar, se configura el factor de atribución.

Como señalara Cobas¹⁴, la base atributiva relacionada con la culpa o dolo, no excluye el elemento objetivo consistente en comparar la conducta real con las pautas de conducta del agente impuestas por la buena fe objetiva y la existencia de supuestos objetivos de responsabilidad de no contratar.

En la EEUU, el fundamento se halla en la doctrina de los actos propios y la figura de las “promissory estoppel”.

b-Daño

Cuando originariamente Ihering trató el tema, distinguió entre la reparación de las ventajas patrimoniales que el damnificado hubiese obtenido de la ejecución del contrato (interés positivo o de cumplimiento), y la reparación de las consecuencias dañosas por no concretarse el negocio (interés negativo). Este último tipo de daño, asociado a la responsabilidad precontractual debe comprender:

- *) Los gastos que el damnificado realizó causados por el frustrado contrato, y;
- *) El daño emergente como el lucro cesante, derivado de la pérdida de otro negocio sustitutivo ocasionado por las frustradas tratativas o la inconducente actividad precontractual¹⁵.

Esta categoría no estaba ni está regulada en el Derecho Argentino; pero no le es ajena, pues se repite hasta la actualidad, aunque sin acordar un contenido unívoco.

La pregunta a realizar es si el daño al interés negativo es sólo daño patrimonial o también daño extrapatrimonial y a su vez si debe ser considerado el sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante. Creo que no puede dudarse que el interés negativo comprende la reparación de los daños en que el co-negociador incurrió, y que no hubiese sufrido si el

¹³ LORENZETTI, Ricardo, “La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de negociación” LA LEY, 1993-B, 717; PAZ GARCÍA, Rubio, “La responsabilidad precontractual en el derecho español”, p. 131. En igual sentido CNCiv., sala E, 16/09/82 “Sánchez Sorondo, Matías G. c. Pereyra Iraola, Diego M. F.”, LA LEY, 1983-A, 127 con nota de Alberto Spota

¹⁴ Cobas, Manuel, “Responsabilidad precontractual”, en Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Oscar J. Ameal (dir.) – Dora M. Gesualdi (coord.), p. 1319.

¹⁵ Se sostiene que “el interés negativo, o interés de confianza, consiste en el daño sufrido por una de las partes por haber confiado en la celebración de un contrato y que se vio frustrada: suele afirmarse que la compensación por interés negativo debe dejar al contratante dañado en la misma situación en que estaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio frustrado”. WAISMAN, Agustín, “El daño resarcible en supuestos de responsabilidad precontractual”, DJ 2002-3, 792.

contrato se hubiese concretado y también lo que dejó de ganar por estar en estas tratativas frustradas la respuesta es sí. En nuestro derecho se hablaría de chance, en este caso de lo que se perdió por estar en esta negociación que se frustró por culpa de la contraparte en vez de haber estado en otra negociación que podría haber llegado a buen puerto. Para el AED este daño sería valorable acudiendo a los costos de oportunidad.

En cuanto al daño extrapatrimonial, ha sido reconocido por la jurisprudencia¹⁶.

6. Conclusiones

a- Tanto en la tradicional definición de contrato, como en la actual, arribar al consentimiento conlleva un proceso dinámico. No se trata de un solo momento en el transcurrir histórico que pueda ser captado por una foto. Llegar a acuerdos puede ser difícil, requiere de mucho más tiempo que un mero instante, el que debe ser captado como si fuera una película.

b- Las partes gozan de la autonomía de su voluntad, que implica la facultad de entrar en negociaciones para formar el contrato y también la facultad de abandonarlas si así es su deseo; pero como cualquier otro derecho o facultad tiene sus límites: abuso del derecho, buena fe, actos propios y usos y costumbres.

c- En cuanto al abuso de derecho deben considerarse los artículos: 9, 10 y 11 del C.C.C. Nac. Lo novedoso se refiere al abuso de la posición dominante. Las empresas también pueden invocar abuso del derecho, teniendo en cuenta no su tamaño en sí mismas sino en la comparación con las otras, en la porción de mercado que manejan.

d- Aparecen reguladas las cartas de intención, los contratos preliminares que comprenden la promesa de contrato y los contratos de opción, los pactos de preferencia y los contratos sujetos a conformidad.

e- Se establecen como deberes: el comportamiento acorde con la buena fe objetiva “in contrahendo” (arts 9, 10, 11 y 991) del CCCNac, mantener el secreto sobre todo aquel elemento que sea confidencial (art. 992), c) cumplir con la información necesaria, mantener y conservar los elementos materiales que resultan el substrato del futuro acuerdo, y no hacer abandono de los tratos en forma abrupta o sin causa.

d- La indemnización del daño comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral con los límites expuestos.

¹⁶ Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, “Mussa, Nadia Yamila c. Ideas del Sur S.A.”, 13/11/2007, RCyS 2008, 846.