

TRATATIVAS PRELIMINARES. LIBERTAD PARA ABANDONAR LAS TRATATIVAS Y DEBER DE JUSTIFICAR SU FRUSTRACIÓN

Autor: Claudia Wagner*

Resumen:

El deber impuesto por el art. 991 de “no frustrar las tratativas injustificadamente”, de algún modo condiciona y limita la libertad de abandonarlas fijada en el art. 990. Además, el legislador dejó abierta la cuestión de la extensión de la responsabilidad, por lo cual la reparación debería alcanzar a todos los daños que tengan una adecuada relación de causalidad con la conducta antijurídica, por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil.

Si bien el derecho a no contratar y a apartarse de las tratativas impone un deber de obrar de buena fe y genera la obligación de resarcir los daños que pueda causar un apartamiento intempestivo o abusivo, este deber no puede desvirtuar el derecho al libre abandono. Máxime cuando las tratativas, aunque pueden ser preliminares a cualquier contrato, son generalmente utilizadas en el marco de la contratación paritaria.

1. Ponencia.

Las tratativas preliminares y la responsabilidad precontractual que genera la ruptura abusiva de las mismas, no fueron contempladas en el Código de Vélez. Por el contrario, en este Código el período precontractual comenzaba con la oferta (art. 1148 C.C.). Los proyectos de unificación anteriores al nuevo código, sí se habían ocupado del tema.

El hecho de que carecieran las tratativas de regulación legal no fue óbice para su abordaje, desde hace muchos años, por la doctrina y la jurisprudencia, merced a quienes la figura había ya alcanzado, antes de la sanción del nuevo código, perfiles definidos y cierto consenso.

Este perfil lo delinea el Dr. Saux diciendo: “Lo cierto es que la figura en sí de la precontractualidad reconoce como elementos integrativos la existencia de una negociación –encaminada a la concreción de un vínculo contractual-, la de un daño normalmente vinculado a lo que se denomina “daño al interés negativo”, vale decir, el resarcimiento de los gastos que se han efectuado con motivo de las negociaciones frustradas y las pérdidas de chances de perfeccionar otros contratos, aún cuando modernamente se postule una mirada más aperturista que involucre todo daño vinculado a la ruptura que guarde un nexo de causalidad adecuada, -la relación causal entre ambos, un factor de atribución- que se admite que no puede ser objetivo, sino que requiere un

* Profesora Adjunta de Contratos y Derecho Civil Parte General de la Fac. de Cs. Juríd. y Soc. de la UNL, profesora titular de Contratos y Derecho Civil Parte General de la Fac. de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.

reproche conductista canalizable por la culpa o el dolo, y la antijuridicidad de la conducta, normalmente estandarizada como vulneración del principio de buena fe negocial u objetiva”.¹

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a diferencia del Velezano, sí se ocupa de la figura. En el Libro Tercero: Derechos Personales, Título II Contratos en General, se dedica el Capítulo 3 a la formación del consentimiento y, específicamente en la Sección 3^a, se regulan las tratativas contractuales. La incorporación de una regulación para las tratativas constituye un gran acierto aunque, creemos, la redacción dada al artículo 991 deja abiertas ciertas cuestiones que la jurisprudencia deberá ir precisando.

En efecto, en el art. 990 se sienta el principio general: “Libertad de negociación. Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento”. Este principio de libertad de contratación resulta la consagración de la autonomía de la voluntad y concuerda con el principio establecido en el art. 958 para los contratos en general, cuando se establece que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido. O sea, si se reconoce a los sujetos libertad para celebrar contratos, también se lo hace para celebrar tratativas previas a estos.

Ahora bien, el legislador no se limita a sentar este principio de libertad sino que a continuación del mismo establece, en el art. 991, el deber de obrar de buena fe. Esto tampoco es una novedad sino que resulta una aplicación del principio general consagrado ya en el título preliminar, art. 9^o., que establece: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Principio que por lo demás se recepta en el artículo siguiente cuando se estatuye que se considera abusivo el ejercicio de derechos que contraría los límites impuestos por la buena fe.

A pesar entonces de que este principio de buena fe aparece ya en el título preliminar como un principio general y un mandato que resulta aplicable a los contratos y a las tratativas previas a ellos, el legislador se ocupó de reiterarlo en esta sección a los fines, suponemos, de delimitar concretamente qué se entiende por buena fe, o mejor dicho, en qué consiste la “buena fe” de las partes al celebrar estas tratativas. Así dice el art. 991: “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.”

El artículo comienza entonces sentando el deber de obrar de buena fe y, hasta aquí, no hace más que aplicar concretamente a las tratativas el principio general establecido ya en el Título Preliminar. Como ya dijimos, no hubiera sido necesario repetirlo, pero tal reiteración en nada perjudica sino que reafirma la necesidad de obrar de buena fe también durante las tratativas preliminares. Cuando a continuación dice “aunque no se haya formulado una oferta” tampoco agrega demasiado, pues sabemos que las tratativas son anteriores a la oferta, aunque sirve para enmarcar temporalmente este deber de obrar de buena fe.

Lo que sí constituye una norma especial para estas tratativas es lo que el legislador entiende que es buena fe para el abandono de las mismas. Esto surge específicamente de

¹ SAUX, Edgardo Ignacio. Breves apuntes sobre la regulación del régimen de la precontractualidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista del colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Dossier: Reforma del Derecho privado, Santa Fe, Septiembre 2013, pág. 231.

la expresión “las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente”. La fuente en la materia fue el proyecto de 1998.

Por lo tanto, las partes sólo actuarán de buena fe si actúan de tal forma que no las frustren injustificadamente. De alguna forma este deber de “no frustrarlas” condiciona y limita la libertad de abandonarlas fijada en el art. 990. O sea, interpretando ambos artículos conjuntamente, podría concluirse que las partes tienen libertad para celebrarlas pero, para abandonarlas, tal libertad requiere de una justificación. Justificación que obviamente debería ser probada. Tal principio difiere del sentado por la jurisprudencia y sostenido por la doctrina, antes de la sanción del nuevo código.

En los fundamentos del Anteproyecto se dijo: “Tratativas contractuales. En esta materia se comienza con la enunciación de un principio general, que, en este caso, es la libertad de negociación, según la cual, las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, así como para abandonarlas en cualquier momento. Seguidamente se desarrolla otro principio, el de la buena fe, conforme al cual, las partes deben actuar de buena fe en el curso de las negociaciones para no frustrarlas injustificadamente. Puede parecer una regulación demasiado austera, pero hay que tener en cuenta que es 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.”²

El nuevo Código, de acuerdo con lo adelantado en los fundamentos del Anteproyecto, no hace ninguna precisión respecto a la entidad de las tratativas pero, en tal sentido, la jurisprudencia ya desarrolló un concepto muy importante: las tratativas deben estar avanzadas para generar responsabilidad. Avanzadas son las tratativas que generan en la otra parte la expectativa razonable de llegar al contrato definitivo, aunque su calificación dependa en definitiva de cuestiones de hecho de cada caso en concreto. “El carácter de avanzadas nada tiene que ver con el mayor o menor tiempo transcurrido en las negociaciones preliminares, sino con lo que ellas han generado en la parte afectada: confianza o expectativa”.³

Claramente la norma ata el daño a reparar, a la confianza generada a quien se le frustra su expectativa a contratar. “En realidad, nadie discute que hay libertad de comercio y por lo tanto a apartarse de las tratativas, a no concretar; la otra parte sabe habitualmente que la negociación puede no concretarse. La ilicitud no se da respecto de ello. Para que se configure la ilicitud debe existir la creación de una expectativa de concreción del contrato. Si alguien trata con otro y realiza gastos y ello se frustra, no hay responsabilidad, pero si uno de los negociantes realiza actos que inducen a creer que el contrato se perfeccionará, hay responsabilidad. El bien jurídico protegido no es la libertad de comercio, sino la confianza.”⁴

En cuanto a la buena fe, “La norma del nuevo código opera con un concepto de buena fe objetivo, que se expresa en el deber del sujeto de abstenerse de desplegar conductas que puedan frustrar injustificadamente las negociaciones.”⁵ Del deber genérico de obrar de

² Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación año 2012.

³ DI CHIAZZA, Iván G. Tratativas previas y responsabilidad precontractual en el Proyecto de Código. Bs. As., Rev. La Ley del 09-05-2012, pág.

⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos Parte General. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 325.

⁵ CARAMELO, Gustavo. La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y comercial de la Nación. Suplemento Especial Contratos. Director Rubén Stiglitz. Ed. La Ley, Bs.As., Febrero 2015, pág. 68.

buena fe pueden extraerse concretamente para las tratativas los deberes de cooperación, de información, de evitar gastos innecesarios a la contraparte, de custodia, de confidencialidad (art. 992 CCCN).

Ahora bien, quien pretenda apartarse de las tratativas debe demostrar que lo hace justificadamente, o sea que ha tomado las medidas para evitar la interrupción, en definitiva para prevenir el daño? O debe entenderse que el principio general es la libertad de abandonarlas y este deber de no frustrarlas injustificadamente queda supeditado a aquel? Algunos autores, intentando acotar esta exigencia de “justificación” para abandonarlas, de manera tal que no se desvirtúe el principio de libertad, interpretan que existe un cierto orden jerárquico. Así nos dice Rivera: “La expresión quizás no sea feliz, pues parecería que quien se ha retirado de las negociaciones debería dar un motivo o justificación de su conducta, lo cual aparece contradictorio con lo expuesto en el art. 990 que establece la libertad para abandonarlas en cualquier momento. Parece una conclusión necesaria que prevalece el principio del art. 990: las partes no están obligadas a contratar y pueden abandonar las negociaciones sin responsabilidad.”⁶

Por lo demás, la cuestión debe ser interpretada conjuntamente con la nueva regulación en materia de responsabilidad civil. El nuevo Código manda a prevenir el daño (art. 1710 CCCN) por lo que, aplicando tal norma en el marco de las tratativas, si una de las partes advirtiera que por cualquier causa no va llegar a la conclusión de las negociaciones, debería de buena fe adoptar todas las medidas necesarias para evitar causar daño a su contraparte.

Y es importante delimitar correctamente esta necesidad de “justificar” el apartamiento, porque la norma consagra el deber de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato, sin acotarlo al daño al interés negativo, como hasta ahora se venía haciendo. La jurisprudencia había reconocido que el daño a reparar es el daño al interés negativo, es decir, los gastos efectuados con motivo de las negociaciones y no las ganancias dejadas de percibir que integran el daño al interés positivo. La doctrina sostenía lo mismo: “En la determinación de la extensión de la responsabilidad, es importante destacar que durante las tratativas no hay contrato; y de ahí resulta que, al no existir un contrato, es imposible reclamar su cumplimiento, porque la confianza en la posibilidad de celebrar un contrato no garantiza el cumplimiento del contrato y por ello el interés de cumplimiento no puede ser reclamado... Así encuadrado el tema, el bien jurídico protegido es la negociación y de ahí que, en principio, solo cabe resarcir los gastos incurridos en tal proceso y sólo las ganancias perdidas por haber rechazado otras ofertas durante el período que las partes se entendían negociando y, por lo tanto, tenían la legítima confianza en que la tratativa se concretaría en un contrato.”⁷

Sin embargo, con la regulación de la responsabilidad que hace el nuevo código, la falta de culpa de la otra parte y su confianza en la negociación, la habilitarán a reclamar todos los daños que pruebe haber sufrido, no limitándose tal resarcimiento al “daño al interés negativo”. El art. 991 no formula ninguna limitación por lo cual, el daño a resarcir conforme el art. 1738, refiere a la reparación integral. El legislador dejó abierta la cuestión de la extensión de la responsabilidad porque no contiene una disposición que limite la responsabilidad en tal sentido, por lo cual la reparación debería alcanzar a

⁶ RIVERA, Julio César. *Tratativas contractuales. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Directores Julio César Rivera y Graciela Medina., Ed. La Ley, Buenos Aires 2014, pág. 473.

⁷ ROVIRA, Alfredo. *Tratativas preliminares al contrato y ruptura del nuevo Código*. Buenos Aires, Rev. La Ley del 28-05-15, pág. 5.

todos los daños que tengan una adecuada relación de causalidad con la conducta antijurídica, por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil.

Pero lo cierto es que quienes ingresan en un proceso de tratativas, lo hacen asumiendo el riesgo de que se frustren, porque no existe una obligación de contratar como ocurre en los contratos preliminares regulados en la Sección 4ª, que no pertenecen a la esfera precontractual sino que constituyen verdaderos contratos. El hecho de que en el marco de las tratativas las partes realicen gastos, en procura de un acuerdo, no tiene por qué habilitarlas de por sí a reclamar una indemnización si las tratativas se frustran, porque al entrar en estas ya debieron hacer sus cálculos y valoración de chances. Si bien el derecho a no contratar y a apartarse de las tratativas impone un deber de obrar de buena fe y genera la obligación de resarcir los daños que pueda causar un apartamiento intempestivo o abusivo, este deber no puede desvirtuar el derecho al libre abandono.

Pensemos además que las tratativas, aunque pueden ser preliminares a cualquier contrato, son generalmente utilizadas en el marco de la contratación paritaria. Por lo demás, si se tratara de un contrato de consumo existen normas específicas de protección al consumidor en los arts. 1100, 1101 y 1111, que agravan el deber de información previo a la contratación. Y en cuanto a los contratos de adhesión es difícil que existan. En los fundamentos del Anteproyecto de CCCN, los redactores dijeron: “En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica.”⁸ Tal afirmación se hizo para justificar la fractura de la categoría contractual distinguiendo los contratos discrecionales de los celebrados por adhesión o los de consumo. También se dijo en dichos fundamentos que en los contratos discrecionales hay plena autonomía privada. Entonces, es necesario exigir una justificación para apartarse de las tratativas en una negociación paritaria? Necesita la contra parte de una norma protectoria de este tipo, que la habilite a reclamar una reparación integral de los daños que le ocasione la decisión de la otra de abandonarlas si una causa legítima que lo justifique?

Y todo esto debemos interpretarlo conjuntamente con el art. 962 del CCCN que estatuye el carácter supletorio de todas las normas legales relativas a los contratos, a menos que de su modo de expresión, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. Nos preguntamos entonces: serán válidas las cláusulas de irresponsabilidad pactadas para el caso de que cualquiera de las partes se retire de la negociación? Podrán válidamente las partes incluir una cláusula en sus tratativas por la cual estatuyan que cualquiera de ellas podrá abandonarlas sin necesidad de justificación alguna? O por el modo de expresión deberá entenderse que la necesidad de justificar la frustración es una norma indisponible? Creemos que el criterio de asignación de responsabilidad por ruptura de las tratativas debe ser restrictivo, pues lo contrario conspiraría contra una efectiva vigencia del principio de libertad que rige en la materia.

Tal criterio restrictivo también resultaría avalado, entendemos, por el último artículo referido a tratativas contractuales, el número 993, donde el nuevo Código dispone: “Cartas de Intención. Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan su 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 su requisito”. Esta interpretación restrictiva que ordena la norma citada, no puede sino referirse a que, en principio, debe interpretarse

⁸ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.

que las partes conservan la libertad de desanudar la relación, sin necesidad alguna de justificar tal decisión.