

Comisión nº4, Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

LAS TRATATIVAS PRELIMINARES EN LOS CONTRATOS ASIMÉTRICOS QUE NO INVOLUCRAN CONSUMIDORES

Autor: José Martín Zárate y Ezequiel Valicenti*

Resumen:

Proponemos que la Comisión declare:

- a) Que la existencia de desigualdad jurídica entre futuros contratantes puede afectar el justo desenvolvimiento de las negociaciones.*
- b) Que existen ciertos contratos asimétricos que no pueden calificarse como de consumo, para los cuales deben existir herramientas que reconozcan la situación de desigualdad en la etapa de negociación, y permitan equilibrar jurídicamente a las partes negociantes, evitando una inequitativa e ineficiente asignación de riesgos.*
- c) Que una de las herramientas para proteger a estos sujetos no consumidores es el agravamiento del deber de información.*
- d) Que otro instrumento jurídico de utilidad es el deber consejo en cabeza del sujeto que conoce el bien o servicio objeto del contrato, o la estructura jurídica del acuerdo, en particular en aquellos contratos que presentan una complejidad económica, financiera o técnica superior a la que puede conocer y comprender un empresario o comerciante medio.*

1. Nociones básicas: las tratativas preliminares y su extensión.

Las tratativas, contactos, conversaciones telefónicas, intercambios de correos electrónicos, y cualquier otra forma de comunicación existente entre dos o más partes, generan una zona “gris” de juridicidad en la relación intersubjetiva que ha nacido. Al derecho, ese hecho humano voluntario comienza a interesarle por no resultarle indiferente al resultado que eventualmente nacería –un contrato–.

Como lo reitera la doctrina, el período precontractual fluye en dos momentos reconocibles: a) el momento que se extiende hasta la emisión de la oferta; b) el momento que va desde la oferta hasta la formación del consentimiento.

Con todo, una de las mayores dificultades ha sido delimitar, con una certeza estimable, el momento a partir del cual se extiende este período, pues dilucidado ese momento, se pone en marcha una serie de limitaciones a la libertad de emprender y abandonar las negociaciones que conducen a un contrato. Sobre el punto, se ha dicho que debe existir un *contacto social típico*, en cual si bien no hay entre los tratantes una verdadera

* Profesor Adjunto y Jefe de Trabajos Prácticos, respectivamente; materia: Derecho de los Contratos; Facultad de Derecho de Azul; Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

relación jurídica, si se genera entre ellos una evidente relación social en la que quedan obligadas a comportarse con buena fe y llevar adelante las conversaciones con lealtad¹.

El derecho ha ido corriendo el baremo de tutela en los momentos previos a la celebración del contrato. Y aún cuando se reafirma que el principio es la libertad de negociación (art. 990, Código Civil y Comercial), lo cierto es que se han ido identificando determinados deberes puestos en cabeza de cada uno de los tratantes.

Se parte de observar que, en los hechos, la negociación contractual implica una proliferación de riesgos, costos e incertidumbres para los sujetos que toman parte de ese contacto social específico. De allí que el derecho se interese por delimitar quién estará a cargo de esos riesgos.

De manera que, en lo general, la regulación jurídica del período precontractual obedece a tres razones²: a) la tutela de la negociación –evitando que las partes se comporten de una manera arbitraria e ineficiente, y procurando que las tratativas precontractuales se conviertan en contrato o, en su defecto, no generen daños injustos para los tratantes–; b) la protección de la integridad de las personas involucradas –por lo cual se ha sostenido la existencia de una obligación de seguridad precontractual³–; c) la protección del consumidor.

No obstante, la protección de cada uno de los bienes jurídicos protegidos se canaliza por diferentes vías.

Así, la protección del consumidor en la etapa precontractual posee un régimen propio fijado en la Ley de Defensa del Consumidor, y consolidado en el núcleo normativo incorporado en el Código Civil y Comercial (arts. 1097, 1100, 1101, 1102, 1103, 1108, etc.).

Por otra parte, la protección de la seguridad de las personas –por ejemplo, frente a daños provocados durante la prueba del bien a adquirir–, queda abarcada por las normas generales de responsabilidad civil, específicamente, de responsabilidad civil extracontractual⁴.

Por último, el tratamiento típico en la materia contractual ha quedado reservado para las reglas que tienen como fin proteger la negociación contractual, fijando ciertos deberes –esencialmente, de información–. La infracción de los mismos puede dar lugar a la llamada responsabilidad precontractual (art. 991 y 992, CCC).

De manera que, quitando las hipótesis propias del derecho del consumidor, el tratamiento del fenómeno precontractual posee reglas específicas destinadas a la negociación de contratos paritarios. Allí, por vigencia del principio de buena fe, se

¹ DIEZ PICAZO, Luis - *Fundamentos del derecho civil patrimonial* – Civitas, Madrid, 1996, 5° ed., Vol. 1, p. 271.

² Seguimos a LORENZETTI, Ricardo L. - *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 311.

³ BARBIER, Eduardo – “La obligación de seguridad en la etapa precontractual”, en JA 1995-II-675. No obstante ello, se ha dicho que la obligación de seguridad ha sido eliminada del derecho argentino con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, pues su existencia ya no luce necesaria frente a la unificación de la responsabilidad civil, por lo que queda reservada a ciertos supuestos particulares (PICASSO, Sebastián – “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista Derecho Privado*, año I, n°3, *Reformas al Código Civil II. Obligaciones y responsabilidad*, Infojus, Bs. As., 2012, p. 684).

⁴ Pese a la unificación del tratamiento del fenómeno de la ilicitud, es claro que subsisten ciertas diferencias necesarias, por ejemplo, en cuanto a la extensión del resarcimiento (art. 1746, para la orbita aquiliana y 1748, para la responsabilidad por incumplimiento contractual).

identifican ciertos deberes contractuales, en particular de información –y en ciertos casos de consejo–, y de confidencialidad (expresamente contemplado en el art.992, CCC).

2. Las tratativas preliminares en los contratos asimétricos.

La categoría de contratos asimétricos se define por oposición a los vínculos paritarios, categoría que incluye al contrato de consumo pero que no lo agota, pues nuclea además a los contratos entre empresarios en los cuales uno de ellos, por su posición en el mercado –en la sociedad–, se encuentra en inferioridad jurídica⁵.

En la doctrina comparada ya se afirma incluso que la categoría de *contrato asimétrico* es la que ocupa realmente el centro del nuevo derecho contractual y la que vendrá a recomponer el área en su unidad luego de la implosión provocada por el surgimiento del derecho del consumidor⁶.

La categoría de los contratos asimétricos encuentra fundamento normativo el art. 11 del Código Civil y Comercial de la Nación que específicamente determina que las exigencias que determinan el principio de buena fe (art. 9) y el principio que proscribe el abuso del derecho (art. 10) se aplican también cuando “*se abuse de una posición dominante en el mercado*”. Es destacable que el legislador tome un supuesto particular de abuso del derecho y de violación a la buena fe negocial y lo eleve a la categoría de directiva general que guía el ejercicio de los derechos. Con ello se identifica y nombra un específico supuesto de relaciones jurídicas desequilibradas.

Precisamente, el abuso de la posición dominante da cuenta de la situación *real* en el mercado, donde los sujetos –personas físicas o jurídicas– ocupan una posición *ab intio* diferente, dada por factores económicos, organizacionales, informacionales, etcétera. En pocas palabras, lo dicho puede englobarse en un calificativo que aúne las diferentes aristas de la desigualdad, como desigualdad jurídica.

Identificado este grupo de contratos *asimétricos*, huelga interrogarse acerca de si el tratamiento jurídico del período precontractual dado a los contratos paritarios, resulta suficiente para alcanzar idénticos fines tuitivos de la negociación también en estos casos. Como vimos, si se trata de (pre)contratos de consumo, las situaciones quedan atrapadas por las reglas específicas del derecho del consumidor –que en esencia, se traduce en agravar los deberes precontractuales de uno de los tratantes, el proveedor–.

Por nuestra parte pensamos que, *mutatis mutandi*, las mismas razones de justicia y eficiencia que ameritan la consagración de reglas propias para los contratos de consumidor, exigen observar el fenómeno contractual desde una óptica diferenciada cuando se trata de otros vínculos asimétricos, en particular los que se dan entre empresarios con diferente poder de negociación contractual (arg. arts. 11, 990, 991, 992 y 993, CCC)

Parece claro que cuando estas situaciones asimétricas adquieren la calidad de contrato (negocios perfeccionados) comienzan a ser analizados desde la óptica del equilibrio y la justicia –incluso por sobre la voluntad “ficta” o “prescindible” de las partes–, dando nacimiento a soluciones diferenciadas que responden a situaciones diferenciadas,

⁵ Hemos tratado la cuestión en “El contrato perfecto. El contrato celebrado entre personas asimétricas”, inédito.

⁶ ROPPO, Vincenzo – “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 20 (enero-junio de 2011), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 177 y ss.

partiendo de la asimetría negocial de las partes. El Código Civil y Comercial ha incorporado valiosas normas en este sentido, tanto en la parte general del contrato (arts. 984, 985, 986, 987, 1073, 1074 y concordantes), como normas específicas en determinados tipos contractuales.

Sin embargo, en el marco de la precontractualidad (tratativas preliminares y pactos previos) no se ha analizado el régimen jurídico que debería asistir a estas asimetrías negociales.

Parece conveniente entonces propiciar la identificación de soluciones que protejan al débil jurídico de los vínculos asimétricos, procurando fortalecer su posición para evitar que sea una víctima del actuar dañoso/negocial de la parte fuerte.

En definitiva, el régimen precontractual en los contratos asimétricos no consumeriles navega entre la tutela de la negociación contractual y la protección del débil jurídico. Tales son los bienes protegidos, y en consecuencia las reglas serán diferenciadas a las que típicamente se propugnan para los contratos paritarios. Sin embargo, tampoco cabe una plena identificación con los deberes precontractuales propios de los contratos de consumo.

3. El deber precontractual de información en los contratos asimétricos. Hacia un deber de consejo.-

El deber precontractual de información –llevado a nivel de obligación por algún autor⁷– ha sido vinculado al proceso comunicacional de dos sujetos –partes, o mejor potenciales partes de un contrato–, que en tanto “comunicación” o “mensaje”, provoca la transmisión de algo nuevo y original –lo recibido– para el receptor, algo que no conocía, que ignoraba⁸. Se ha dicho, con cita de Ghestin, que su fundamento es la justicia conmutativa, y la necesidad de procurar la igualdad de las partes y encauzar un obrar de buena fe⁹.

Por ello, se dice que la asimetría de información desequilibra la negociación. A ello agregamos que a la asimetría de poder negocial se le suma la asimetría informativa. Más aún, ello nos lleva a pensar que, cuando se trata de sujetos desiguales puede presumirse –*iuris tantum*– que la información necesaria y relevante de la que carece el sujeto débil no fue debidamente comunicada –quizás porque ni siquiera pudo ser exigida–. Por lo tanto, será la parte fuerte quien deberá demostrar que procedió a equilibrar la negociación informándole aquellos los aspectos fundamentales del negocio antes de contratar. Y quizás aconsejándolo.

Como lo ha dicho Gabriel Stiglitz, “*la información se ha ido transformando, juntamente con la producción, distribución y comercialización en masa y con el desarrollo de la tecnología, de necesidad social en deber jurídico*´ (...) *acontece que el informado se halla en situación de ventaja con relación al desinformado, circunstancia que provoca una desnaturalización de la relación de equilibrio deseada*”¹⁰.

⁷ VALLESPINOS, Gustavo – *La Obligación de Informar*, Advocatus, Córdoba, 2001.

⁸ NICOLAU, Noemí L. – *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría General del Contrato* – La Ley, Bs. As., 2009, Tomo I, p.126.

⁹ GÓMEZ CALLE, Esther – *Los deberes precontractuales de información* – La Ley, Madrid, 1994.

¹⁰ STIGLITZ, Rubén – “La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo”, en JA 1997-II, p. 764.

Según venimos desarrollando, tal vez quepa re-delinear la “*carga de auto-información*”, señalada habitualmente como contrapeso del deber de informar. Según se la define y califica, si quien pudo haberse informado no lo hiciera, no puede luego reclamar en base a la carencia informativa¹¹. Pero por causa del desequilibrio negocial, quizá debe relativizarse la ponderación de su exigencia, adoptando una postura que contemple con menos rigorismo la carga que pesa sobre el futuro contratante débil.

Como ya adelantamos, es posible proponer que aquel futuro contratante que tiene una situación jurídica mas fuerte –posición dominante en los términos del Código Civil y Comercial– asuma (o le sea exigido) un “hacer” específico que ingrese en el marco de la sugerencia u opinión –denominado genéricamente consejo– respecto de aquellas aristas del negocio que resultan relevantes para una mejor decisión. Esta cuestión, naturalmente un deber, debería manifestarse, por ejemplo, trasladando hacia el futuro contratante débil la información “procesada” donde se concluya respecto de la conveniencia o riesgos de determinada operación (plazos de pago, riesgos de insolvencia, análisis del mercado, situación macroeconómica de un país, de una región, oportunidades paralelas, costos indirectos, costos encubiertos, etc).

Respecto a este *deber de consejo* se ha dicho que “pone de manifiesto la dinámica que adquiere la información debida cuando es suministrada con el propósito de que el contratante decida –por ejemplo– en torno a la conveniencia o no de la formalización de un contrato, considerándolo un mecanismo apto para satisfacer ‘útilmente’ la necesidades que cada parte, previamente, ha enunciado a la contraparte”¹².

Por lo tanto, el deber de consejo viene a completar el deber de información, convirtiéndose en un instrumento jurídico que pretende dotar a la contraparte no sólo de elementos informativos, sino también de opiniones motivadas respecto a las consecuencias que conlleva la celebración del contrato.

En particular, el deber de consejo tendrá mayor importancia en aquellos contratos que poseen una complejidad técnica o financiera específica y superior a la que puede estimar, no ya cualquier persona, sino también cualquier empresario medio. Justamente, estos son los casos que entendemos como parte de la categoría de *contratos asimétricos*, que quedan excluidos de los contratos de consumo.

Por ello, frente a casos en que la negociación se da entre sujetos que presentan asimetrías estructurales, a la vez que el futuro contrato demanda una experticia mayor en cuanto a su estructura económica, financiera o técnica, el deber de información debe ser acompañado por un deber de consejo que permita una decisión verdaderamente libre del tratante señalado como débil.

En última instancia, el deber de información –al que agregamos el deber de consejo– es una herramienta jurídica que opera para corregir una indebida atribución de riesgos, por inequitativa e ineficiente. De allí que, los riesgos que genera la negociación de un contrato no se distribuyen ya por el libre juego de la conducta de las partes, sino mediante este deber de información¹³.

4.- Conclusiones

¹¹ Como límite a esta carga, se destaca el hecho de que efectivamente el futuro contratante pueda acceder a la información.

¹² STIGLITZ, Rubén – “La obligación precontractual y contractual de información...”, cit.

¹³ SOZZO, Gonzalo – *Antes del contrato* – Lexis Nexis, Bs. As., 2005, pp.244 y 287.

En síntesis, postulamos la necesidad de advertir que entre el contrato puramente negociado y el de consumo existe una categoría intermedia que incluye los vínculos en los cuales las partes presentan asimetrías estructurales de mercado. Son los vínculos que generalmente se celebran entre pequeñas empresas –a veces empresarios individuales, otras reducidas empresas familiares– y grandes proveedores de bienes y servicios. En estos casos se reproducen las mismas razones axiológicas que desde hace varias décadas permitieron la *sectorización* o *fragmentación* de la teoría general del contrato para dar lugar a los contratos de consumo¹⁴. Ambos vínculos pueden ser resistemizados bajo la categoría de *contratos asimétricos*.

En la etapa precontractual, la negociación de contratos asimétricos, o más específicamente de contratos asimétricos que no involucran consumidores, requieren mecanismos jurídicos específicos destinados no sólo a proteger la justa y eficiente negociación contractual, sino también la protección del contratante débil. Dado que estos casos quedan excluidos del sistema fijado por el derecho del consumidor, deben construirse soluciones propias.

Uno de los instrumentos jurídicos que evite el aprovechamiento de una parte por la otra durante el *iter negocial* previo a la celebración del contrato, y prevenga una ineficiente atribución de riesgos, es el *deber de información*, el que debe tener una evaluación más exigente en estos casos. Además, a este deber es posible adosarle el *deber de consejo*, especialmente en aquellos contratos que poseen una complejidad económica, financiera o técnica superior a la comprensión de un empresario o comerciante medio.

En definitiva, se trata de recoger lo que ya había sostenido la doctrina nacional en las Jornadas Nacionales de 1997, cuando concluyó que “*en los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestas o en los contratos de consumo, la autonomía privada está sometida, además, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio*”¹⁵. Es decir, se trata de dejar margen al desenvolvimiento de la autonomía privada, pero evitando a la vez que la negociación contractual conduzca a contratos asimétricos.

¹⁴ SOZZO, Gonzalo – *Antes del contrato* cit., p. 249. En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, se explica que el contrato de consumo ha sido tratado como “*una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales*” (en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, Bs. As., 2012, p. 635).

¹⁵ XVI JNDC, Bs. As. 1997 - Comisión n° 3 (Contratos), despacho *de lege lata*, 1.c.2.