

# Responsabilidad precontractual en el retiro en las tratativas previas al contrato, a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Por Gustavo Atim Antón

## I. Introito [\[arriba\]](#)

Es sabido que la responsabilidad precontractual puede nacer en distintas etapas de la formación del contrato, a saber: I) En la etapa de las tratativas previas, II) En el período posterior a la oferta, III) Por contratos concluidos pero que tuvieron vicios que provocaren su nulidad.

El estudio del presente trabajo se limita únicamente a la responsabilidad precontractual nacida durante las tratativas previas o *pourparlers*, previos a la emisión de la oferta. Se entiende por *pourparlers* a las simples negociaciones realizadas para llegar a la celebración de un contrato[1]. Son tanteos preparatorios donde las partes discuten los eventuales términos del acuerdo hasta que una de ellas procede a formular una oferta, siendo su finalidad llegar a la conclusión del convenio[2].

La responsabilidad precontractual originada en las tratativas previas, no está expresamente regulada en el código de Vélez, pero ha sido objeto de estudio de la doctrina y jurisprudencia nacional.

Del análisis de las opiniones de los juristas de nuestro país se reconocen dos posturas. Una mayoritaria que admite la existencia del deber de reparar durante ésta etapa de gestación contractual [3]. Ésta posición considera que si durante el curso de las tratativas previas, una de las partes genera una razonable confianza en la otra co-negociante de que efectivamente celebrará el contrato y luego de ello se retira intempestivamente sin causa justificada de las negociaciones, deberá reparar los daños irrogados a la otra parte por ese retiro y la confianza generada. Ello claro está, si tal conducta guarda relación de causalidad con el daño provocado y se verificasen los presupuestos de responsabilidad civil.

El fundamento jurídico sobre el que ésta postura se asienta es múltiple. Se argumenta la exigencia de buena fe, inclusive en ésta etapa embrionaria del contrato y la observancia de los actos propios conforme art. 1198 Cód. Civ. También se invoca el abuso de derecho manifestado en la especie del ejercicio abusivo de la libertad de no contratación en los términos del art. 1071 del mismo cuerpo legal. Además de ello, cabe mencionar la inobservancia de las partes de la debida diligencia durante la formación de un contrato conforme arts. 1109 y 512 Cód. Civ.

Por otra parte un sector minoritario de la doctrina, niega la existencia de responsabilidad en razón del retiro de las negociaciones previo a la emisión de la oferta[4], aun cuando reconoce que pudiera existir deber de indemnizar por hechos generadores de responsabilidad distintos al de la ruptura en sí misma[5]. Argumentan que las partes que ingresan a una negociación voluntariamente, asumen el riesgo de no concretarse la celebración del contrato y gozan de la libertad de retirarse cuando lo consideren conveniente.

Cae replicar a esta postura que por principio el apartamiento de las negociaciones es lícito y por excepción ilícito. En verdad nadie discute que hay libertad de comercio y por ende de apartarse libremente de las tratativas, la ilicitud no se da respecto de ello, sino de la creación de una expectativa de concreción del contrato. Así las cosas el bien jurídico protegido en éste caso es la confianza, no la libertad de comercio[6].

## II. De las construcciones Jurisprudenciales en nuestro país [\[arriba\]](#)

La falta de regulación expresa en el código de Vélez, motivó una vasta y profusa tarea jurisprudencial en torno a la responsabilidad en las tratativas previas. Tal labor empieza con un leading case de antaño[7] que marcaría el rumbo y lineamientos de la posterior actividad pretoriana, hasta llegar a las sentencias de nuestros días.

La mayoría de los decisorios se pronunciaron en consonancia con la postura de la doctrina mayoritaria en torno a la existencia de culpa in contrahendo en los pourparlers. Ello se evidenció no solo en la judicatura nacional sino en la provincial inclusive[8]. Siguiendo la tendencia imperante en los tribunales europeos[9], parte de la legislación del viejo continente [10] y Sudamérica[11].

En los decisorios de nuestro país para calificar a la ruptura de los pourparlers generadora de responsabilidad, se ha utilizado términos como injustificada, brusca, intempestiva[12]. Además de ello, se dijo que las negociaciones abandonadas debían encontrarse avanzadas[13], de tal suerte que hubieren generado confianza[14], legítima esperanza[15] o legítima expectativa[16] en la otra parte respecto de la celebración del contrato. Inclusive aun cuando las negociaciones no se hubieren concretado en una oferta definitiva[17].

También nuestra Corte ha dejado entrever que de darse éstos presupuestos en la ruptura de las negociaciones y acreditarse los elementos de la responsabilidad civil, bien podría tener nacimiento ésta clase de responsabilidad precontractual[18].

Es que cuando una de las partes generó legítimas esperanzas en la otra, quien a su vez ha podido razonablemente generar gastos confiada en la seriedad de la primera, resulta justo reconocer al perjudicado derecho a una reparación[19].

Por último, respecto de la extensión de la reparación, siguiendo las enseñanzas de Ihering, la jurisprudencia receptó como principio que lo que debe indemnizarse es el daño al interés negativo, más no el positivo. En estos casos, el daño al interés negativo es el que sufre una parte por haber confiado que un contrato se celebraría siendo luego frustrado. Debe dejarse al perjudicado en la misma situación en que se encontraba antes de las tratativas. La reparación entonces se limita solo a los gastos reales realizados, descartando las ganancias que se dejaron de obtener, no pudiendo ir la indemnización más allá del interés negativo[20]. La jurisprudencia entendió que la extensión del resarcimiento se limita al daño emergente, pérdida de chance[21] e incluso, de probarse, el daño moral[22]. Pero se excluye al lucro cesante[23] como rubro indemnizatorio.

### III. Análisis de la regulación normativa de la responsabilidad precontractual en las tratativas previas en el nuevo código. Planteo del problema: ¿Complejidad y autosuficiencia de la normativa? [\[arriba\]](#)

El nuevo código civil y comercial de la nación, regula expresamente la responsabilidad precontractual originada en los pourparlers. ¿Pero podríamos decir que el nuevo régimen regula íntegramente ésta clase de responsabilidad? Para responder analicemos su normativa:

El art. 990 del nuevo texto, regula el principio de libertad de negociación y por consecuencia lógica de ello permite la posibilidad de abandonar los pourparlers en cualquier momento[24]. Se parte correctamente de que el apartamiento de las negociaciones es lícito y solo excepcionalmente ilícito[25].

El art. 991 del nuevo código en su segunda parte, regula la norma de excepción de la premisa básica arriba descripta. Inicia su redacción reconociendo el deber de obrar de buena fe durante éste periodo precontractual, aun cuando no se haya formulado oferta alguna, a fin de evitar frustrar injustificadamente las tratativas previas. Se prevé que el incumplimiento de éste deber acarrea la obligación de reparar el daño producido a la otra parte por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato[26].

Entiendo que resulta loable el hecho que se haya regulado expresamente la responsabilidad originada en tratativas previas. Se consagra al deber de buena Fe como un principio básico rector de la conducta de los negociantes en la etapa precontractual, sin limitarlo únicamente a la etapa de celebración y ejecución del contrato. Además, siguiendo la posición de Fagella, reconoce la órbita de responsabilidad precontractual no solo desde la oferta, sino inclusive antes de ella superando la posición de Ihering. Lo cual también es digno de elogiar.

De la exégesis del texto legal además, se desprende el reconocimiento expreso del deber de reparar el daño irrogado, cuando la conducta de uno de los negociantes generó confianza en la otra parte en torno a la celebración del contrato. Lo cual es correcto, dado que es allí donde radica el bien jurídico a tutelar, la confianza de los negociantes. Es que en verdad no existe obligación alguna de concluir el contrato. Antes bien existe un deber de obrar en consonancia con los propios actos, dado que la ilicitud nace de la lesión de la expectativa jurídica fundada creada a la otra parte[27].

La razón de ser de ello es que quienes participan en el tráfico tienen un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas. Se trata de un deber de no defraudar aquellas esperanzas, pues son las propias palabras o actos de un sujeto, los que determinan ese elemento espiritual con valoración jurídica que es la confianza[28].

Entiendo que el articulado acierta también en la calificación del tipo de retiro en las tratativas que genera responsabilidad. El art. 991 establece que las negociaciones no deberán frustrarse injustificadamente. Es decir que es la ruptura injustificada la que puede generar el nacimiento de la culpa in contrahendo. La calificación de “injustificada” de las rupturas generadoras de responsabilidad en los pourparlers, parece más acertada que los términos “brusca” e “intempestiva”, términos ocasionalmente usados por la doctrina y jurisprudencia. Ello así por cuanto entiendo, no es necesario que el abandono de las negociaciones sea brusco

o repentino, siendo suficiente que sea injustificado para generar responsabilidad precontractual previa a la emisión de la oferta. A la vez que, no siempre el abandono brusco o intempestivo de una negociación necesariamente será injustificado y generador de un deber de reparar. Por todo ello juzgo acertada la terminología empleada por la ley.

Pero en el preciso momento en que articulado parecía merecedor de una corona de laureles, dejó entrever una cuestión que entiendo generará arduos debates en la comunidad jurídica. Me refiero a la última parte del artículo 991 que consagra el deber de reparar el daño causado. La meridiana claridad con la que venía tratándose el tema por el nuevo código, parece abandonarse en lo que a la interpretación del daño que debe ser indemnizado respecta. Ello dado que la norma solo menciona que deberá repararse el daño producido, sin aclarar los rubros o clase de interés a indemnizar.

Como ya se vio, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden que lo que debe repararse es el interés negativo del daño provocado. Pero los doctrinarios, a diferencia del criterio de los tribunales, incluyen dentro de los rubros a resarcirse al daño emergente, pérdida de chance y lucro cesante[29]. Mientras que la jurisprudencia, se mostró reacia a reconocer éste último rubro. Vemos entonces que la cuestión no es pacífica dado que no existe uniformidad de criterio en torno a la extensión del daño indemnizable, y la redacción del articulado pareciera no aclarar la situación.

Así las cosas, de la exégesis del art. 991, son dos interpretaciones a las que se puede abordar. La primera es que el daño a resarcir es el interés negativo, limitado a los términos expuestos por la jurisprudencia.

La segunda, entender que no estamos en presencia de una omisión del legislador sino más bien de la superación de la acotada concepción de interés negativo que elaboró la jurisprudencia. Así el nuevo código, para este supuesto, pareciera admitir la indemnización de todos los gastos efectivamente realizados con motivo del contrato que no se perfeccionó, comprendiendo tanto el daño emergente, como daño moral, pérdida de chance y el lucro cesante tan negado en los decisorios de los tribunales. Todo ello en tanto sean adecuados para restablecer la situación patrimonial anterior al hecho. Tal como el criterio de la doctrina.

Creo que es ésta la posibilidad que nos abre la nueva letra de la ley. Lo dicho encuentra fundamento en el principio de reparación plena, así como en la interpretación sistémica que debe hacerse del nuevo código. Es el propio art. 1738 de ese cuerpo normativo el que prevé que la indemnización del daño irrogado comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances, inclinándose así por el criterio de una reparación plena.

Es cierto que el lucro cesante es improcedente en la mayoría de los casos de esta especie de responsabilidad. Éste rubro sería más fácil de valorar tratándose de responsabilidad precontractual en un contrato celebrado y devenido en nulo. Pero todo esto no quiere decir que no pueda resarcirse si se probase que fue consecuencia de las tratativas frustradas[30].

Por último respecto del factor de atribución de responsabilidad, lejos de ser objetivo, es un factor subjetivo de atribución, sea que se considere que existe

abuso de derecho con imputación subjetiva o que existe culpa por omisión de diligencias apropiadas para acceder a un contrato en vías de formación.

Nótese que guarda estrecha relación con la doctrina de los actos propios. Es que estamos en presencia de actos que generan una expectativa, pero que luego son puestos en contradicción con la ruptura injustificada siendo una conducta contraria a la buena fe[31].

#### IV. Conclusión [\[arriba\]](#)

La incorporación expresa en el nuevo código de la culpa in contrahendo originada en tratativas previas al contrato resulta un hecho elogiado. A su vez, dando respuesta al interrogante del punto anterior del trabajo, entiendo que la normativa parecía presentarse como autosuficiente. Pero al abordar la cuestión de la extensión de la reparación del daño irrogado y los rubros a indemnizar, no parece poder predicarse su completividad ya que no disipa por sí sola la totalidad de problemas que pueden suscitarse en torno al tópico en cuestión.

Si bien me inclino por considerar que el legislador adoptó una posición que se alinea con el principio de reparación integral del daño, habrá que esperar a los futuros pronunciamientos jurisprudenciales que brinden mayor claridad a la cuestión.

Habría sido bueno que nuestro legislador precisare un poco más en la redacción de la norma, cerrando paso a posibles interpretaciones disímiles. Así las cosas, la norma parece no haber puesto punto final a una discusión que pronto se encenderá nuevamente.

---

[1] Cfr. LOPEZ DE ZAVALÍA F. "Teoría de los contratos." T. 1 - Parte General - Editorial Zavalía. Año 2006. Pág. 151.

[2] Cfr. IBAÑEZ Carlos M. "Derecho de los Contratos, Parte General." Editorial Abaco de Rodolfo De Palma. Buenos Aires. Año 2010. Pág. 254.

[3] Cfr. LORENZETTI Ricardo L. "La Responsabilidad precontractual como factor de atribución de Riesgos de la negociación" La Ley online cita online: AR/DOC/17118/2001. Publicado en LA LEY1993-B, 712 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 927 - Obligaciones y contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2009, 469 -. LOPEZ HERRERA E. "Teoría General de la Responsabilidad Civil" 1° Ed. Buenos Aires. Editorial Lexis Nexis. Año 2006. Pág. 84 - 86. LLAMBIAS Jorge J. RAFFO BENEGAS Patricio J. SASSOT Rafael A. "Manual de derecho civil - obligaciones-" Lexis Nexis, Abeledo Perrot. 14° edición. Año 2005. Pág. 73-75. En sentido similar, Di CHIAZZA I. "Tratativas Previas y responsabilidad precontractual en el proyecto de Código". La Ley online AR/DOC/843/2013. BREBBIA Roberto H. "Responsabilidad Precontractual en un caso de daño producido durante las preliminares de una compraventa". La Ley Online AR/DOC/5692/2001 H.

[4] Cfr. LOPEZ DE ZAVALÍA F. Pág. 294. - IBAÑEZ. Pág. 297.

[5] Ibañez entiende que existe deber de reparar por retiro de las tratativas cuando fuere de mala fe, o cuando existiere un acto ilícito o enriquecimiento sin causa.

Cfr. IBAÑEZ. Pág. 298-299.

[6] Cfr. LORENZETTI. Pág. 13-15.

[7] Cfr. CNCom. Sala B. "Litvak Adolfo C/ Olivetti Argentina S.A." 16/09/1953.

[8] Cfr. STJ de Santiago del Estero. "Pereyra Aldo Enerio Empresa constructora c/ Dirección provincial de recursos hídricos" 12-05-2006. - CCiv y Com. Jujuy. Sala III. "Empresa del Milagro S.R.L C/ DGC" 29/12/2003. - CCiv. y Com. Sala I. Mar del Plata, Buenos Aires. "Katinsky Tomás Raúl C/ Gil Zulma Ester s/cumplimiento de contrato".

[9] Cfr. TJ Comunidad Europea "Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/ Heinrich Wagner Sinto Macchinenfabrik GmbH(HWS)". 17/09/2002. - STS del 31.10.2001 en cita de STS, 263/2009, Sala Civil, sección 1, 24 de abril.

[10] Cfr. Cód. Civ. Italia Art. 1337.- Cód. Civ. Portugal. Art. 227

inc.1. - Reglamento (CE) no. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo. Art 12 ap. 1.

[11] Cód. Civ. Bolivia Art 465.- Cód. Civ. Perú Art. 1362.- Cód. Civ. Paraguay art. 689.

[12] Cfr. CNCom. Sala D. "Bunker Diseños S.A. c/ IBM Argentina S.A." 02/03/2010.

[13] Cfr. CNCom. Sala F. "Mancinelli Juan C. c/ Siemens It Solutions and Services S.A." 11/08/2011. - CNCom. Sala E. "Transportes Cadam S.A c/Coca Cola FEMSA de Buenos Aires" 19/10/2006 - CNCom. Sala C. "Caraballo Mirta vs. Inversiones y Mandatos inmobiliarios s. Ordinario" 30/06/2011.

[14] Cfr. CNCom. Sala D. "Neptan S.A c/ International Container Service y otros". 17/02/2010

[15] Cfr. CNCom. Sala F. "Mancinelli Juan C. c/ Siemens It Solutions and Services S.A.". 11/08/2011.

[16] Cfr. CNCom. Sala A. "Frigorífico Saga S.A.I.C Y A c/ Galicia Warrants S.A."

12/12/2006. - CNCom. Sala C. "Bennetar S.A c/ Benetton S.P.A." 11/12/2001.

[17] Cfr. CNCiv. Sala F. "Serra Fernando y otro c/ Piero S.A.l y C". 02/03/2000.

[18] Cfr. CSJN. "Chilar S.A c/ Junta Nacional de Granos s/ ordinario". 22/02/1994.

[19] Cfr. CNCiv. Sala M. "Mussa Nadia Yamila c/ Ideas del sur S.A." 13/11/2007.

[20] Cfr. CNCom. Sala D. "Bunker Diseños S.A. c/ IBM Argentina S.A." 02/03/2010.

- CNCom. Sala A. "Coy J. c/ Coopers." 12/02/2007 - CNCom. "Quintas Miguel C/ Oriente S.A" SALA A 9/6/92. - CNCom. Sala E. "Fini Esteban Enrique y otro c/ Bankboston N.A s/ordinario".23/06/2009

[21] Cfr. CNCom. Sala C. "Gomez, María de los Angeles c/ Cordis S.A y otro". 30/04/2010.

[22] Cfr. CNCiv. Sala K. "Masmut Paz, Suiza G y otro c/ Sindicato de Trabajadores de correos y telecomunicaciones". 06/11/2001 - CNCom. Sala C. "Gomez, María de los Angeles c/ Cordis S.A y otro". 30/04/2010.

[23] Cfr. CNCom. Sala D. "Neptan S.A c/ International Container Service y otros." 17/02/2010. - CNCiv. Sala M. "Mussa Nadia Yamila c/ Ideas del sur S.A."

13/11/2007.

[24] Cfr. Art. 990 Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

[25] Cfr. Lorenzetti, pág. 13-15.

[26] Cfr. Art 991 Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

[27] Cfr. Lorenzetti. Pág. 13-15.

[28] Cfr. CNCom. Sala E. "Fini Esteban Enrique y otro c/ Bankboston N.A s/ordinario".23/06/2009.

[29] Cfr. LOPEZ HERRERA, Pág. 97. En sentido similar LLAMBIAS - RAFFO BENEGAS - SASSOT, Pág. 74.

[30] BELTRAMO Andrés. "Los Pourparler en el derecho contemporáneo. Un acercamiento integral a la responsabilidad precontractual." Revista Jurídica de Daños. 29/11/12. IJ Editores. [http://www.ijeditores.com.ar/articulos.Php?idarticulo=63649&print=1#indice\\_0](http://www.ijeditores.com.ar/articulos.Php?idarticulo=63649&print=1#indice_0) (disponible en internet en fecha

5/01/2015.)  
[31] Cfr. LORENZETTI R. Pág. 13-14.

© Copyright: Universidad Austral