

La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual

Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado del 10 al 14 de marzo de 2016 en El Derecho.

Sumario: 1. Introito para entender el problema y la solución. 2.- Las teorías de von Ihering y Faggella. 3.- Tribulaciones sobre el daño futuro. 4.- El daño en el ámbito precontractual. 5.- Influencia del desequilibrio económico entre las partes en el ámbito precontractual. 6.- Lo precontractual en el Derecho Comparado. 7.- Las tratativas precontractuales en nuestro país antes de la Reforma. 8.- El Proyecto de 1998. 9.- La cuestión en el Código Civil y Comercial.

1.- Introito para entender el problema y la solución.

Ninguna persona que entra en conversaciones con otra para negociar las condiciones de un contrato está obligada a concluirlo. Esa evidencia hizo deducir a la Doctrina de antaño que, aunque no estuviera consagrado literalmente en las leyes, hay un derecho a contratar, así como también hay un derecho a salir de las tratativas, es decir, a no contratar.

Ahora bien, un contrato se puede perfeccionar en forma instantánea o después de una negociación que insuma algún tiempo¹. Prototípicos los contratos de comercialización, como el de franquicia².

Empero, ese derecho a retirarse de las negociaciones puede perjudicar al otro sujeto involucrado en ellas, sobre todo si tenía razones para creer que el contrato se firmaría. Por lo tanto, el Derecho debe dar una respuesta a esa situación.

2.- Las teorías de von Ihering y Faggella.

¿Por qué lo que dijo von Ihering³ en 1860, y Faggella⁴ en 1906, debemos tomarlo como la verdad revelada en materia de responsabilidad precontractual? ¿Simplemente porque sus teorías fueron repetidas durante tanto tiempo⁵ (en la Argentina desde hace más de sesenta años⁶)? ¿Cuánto tiempo más vamos a seguir hablando del caso "Litvak, Adolfo c. Olivetti

¹ Nicolau, Noemí L., "Una solución adecuada a una complicada cuestión: el momento perfectivo del contrato en el proceso de su formación progresiva", L.L. 2005-A, pág. 479, comentando el fallo del Tribunal Arbitral *ad hoc*, 28/11/2002, "Banco B. c. T. S.A."

² Ruiz Peris, J. Ignacio, "Los tratos preliminares en el contrato de franquicia", ed. Aranzadi, pág. 67.

² Ruiz Peris, J. Ignacio, "Los tratos preliminares en el contrato de franquicia", ed. Aranzadi, pág. 67.

³ Von Ihering, Rudolf, "*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*", en "*Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*", ed. Jena.

⁴ Faggella, Gabriele, "*Dei periodi precontrattuali e della loro e essatta costruzione scientifica*", en "*Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*", ed. L. Pierro, tº III, págs. 271 y siguientes.

⁵ Para quienes estén interesados en saber cómo sus teorías fueron pasando de generación en generación: Mendieta, Jaime, "La culpa *in contrahendo*. Historia, evolución y estado actual de la cuestión", rev. e-Mercatoria, vol. 10, nº 2, julio-diciembre/2011, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/PDF02/125.pdf>.

⁶ Los estudios de von Ihering fueron divulgados en nuestro país, el siglo XX, por Spota (Spota, Alberto G., "Responsabilidad precontractual", J.A. 1954-II-88, también en "Instituciones de Derecho Civil. Contratos", ed. Depalma, tº V, pág. 302), y los trabajos de Faggella llegaron a nuestras costas por obra de Orgaz (Orgaz,

Argentina S.A."⁷ cuyo único mérito fue el de ser uno de los primeros precedentes en los que se hizo referencia a esas ideas? ¿Cuándo comenzaremos a abordar esos textos con una lectura crítica⁸?

Lo peor del caso es que la invocación a esos autores, o a los vocablos que ellos han creado (la **culpa in contrahendo**, el **daño al interés negativo**) han aparecido constantemente en la Doctrina y en la Jurisprudencia para justificar toda clase de soluciones, muchas de ellas contrapuestas⁹.

A mediados del siglo XIX en el Derecho alemán se creía que, hasta que el contrato se firmaba, no había espacio para el Derecho Contractual. De modo que si una persona encaraba negociaciones tendientes a concretar un contrato, pero se retiraba sorpresivamente de ellas, o si engañaba a la otra parte haciéndole firmar un contrato que terminaba siendo nulificado por el tribunal, los daños que fluían de esas situaciones no tenían un remedio legal explícito.

¿Qué hizo entonces von Ihering? Estudió a los maestros del Derecho Romano¹⁰, fuente en la que encontró que, ya en aquellos tiempos, había cierta indemnización que se les reconocía a los damnificados por el contrato nonato¹¹.

Sin embargo, von Ihering pensó que ni la *actio doli* ni la *actio legis Aquiliae*¹² del Derecho Romano aportaban el marco teórico adecuado. Por eso elaboró el concepto de **culpa in contrahendo**: para explicar porque alguien debía responder por los daños que le ocasionaba a otro cuando se apartaba de las tratativas precontractuales.

Creo importante aclarar que, para von Ihering, la etapa precontractual recién se iniciaba con la oferta.

Alfredo, "Tratativas contractuales y formación del contrato", L.L. 75-239). Desde entonces han sido vistas y revistas por innumerables autores. Por no citar más algunos: Compagnucci de Caso, Rubén H., "Responsabilidad precontractual", L.L. 2006-E, pág. 1380; Cifuentes, Santos, "De la responsabilidad precontractual y los contratos preliminares", E.D.169-508; Santarelli, Fulvio G., "El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco", L.L. 2005-B, pág. 855.

⁷ CNCom, Sala "B", 16/09/1953, "Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina S.A.", L.L. 75, pág. 239.

⁸ Recomendable, a tal fin: Ureta Guerra, Juan, "La lectura crítica de textos jurídicos", rev. Universitas de Filosofía, Derecho y Política, nº 4, año 2006, pág. 69, <http://universitas.idhbc.es/n04/04-04.pdf>.

⁹ Para la Jurisprudencia de los primeros años puede verse una reseña en E.D. 38-142 y los fallos citados por Llambías, Jorge J., "Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia", ed. Abeledo-Perrot, tº II-B, pág. 121. Luego, por ejemplo: CNCom, Sala "B", 05/02/1999, "Zunghiri H. J. c. Sánchez, Carlos", Lexis Documento Nº 11.29132.

¹⁰ En esos tiempos, es decir, en la Alemania de los pandectistas, el Derecho Romano era considerado casi como vigente. De allí la dedicación que von Ihering tuvo por esta fuente (Monereo Pérez, José L., "Ihering, Rudolf von: El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo. Versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, con estudio preliminar sobre "Ihering, ensayo de explicación", ed. Comares, pág. LXXXIX-XC).

¹¹ Tal el caso de la nulidad del contrato de compraventa por vicio de la cosa vendida (Salgado Ramírez, Catalina, "Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Ihering", en "Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa", ed. Universidad Externado de Colombia, tº I, pág. 721).

¹² Acción que procuraba la reparación del daño injusto (Ankum, Hans, "La *actio legis Aquiliae*", rev. Jurídica de Asturias nº 10-11, años 1987/1988, pág. 231).

Von Ihering concluyó que dicha figura no podía aplicarse a los contratos frustrados sencillamente porque en varios de los supuestos que había imaginado no se cumplían sus requisitos.

Uno de los aspectos más discutibles de la teoría de von Ihering se encontraba en la justificación jurídica de la **culpa in contrahendo**. Para el referido autor dicha **culpa in contrahendo**:

- a. Era de naturaleza contractual¹³, y
- b. Estaba referida al **deber de diligencia**¹⁴ predicable tanto para el período de ejecución del contrato como para el de su formación.

Sin embargo, el propio von Ihering detectó supuestos que catalogó como de responsabilidad precontractual en los cuales la culpa parecía indiferente.

En las últimas décadas, un sector de la Doctrina¹⁵ detectó algunas debilidades de la teoría de von Ihering:

- Porque se desprende de los textos romanos en los que von Ihering se basó que, en realidad, lo precontractual se mueve en el campo extracontractual; y
- Porque obviamente hay casos en los cual hay dolo y no culpa.

En su investigación von Ihering creó otro concepto, el del **interés contractual negativo** (*negative Vertragsinteresse*).

La idea, en apretada síntesis, era esta: cuando se está ante un contrato firmado y válido, si una de las partes no cumple una o más prestaciones a su cargo, la otra parte tiene derecho a exigir el cumplimiento o un equivalente en dinero de la prestación incumplida. Llamó a eso **interés contractual positivo**.

En cambio, al **interés contractual negativo** lo asoció al caso del contrato nulo o a los supuestos en los cuales una de las partes se retira sorpresivamente de las tratativas y deja el convenio sin firmar. En tales hipótesis no se persigue el cumplimiento de las prestaciones sino la reparación de los daños.

¹³ Si la responsabilidad precontractual es de índole contractual o extracontractual ha tenido ocupada a la Doctrina europea desde entonces.

Empero, las diferencias entre lo contractual y lo extracontractual han ido desapareciendo. Ello se aprecia claramente en el nuevo Código Civil y Comercial, aunque queda en él algún que otro rastro distintivo.

A todo esto habrá que pensar si no le asiste razón a Wayar cuando sostuvo que, en razón del incumplimiento contractual, si la única posibilidad que le cabe al acreedor es la acción de daños y perjuicios, en los hechos se produce una novación: se extingue la primitiva obligación y nace una nueva. Si la fuente de la obligación incumplida era un contrato, la fuente de la nueva obligación de indemnizar el daño causado es la Ley (Wayar, Ernesto C., "La teoría del incumplimiento. El cumplimiento por equivalente en nuestro derecho", conferencia pronunciada en su acto de recepción el 21/09/2004, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>).

¹⁴ Que, según von Ihering, no era necesario que se estipule expresamente porque estaba presumida por la ley; afirmación que, referida al Derecho alemán de la época, era por lo menos discutible.

¹⁵ Por ejemplo: Orrego Acuña, J. Andrés, "De la responsabilidad precontractual con especial énfasis en los tratos negociales previos", rev. *Entheos* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Las Américas), año 4, vol. único, pág. 267; Bernal Fandiño, Mariana, "La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta", rev. *Universitas* n° 126, enero-junio/2013, pág. 48, <http://www.scielo.org.co/pdf/vn126/n126a03.pdf>; Asúa González, Cara I., "La culpa in contrahendo", ed. Universidad del País Vasco, pág. 80; Asúa González, Cara I. y Hualde Sánchez, José J., "Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán", en "Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo", ed. Civitas, vol. II, p. 1415; Cabanillas Sánchez, Antonio, "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", rev. *Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 628, mayo-junio/1995, pág. 747.

Hasta aquí ningún conflicto, pues el teórico del Derecho, cuando le pone nombre a una figura legal no genera mayores turbulencias, salvo, claro está, entre los teóricos¹⁶. En la vida real nadie está más o menos obligado después de firmar algo que a un teórico le apetece llamar **contrato** y que otro prefiere denominar **acuerdo**.

El problema se suscitó cuando von Ihering debió darle contenido a la noción de **interés contractual negativo**, porque, en realidad, a la hora de explicar qué era lo que se indemnizaba y con qué extensión, no fue nada claro¹⁷. Por momentos afirmó que la indemnización debía ser plena, en otro pasaje dijo que todo se arreglaba restituyendo las cosas que se hubieran recibido, en otro lugar se refirió a la compensación del mayor valor de la cosa respecto del precio de venta y los gastos realizados con motivo de la celebración del contrato, y, en otros, a la pérdida de oportunidades.

Para más, los ejemplos que aportó para ilustrar su pensamiento, como no podía ser de otra manera, estaban referidos a circunstancias específicas, por lo que tampoco contribuían a construir una tesis única.

Súmese a ello las dificultades que normalmente tenemos a la hora de recibir textos traducidos del alemán y se tendrá la explicación del porqué el (supuesto) pensamiento de von Ihering sirvió para que, en nuestro medio, algunos vean las cosas pintadas de blanco, otros de negro, y otros -como no- de gris.

En definitiva, como se han percatado varios autores, la expresión **interés negativo**, empleada fuera del sistema legal alemán de aquella época, solo aporta oscuridad¹⁸. Esos trastornos se perciben en nuestro Derecho, sobre todo a partir de la introducción del Código Civil y Comercial¹⁹, tema al que volveré.

No es de extrañar entonces que, durante más de un siglo, hubieran surgido litigantes, docentes universitarios y jueces que aseguraron que, para von Ihering, el interés negativo comprende no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante²⁰, otros que rechazaban enfáticamente ese enfoque, otros que, en su lugar, hablaban de la **pérdida de chance**²¹, y otros que no consideraban ninguno de esos rubros²².

¹⁶ Sigo pensando que los nombres de los institutos jurídicos no son más que convenciones temporarias; tan temporarias como cualquiera de mis conclusiones. Así lo sostuve en: Rubín, Miguel E., "Cavilaciones sobre viejas y nuevas cuestiones en materia de revocatoria concursal (y sobre los tiempos en los cuales Bertolt Brecht y los Hermanos Marx hablaron de lo mismo)", rev. RDPC 2013-2, Concursos Actualización I.

¹⁷ Orrego Acuña, J. Andrés, "De la responsabilidad precontractual con especial énfasis en los tratos negociales previos", rev. Entheos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Las Américas), año 4, vol. único, pág. 267.

¹⁸ Segura Riveiro, Francisco, "El interés indemnizable en las hipótesis de responsabilidad precontractual", en "Estudios de Derecho Civil II: Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones" (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, año 2006), 2ª ed, ed. Legal Publishing, cap. 4.

¹⁹ Beltramo, Andrés, "Las *"pourparlers"* en el derecho contemporáneo. Un acercamiento integral a la responsabilidad precontractual", rev. Jurídica de Daños nº 4, noviembre/2012, IJ-LXVI-649.

²⁰ Para una revista de las posturas doctrinarias en esta materia: Ordoqui Castilla, Gustavo, "Derecho de daños", ed. La Ley Uruguay, tº IV, pág. 931.

²¹ Trigo Represas, Félix A., "Lucro cesante y pérdida de chance en la indemnización del daño al interés negativo", DJ del 5/9/2012, pág. 17,

²² Herrera Hall, Santiago, "La responsabilidad precontractual en la jurisprudencia. Un análisis desde la perspectiva del Derecho de Daños", MJD3486.

Las flaquezas de la tesis de von Ihering fueron tales que, aunque tuvo una recepción parcial en el BGB alemán del año 1900 y en el Código suizo, la propia Doctrina alemana subsiguiente, tomando distancia de sus postulados, redefinió, entre otros, el concepto del **interés negativo** para que comprenda a todo daño a la confianza²³.

Faggella²⁴ retomó los estudios de von Ihering, aunque desestimó que la responsabilidad por el contrato frustrado tenga que ver con la culpa *in contrahendo*.

Además, amplió lo que von Ihering entendía por etapa precontractual pues incluyó a los daños ocasionados en las tratativas previas a la oferta que, como vimos, para el autor alemán, no contaban.

Faggella sostuvo que en la primera etapa (esto es, la anterior a la oferta) la reparación por la ruptura intempestiva de las negociaciones debía limitarse a los gastos realmente efectuados con motivo de ellas. En cambio, en la segunda etapa (es decir, la que comenzaba con la oferta), era reparable tanto el daño emergente como el lucro cesante (que el autor identificaba con la pérdida de las oportunidades de concertar una operación fructífera con otro sujeto)²⁵.

¿Cuál era el fundamento jurídico que encontró Faggella para que en un supuesto debieran indemnizarse sólo los gastos y, en el otro, otros rubros? Ninguno. Simplemente adujo motivos prácticos, los que son hartamente controvertibles²⁶.

Vale aclarar que los autores inmediatamente posteriores a von Ihering y Faggella entendieron que, si bien la pérdida de otras oportunidades de contratar era indemnizable, en ningún caso la parte lesionada en sus intereses podía exigir ser colocada en la misma posición que estaría de haberse celebrado el contrato²⁷.

3.- Tribulaciones sobre el daño futuro.

Todo en esta materia es dudoso y opinable, porque es virtualmente imposible sintetizar en conceptos unívocos los términos de la ecuación jurídica.

¿Qué es el **daño**? ¿Es lo mismo que el **perjuicio**? ¿Cuál es el menoscabo que la ley manda a indemnizar y por qué? Dicho de otro modo: ¿qué es lo dañado que el Derecho toma en cuenta²⁸? No alcanza una vida para leer todo lo que se ha escrito al respecto y, sin embargo,

²³ Segura Riveiro, Francisco, op. cit.

²⁴ Que fue el primero en hablar de **responsabilidad precontractual**.

²⁵ Segura Riveiro, Francisco, op. cit.

²⁶ Antes de que se formalice una oferta bien puede ocurrir que las conversaciones alcancen suficiente entidad como para hacer pensar al otro que está a las puertas del contrato. Si tales expectativas se frustran de modo ilegítimo ¿por qué negarle al damnificado una indemnización que exceda del mero reembolso de los gastos?

²⁷ García Rubio, M^a Paz, y Otero Crespo, Marta, "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", rev. Indret nº 2/2010, http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf

²⁸ Nuestro Código Civil y Comercial, en el art. 1737 CCyC, para contentar a distintos tratadistas contemporáneos, dice que "hay daño cuando se lesiona un **derecho** o un **interés no reprobado por el ordenamiento jurídico**, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva". Desentrañar qué es un **interés no reprobado por el ordenamiento jurídico** y, sobre todo, qué tiene de distinto del **derecho** (supongo que se refiere al reconocido por nuestro ordenamiento jurídico) insumiría demasiado tiempo y no creo que sirva para llegar a un puerto conceptual fructífero.

los jueces y los abogados litigantes hacemos nuestro trabajo con la íntima convicción de saber de qué estamos hablando.

De todos modos, con ánimo de simplificar, diré que para el Derecho hay dos tipos de daño: a) lo que se pierde (por que otro lo quita, lo destruye, o porque el sujeto debe pagar algo que, desde la Equidad, no debiera pagar)²⁹, y b) lo que se deja de ganar³⁰.

Si los daños son los derivados del ilícito, serán indemnizables tanto los que tuvieron lugar en el pasado como los que ocurrirán en el futuro (que, en ocasiones, son una prolongación de los del pasado)³¹.

Uno de los grandes problemas del Derecho consiste en determinar y cuantificar en dinero lo que se deja de ganar.

Veámoslo con algunos ejemplos. El primero: un arquitecto es contratado para proyectar y dirigir la construcción de una vivienda a cambio de cierto honorario. Terminada la labor, el comitente decide no pagarle. En nuestro medio nadie dudaría en que el profesional tiene derecho a demandar el 100% del honorario pactado y sus accesorios legales.

Para el segundo ejemplo modificaré algo el caso anterior: el comitente, después de firmar el contrato, decide no edificar la casa. Por lo tanto, el profesional no hará su trabajo. En tal hipótesis lo que la Ley le reconoce es una acción para demandar el **lucro cesante**: en principio (porque hay excepciones), habrá que abonarle (además de los gastos y trabajos realizados) “la utilidad que hubiera podido obtener”³², dice nuestro art. 1261 CCyC. Es decir, cobrará como si hubiera hecho toda la labor, y la hubiera hecho a tiempo y según las reglas del arte.

Tercer ejemplo: en un accidente de tránsito alguien lesiona seriamente a un deportista profesional exitoso, pero que, en ese momento, no tenía trabajo. Era muy factible (para darle más color al ejemplo supongamos que estaba en tratativas con varios clubes) que esa estrella del deporte hubiera sido contratada en el futuro inmediato y, por lo tanto, corresponde que el victimario lo indemnice por aquello que -se supone- perderá mientras se recupera física y anímicamente.

²⁹ El perjuicio sufrido por la víctima por haber perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio es conocido como **daño emergente** (Moisset de Espanés, Luis, Tinti, Guillermo y Calderón, Maximiliano, “Daño emergente y lucro cesante”, <http://www.psi.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante>).

³⁰ Que en el Código Civil de Vélez Sarsfield se circunscribía al **lucro cesante** pero que, como veremos a continuación, ahora, en el Código Civil y Comercial, también puede darse como **pérdida de chance**.

³¹ Moisset de Espanés, Luis, "Reflexiones sobre el 'daño actual' y el 'daño futuro', con relación al 'daño emergente' y al 'lucro cesante'", E.D. 59-791.

³² En este caso las palabras de la Ley son algo confusas pues parece que la indemnización de los “trabajos realizados” es algo distinto de la “la utilidad que hubiera podido obtener”, pero, en realidad, la norma tiene varias lecturas posibles. Una de ellas puede tener en mira la situación que se da cuando la ruptura del contrato las obras estaban en curso de ejecución. En tal hipótesis el dispositivo legal manda a pagar por la tarea hecha y, además, por la utilidad que hubiera generado el trabajo por hacer.

La otra posibilidad apunta a la figura del empresario que subcontrata. Para él el trabajo de terceros es un costo que debe ser resarcido por el comitente, con independencia de la ganancia que hubiera obtenido si la obra se concluía satisfactoriamente.

El Derecho no manda a que se compense al desafortunado deportista con una suma igual a la que hubiera cobrado si era contratado (como ocurrió con el arquitecto del ejemplo anterior), sino a otra cosa, que se suele llamar **pérdida de chance**³³.

A tal fin los ingresos que hubiera obtenido tiempo atrás, si bien conforman un dato a considerar, no constituyen un dato fundamental³⁴, ya que lo que se ordenará pagar será una cifra (generalmente, un porcentaje de la remuneración esperada³⁵) relacionada con la factibilidad de que hubiera sido contratado. También pesarán otros factores, como los que inciden en la vida de un deportista de esa edad y especialidad, así como la situación económica general, etc.)³⁶.

¿Por qué el arquitecto que no hizo su trabajo (insisto: en principio) tiene derecho a cobrar el 100% de lo que le hubiera correspondido como remuneración y el deportista malogrado apenas un porcentaje de ello? Esa es la pregunta del millón en esta materia y, en verdad, las respuestas de la Doctrina, sobre todo cuando tratamos de descender a los casos singulares, están lejos de ser verdades incuestionables.

A varias generaciones se nos ha enseñado que el daño futuro debe ser cierto³⁷ y no meramente eventual o hipotético³⁸. Ello es válido tanto para la mayor parte del Derecho Comparado³⁹, como para nuestro país⁴⁰.

Ahora, con el Código Civil y Comercial, el principio aparece en el art. 1739: “Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente”⁴¹.

³³ En palabras de Zannoni: “Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar su medida, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado como tal” (Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, ed. Astrea, pág.108; del mismo autor: “El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales”, rev. de Derecho de Daños, 2008-1, pág. 100).

³⁴ CNCiv, Sala “I”, CNCiv, 24/11/1994, “Carrefour Argentina S.A. c. James Smart S.A. y otro”, E.D. 163-208. Gherzi, Carlos A., “Teoría general de la reparación de daños”, ed. Astrea, pág. 402.

³⁵ En un caso se determinó que el resarcimiento debía ser del 20% del valor económico en juego (CNCCom, Sala “D”, 27/03/2012, “LC Acción Producciones S.A. c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A./Artear”, MJJ72601).

³⁶ “Mediante el estudio probabilístico se puede establecer con qué frecuencia, bajo condiciones suficientemente estables de una causa, devienen determinados efectos, elaborando conclusiones sobre la probabilidad de sucesos potenciales y sobre la mecánica subyacente de sistemas complejos, proporcionando estimaciones cercanas a la realidad futura” (Puccinelli, Oscar R., “Sobre lucros cesantes, pérdidas de chances, privación de uso, insuficiencias probatorias, flexibilización de la congruencia y otras yerbas”, MJD6586).

³⁷ Desde luego, el daño pasado también debe ser cierto.

³⁸ El art. 7.4.3 de Principios de UNIDROIT dice:

“(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.

“(2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.

“(3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento”.

³⁹ Por ejemplo: Tapia Rodríguez, Mauricio, “Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena”, rev. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado nº 2, diciembre/2012, pág. 251.

⁴⁰ Halperín, Nicolás, “Indemnización de daños futuros y posibles”, rev. Crítica de Jurisprudencia, año 1933, nº 3, pág. 357.

⁴¹ La subsistencia, por cierto, está referida al daño ocurrido en el pasado.

Concentrémonos en el requisito de la **certeza**. Para ello volvamos a nuestros ejemplos. Tanto el arquitecto como el deportista, si no hubieran sido cruzados por el infortunio, bien podían haber hecho su trabajo, aunque también podían no haberlo hecho (por problemas de salud, por fallecimiento, o por lo que sea). Todavía, si lo hubieran hecho, habría que ver si el resultado cumplía la finalidad que el contrato y la Ley prevén.

En síntesis, tanto en el lucro cesante como en la pérdida de chance hay un margen de incertidumbre⁴².

Esa vacilación se genera tanto cuando el acontecimiento que impidió el ingreso patrimonial ya ocurrió (es decir, cuando tuvo lugar en el lapso que va entre el hecho dañoso y el consabido juicio)⁴³, y, tanto más, si se experimenta en el futuro⁴⁴.

Es que, como apuntó Márquez, cuando el daño es futuro, todo es relativo (me permito agregar: más relativo), pues sobre lo futuro siempre pesa la posibilidad de la no-ocurrencia⁴⁵.

Desde tiempo inmemorial se insiste en que una cosa es el **lucro cesante** y otra la **pérdida de chance**; pero, por más recursos discursivos que se empleen⁴⁶, cuando hay que trazar la frontera conceptual entre uno y otro todo se hace muy difuso.

El Código Civil y Comercial, respondiendo al anhelo de la Doctrina⁴⁷, reguló la **pérdida de chance**, figura que no estaba en el Código de Vélez.

El art. 1738 CCyC estatuye: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima⁴⁸, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances”⁴⁹.

⁴² Reglero Campos, Fernando. “Tratado de responsabilidad civil”, ed. Thomson-Aranzadi, tº I, pág. 330, citado por Moisset de Espanés, Luis, Tinti, Guillermo y Calderón, Maximiliano, “Daño emergente y lucro cesante”, <http://www.psi.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante>.

⁴³ En los ejemplos que puse el arquitecto y el deportista comenzaron a experimentar la pérdida inmediatamente después del evento dañoso. Sin embargo, como vimos, en ninguno de los dos casos existe la certeza absoluta de que, en el tiempo que corrió hasta que la demanda se dedujo, realmente hubieran hecho sus respectivos trabajos, y, en todo caso, de haberlo realizado, si el *opus* hubiera satisfecho los requisitos legales para justificar la remuneración.

⁴⁴ De Cupis, Adriano, “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”, traducción al español, ed. Bosch, pág. 320; Cazeaux, Pedro, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en “Temas de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto M. Morello” ed. Librería Editora Platense SRL, pág. 17.

⁴⁵ Márquez, José F., “Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción en el Código Civil y Comercial”, RCyS, año 17, nº 2015-I, pág. 5, Online: AR/DOC/4450/2014.

⁴⁶ Por ejemplo: el lucro cesante le impide al perjudicado hacerse más rico (Hedemann, Justus W. "Tratado de Derecho Civil", tº III, "Derecho de obligaciones", traducción de Jaime Santos Briz, ed. Revista de Derecho Privado, pág. 124).

Otra: la pérdida de chance no puede estar referida a un daño futuro, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habrían obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la chance misma (Santos Briz, Jaime, "La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno", ed. Montecorvo, pág. 97).

⁴⁷ López Delgado, Floreal, “El nuevo Código Civil y Comercial (4ta. parte). El daño resarcible y quiénes pueden reclamarlo”, MJD7441.

⁴⁸ Las diferencias entre la **pérdida** y la **disminución del patrimonio de la víctima** ya tuvo ocupada a la Doctrina y, seguramente, seguirá alimentando la literatura jurídica, quien sabe si con alguna utilidad práctica.

⁴⁹ Apréciase la analogía con el art. 163 del Código Europeo de Contratos: “Art. 163. **Daño patrimonial resarcible**. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: ... b) ...el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad

Y en el art. 1739 CCyC dispone que la **pérdida de chance** “es indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”⁵⁰.

Finalmente (¿no debiera estar al principio?) el art. 1740 CCyC, para todo daño, garantiza la reparación plena.

¿Por qué el Código exige que el **lucro cesante** esté referido al “..beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención” mientras que respecto de la **pérdida de chance** determina que solo “es indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”?

¿Dónde radica entonces la diferencia entre el **lucro cesante** y la **pérdida de chance**?

¿Acaso en la **pérdida de chance** no hay un “beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención”? ¿No debe existir, también en el **lucro cesante**, una “adecuada relación de causalidad”?

Se acostumbra a decir que el lucro cesante es la ganancia cierta frustrada por el hecho dañoso⁵¹. Sin embargo, acabamos de comprobar que en el lucro cesante tampoco existe la certidumbre absoluta de que los ingresos se generarían. Además, en la pérdida de chance también hay, con algún grado de convencimiento, un daño mensurable⁵².

De modo que, por más que el art. 1739 CCyC consagre el requisito de la certeza del daño, en el fondo, por lo menos en lo que hace a la pérdida de ingresos materiales, debe entenderse que esa certidumbre es relativa⁵³.

En ese sentido coincido parcialmente con Trigo Represas en que “..frente a los conceptos de lucro cesante y pérdida de chance nos encontramos en presencia de un mismo tipo de daño, y que lo que separaría a un concepto del otro sería el grado de certidumbre o de probabilidad de un acontecimiento todavía no sucedido”⁵⁴.

Todas estas especulaciones pierden consistencia ante los casos específicos, donde el protagonismo lo tienen los hechos y las pruebas y, por cierto, lo que al juez le parezca justo⁵⁵.

de ganancia que puede considerarse -con certeza razonable- ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora”.

⁵⁰ No queda claro si entre el lucro cesante y la pérdida de chances hay una relación de género a especie.

⁵¹ Márquez, José F., “Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción en el Código Civil y Comercial”, RCyS, año 17, nº 2015-I, pág. 5, Online: AR/DOC/4450/2014.

⁵² La Doctrina ha empleado fórmulas algo más elaboradas: perjuicio autónomo “..constituido por el menoscabo ocasionado a la víctima por la frustración de la posibilidad actual y cierta de que un acontecimiento futuro se produzca, sin que se pueda saber con certeza si, de no haberse producido el evento dañoso, ese resultado esperado habría efectivamente ocurrido” (Sáenz, Luis R. J., “Algunas consideraciones sobre la pérdida de chance como daño resarcible”, rev. Crítica de Derecho Privado nº 5, año 2008, pág. 603; del mismo autor: “El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil”, rev. Derecho Privado nº 3, año 2015, pág. 143, Id Infojus: DACF130015).

⁵³ Zavala de González, Matilde M., “Determinación judicial del monto indemnizatorio”, J.A. 2006-II-1323.

⁵⁴ Trigo Represas, Félix A., “Pérdida de chance”, ed. Astrea, pág. 19.

Sin embargo, a continuación el mismo autor sostiene “Si la certidumbre es parcial estaríamos en presencia de una pérdida de chance; de otro modo, si fuera total, sería un lucro cesante...”. Por cuanto vengo diciendo, esto último no puede aceptarse. En todo caso tanto en el lucro cesante como en la pérdida de chance hay algo de incertidumbre, solo que en la segunda hay más incertidumbre que en la primera.

⁵⁵ Puccinelli, Oscar R., “Sobre lucros cesantes, pérdidas de chances, privación de uso, insuficiencias probatorias, flexibilización de la congruencia y otras yerbas”, MJD6586.

Es cierto que, en algunos casos, la factibilidad puede medirse científicamente y, por lo tanto, será labor de los peritos determinarla⁵⁶. Pero en otros (no pocos) esto depende enteramente del criterio personal del togado⁵⁷.

4.- El daño en el ámbito precontractual.

El hecho de que la Doctrina internacional más lúcida se haya desprendido de las teorías de von Ihering y Faggella de ninguna manera significa que hubiera logrado consensos conceptuales que las reemplacen. La justificación dogmática vaga errante.

En un reciente fallo la Corte Suprema de Chile, siguiendo a la Doctrina europea de nuestro tiempo, sostuvo que el ilícito precontractual no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino en haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte⁵⁸.

Están quienes hacen eje en el deber de información que lealmente las partes han de cumplir en el íter⁵⁹, noción que ya se veía reflejada en el art. 1338 del Código Civil italiano de 1942⁶⁰ y en el art. 122 del Código Civil alemán⁶¹.

Empero, el hecho de que se elija una u otra justificación teórica (hay muchas otras) tiene poca trascendencia respecto de la correlativa indemnización. Con el mismo sustento dogmático hay algunos que promueven una reparación extensa en tanto que otros optan por una limitada.

Así, en el citado pronunciamiento de la Corte chilena se dijo que la indemnización tenía por finalidad que el demandado ponga al actor en la situación en que se encontraría si esos específicos ilícitos no se hubieran cometido pero, en los hechos, hizo varios recortes.

¿Qué es lo que se debe indemnizar en términos de ganancias que se perdieron o se perderán por lo ocurrido en el periodo precontractual?

En un extremo están quienes, sin mayores explicaciones, optan por una indemnización acotada a los gastos incurridos en los tratos preliminares⁶²: los honorarios de los asesores, las erogaciones incurridas a propósito de los viajes encarados para reunirse, etc.⁶³.

⁵⁶ Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", ed. Abeledo-Perrot, pág. 176.

⁵⁷ Fuera de los supuestos para los cuales la ciencia no tenga una fórmula para cuantificar el daño, hay otros en los que la recurrencia a costosos procedimientos periciales no tiene sentido. De allí que en el art. 2:105 de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) se estableció que, en tales hipótesis, el tribunal puede estimar el quantum sin auxilio técnico.

⁵⁸ Corte Suprema de Chile, 12/04/2012, "Urrea Fuentes, Cristian c. Corpbanca", CL/JUR/788/2012, Rol Nº 218/2011, comentado por San Martín Neira, Lilian C., "Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones", rev. Chilena de Derecho, vol. 40, nº 1, abril/2013, Online <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000100012>.

⁵⁹ Rengifo García, Ernesto, "El deber precontractual de información", rev. de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, vol. 327, fasc. 1, pág. 85.

⁶⁰ "Conocimiento de la causa de invalidez. La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte debe resarcir el daño que esta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato". Al respecto: Messineo, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial. Derecho de las obligaciones. Parte general", traducción de Santiago Sentís Melendo, ed. Jurídicas Europa-América, tº IV, pág. 455.

⁶¹ Que dispone la reparación de daños y perjuicios en los casos de declaraciones de voluntad nulas por falta de seriedad y error, supuestos en los cuales se dispone indemnizar el daño sufrido por haber confiado en la validez del contrato (Orrego Acuña, J. Andrés, "De la responsabilidad precontractual con especial énfasis en los tratos negociales previos", rev. Entheos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Las Américas, año 4, pág. 267).

En esa corriente de pensamiento se acostumbra a decir que la situación del damnificado en la etapa precontractual no puede equipararse a la del perjudicado por el incumplimiento de un contrato firmado⁶⁴. Sin embargo, las razones convincentes de esa tesitura escasean.

Entre nosotros, durante muchos años, se sostuvo que la culpa precontractual sólo permite exigir la indemnización del daño emergente pero no el lucro cesante⁶⁵. En el otro extremo se ubicaron quienes piensan que la reparación debe comprender a todos los daños que sean consecuencia de la frustración del negocio, sea daño material (emergente o lucro cesante), sea daño moral. Tal la orientación (al menos en el plano de las declaraciones) del antes citado fallo de la Corte Suprema chilena⁶⁶, criterio que comparto.

En la Jurisprudencia hubo resultados para todos los gustos⁶⁷.

A mi modo de ver hay que indemnizar todas las consecuencias perjudiciales del hecho dañoso, que es lo que ahora dispone el art. 1740 CCyC.

Como lo que se indemniza es una expectativa de ingreso económico que se frustra es indispensable determinar cuán cerca de lograrlo se estaba. Por eso, cuando se descende al caso concreto, hay que evaluar una serie de factores: por ejemplo, el grado de avance de las negociaciones.

La esperanza de concreción del negocio que puede albergar una de las partes el primer día de conversación naturalmente es inferior a la que le provocará la firma de un precontrato⁶⁸.

⁶² Remarcable la evolución de pensamiento de Díez-Picazo sobre el particular. En la década del 90' sostuvo la tesis más restrictiva que limitaba la indemnización precontractual a los gastos efectivamente realizados y constatados (Díez-Picazo, Luis, "Fundamento del Derecho Civil patrimonial", ed. Civitas, 5ª edición (año 1996), vol. 1º, pág. 267). Mas en un obra ulterior admitió que, aunque se trate de una cuestión discutida y no bien resuelta, ha de entenderse que el interés negativo comprende también el lucro cesante o la ventaja que la parte perjudicada hubiera podido obtener si como consecuencia de la negociación emprendida, hubiera perdido otra ocasión más ventajosa de contratar (Díez-Picazo, Luis, "La existencia del contrato", rev. Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación nº 39, año 2009, pág. 179).

⁶³ Segura Riveiro, Francisco, op. cit.; Monateri, Pier G., "La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano", en "Estudios sobre el contrato en general", ed. Ara Editores, pág. 479.

⁶⁴ Algunos, como Fischer (Fischer, Gerfried, "*Culpa in contrahendo im Internationales Privatrecht*", rev. Juristen Zeitung, año 46, nº 4, pág. 168), según señala Segura Riveiro, seguían hablando del interés negativo pero con un contenido diverso: "existe interés negativo cuando la indemnización de daños y perjuicios tiene su causa exteriormente en la celebración de un negocio jurídico, en que debe distinguirse entre el interés mismo del negocio (interés contractual positivo) y el interés por su frustración (interés contractual negativo). El primero supone la ejecución, el segundo todo daño causado por su inejecución" (Segura Riveiro, Francisco, op. cit.).

⁶⁵ Ese fue el criterio sentado en las II^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1965, tema 5, recomendación 4.

⁶⁶ "Deben indemnizarse todos los gastos y perjuicios que sean una consecuencia directa de la revocación (...). Habrá que entender que los perjuicios indemnizables incluyen el daño emergente, el lucro cesante e incluso el daño moral, siempre que sean consecuencia directa de la revocación". Y más adelante agrega: que "el único límite en la indemnización está en que la parte no puede quedar en mejor posición que en la que habría quedado de celebrarse el contrato".

⁶⁷ "El lucro cesante resulta improcedente en el marco de la responsabilidad precontractual pues la extensión del resarcimiento no comprende las ganancias dejadas de percibir, ya que se trata de un contrato que no se celebró" (CCiv 1ª Mendoza, Primera Circunscripción, 17/10/2011, sentencia nº 42851, <http://ar.vlex.com/tags/lucro-cesante-38384>). "Se resarce por el interés negativo que comprende los gastos realizados por las partes en virtud de las tratativas y el lucro cesante en cuanto haya derivado de estar pendiente de las tratativas" (CNCom, Sala "D", 10/05/2004, "Establecimientos Metalúrgicos Crespo S.A.C.I. e l. c. Carlisi, Ángel", MJJ4115).

⁶⁸ Brebbia, refiriéndose a la reparación de la responsabilidad precontractual decía que la indemnización en el primero de los casos sólo puede reclamar los gastos efectuados con motivo de las negociaciones (daño emergente), y, en el segundo, se debe agregar el lucro cesante (Brebbia, Roberto H., "Responsabilidad Precontractual", ed. La Rocca, pág. 222).

La conducta de las partes en la transición, vista objetivamente, en un caso y en el otro, tiene efectos diversos, efectos que el Derecho debe computar⁶⁹.

En suma, en cada hipótesis suelen coexistir elementos de certeza y de incertidumbre: si ya hubo una oferta allí hay certeza; todo lo demás, como es aleatorio, está rodeado de irresolución (cuál es la pérdida por haber preferido una negociación en lugar de la otra, cuán ciertas eran las posibilidades de que ese contrato se hubiera celebrado y cuál hubiera sido la ganancia que se habría obtenido, etc.)⁷⁰.

El contexto exterior a las negociaciones también tiene incidencia. En el ejemplo del deportista profesional desempleado: si la víctima tenía firmado una carta de intención con un tercero donde se aclaraba cuál sería la remuneración, en cierto modo hay una pauta que le servirá al juez para graduar el resarcimiento.

Algunas expresiones de la Doctrina y de la Jurisprudencia nacional⁷¹ (en línea con ideas europeas⁷²) en ocasiones sostienen que la responsabilidad precontractual alcanza a la **pérdida de otras oportunidades de negocio**. Sin embargo, no disciernen con claridad si ello es lo mismo que la pérdida de chance u otra cosa⁷³.

Se dice que, en tales supuestos, la víctima debe probar que habían tratativas serias con otra persona⁷⁴, que tales tratativas no tenían conflicto legal con las sostenidas con el demandado⁷⁵, que podían llegar a buen puerto y que, si ello no ocurrió, fue en razón de haber preferido sostener conversaciones con el victimario.

⁶⁹ Carrasco Perera, Ángel, "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", ed. Edersa, tº XV, vol. 1º, pág. 428.

⁷⁰ Osterling Parodi, Felipe y Rebaza González, Alfonso, "La ruptura injustificada de tratativas contractuales", rev. Iuris Omnes (Poder Judicial Arequipa), junio/2008, <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Ruptura%20Injustificada.pdf>

⁷¹ Por ejemplo: Trigo Represas, Félix A., "Lucro cesante y pérdida de chance en la indemnización del daño al interés negativo", DJ del 05/09/2012, pág. 17, comentando el fallo CNCom, Sala "D", 27/03/2012, "LC Acción Producciones S.A. c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A./ARTEAR".

⁷² Medina Alcoz, Luis, "La teoría de la pérdida de oportunidad", rev. Española de la Función Consultiva nº 16, año 2011, pág. 97, reiterando conceptos vertidos en "La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado", ed. Thomson-Aranzadi.

⁷³ Se ha dicho que la pérdida de chance está referida a la pérdida generada por la frustración del negocio en tratativas, en tanto que la pérdida de oportunidad tiene que ver con otro negocio que se descartó por estar dedicado a aquella gestión (Siso Martín, Juan, "La tesis de la pérdida de oportunidad", MJD4538). Otros consideran que la pérdida de oportunidad y de chance son sinónimos (Bilbao Aranda, Facundo M., "Daños y perjuicios en el deporte. A propósito del caso 'Camoranesi'", MJD5994).

La doctrina de la pérdida de oportunidad, en Europa continental, a pesar de contar con cierto prestigio en el mundo anglosajón, y de haber aparecido en el ya transcrito art. 163 del Código Europeo de Contratos, fue empleada en algunos casos de responsabilidad médica. No obstante, resultó muy resistida por la Doctrina (Medina Alcoz, Luis, "Teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual). La doctrina de la pérdida de oportunidades", rev. de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 30, año 2009, pág. 31; Asensi Pallarés, Eduardo, "La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica", Rev. CESCO de Derecho de Consumo nº 8/2013, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> I; Luna Yerga, Álvaro, "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", rev. Indret Revista para el Análisis del Derecho nº 2, año 2005).

⁷⁴ Hecho que podría demostrarse mediante una propuesta escrita del tercero, aunque no es un medio de acreditación excluyente.

⁷⁵ Una carta de intención puede contener un compromiso interino de no competencia (Van Thienen, Pablo A., "Carta de intención y responsabilidad precontractual no aquiliana: análisis del caso Puerto Rosario S.A. (International Container Terminal Services S.A.)", rev. Cedef, Working Paper nº 50/2011, <http://www.cedeflaw.org/pdfs/201155204141-65.pdf>).

En la esfera precontractual es difícil comprobar la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño supuestamente ocasionado. Por eso la solución debe establecerse sobre una relación de causalidad probable⁷⁶.

Para comprobarlo pensemos en el daño al prestigio profesional o comercial. Tanto si el contrato se firma pero una de las partes lo incumple, como en la hipótesis en la cual el contrato no llega a firmarse, la parte inocente puede sufrir un desmedro en su reputación⁷⁷. Ello es válido para el renombre ya ganado, como para el que se podía haber logrado si el contrato se cumplía⁷⁸.

Hay otros factores que juegan en la ecuación indemnizatoria.

¿Debe compensarse todo lo que el sujeto dejó de ganar por estar ocupado con las tratativas finalmente fallidas? Dicho de otro modo ¿Cuál es el precio que hay que pagar por la frustración injusta? Si se estaba negociando la compraventa de un inmueble que el sujeto ya tenía a quién revenderlo a mayor precio, esa diferencia de precio ¿es indemnizable?⁷⁹.

Si por ocuparse de las negociaciones esa persona dejó de atender, total o parcialmente, su trabajo habitual, los ingresos que hubiera obtenido por dicha actividad ¿también son resarcibles?

Casi al pasar hemos visto que, en el contrato de obra, el empresario puede arrepentirse, tanto antes de firmar el contrato como después y que, en principio, debe pagarle al contratista todo lo que hubiera cobrado si el trabajo se hacía (art. 1261 CCyC).

Sin embargo, el Legislador comprendió que, en ocasiones, ello podía conducir a una solución inequitativa pues, desde la perspectiva del contratista, no es justo que sea lo mismo trabajar que no trabajar⁸⁰.

Por eso el mismo art. 1261 CCyC, dispone que “el juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia”⁸¹. La norma está vinculada a la noción de enriquecimiento indebido.

⁷⁶ Mendieta, Jaime, “La culpa *in contrahendo*. Historia, evolución y estado actual de la cuestión”, rev. e-Mercatoria, vol. 10, nº 2, julio-diciembre/2011, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/PDF02/125.pdf>

⁷⁷ Piénsese en un artista que es tentado para protagonizar una gran obra.

⁷⁸ El tema apenas es mencionado en el concierto europeo. Por ejemplo: Luna Serrano, Agustín, “El régimen de los tratos preliminares en el anteproyecto de Código Europeo de los Contratos”, rev. de la Universidad de Deusto, vol. 51, nº 1, año 2003, pág. 307.

En nuestro país, en un supuesto, se desestimó la indemnización por pérdida de la notoriedad que había reclamado quien fue privada de intervenir en un ciclo televisivo (CNCiv, Sala “M”, 13/11/2007, “Mussa, Nadia Y. c. Ideas del Sur S.A.”, MJJ21477).

⁷⁹ En un caso se sentenció que “en materia de responsabilidad precontractual, la omisión de las diligencias apropiadas para acceder al perfeccionamiento del contrato de compraventa inmobiliaria en vías de formación, configura un abuso de la libertad de no contratar, produciendo con ello un daño cierto y reparable” (CNCom, Sala “C”, 30/04/2010, “Gómez, M^a de los Ángeles c. Cordis S.A. y otro”, MJJ56364). Y en otro precedente se decidió que también deberá indemnizarse la pérdida de la expectativa de ganancia futura mediante la venta de las unidades (CCiv y Com Rosario, Sala 3^a, 25/04/2014, “Rossi, Diego G. c. Leone, Mariano A.”, MJJ86278).

⁸⁰ Quien cierra un contrato y cumple las prestaciones a su cargo dedica recursos y esfuerzos. Además, nadie puede asegurar *ex ante* que el *opus* respetará las directivas del contrato y del buen arte. Por lo tanto, quien ve desvanecer la tratativa precontractual pasaría a estar en mejor situación, tanto si no hace nada en el futuro inmediato, como si hace otra cosa.

⁸¹ Regla que ya estaba en el Código Civil antes de esta Reforma: art. 1638 CCiv.

Antes de que nuestro régimen legal ofreciera normas que permitan alegar el enriquecimiento indebido o sin causa se admitía su procedencia⁸². Es más, la Jurisprudencia aclaró que “la víctima no debe enriquecerse por el acto ilícito”, de manera que la acción “..no tiene por objeto sacrificar todo el mejoramiento accidental u ocasional, sino solamente proteger al responsable de cualquier exceso en su obligación de indemnizar⁸³”.

Ese parece ser el sentido del art. 1794 CCyC. Quien se ha enriquecido de manera ilícita a costas de otro debe indemnizarlo “en la medida de su beneficio”, pero con tope en “el detrimento patrimonial del empobrecido”.

Empero, como veremos más adelante, el art. 992 CCyC sobre indemnización por el aprovechamiento ilegal de la información recibida en la etapa precontractual dice algo distinto.

En esta materia, en el Derecho Comparado, desde algunos años, se escucha el canto de sirena de la doctrina de los **daños puramente patrimoniales** (*Pure Economic Loss*) que tuvo nacimiento en el Common Law⁸⁴ y que, tras una escenografía teórica economicista, tuvo por objeto reducir la litigiosidad en materia de acciones de daños o, en todo caso, limitar cuanto sea posible las indemnizaciones⁸⁵, en particular por lucro cesante. De allí la adhesión que tiene de parte de las compañías de seguro y de un sector de la judicatura.

Algunos autores europeos creen ver rastros de esa doctrina en los arts. 2:103 y 2:104 de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)⁸⁶, pero, en los hechos, recién a comienzos del año 2015 hubo un precedente aislado del Tribunal comunitario que hizo referencia a ella⁸⁷.

La probabilidad, en algunos casos, depende de cálculos matemáticos. Empero el juez generalmente no es matemático⁸⁸. Para ello, nada mejor que recurrir a los peritos⁸⁹.

⁸² CNCiv, Sala “G”, 08/06/2015, “M., G. C. c. L., E. F.”, E.D. Digital (83102); Picasso, Sebastián, “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, L.L. - 2007-F, pág. 1154; Mayo, Jorge A., “El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito”, L.L. 2009-C, pág. 1018.

⁸³ CNCiv, Sala “K”, 28/11/2014. “A., C. A. y otro c. Rol Pel SRL”, E.D. Digital (80179).

⁸⁴ De Mot, Jef P. B., “Pure economic loss”, en “Encyclopedia of Law and Economics”, “Tort Law and Economics”, 2ª ed., ed. Michael Faure, vol. 1; Dari-Mattiaccia, Giuseppe y Schäferc, Hans-Bernd, “The Law and Economics of Pure Economic Loss”, rev. International Review of Law and Economics, vol. 27, tema 1, marzo/2007, pág. 8.

⁸⁵ Hartshorne, John, “Contemporary approaches towards pure economic loss in the law of negligence”, rev. Journal of Business Law nº 5, año 2014, pág. 425.

⁸⁶ Martín-Casals, Miquel y Ribot Igualada, Jordi, “Pure economic loss. La indemnización de los daños patrimoniales puros”, rev. Derecho Privado Europeo, año 2003, pág. 88; Martín Casals, Miquel, “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil””, rev. InDret nº 2/2005, http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf

⁸⁷ TJE, 28/01/2015, “Harald Kolassa y Barclays Bank PLC”, asunto C375/13, <https://cartasblogatorias.com/2015/02/09/union-europea-sentencia-del-tje-sobre-productos-financieros-consumo-y-dano-economico-puro-caso-harald-kolassa-y-barclays-bank-plc/#more-557>

⁸⁸ En algún momento en nuestro Derecho generaron un entusiasmo desmesurado algunos ensayos doctrinarios que aseguraban que empleando fórmulas similares a la de los baremos usados para determinar las indemnizaciones en casos de accidentes y enfermedades laborales se encontraría una vía para asegurar la igualdad ante la Ley que promete de la Constitución Nacional, y, al mismo tiempo, se aliviaría el trabajo de los jueces (por ejemplo: Tomassetti, Marcos G., “Aplicación de baremos en el fuero civil: accidentes de tránsito”, MJD6035). Goldenberg, con la solidez que lo caracterizaba, aconsejó descartar el empleo de esas fórmulas apriorísticas de compensación (Goldenberg, Isidoro H., “Responsabilidad precontractual: La ruptura de los *pourparlers*”, en Bueres, Alberto J. (Director), “Indemnización de daños y perjuicios, Responsabilidad Civil”, ed. Hammurabi, pág. 168).

No obstante, la última palabra es la del magistrado, de manera que la labor pericial, deberá pasar por el filtro de la sana crítica⁹⁰, lo que de ningún modo significa arbitrariedad⁹¹. Que el cálculo del monto lo pueda hacer el juez no significa que no deba recurrir a elementos objetivos⁹².

5.- Influencia del desequilibrio económico entre las partes en el ámbito precontractual⁹³.

La realidad que acabo de describir normalmente era (y es) fuertemente modificada cuando, en términos económicos y financieros, media una gran diferencia entre las partes⁹⁴.

Tal circunstancia condiciona, tanto la celebración del contrato, como su posterior cumplimiento y extinción, por cierto, en perjuicio de la parte débil o hiposuficiente⁹⁵.

De allí que los jueces han buscado neutralizar esa desproporción mediante fórmulas de equidad⁹⁶. En tal dirección la Jurisprudencia ha establecido que, cuando se presenta una injusticia en la génesis del contrato por abuso de la posición dominante⁹⁷ el ordenamiento positivo debe suministrar las herramientas adecuadas para restablecer la medida (vgr., a través del empleo de las nociones de abuso de derecho, de la imprevisibilidad y del enriquecimiento sin causa)⁹⁸.

En el ámbito precontractual ¿cómo se traduce ese desnivel económico entre las partes en ventajas a favor del poderoso? En primer lugar, la parte débil no está en condiciones de exigirle a la otra la firma del contrato pues, usualmente, tiene el temor de que la operación

⁸⁹ En la Argentina el art. 11 de la ley 20488 exige título de Licenciado en Economía o equivalente para todo dictamen destinado a ser presentado a autoridades judiciales relacionadas con la realización e interpretación de estudios econométricos, análisis económico del planteamiento de recursos humanos y evaluación económica de proyectos y programas atinentes a estos recursos.

Vale aclarar que, como adelanté, hay casos para los cuales la ciencia no tiene respuestas (Castiglioni, Carmelo, "La pérdida de chance y su aplicación en el derecho paraguayo", en "Responsabilidad Civil. Daños y Perjuicios. Doctrina Nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008)", ed. Intercontinental Editora S.A., pág. 89, http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Responsabilidad_Civil_Da%C3%B1os_y_Perjuicios.pdf).

⁹⁰ Piedecabras, Miguel, "La pérdida de chance en la CSJN", rev. de Derecho de Daños nº 2008-I, pág. 179.

⁹¹ CSJN, 05/09/2007, "Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén s/Acción de amparo", MJJ14589.

⁹² CNCiv, Sala "A", 11/05/2012, "T. A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros", MJJ73004.

⁹³ Me ocupé de este tema, antes de la Reforma, en Rubín, Miguel E., "La responsabilidad precontractual en el ámbito mercantil, en particular ante situaciones de abuso de la posición dominante", E.D. 240-899.

⁹⁴ Zárate, José M., y Valicenti, Ezequiel, "Las tratativas preliminares en los contratos asimétricos que no involucran consumidores", ponencia presentada ante las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, octubre de 2015.

⁹⁵ CNCiv, Sala "D", 25/08/2004, "Holzer, Eliana K. c. Muñoz Maines, Elizabeth", J.A. 2004-IV-724; Ojea Quintana, Juan M., "Las cláusulas *contra proferentem* y *favor debilis* como modo de expurgación de abusos en los contratos modernos", E.D. 184-1521; Papayannis, Diego M., "La debilidad contractual en el proyecto de unificación del Civil y Comercial", rev. Lecciones y Ensayos nº 76, pág. 59.

⁹⁶ Sylvester, Pablo, "El nuevo artículo 11 del Código Civil y Comercial y las acciones de daños por abuso de posición dominante en el mercado", E.D. del 23/09/2015, nº 13.818.

⁹⁷ Situación que perfectamente se puede dar entre dos o más empresas (Martorell, Jorge E., "La posibilidad de abuso de la posición dominante en la contratación entre empresas", E.D. 173-378).

⁹⁸ Lorenzetti, Ricardo L., "La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación", L.L. 1993-B, pág. 712; Martínez Medrano, Gabriel A., "El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia", J.A. 2002-III-877; Bergel, S. Darío y Paolantonio, Martín E., "Abuso de posición dominante y abuso de derecho", RDPC nº 16, año 1998, pág. 10.

no se concrete. Por ende, desde esa vulnerabilidad, será proclive a tolerar actitudes despóticas de su contraparte.

Además, por lo general, para el negociador débil, la operación suele ocupar toda o casi toda su capacidad productiva y buena parte de su patrimonio; en tanto que, para el poderoso, normalmente será una actividad más.

En esa atmósfera en ocasiones las empresas dominantes inescrupulosas se vinculan con ilusionados emprendedores haciéndoles creer que, en algún momento, se materializará **el negocio**. Ello lo hacen nada más que obtener logros oblicuos.

Tales actitudes transgreden el deber de aclarar cuál es el verdadero interés en las tratativas; deber que es considerado una expresión elemental de la buena fe⁹⁹.

Todas y cada una de esas situaciones pueden desembocar en un daño a la parte débil del binomio negocial.

6.- Lo precontractual en el Derecho Comparado.

Como anticipé, la tesis de von Ihering en cierto modo fue receptada por la primera reforma del Código Civil alemán del siglo XX y, de allí, pasó a otros regímenes.

Dado que la terminología de von Ihering tuvo tanta difusión muchas veces se la empleó nada más que para rotular al instituto, aunque dándole un contenido diverso al de su teoría.

Tal el caso del Reglamento (CE) n° 864/2007 (Roma II). Usó las palabras **culpa in contrahendo** nada más que para ponerle un título al art. 12 “d”¹⁰⁰. Tan es así que, en el Considerando n° 30 del referido Reglamento dice: “La culpa *in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional”. “Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales”. “El artículo 12 cubre únicamente las **obligaciones extracontractuales**¹⁰¹ con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento”¹⁰².

¿Por qué tantas aclaraciones? Sencillamente porque en un ámbito multinacional, donde conviven distintas culturas jurídicas, este tipo de precisiones (a las que se llega por consenso o por mayoría) son fundamentales.

⁹⁹ Lo que lleva al error a quien piensa que el contrato tendrá lugar es el obrar de la otra parte, la que puede consistir en decir algo falso u ocultar uno o más datos importantes (de la Maza Gazmuri, Iñigo, “Los límites del deber precontractual de información”, ed. Universidad Autónoma de Madrid, pág. 418. Sobre el mismo tema puede verse: Venini, Juan C., “Responsabilidad precontractual. Deberes de información (publicidad y propaganda)”, E.D. 172-817; Chinchilla Imbett, Carlos A., “El deber de información contractual y sus límites”, rev. de Derecho Privado n° 21, julio/diciembre/2011, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662011000200014&script=sci_arttext).

¹⁰⁰ El contenido de la norma no parece tener conexión con aquellos postulados (Arenas García, Rafael, “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II”, rev. InDret n° 4/2008, http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf).

¹⁰¹ Las negrillas no están en el original.

¹⁰² Que algunos conceptúan como más importantes que la norma misma (García Rubio, M^a Paz, y Otero Crespo, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, rev. InDret n° 2/2010, http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf).

En otras iniciativas europeas igualmente se ha previsto la cuestión precontractual –en apariencia- sobre aquellos viejos lineamientos, pero con una visión renovada. En el año 1999, se publicó la obra *Principles of European Contract Law*, (PECL)¹⁰³ elaborada por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos¹⁰⁴, y en el año 2009 se terminó de elaborar el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹⁰⁵, que, a su vez, fue el punto de partida del *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law* que se dio a conocer en mayo de 2011¹⁰⁶.

Entre los intentos de reforma legislativa que han tratado de asimilar esa orientación (en particular las de los PECL) se encuentra la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de España elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. En el capítulo II del Título II (“De los contratos”) del Libro IV del CC («De la formación del contrato»), con siete secciones que contienen más de veinte artículos (del 1245 al 1268), se regula la cuestión precontractual¹⁰⁷.

7.- Las tratativas precontractuales en nuestro país antes de la Reforma.

Ni el Código Civil ni el Código de Comercio argentinos tenían normas dedicadas a la **responsabilidad precontractual**.

No obstante el tema fue de tal interés que se llegó a proponer la creación de un nuevo libro del Código Civil para que la regule junto con otros temas contractuales¹⁰⁸.

Tampoco había norma alguna referida al daño al interés positivo o negativo. Empero, entre nosotros, desde hace décadas, constantemente se mencionan a las tesis de von Ihering y Faggella¹⁰⁹. Pero como la noción de von Ihering de **interés negativo** hace a una categoría abstracta, como apunta Beltramo, no ha hecho más que prestarse a confusiones¹¹⁰.

¹⁰³ En lo que aquí interesa: de Ángel Yágüez, Ricardo, “Lealtad en el periodo precontractual. La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho Contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos”, rev. Anuario de Derecho Civil, vol. 63, nº 2, año 2010, pág. 575.

¹⁰⁴ Conocido como Comisión Lando por haber sido presidida por Ole Lando.

¹⁰⁵ Que tuvo origen en el **Plan de Acción** publicado el 12/02/2003 por el cual se procuró la creación de un **Marco Común de Referencia** (MCR) que recogiera principios, terminología y reglas modelo comunes del Derecho Contractual europeo.

¹⁰⁶ Gómez Pomar, Fernando y Gili Saldaña, Marian, “El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, rev. InDret nº 1/2012, http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf.

¹⁰⁷ García Rubio, M^a Paz, “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos”, Boletín del Ministerio de Justicia, año 65, nº 2130, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40162101642_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_responsabilidad_precontractual_en_la_propuesta_de_modificaci%F3n_del_derecho_de_obligaciones_y_contratos

¹⁰⁸ Aricó, Rodolfo y Cafferata, J. Manuel, “Algunas reflexiones sobre la teoría general de contrato del Código Civil argentino”, E.D. 223-876.

¹⁰⁹ Así: Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, 4^a ed., ed. La Ley, t^o I, pág. 352, nº 259; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, 2^a ed., ed. La Ley, t^o II, pág. 79.

¹¹⁰ Beltramo, Andrés, “Las *“pourparlers”* en el derecho contemporáneo. Un acercamiento integral a la responsabilidad precontractual”, rev. Jurídica de Daños nº 4, noviembre/2012, IJ-LXVI-649. No obstante, curiosamente, el autor citado no descarta por completo (no aclara el porqué) la tesis de von Ihering.

Tanto la Jurisprudencia¹¹¹ como la Doctrina nacional¹¹² entienden que, hasta que se firma el contrato, suele haber un *iter* negocial, al que nosotros también conocemos como **etapa precontractual**.

En ocasiones, durante esos prolegómenos, surgen uno o más documentos legales por los cuales dos o más personas se comprometen a negociar para, en el futuro, cerrar un contrato¹¹³.

La variedad de esos pactos es tal que, en forma genérica, se los ha denominado **contratos previos**, concepto dentro del que quedan abarcados, entre otros, los contratos **preliminares** y los **preparatorios**¹¹⁴.

Haya o no papeles preparatorios firmados son numerosos los conflictos jurídicos que se dan en la mencionada fase¹¹⁵.

La ruptura intempestiva dispuesta por una de las partes no es la única hipótesis que desemboca en un reclamo indemnizatorio. Puede ocurrir que uno de los sujetos, antes de firmar el contrato, descubra que la información que le proporcionó el otro sobre el negocio en ciernes es falsa o engañosa, y que sea aquel quien decida apartarse de la relación. Tal situación, por cierto, también puede generar perjuicios indemnizables¹¹⁶.

Veamos lo que ocurre cuando una de las partes, mientras genera en la otra serias expectativas de concretar el negocio¹¹⁷, se aleja abrupta e injustificadamente de las tratativas¹¹⁸.

Ello es particularmente grave cuando las negociaciones quedan superadas por los hechos; es decir, cuando las partes, antes de firmar el contrato, comienzan a llevar a cabo actos que

¹¹¹ Así: CSJN, 04/10/1988, "Consortio Damnificados de PROMOBRA Soc. Civil. c. Banco Hipotecario Nacional s/Cumplimiento de resolución", Fallos 311:2034. Ver también: Filippini, Aníbal, "Interpretación contractual en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", rev. RSYs, año 2, n° 4, julio-agosto/2000.

¹¹² Entre muchos otros: Cobas, Mario A., "La responsabilidad precontractual", en "Contratos. Cátedra de Derecho Civil del doctor Federico N. Videla Escalada", ed. Zavalía, tº I, pág. 301; Brebbia, Roberto, "Responsabilidad precontractual", ed. La Rocca, pág. 23; Leiva Fernández, Luis F. P., "Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio", L.L. 1998-D, pág. 1229.

¹¹³ CNCom, Sala "E", 13/05/1998, "Promosell SRL c. New Shopping S.A.", Lexis Documento Nº 11.458; ídem, Sala "B", 26/06/1981, "Albert de Schmitz, Ernestina y otra c. Schmitz, Ricardo R. y otros", Lexis Documento Nº 2.46192.

¹¹⁴ Aricó, Rodolfo, "El precontrato", E.D. 178-947; Zapa, Gabriel P., "Contratos previos a otros futuros o definitivos", en Stiglitz, Rubén (director), "Contratos. Teoría general", ed. Depalma, tº II, pág. 131.

¹¹⁵ Interesante, en ese sentido, un caso en el cual las tratativas tuvieron lugar a través de comunicaciones por correo electrónico: CNCom, Sala "D", 02/03/2010, "Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A.", L.L. 2010-D, pág. 656 con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas, "La responsabilidad precontractual y su reconocimiento".

¹¹⁶ Borda, Alejandro, "La buena fe en la etapa precontractual", rev. Universitas n° 129, julio-diciembre/2014, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe>.

¹¹⁷ La confianza que se despierta en el otro es considerada fundamental en estos casos: Carranza Torres, Luis R., "Los deberes jurídicos imperantes en la etapa precontractual", E.D. 240-327.

¹¹⁸ Algunas de esas maniobras, como lo explicó Frascchetti, se encuentran descriptas en los Principios UNIDROIT. Así en el art. 2.1.15, tercer párrafo, se menciona al caso de quien ingresa en negociaciones con una persona para evitar que esta, a su vez, inicie tratativas con un tercero por un objeto similar, y de cuya celebración podría derivar un perjuicio; o cuando para conocer el valor real de mercado de un bien es puesto a la venta, al solo efecto de conocer cuánto están dispuestos a pagar los compradores eventuales, pero sin tener la intención de venderlo (Frascchetti, Alejandro D., "Las tratativas y la responsabilidad precontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", MJ7540).

tienen que ver con su objeto¹¹⁹. Así ocurre, por ejemplo, si se encaran gestiones con terceros para ofrecerles los bienes o servicios que supuestamente serán producidos o comercializados según ese contrato aun no formalizado, o si se publicitan las actividades conjuntas como algo que tendrá lugar en un futuro cercano¹²⁰.

Todo ello hace que la celebración del contrato (llamémosle) “formal” quede diferida (y, en cierto modo, minimizada), pues las partes (o, al menos, una de ellas), en ese contexto, lo dan por expresa o tácitamente celebrado¹²¹.

Por eso se ha señalado que el negocio vincula no tanto porque alguien ha querido obligarse, sino porque el otro ha confiado en el compromiso¹²².

Hay que tener en cuenta que en el Derecho argentino del pasado¹²³ la forma escrita de los contratos no tenía tanta trascendencia pues regía la libertad de formas (arts. 973, 974 y 1182 CCiv¹²⁴), principio que también se aplicaba en materia mercantil (art. 207 CCom¹²⁵).

De manera que aunque las partes no firmaran un contrato, eso que habían llevado al mundo de los hechos, generaba consecuencias jurídicas¹²⁶. Hasta los *facta concludentia* tenían valor legal.

Así lo entendían, antes de la sanción del Código Civil y Comercial, la Doctrina¹²⁷ y la Jurisprudencia¹²⁸, tanto por ser la derivación de lo que preceptuaba el art. 218 inc. 4º

¹¹⁹ Waisman, Agustín, “Repensando la responsabilidad precontractual”, E.D. 205-943.

¹²⁰ Moisset de Espanés, Luis, “Notas sobre el precontrato. Antecedentes de Derecho Comparado”, L.L. Córdoba, año VII, 1990, pág. 283.

¹²¹ Aparicio, Juan M., “Contratos. Parte General”, ed. Hammurabi, tº 1, pág. 275.

¹²² De Lorenzo, Federico, “Autoría e imputación en el ámbito contractual (a propósito del artículo 473 del Código Civil)”, L.L. 1998-C, pág. 1215; Farina, Juan M., “Concepto de contrato. Necesidad de su revisión”, RDCO 25-149/150, pág. 649; Varacalli, Daniel C. y Picasso, Sebastián, “Responsabilidad precontractual y poscontractual”, rev. Lecciones y Ensayos nº 60 y 61, año 1995, pág. 209.

¹²³ El principio se mantiene en el Código único.

¹²⁴ CNCiv, Sala “A”, 04/04/2003, “García, José E. c. Seidman y Bonder S.C.A.”, J.A. 2003-III-583; Andrada, Alejandro D., “Forma y prueba de los contratos”, RDPC nº 2014-1, pág. 187).

¹²⁵ CNCom, Sala “C”, 31/05/1993, “Scatena, Ángel c. APE Mutual Deportiva Cultural 3 de abril”, Lexis Documento Nº 1.30007; ídem, Sala “E”, 19/06/1987, “Banco del Chaco c. Chovert, Raúl”, Lexis Documento Nº 11.2940-1; ídem, 27/12/1995, “Banco del Suquía S.A. c. Giordano, Humberto”, Lexis Documento Nº 11.2940.

¹²⁶ Es más, lo actuado por las partes puede llegar a transformar un contrato instrumentado previamente o, incluso, dar lugar a un contrato totalmente nuevo (Alegría, Héctor, “La interpretación de los contratos en el Derecho Argentino”, L.L. 2005-E, pág. 952).

¹²⁷ Gómez Leo, Osvaldo, “Interpretación de los contratos”, L.L. 146, pág. 996; Fontanarrosa, Rodolfo O., “Derecho Comercial Argentino”, ed. Zavalía, tº II, pág. 19; Rezzónico, Juan, “La calificación e integración del contrato”, en Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S. (directores), “Contratos”, ed. La Rocca, pág. 63; Goldenberg, Isidoro, Tobías, José W. y De Lorenzo, Miguel F., “Reformas al Código Civil. Parte General”, ed. Abeledo-Perrot, pág. 355; Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel A., “Responsabilidad precontractual”, ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 26; Cobas, Manuel, “Responsabilidad precontractual”, en Ameal, Oscar J. (director), Gesualdi, Dora M. (coordinadora), “Derecho Privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres”, ed. Hammurabi, pág. 1299.

¹²⁸ CNCom, Sala “C”, 11/11/2001, “Benettar S.A.I.C. c. Benetton S.P.A.”, E.D. 197-314; ídem, Sala “D”, 12/04/1994, “Juventas Publicitaria SRL c. Laboratorios Lacefa S.A.”, L.L. 1995-C, pág. 564; ídem, Sala “A”, 27/08/2003, “La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales c. Carrefour Argentina S.A.”, EDJ12626; ídem, 21/11/2006, “Rothberg, Oscar E. y otros c. Porto, Sergio F. y otro”, MJJ11282.

CCom, como por entrar en juego los principios generales del Derecho, como el de la buena fe plasmado en el art. 1198 CCiv¹²⁹.

El imperativo de la buena fe también forzaba a ponderar el fin económico perseguido por las partes en las gestiones preliminares¹³⁰, sin importar el nombre que le hubieran dado a lo hecho hasta entonces¹³¹; directiva que era (y es) válida para la interpretación de todo acto jurídico¹³².

En consecuencia, debía detectarse el máximo sentido útil del negocio en expectativa¹³³, pues de ese modo los jueces cumplían la manda legal de calificar las pretensiones deducidas en juicio "según correspondiere por ley"¹³⁴.

En síntesis, básicamente se dan dos hipótesis de responsabilidad precontractual¹³⁵: 1) la provocada por el retiro intempestivo de las tratativas, hipótesis que se da cuando una de las partes se desprende irrazonablemente de las negociaciones¹³⁶; y 2) la ocasionada por la ausencia de información leal de una de las partes a la otra¹³⁷, extremo que la Jurisprudencia

¹²⁹ Masnatta, Héctor, "Interpretación de los contratos en la Ley y la Jurisprudencia argentinas", rev. Notarial n° 727, noviembre-diciembre/1959, pág. 1622; Nicolau, Noemí L., "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato", Garrido Cordobera, Lidia M., "La buena fe como pauta de interpretación de los contratos", Cornet, Manuel, "La buena fe y la resolución del contrato", Casiello, Juan J., "La buena fe y la revisión del contrato", Salerno, Marcelo U., "La buena fe contractual y los cambios imprevisibles de la política monetaria", aportes estos últimos publicados en la obra colectiva: Córdoba, Marcos N. (director) Garrido Cordobera, Lidia M. y Kluger, Viviana (coordinadoras), "Tratado de la buena fe en el Derecho", ed. La Ley.

¹³⁰ CNCom, Sala "D", 11/07/2003, "Gómez, Elisa N. c. HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. y otro", Lexis Documento N° 11.36779. Ghersi, Carlos A., "Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial", 3ª ed., ed. Astrea, tº I, pág. 215; Goldenberg, Isidoro, Tobías, José W. y De Lorenzo, Miguel F., "Reformas al Código Civil. Parte General", ed. Abeledo-Perrot, pág. 347; Martorell, Ernesto E., "Tratado de los contratos de empresa", ed. Depalma, tº I, pág. 285; Moreno Dubois, Eduardo E., "Principios que rigen la interpretación de los contratos", L.L. 119, pág. 73; Mosset Iturraspe, Jorge, "Las circunstancias del contrato. Primera parte". "La reforma del Proyecto de Unificación al artículo 1197 del Código Civil. Segunda parte. Su vinculación a la causa fin", E.D. 128-853; del mismo autor: "Interpretación económica de los contratos", ed. Rubinzal-Culzoni, especialmente capítulos I, II y IV; Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, "Contratos por adhesión. Cláusulas abusivas y protección al consumidor", ed. Depalma, pág. 74.

¹³¹ Gregorini Clusellas, Eduardo L., "La interpretación integradora, la integración del contrato y las pautas legales", L.L. 1998-B, pág. 1260.

¹³² Llambías, Jorge J., "Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia", ed. Abeledo-Perrot, tº II-B, pág. 89; ídem, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", 6ª ed., ed. Perrot, tº II, pág. 378; Goldenberg, Isidoro, Tobías, José W. y De Lorenzo, Miguel F., "Reformas al Código Civil. Parte General", ed. Abeledo-Perrot, pág. 345; Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", 8ª ed., ed. Abeledo-Perrot, tº II, pág. 132; Etcheverry, Raúl A., "Interpretación del contrato", L.L. 1980-D, pág. 1053; Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos", ed. Ediar, pág. 259.

¹³³ Spota, Alberto G., "Contratos en el Derecho Civil", ed. Ediciones Esnaola, tº III, págs. 147 a 152; Siburu, Juan B., "Comentario del Código de Comercio Argentino", 2ª ed., ed. Librería Jurídica de Valerio Abeledo, tº IV, pág. 87; Galdós, Jorge M., "El principio *"favor debitoris"* en materia contractual. Algunas aproximaciones", L.L. 1997-D, pág. 1112.

¹³⁴ CNCom, Sala "D", 17/04/1991, "Ghiray Propiedades S.A. c. Mendoza de Bottiglieri, Ciriaca", L.L. 1992-D, pág. 393.

¹³⁵ Varios autores, sobre todo en el Derecho Comparado, incluyen en esta categoría a los contratos nulos, pero esta cuestión tiene un cauce independiente que no conviene confundir con los problemas de la precontractualidad.

¹³⁶ CNCom, Sala "D", 14/02/1996, "Álvarez, Rodolfo c. Cassano, Luis", Lexis Documento N° 1.466; ídem, Sala "E", 19/10/2006, "Transportes Cadam S.A. c. Coca-Cola FEMSA de Buenos Aires", J.A. 2007-II-139, Abeledo Perrot Online Documento N° 35010341; ídem, Sala "C", 11/11/2001, "Benettar S.A.I.C. c. Benetton S.P.A.", E.D. 197-314, donde se invoca el precedente de la misma Sala: "Klaus Bocker GMBH c. Litoral Citrus, S.A." del 26/12/1996.

¹³⁷ Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, "Responsabilidad precontractual. Deberes secundarios de conducta. Incumplimiento del deber de información. Relevancia en los contratos de consumo", L.L. 1992-D, pág. 750.

identificaba con el incumplimiento del deber de informar en la etapa precontractual, es decir, por no aclarar qué es exactamente lo que se busca con ellas¹³⁸.

Para que cualquiera de esas circunstancias tenga trascendencia jurídica se requiere la existencia de un **daño injusto** infringido a la parte inocente¹³⁹.

¿Cuándo estamos ante la primera de las figuras? Para encontrar una respuesta valedera tanto para los tiempos anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial como después, resulta muy útil el razonamiento de Díez Picazo¹⁴⁰, quien identificó cuatro presupuestos:

1. La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato.
2. El carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones.
3. La producción de un daño en el patrimonio de quien supuso que el contrato se concluiría.
4. La relación de causalidad entre ese daño y la confianza suscitada.

En cuanto al primer requisito: solo deben tenerse en cuenta aquellas situaciones en las cuales las conversaciones entre las partes han llegado a un punto tal que racionalmente le genere a cualquiera de ellas la convicción de que está en las puertas del acuerdo definitivo. Es decir que hay una relación directamente proporcional entre las expectativas y la confianza de llegar a buen puerto que uno de los sujetos despierta en el otro¹⁴¹.

En punto a la ruptura ¿por qué al autor glosado le resultaba suficiente con que fuera **injustificada**? ¿Por qué no exigir el dolo o culpa de quien se aparta de la negociación? La respuesta tiene que ver con un enfoque que se le dio a la responsabilidad civil sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX: en lugar de hacer especulaciones acerca de cuál fue la intención de quien ocasionó el daño el Derecho se enfoca en el damnificado y, desde ese puesto de observación, trata de determinar si es justo o injusto que lo haya recibido¹⁴².

¹³⁸ CNCom, Sala "D", 14/02/2007, "Recupero Energético S.A. c. Camuzzi Gas Pampeana S.A. y otros", E.D. 223-363, donde se cita a Stiglitz, Rubén, "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo", J.A. 1997-II-764.

¹³⁹ Es decir, lo que cuenta es la entidad del daño y no la gravedad de la falta (Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe", ed. La Rocca, pág. 141; Mosset Iturraspe, Jorge, "Manual de Derecho Civil. Contratos", ed. Emeba, pág. 147; Casiello, J. José, "El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible", <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasiello>; De Lorenzo, Miguel F., "El daño injusto en la responsabilidad civil", ed. Abeledo Perrot, pág. 12; Barbier, Eduardo, "Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual", L.L. 1993-D, pág. 1081).

Sin embargo, nuestro Código Civil y Comercial parece haber adherido a un criterio dual. En el art. 1749 determina que "Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión", y en el art. 1717 CCyC, referido al presupuesto de antijuridicidad (o ilicitud objetiva) establece que "cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada" (norma tomada del art. 1066 del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993), lo que hace suponer que la antijuridicidad se predica de la conducta y no del daño (Bueres, Alberto J., "la responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", L.L. 2012-C, pág. 1254).

¹⁴⁰ Díez Picazo, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", ed. Civitas, pág. 278. Exactamente en el mismo sentido: Barrientos Zamorano, Marcelo, "Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato", ed. Legal-Publishing, pág. 51.

¹⁴¹ Fraschetti, Alejandro D., "Las tratativas y la responsabilidad precontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", MJD7540.

¹⁴² López Olaciregui, J. María, "Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo", RDCO 1964-I-IV-68; De Lorenzo, Miguel F., "El daño injusto en la responsabilidad civil", ed. Abeledo Perrot, pág. 22; Anzoátegui, Ignacio, "Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de

Por lo tanto, frente a la ruptura de las tratativas negociales lo que hay que determinar es si estaba justificada por una razón legítima, y, además, si tal razón fue invocada a tiempo¹⁴³. Caso contrario, se debía reparar el perjuicio que era consecuencia de haber puesto la confianza en la diligencia y buena fe de la contraparte¹⁴⁴.

Para eludir aquella responsabilidad precontractual era común que, en los prolegómenos, la parte poderosa le hiciera firmar a la otra un documento por el cual se establecía que cualquiera de ellas (entiéndase bien: esto está pensado en beneficio exclusivo de la primera), podía desprenderse de la relación en cualquier momento, sin indemnizar.

Ese instrumento, que, en principio, no era reprochable, no podía transformarse en herramienta para construir un ilícito.

Hoy día tenemos claro que ello puede constituir una cláusula abusiva¹⁴⁵ (o una cláusula que sea abusivamente empleada) pero, antes de la Reforma, ello fue materia de un arduo debate¹⁴⁶.

Desde los primeros tiempos¹⁴⁷ parte de la Doctrina consideró que la responsabilidad por la ruptura intempestiva de las tratativas precontractuales encontraba su fundamento en el abuso del derecho (art. 1071 CCiv)¹⁴⁸, pues -se razonaba- el deber de buena fe se encuentra en cabeza de los contratantes no sólo al momento de la celebración y ejecución del contrato, sino también en la etapa de formación¹⁴⁹.

Otros pensaron que el fundamento radicaba en la culpa delictual, esto es, en la violación del deber genérico de no dañar (art. 1109 CCiv)¹⁵⁰.

También hubo quienes sostuvieron que, en nuestro Derecho, esa responsabilidad encontraba importantes puntos de apoyo en los arts. 1155, 1163 y 1329 CCiv¹⁵¹.

....

daños", rev. Lecciones y Ensayos nº 84, enero-diciembre/2008, pág. 135, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/07-ensayo-anzoategui.pdf>

¹⁴³ Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., "Responsabilidad precontractual", ed. Abeledo-Perrot, pág. 116.

¹⁴⁴ Orgaz, Alfredo, "Tratativas contractuales y formación del contrato", L.L. 75, pág. 239.

¹⁴⁵ Tanto por lo que dispone el art. 988 CCyC, como por lo que establece el art. 1743 CCyC.

¹⁴⁶ Rubín, Miguel E., "Cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de comercialización antes y después de sancionado el Código Civil y Comercial", MJD7331.

¹⁴⁷ Ya Josserand había sostenido que quien retira injustificadamente una oferta comete abuso del derecho de no contratar (Josserand, Louis, "Derecho Civil", ed. Bosch y Cía., pág. 43).

¹⁴⁸ Esta tesis fue resistida por Brebbia (Brebbia, Roberto, "Responsabilidad precontractual", ed. La Rocca, pág. 67).

¹⁴⁹ Bueres, Alberto J., "Objeto del negocio jurídico", ed. Hammurabi, pág. 173; Flah, Lily R. y Smayevsky, Miriam, "Teoría de la imprevisión", ed. Abeledo-Perrot, pág. 110; Salas, Acdeel E. y Trigo Represas, Félix A., "Código Civil anotado", ed. Depalma, tº 2, com. art. 1198, nº 3, pág. 43; Morello, Augusto M., "La buena fe en los contratos", en Morello, A. M. y Portas, Néstor L. (coordinadores), "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", ed. Librería Editorial Platense, tº 3, pág. 89; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La buena fe y las relaciones jurídicas. Con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor", en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", RDPC nº 1990-I, pág. 261.

¹⁵⁰ Es España se dio un debate similar como puede verse en: Bernad Mainar, Rafael, "Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares", rev. Crítica de Derecho Inmobiliario nº 747, enero/2015, pág. 11.

¹⁵¹ Lorenzini, Juan P., "Incumplimiento contractual y precontractual a la luz del Proyecto de Código Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT", E.D. 213-624; Brebbia, Roberto H., "La frustración del fin del contrato", L.L. 1991-B, pág. 876.

A pesar de los distintos enfoques teóricos, nuestros tribunales comprendieron que una de las partes no podía disponer unilateralmente la ruptura intempestiva e injustificada de las tratativas, y, si lo hacía, debía considerársela responsable de los daños ocasionados por las expectativas frustradas de la otra parte¹⁵², naturalmente, sin que pudiera invocar la propia torpeza¹⁵³.

La Jurisprudencia mayoritaria también pensó que la responsabilidad precontractual era de esencia aquiliana (art. 1109 CCiv)¹⁵⁴.

El incumplidor ni siquiera podía excusarse en la hipotética inviabilidad comercial del negocio en ciernes¹⁵⁵.

La Jurisprudencia aclaró que las comunicaciones emitidas con la intención de dejar sin efecto el acuerdo preliminar sólo podían tener virtualidad si eran aceptadas de manera expresa por la otra parte. Si tal cosa no ocurría correspondía tener por unilateralmente rescindido el preacuerdo¹⁵⁶.

Es que, según lo disponía el art. 874 CCiv, de ninguna manera podía inferirse que la parte había renunciado tácita o implícitamente a sus derechos¹⁵⁷.

También entre nosotros el alcance de la responsabilidad no era el mismo cuando las tratativas apenas comenzaban (por ejemplo, cuando se emitía la oferta), que cuando las negociaciones habían avanzado hasta tal punto que cualquiera de las partes podía creer que se encontraba, virtualmente, ante la firma del contrato. El grado de progreso de la operación estaba directamente relacionado con la extensión del daño resarcible¹⁵⁸.

Si bien en algunos fallos, sin mayores razones¹⁵⁹, se sostuvo que en los supuestos de responsabilidad precontractual el resarcimiento debía limitarse a la reparación del daño al interés negativo, pues esta responsabilidad debía ser menos intensa que la contractual¹⁶⁰,

¹⁵² CNCom, Sala "D", 16/11/2004, "Olivera, Héctor M. c. ICI Argentina S.A.I.C.", J.A. 2005-II-174, con nota de Giavarino, Magdalena, "La tutela jurídica de la relación contractual (de las tratativas al contrato)"; CNCiv, Sala "E", 16/09/1982, "Sánchez Sorondo, Matías G. c. Pereyra Iraola, Diego M. F.", J.A. 1984-I-566.

¹⁵³ CNCom, Sala "E", 10/02/1995, "Foigelman, Alejandro c. Arcadia Cía. de Seguros", L.L. 1995-C, pág. 298.

¹⁵⁴ CNCom, Sala "A", 09/06/1992, "Quintas, Miguel c. Oriente S.A.", Lexis Documento Nº 11.16724; CNCiv, Sala "D", 30/03/1982, "Nogoyá S.A. s/Conc. c. Goffman, Mario A. y otro", J.A. 1983-IV-459.

¹⁵⁵ CNCom, Sala "C", 24/11/2005, "Gestido y Pastoriza S.H. c. Nobleza Piccardo S.A.", L.L. 2006-D, pág. 11.

¹⁵⁶ CNCom, Sala "C", 10/10/2003, "Rivas, Rosa G. c. Grimoldi S.A.", E.D. 206-419.

¹⁵⁷ CNCom, Sala "E", 21/10/2003, "Banco Río de La Plata S.A. c. Reynals, Elba", Lexis Documento Nº 11.36871; ídem, Sala "A", 17/12/1997, "Devia, Jorge c. Ferretti, Enrique", Lexis Documento Nº 11.986.

¹⁵⁸ Lorenzetti, Ricardo L., "La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación", L.L. 1993-B, pág. 712.

¹⁵⁹ Generalmente repitiendo latiguillos argumentales.

¹⁶⁰ CNCom, Sala "D", 02/03/2010, "Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A.", Lexis Nº 70061085; ídem, Sala "A", 12/04/2007, "Coy, Julio R. y otros c. Coopers & Lybrand Harteneck L. y Cía. y otra", Lexis Nº 35011258.

Corresponde señalar que en ninguno de los precedentes que acabo de mencionar las partes habían suscripto acuerdos preliminares de ninguna clase, extremo que juzgo de la mayor relevancia pues los pactos preliminares también contienen derechos y obligaciones que deben respetarse y que, cuando ello no ocurre, deben dar lugar a las indemnizaciones que la Ley establece para toda clase de convenios. (CNCom, Sala "D", 29/07/2009, "Gasulla, Eduardo y otro c. Altos Los Polvorines S.A. y otros", E.D. del 02/08/2010, nº 12.556).

hace años que se ha demostrado que debían ser indemnizados todos los daños y perjuicios que sean derivación directa del rompimiento¹⁶¹.

Por lo tanto, además de la reparación del denominado daño al interés negativo¹⁶², debían repararse los demás perjuicios ocasionados al damnificado¹⁶³, como el quebranto ocasionado por la frustración ilegítima del negocio¹⁶⁴, la pérdida de chance¹⁶⁵ y el daño moral¹⁶⁶.

En lo que hace a las ganancias frustradas se daba un problema práctico. Cuando el contrato era puesto en marcha se podía saber cuáles eran los montos de facturación y cuáles los costos. Por lo tanto, era posible determinar, sin mayores complicaciones, la utilidad teórica futura, aunque este hubiera sido un dato que, por factores externos o internos, podía sufrir alteraciones¹⁶⁷. Pero respecto de un negocio que no se implementó los parámetros eran más difíciles de establecer¹⁶⁸.

No obstante, la Jurisprudencia se las ingenió para reconocer indemnizaciones por la pérdida de chance en el ámbito precontractual¹⁶⁹. Para ello le alcanzaba con que objetivamente exista una probabilidad razonable de ganancia¹⁷⁰.

Y como la posibilidad es eso, una alternativa que no ocurrió, los tribunales no exigían la prueba concluyente del daño indemnizable¹⁷¹.

¹⁶¹ Entre muchos otros: Waisman, Agustín, "El daño resarcible en supuestos de responsabilidad precontractual", D.J. 2002-3, pág. 792; Burgos, Débora, Laveglia, Guillermo P. y Mainard, Claudia B., "Daño al interés negativo", J.A. 1994-I-788.

¹⁶² CNCom, Sala "A", 20/03/1987, "Kaiber S.A. c. Tem S.A.", Lexis Documento Nº 11.7669; ídem, 07/03/1983, "Alberto Merlo e Hijo c. Zaied, José J.", J.A. 1984-III-508; ídem, Sala "C", 28/02/2003, "Armando Pérsico S.A. c. Autolatina Argentina S.A.", Lexis Documento Nº 11.35199; ídem, 26/12/1996, "Klaus Bocker G.M.B.H. c. Litoral Citrus S.A.", Lexis Documento Nº 11.27432; ídem, Sala "E", 23/05/2002, "Rapi-Estant S.A. c. Supermercados Mayoristas Makro S.A.", Lexis Documento Nº 11.31037; ídem, 05/06/1996, "Farley, Omar c. L.R.1 Radio El Mundo/Difusora Baires S.A.", Lexis Documento Nº 11.26369; CCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 30/03/1993, "Lynch, Eugenio J. c. Paradiso de Domeco, Dora M. y otro", J.A. 1994-I-464.

Sobre qué debe entenderse por daño al interés negativo: Zannoni, Eduardo, "El daño resarcible", ed. Depalma, pág. 81.

¹⁶³ Es decir, los gastos que el damnificado realizó con miras a la concreción del contrato. Como se estableció en un precedente jurisprudencial, si tales erogaciones no se reembolsaran habría un enriquecimiento sin causa (CNCom, Sala "E", 05/08/2009, "Grande, Ulises J. c. Gutman, Abel y otro", E.D. Digital (52298)).

¹⁶⁴ CNCom, Sala "B", 03/04/1998, "Wasko, Pedro c. Club Gimnasia y Esgrima", Lexis Nº 30001340; CNCiv, Sala "M", 31/10/2003, "Saltzman, Isaac c. Georgieff, Amelia", J.A. 2004-I-72.

En tales supuestos en ocasiones se invocaba a Orgaz quien entendía que, de acuerdo a lo prescripto por el art. 1069 CCiv, correspondía que se indemnice la ganancia "dejada de percibir", que, en este tipo de situaciones estaba dada por la medida de la frustración del lucro esperado (art. 519 CCiv) (Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", ed. Lerner, pág. 137). En similar orientación: Belluscio, Augusto (director), "Código Civil y leyes complementarias", ed. Astrea, tº 3, pág. 155.

¹⁶⁵ CNCom, Sala "C", 30/04/2010, "Gómez, Mª de los Ángeles c. Cordis S.A y otro", E.D. del 19/11/2010).

¹⁶⁶ CNCiv, Sala "M", 13/11/2007, "Mussa, Nadia Y. c. Ideas del Sur S.A.", RCyS 2008, pág. 846, online: AR/JUR/10249/2007; CNCom, Sala "B", 10/06/2004, "Benítez, Elsa B. c. Citibank N.A. y otro", Lexis Nº 1/70013647-12.

¹⁶⁷ Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel A., "Responsabilidad por daños", ed. Rubinzal-Culzoni, ed. 2010, tº XI, pág. 125.

¹⁶⁸ CNCom, Sala "D", 15/08/2001, "Cosentino Electricidad S.A. c. Banco Francés S.A.", Lexis Documento Nº 11.32297.

¹⁶⁹ CNCom, Sala "A", 23/02/2001, "Agrupación Diarios del Interior S.A. c. Editorial Atlántida S.A. y otro", E.D. 194-439; ídem, Sala "C", 02/11/2001, "Arce Refrigeración S.A. c. Banco de Quilmes S.A.", Lexis Documento Nº 11.31841.

¹⁷⁰ CNCom, Sala "C", 07/08/1996, "Aliaga Echegoyen, Agustín R. c. Rent a Car Travel Service SRL", J.A. 1997-I-157; ídem, Sala "E", 17/11/1995, "Grijalbo S.A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires y otra", J.A. 1996-III-251.

Por lo tanto, aunque no se demostrara cuál hubiera sido la ganancia que efectivamente se obtendría, siempre había formas de determinar cuál era el perjuicio que ocasionaba la frustración de la expectativa negocial¹⁷². Usualmente se tomaba en cuenta la hipótesis de mayor ganancia posible del emprendimiento frustrado; ganancia que se podía determinar por medio de una pericia¹⁷³.

Esos lineamientos eran particularmente predicables respecto de los acuerdos de colaboración empresaria¹⁷⁴.

En los supuestos de responsabilidad precontractual –como anticipé– también era resarcible el daño moral¹⁷⁵. Es que al margen de los perjuicios materiales que provoca la actitud del victimario, también podían causarse a la víctima padecimientos morales¹⁷⁶, los cuales, a la luz de lo prescripto por el art. 522 CCiv¹⁷⁷, imperativamente debían dar lugar al resarcimiento¹⁷⁸.

8.- El Proyecto de 1998.

El art. 920 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 decía que "las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida la oferta"¹⁷⁹, agregando "El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daños al interés negativo"¹⁸⁰.

¹⁷¹ CNCom, Sala "B", 18/10/2005, "Jauja SRL c. La Papelera del Plata S.A.", L.L. 2006-B, pág. 626, con nota de Gustavo Carranza Latrubesse; ídem, Sala "B", 30/12/2002, "Domínguez Álvarez, Eloy c. Banco Río de la Plata S.A.", Lexis Documento Nº 1.67444.

¹⁷² CNCom, Sala "A", 15/10/2001, "Esei S.A. y otro c. Banco Río de la Plata S.A.", Lexis Documento Nº 1.56121; ídem, Sala "B", 28/06/2002, "Fernández, Darío G. c. Banco Río de la Plata S.A. y otro", Lexis Documento Nº 1.5512975.

¹⁷³ CNCom, Sala "C", 11/12/2001, "Benettar S.A.I.C. c. Benetton S.P.A.", E.D. 197-314; CNCiv y Com Fed, Sala 2ª, 26/10/2000, "Hawk Air S.A. c. Estado Nacional", J.A. 2001-I-335.

¹⁷⁴ Liebau, Florencio E., "Frustración del contrato. Culpa precontractual", ed. Universidad Nacional de Córdoba, pág. 27; López Cabana, Roberto M., "El Proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial (su coordinación con recomendaciones de Congresos jurídicos y soluciones del Derecho Comparado)", L.L. 1987-D, pág. 845; Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., "La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresaria", L.L. 1991-D, pág. 815; de los mismos autores: "Cuestiones modernas de responsabilidad civil", pág. 330; ídem, "La autonomía de la voluntad en el contrato moderno", ed. Abeledo-Perrot, pág. 46, con apoyo en las VIII^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, Provincia de Buenos Aires, 1981); las Jornadas sobre responsabilidad civil en homenaje al Dr. Roberto H. Brebbia (Rosario, Provincia de Santa Fe, 1986); las V^{as} Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, Provincia de Mendoza, 1978); las II^{as} Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 1983); las X^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985); también las III^{as} Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, Provincia de Buenos Aires, 1988), las XII^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil precitadas, el I^o Congreso Internacional de Derecho de daños en homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe (Buenos Aires, 1989), las IV^{as} Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989) y las Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros (Mar del Plata, 1989).

¹⁷⁵ CCiv y Com Morón, Sala 2ª, 30/03/1993, "Lynch, Eugenio J. c. Paradiso de Domeco, Dora M. y otro", J.A. 1994-I-464.

¹⁷⁶ CNCom, Sala "A", 26/06/2003, "Torres Carbonell, Mario c. Citibank NA. y otro", Lexis Documento Nº 1.5513574.

¹⁷⁷ El daño moral previsto por el art. 522 CCiv no requería dolo del agente dañoso (CNCom, Sala "B", 12/09/2002, "Derderian, Carlos c. Citibank NA", RDCO 2003-223).

¹⁷⁸ CNCom, Sala "D", 29/12/2004, "Lavezzi, Eduardo J. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", E.D. 213-81; ídem, Sala "A", 10/02/2003, "Coluccio, M^a Alejandra c. Círculo de Inversores S.A.", Lexis Documento Nº 1.5514420.

¹⁷⁹ Es que la oferta, según se desprendía del art. 922 del Proyecto de 1998, era un acto formal (lo propio ocurre ahora, con el art. 972 CCyC). Por lo tanto, antes de su emisión bien pueden darse otro tipo de

La norma venía a reflejar el criterio de un sector de la Doctrina de su época (de allí la adhesión que suscitó¹⁸¹); a la vez que, como apreció Lorenzini¹⁸², quedaba a tono con el Anteproyecto Europeo de Contratos¹⁸³.

9.- La cuestión en el Código Civil y Comercial.

La Reforma se ocupó, desde distintos ángulos, de la responsabilidad por daños en la etapa anterior a la firma de un contrato.

El art. 974 CCyC fue dedicado a la fuerza obligatoria de la oferta y el art. 975 CCyC al derecho a retractarla.

Mas en los arts. 990 y 991 CCyC asumió el tema de las **tratativas contractuales**, que un autor sugirió denominar **precontractuales**¹⁸⁴.

En el art. 990 CCyC mantuvo el principio de **libertad de negociación**¹⁸⁵, y en el art. 991 CCyC (modificando ligeramente la redacción del art. 920 del Proyecto de 1998, pero reteniendo la idea central) aporta una obviedad¹⁸⁶: que “Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente”¹⁸⁷.

De ese modo sentó la excepción a la regla de la libertad de contratación: “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”¹⁸⁸.

Es palpable la similitud de tales preceptos con el texto del art. 2:301 de los *Principles of European Contract Law* (PECL)¹⁸⁹:

negociaciones preliminares (Venini, Juan C., “Responsabilidad precontractual. Deberes de información: (publicidad y propaganda)”, E.D. 172-817).

¹⁸⁰ De su lado el art. 1600 del Proyecto de 1998 disponía: “c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de posibilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto”.

¹⁸¹ López Fianza, Alberto J., “La oferta contractual y las tratativas precontractuales”, Id Infojus: DACF030001.

¹⁸² Lorenzini, Juan P., “Incumplimiento contractual y precontractual a la luz del Proyecto de Código Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT”, E.D. 213-624.

¹⁸³ El Proyecto Europeo, en el inc. 4º del art. 6º, dispone: “la parte que obró contra la buena fe debe reparar el daño sufrido por la otra parte, en la medida de los gastos contraídos por esta última durante las tratativas hechas en vista de la celebración del contrato, así como la pérdida de oportunidades similares causada por las tratativas pendientes”.

¹⁸⁴ Papa, Rodolfo, “Tratativas precontractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, <http://m.abogados-inhouse.com/columnista.php?id=68>.

¹⁸⁵ “Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento”.

¹⁸⁶ En el fondo la idea es precisar que, para nuestro Derecho, frustrar injustificadamente las tratativas precontractuales es contrario a la buena fe.

¹⁸⁷ De todos modos el dispositivo legal mejora la redacción del art. 1337 del Código Civil italiano de 1942 que fue de los primeros en regular el instituto: **Trattative e responsabilità precontrattuale** “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

¹⁸⁸ Al respecto: Wagner, Claudia, “Tratativas preliminares. Libertad para abandonar las tratativas y deber de justificar su frustración”, ponencia presentada ante las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho de Bahía Blanca, octubre de 2015.

¹⁸⁹ La responsabilidad precontractual fue incluida en el Proyecto de Código Europeo pese a la oposición del grupo de juristas ingleses (Lorenzini, Juan P., “Incumplimiento contractual y precontractual a la luz del Proyecto de Código Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT”, E.D. 213-624).

“(1) Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra”¹⁹⁰.

Lamentablemente, el muy útil último párrafo de la norma que acabo de transcribir no fue incorporado a nuestro Código.

Tampoco se ha previsto la hipótesis de modificación sustancial de la oferta de contratación¹⁹¹ que, en ciertas oportunidades, equivale a la ruptura de las tratativas¹⁹².

Seguidamente el nuevo Código asumió algunas subespecies del régimen de responsabilidad precontractual¹⁹³. En el art. 993 CCyC se dedicó a las **cartas de intención**, en el art. 994 CCyC a los **contratos preliminares**, en el art. 995 CCyC a la **promesa de celebrar un contrato**, y en el art. 996 al **contrato de opción**¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Los comentaristas del art. 2:301 de los PECL reservan el precepto para los supuestos en los cuales una de las partes inicia las negociaciones con la intención de no llegar a ningún acuerdo o bien para los casos de ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe, mientras que sitúan en el capítulo que incluye al mencionado art. 4:106 a las hipótesis en las cuales una de las partes utiliza medios ilegítimos para alcanzar la celebración del contrato y efectivamente lo celebra (García Rubio, M^a Paz y Otero Crespo, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual europeo”, rev. InDret n^o 2/2010, http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf).

Con todo, como agudamente se acotó, el Proyecto Europeo es más completo que los Principios, pues éstos sólo sostienen que “la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones con mala fe, será responsable por los daños causados a la otra parte”, mientras que aquél establece que “si en el curso de las tratativas las partes ya han examinado los elementos esenciales del contrato cuya celebración eventual prevén, la parte que suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato obra contra la buena fe si interrumpe las tratativas sin motivo justificado” (Lorenzini, Juan P., “Incumplimiento contractual y precontractual a la luz del Proyecto de Código Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT”, E.D. 213-624).

Por su parte el art. 6 del Código Europeo de Contratos (conocido como Proyecto de Pavía), poniendo el acento en aquellos parámetros que más destacaron los doctrinarios de la época decía: “**Deber de protección**. 1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe. 2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato. 3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado. 4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes”.

¹⁹¹ En el apartado 3^o del art. 19 de las reglas de UNCITRAL se dispone: “se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y cantidad de mercaderías, al lugar y fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias, alteran sustancialmente los elementos de la oferta”.

¹⁹² Kees, Milton H. y Ruiz, Vanesa, “Acuerdos parciales vs. modificación de la oferta: ¿institutos en tensión?”, MJD7492.

¹⁹³ Nicolau, Noemí, “Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción”, RDPC n^o 2014-1, pág. 390.

¹⁹⁴ Los tres artículos que vienen a continuación se refieren a situaciones que podemos ver como híbridas, pues hay un contrato, pero todavía no genera las consecuencias propias del contrato. En efecto, el **pacto de preferencia** del art. 997 CCyC es un contrato en sí. No obstante lo que se pacta es un derecho a contratar en el futuro. Y en el **contrato sujeto a conformidad** (art. 999 CCyC) también hay un acuerdo concertado, pero su validez depende del cumplimiento de la condición suspensiva consistente en el acuerdo de un tercero. Al

Volvamos al art. 991 CCyC porque allí está el eje del sistema precontractual.

Aunque el dispositivo no lo aclare, hay que entender que no cualquier actitud puede dar lugar a la obligación de resarcir por salirse de la tratativa precontractual¹⁹⁵; criterio que, más que nada, reposa en el hecho de que estamos ante una excepción a la regla que permite liberarse de la negociación sin costo¹⁹⁶.

De otro modo, habría imputabilidad objetiva por el mero hecho de retirarse de la negociación¹⁹⁷.

En suma, la figura en estudio no escapa a las reglas genéricas de la responsabilidad civil¹⁹⁸.

Puesto que todavía no hay un contrato, buena parte de la Doctrina asegura que estamos ante una variante de la responsabilidad extracontractual¹⁹⁹. Por su parte Rovira la identifica como un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar²⁰⁰.

La disposición legal parece no exigir que la responsabilidad precontractual se genere por dolo o culpa de uno de los negociadores. Ello hizo renacer una discusión que se daba en nuestro medio antes de la Reforma.

Algunos autores (apreciablemente influidos por la Doctrina de la Comunidad europea de la época) sostuvieron que la responsabilidad precontractual no depende de la existencia de los factores subjetivos de atribución. El mero hecho de que una de las partes abandone las

respecto: Arias Cáu, Esteban J. y Moeremans, Daniel E., "Los pactos preliminares según el Código Civil y Comercial: dudas e interrogantes ante su futura aplicación", MJD7392.

¹⁹⁵ Lorenzini, Juan P., "La responsabilidad precontractual en el anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial", DSC, suplemento especial "Proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial", septiembre/2012, pág. 104.

¹⁹⁶ Hersalis, Marcelo, "Responsabilidad precontractual. Algunas pautas", RCyS 2015-IV, pág. 24; Compagnucci de Caso, Rubén, "Responsabilidad precontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, rev. Derecho de Daños" n° 2012-3, pág. 177; Di Chiazza, Iván G., "Las tratativas contractuales en el nuevo Código Civil y Comercial", MJD7012.

¹⁹⁷ Josserand, Louis, "El espíritu de los derechos y su relatividad", ed. Cajica, pág. 104; Márquez, José F. D., "Responsabilidad civil por ruptura de tratativas contractuales", L.L.C. 1991, pág. 563.

¹⁹⁸ Waisman, Agustín, "Repensando la responsabilidad precontractual", E.D. 205-943.

¹⁹⁹ El nuevo Código unificó el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Sin embargo, como apunta Frascchetti en el estudio mencionado anteriormente, tal «unificación» no es total, pues hay algunos supuestos en los cuales el distingo sobrevive. Tal el caso del plazo de prescripción de las acciones: el de las acciones de los arts. 991 y 992 CCyC es de tres años (art. 2561 2º párrafo CCyC) en lugar del plazo general aplicable a los contratos que es de cinco años (art. 2560 CCyC).

En el pasado, participando de la teoría según la cual la responsabilidad precontractual debiera coincidir con la extracontractual: Busso, Eduardo B., "Código Civil anotado", ed. Ediar, tº II, art. 519; Colmo, Alfredo, "De las obligaciones en general", ed. Abeledo-Perrot, n° 105; Lafaille, Héctor, "Tratado de Derecho Civil, ed. Ediar, tº 1, n° 82; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", ed. Abeledo-Perrot, pág. 42; Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", ed. Abeledo-Perrot, n° 179; López de Zavalía, Fernando, "Teoría de los contratos", ed. Zavalía, tº 1, cap. III, n° 18; Brebbia, Roberto, "Responsabilidad precontractual", cit., pág. 62.

En contra, es decir, considerando que se trata de una cuestión de la órbita del derecho contractual, según describe Bodini: Alterini, Atilio A., "Responsabilidad civil", ed. Abeledo-Perrot, pág. 31; García Trevijano Garnica, Ernesto, "La resolución del contrato administrativo de obra", ed. Montecorvo, pág. 178 (Bodini, Constanza, "Responsabilidad precontractual a la luz del derecho argentino", E.D. 240-1081).

Para una revista crítica de tales posturas: Leiva Fernández, Luis F. P., "Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio", L.L. 1998-D, pág. 1229.

²⁰⁰ Rovira, Alfredo L., "Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código", L.L. 2015-C, pág. 906, online AR/DOC/1590/2015. Anteriormente, en la misma orientación: Spota, Alberto G., "Instituciones de Derecho Civil. Contratos", ed. Depalma, tº I, pág. 300, y, más recientemente, Lorenzini, Juan P., "Incumplimiento contractual y precontractual a la luz del Proyecto de Código Europeo de los Contratos los Principios UNIDROIT", E.D. 213-624.

tratativas y con ello produzca algún daño a la otra bastaría para generar el derecho a la reparación²⁰¹.

Esa postura fue criticada por Di Chiazza al comentar el nuevo art. 991 CCyC pues –afirmaría– sería contradictoria con el derecho a no contratar del art. 990 CCyC²⁰².

A mi juicio, si bien es cierto que el art. 991 CCyC no exige que el agente haya obrado con dolo o culpa ello no debe hacernos olvidar cuál es la sistemática del nuevo Código: todo daño debe ser atribuido a factores objetivos o subjetivos (art. 1721 CCyC). No hay un *tertium genus*. Si la norma nada dice (subraya el mismo art. 1721 CCyC) “el factor de atribución es la culpa” (o el dolo, como agrega el art. 1724 CCyC).

“El factor de atribución es objetivo (únicamente) cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad” (art. 1722 CCyC).

Adicionalmente el art. 1723 CCyC establece que hay responsabilidad objetiva “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado”.

Se deduce de dichos dispositivos legales: a) que la irrelevancia de la culpa del agente debe surgir claramente (aunque sea de manera implícita) de una norma legal; y b) que el hecho de que la responsabilidad se deba a un factor objetivo no quiere decir que el agente siempre responderá por los daños, pues el aludido art. 1722 CCyC establece que “..el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

En suma el esquema del art. 991 CCyC exige:

- Que una de las partes haya hecho algo suficientemente relevante como hacer que la otra crea seriamente que el contrato se firmará²⁰³.
- Que ese sujeto que motivó aquella expectativa se retire de las tratativas²⁰⁴.

La referida norma no dispone que cuando una de las partes se retira intempestivamente de las tratativas contractuales su culpa es irrelevante, como reclama el art. 1722 CCyC para excluir el factor subjetivo de la fórmula. Tampoco determina, de manera expresa, que quien se aparta de las tratativas no puede liberarse demostrando la culpa ajena como exige taxativamente el mismo art. 1722 CCyC, ni se aprecia que quien se aleja de las negociaciones deba ser considerado como alguien que prometió “obtener un resultado determinado” ex art. 1723 CCyC.

Luego, si el juez, según las pruebas de la causa, se convence que las negociaciones habían llegado a un punto tal que una persona de la condición del reclamante, actuando

²⁰¹ Así: Cuiñas Rodríguez, Manuel, “Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma”, L.L. 1995-C, pág. 859; Cifuentes, Santos, “La responsabilidad precontractual y la extensión de su resarcimiento”, L.L. 2000-A, pág. 382; Barbier, Eduardo, “Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual”, L.L. 1993-D, pág. 1081.

²⁰² Di Chiazza, Iván G., “Las tratativas contractuales en el nuevo Código Civil y Comercial”, MJD7012, también en “Tratativas previas y responsabilidad precontractual en el Proyecto de Código”, L.L. 2013-C, 815, Online: AR/DOC/843/2013.

²⁰³ Entre las conclusiones de las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil (octubre/2015, Bahía Blanca) se señaló que, a los fines de determinar la extensión del daño resarcible, gravitan las normas de los arts. 1725 y 1729 del CCyC (<http://es.slideshare.net/ninanor2003/conclusiones-xxv-jornadas-nacionales-de-derecho-civiloctubre-2015-baha-blanca>). En esa línea se expresaron, entre otros: Danuzzo, Ricardo S., Fernández, Carlos S. y Escalante, Héctor, “Las tratativas preliminares y la cuantificación del daño causado por su ruptura injustificada”, ponencia presentada en dicho evento académico.

²⁰⁴ “El incumplimiento de este deber” dice la norma después de exigir que las partes obren de buena fe.

prudentemente, podía suponer que la firma del contrato sería un hecho, y que tales negociaciones fueron dejadas sin efecto de manera intempestiva, lo siguiente que debiera hacer es determinar (aunque sea por vía presuntiva) si medió –por lo menos- culpa²⁰⁵.

Di Chiazza, apoyándose en algunos precedentes jurisprudenciales aislados anteriores a la Reforma²⁰⁶, asegura que, por regla general, el daño que se debe resarcir en materia de responsabilidad precontractual es solo el concerniente al interés negativo²⁰⁷. Es decir, la indemnización quedaría restringida al reembolso de los gastos efectuados con motivo de las negociaciones y no comprendería a las ganancias dejadas de percibir²⁰⁸.

Hay varias razones que me llevan a no compartir esa tesis.

En primer lugar, el precepto del art. 991 CCyC es de gran amplitud: toda actitud de mala fe²⁰⁹ genera la obligación de indemnizar cualquier daño²¹⁰, sin más limitación que la que viene con los arts. 1738 y siguientes CCyC²¹¹.

Por otra parte corresponde aclarar que la tendencia jurisprudencial anterior a la Reforma que menciona Di Chiazza no era la predominante²¹². Como comprobamos en este mismo estudio, hubo precedentes que mandaron a indemnizar todos los daños y perjuicios derivados de la ruptura de las tratativas negociales, incluyendo el daño moral.

Además, como apuntó Barbón Lacambra, en aquellos precedentes jurisprudenciales no se explicaba cabalmente porqué la reparación no debía ser integral, sino limitada²¹³.

Adicionalmente, no se ve porque debiéramos hacer valer una solución de la Jurisprudencia anterior a un precepto legal totalmente nuevo²¹⁴.

Por último, como bien se ha advertido (y esto me resulta por demás expresivo), la nueva norma no contiene la limitación al daño al interés negativo que presentaba el Proyecto de

²⁰⁵ El propio Di Chiazza admite que cuando la ruptura es abrupta, injustificada e intempestiva se configura la culpa (op. cit. notas precedentes).

²⁰⁶ Por ejemplo: CNCom, Sala "D", 02/03/2010, "Bunker Diseños SA c. IBM Argentina S.A.", MJJ55463.

²⁰⁷ En similar orientación, aunque sin aclarar los fundamentos: Bestani Ana M., Koñarik Herrera, Camila M., Riso Patrón, Yannina, Salado Iacono, M^a Florencia y Toledo, Lucía C. y Zavaleta, Juan M., "Deber de confidencialidad y la buena fe precontractual", ponencia presentada ante las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho de Bahía Blanca, octubre de 2015.

²⁰⁸ Di Chiazza, Iván G., op. cit.

²⁰⁹ Albornoz, Elena, "Tratativas contractuales: ¿cualquier ruptura determina el deber de reparar?", ponencia presentada ante las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho de Bahía Blanca, octubre de 2015.

²¹⁰ Sin embargo, llamativamente hubo quienes le reprocharon a la norma el haber limitado 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, lo que excluiría de su ámbito de aplicación a los casos de responsabilidad precontractual objetiva, como así también los fundados en culpa o negligencia (Sotomayor, Gabriela y Riobó, M^a Belén, "Las tratativas preliminares en la regulación del nuevo Código", ponencia presentada ante las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho de Bahía Blanca, octubre de 2015).

²¹¹ Botteri, José D. (h), "La causalidad, las probabilidades y la pérdida de chances en el nuevo Código Civil y Comercial", eDial DC1E2C 21/05/2015.

²¹² Para una revista de fallos sobre el tema: Herrera Hall, Santiago, "La responsabilidad precontractual en la jurisprudencia. Un análisis desde la perspectiva del derecho de daños", MJD3486.

²¹³ Barbón Lacambra, José A., "La responsabilidad precontractual y el proyecto de Código Civil Comercial", MJD6410.

²¹⁴ El mismo Di Chiazza, en las monografías citadas, tuvo en cuenta que el nuevo art. 1738 CCyC prevé, respecto del daño resarcible, que «la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances», lo que no estaba en el Código de Vélez.

1998²¹⁵, lo que hace pensar que el Legislador²¹⁶, desligándose de la antigua doctrina de von Ihering, optó por la reparación plena del afectado (conf. arts. 1737 y 1738 CCyC), postura que, desde luego, me parece adecuada²¹⁷.

10.- Responsabilidad por la violación del deber de confidencialidad²¹⁸.

En los aprestos encaminados a concretar determinados negocios (el contrato de franquicia comercial sigue siendo un buen ejemplo²¹⁹) necesariamente una de las partes (el dueño del sistema) debe suministrar al otro (el interesado en incorporarse a la red) una cantidad de información sensible²²⁰.

En ocasiones todo ello forma parte de un convenio autónomo de confidencialidad; tema sobre el que hay precedentes en la Jurisprudencia²²¹.

²¹⁵ Dice Atim Antón: "...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" (Atim Antón, Gustavo, "Responsabilidad precontractual en el retiro en las tratativas previas al contrato, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", rev. Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 13/04/2015, IJ-LXXVII-340).

Similar orientación a la que tenía nuestro Proyecto de 1998 exhibe el art. 1111 del decreto-ley francés del año 2015 por el cual se impulsó la reforma del derecho de contratos, norma que, en su tercer párrafo, aclara: "Los daños y perjuicios no pueden tener por objeto compensar la pérdida de beneficios esperados del contrato no celebrado" (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Projet_reforme_contrats_2015_ESPAGNOL.pdf).

²¹⁶ Téngase en cuenta que los proyectistas del Código vigente, en los Fundamentos, reiteradamente dijeron haber tenido como base a dicho Proyecto de 1998, de manera que, si algo que se encontraba en este antecedente no aparece en el nuevo Código ello debe entenderse como una decisión deliberada del Legislador.

²¹⁷ ¿Por qué los daños directa e ilegítimamente generados por la ruptura intempestiva de las tratativas debieran quedar impunes?

²¹⁸ El problema ya había sido estudiando antes de la Reforma. Por ejemplo: Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel, "Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información", ed. Abeledo Perrot, pág. 15.

²¹⁹ Es que, en el contrato de franquicia comercial el principal está obligado a proporcionarle al interesado en incorporarse a la red, "...con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero" (art. 1514 ap. "a" CCyC) ((Fantoni, Martín A. y Rienzi, Lisandro, "Etapa precontractual o de formación del contrato de franquicia: obligación del franquiciante de proporcionar información económica y financiera previamente a la firma del contrato", ponencia presentada en las XIX^a Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 al 29 de junio de 2012, MJD6010).

²²⁰ El nuevo Código establece expresamente el deber de confidencialidad respecto de la información reservada que se recibe a raíz de los contratos de mandato (art. 1324 ap. "d" CCyC) y de franquicia (art. 1515 ap. "d" CCyC).

²²¹ CNCom, Sala "C", 26/11/2004, "S.F.P. & asociados S.A. c. Nextel Telecommunications Argentina S.A. s/Medida precautoria", EDJ12830.

No obstante, en otro caso (también mencionado en el trabajo de Di Chiazza) se entendió que cierto acuerdo de confidencialidad no podía considerarse un precontrato porque las partes no se comprometieron a celebrar un futuro contrato (CNCom, Sala "F", 11/08/2011, Mancinelli, J. Carlos c. Siemens IT Solutions and Services S.A.", con comentario de Augusto H. L. Arduino, "Culpa precontractual: condiciones para la generación de responsabilidad", L.L. 2012-B, pág. 365).

El razonamiento del fallo es sorprendente: si se celebró un acuerdo de confidencialidad y, a continuación, las partes intercambian información sensible y comenzaron a tener actitudes propias de un contrato ¿qué importa que se haya consignado que tal documento no obligaba a cerrar el contrato? En definitiva ¿qué explicación tenía ese acuerdo de confidencialidad? ¿Para qué las partes habrían de exhibirse, una a la otra, tal información? ¿Por mera curiosidad?

En función de ese compromiso, quien recibe la mentada información se obliga a no aprovecharla (salvo que el contrato se termine concertando, en cuyo caso podrá hacerlo únicamente durante la vigencia del contrato y según sus reglas) y a no pasarla a terceros.

A ello apunta la primera parte del art. 992 CCyC²²², norma que parece haber sido tomada de la primera oración del art. 2.1.16²²³ de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales²²⁴ (año 2010)²²⁵, a su vez semejante al art. 2:302 (“Ruptura de la confidencialidad”)²²⁶ de los *Principles of European Contract Law* (PECL)²²⁷ y, en lo conceptual, al art. 8 del Código Europeo de Contratos (conocido como Proyecto de Pavía)²²⁸, a la orientación del Marco Común de Referencia²²⁹ y al malogrado proyecto de Código Mercantil de España²³⁰.

Tanto nuestro art. 992 CCyC como el art. 2.1.16 de los Principios UNIDROIT parecen dejar fuera de la regulación a los supuestos en los cuales la información sensible transmitida pertenece a un tercero ajeno a la relación²³¹, tema no menor.

²²² “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”.

²²³ Art. 2.1.16 “(Deber de confidencialidad) Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato”.

²²⁴ <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>. El mismo texto aparecía en la versión del año 2004 (<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>).

²²⁵ Como se ha destacado, no se entiende porque estas cuestiones no han tenido consagración normativa en las legislaciones civiles europeas ni –hasta ahora– en las latinoamericanas (Arias Henao, Diana P. y Arias Henao, Humberto E., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería”, rev. Tecnum, vol. 16, nº 32, abril-junio/2012, pág. 143, file:///C:/Dialnet-AlgunasConsideracionesSobreLaResponsabilidadPrecon-3957150.pdf).

²²⁶ Art. 2:302: “Si en el curso de una negociaciones una de las partes facilita a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte”.

²²⁷ García Rubio, M^ª Paz y Otero Crespo, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, rev. Indret nº 2/2010, http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf

²²⁸ “**Deber de reserva.** 1. Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares. 2. La parte que no respete este deber estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si además ha obtenido una ventaja indebida con la información confidencial, deberá indemnizar a ésta en la medida de su propio enriquecimiento”.

²²⁹ Informe de la Comisión. Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia, COM/2007/0447 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52007DC0447>

²³⁰ Que en su capítulo II (“De los deberes en la fase preparatoria de los contratos”), a partir del art. 412-1, regulaba el **deber de confidencialidad**.

El texto de ese art. 412-1 fue criticado pues, a primera vista, hacía pensar que la información que reciben las partes con motivo de la negociación de un contrato es, en principio, confidencial, cuando, como bien se apuntó, la regla debiera ser la inversa: la información, a menos que lo diga expresamente la documentación contractual o precontractual, o resulte claramente del contexto, debe considerarse divulgable (Rodríguez de Las Heras Ballell, Teresa, “La etapa precontractual en la contratación mercantil”, en “Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz”, ed. Universidad Carlos III de Madrid, año 2015, pág. 1801). Así se infería tanto del art. 412-2 como del art. 440-1 del Proyecto español. Esta última norma decía: “se podrá acordar el carácter confidencial de la información que se conozca o vaya a conocer durante las negociaciones o la vigencia del contrato”.

²³¹ Rodríguez de Las Heras Ballell, Teresa, “La etapa precontractual en la contratación mercantil”, en “Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz”, ed. Universidad Carlos III de Madrid, año 2015, pág. 1801.

Hay allí un complejo entramado. Evidentemente quien se aprovecha ilegítimamente de la información de otro (sea ese otro, quien interviene en las negociaciones o un tercero) debe reparar los daños que le ocasione a esa persona, aunque más no sea por el principio *alterum non laedere*.

El 992 CCyC hace responsable a quien emplea la información confidencial “en su propio interés”. Si nos refugiáramos en la interpretación literal podríamos pensar que quien pasa dicha información a un tercero para que este último la aproveche ilegítimamente en su interés no tiene sanción²³². No es así²³³.

A mi modo de ver, aunque es aconsejable que una futura reforma se ocupe del problema, interinamente la solución proviene del empleo de los principios generales de la responsabilidad por daños. Tanto quien recibe la información y se la cede al tercero, como el tercero mismo, en la especie, están abarcados por el deber de no dañar. Por lo tanto, conforme lo prescripto por el art. 1716 CCyC, deberán reparar el daño causado.

Será, en todo caso, una de las situaciones de pluralidad de responsables reglada por el art. 1751 CCyC, razón por la cual el damnificado, por aplicación de las reglas de las obligaciones solidarias, podrá accionar conjunta o separadamente contra el responsable directo y el indirecto (art. 1773 CCyC).

Es obvio que todo aquello que las partes consignaron como confidencial así debe ser considerado. Pero ¿que ocurre con aquellos datos que son transmitidos de una parte a la otra sin ser identificados como confidenciales²³⁴, si tal condición resulta de su naturaleza²³⁵? Desde luego también están amparados por la Ley²³⁶. Adviértase que el art. 992 CCyC no exige que las partes determinen por escrito cuál es la información que califican como reservada o secreta.

El segundo párrafo del art. 992 CCyC determina que si alguien divulga los datos reservados deberá reparar el daño sufrido por el dueño de esa información²³⁷. Y si, además, obtuvo “una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento”.

El pasaje difiere parcialmente del art. 2.1.16 de los PECL²³⁸, del art. 2.1.16 de las normas UNIDROIT²³⁹ y del art. 8 inc. 2 del Anteproyecto de la Academia de Pavía²⁴⁰ que, también en esto, evidentemente le sirvieron de fuente²⁴¹.

²³² Igual objeción vale para el art. 2:302 de los PECL cuando alude a “sus propios fines”.

²³³ La doctrina europea, sin mayor detenimiento, sugiere que este comportamiento también es legalmente reprochable (así: Valés Duque, Pablo, “La responsabilidad precontractual”, ed. Reus, pág. 290; Albiez Dohmann, Klaus J., “Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España”, ed. Atelier, pág. 98).

²³⁴ Aunque hay que reconocer que es una hipótesis poco frecuente.

²³⁵ Información técnica referida al *know how* o datos evidentemente estratégicos de la empresa.

²³⁶ El art. II.-3:302 Marco de Referencia DCFR (2) define lo que es “información confidencial” en esta materia: la que por su naturaleza o las circunstancias en las que ha sido obtenida la parte que la recibe sabe o podría razonablemente saber que es confidencial para la otra. Al respecto: García Rubio, M^a Paz, “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos”, rev. Boletín del Ministerio de Justicia (España), año XLV, n^o 2130, abril/2012, pág. 1.

²³⁷ O, en su caso, por quien tenga derechos sobre ella sin ser el dueño.

²³⁸ Esta norma dice: “Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

Tanto el concepto de **ventaja indebida** como el de **información confidencial**, como adelanté, provienen de los proyectos comunitarios europeos recientes. Sin embargo, uno de los integrantes de la Comisión que preparó el Anteproyecto de la Academia de Pavía, después de preguntarse cuál es el alcance de esas expresiones, se limitó a señalar que remiten a la noción de enriquecimiento sin causa²⁴².

Di Chiazza²⁴³ critica la fórmula del art. 992 CCyC en lo que hace al daño indemnizable y su conexión con el enriquecimiento, pues aprecia que, al igual que el art. 991 CCyC, el plexo legal no aclara si se refiere sólo al daño al interés negativo (daño emergente y, eventualmente, pérdida de chance) o si “..va más allá, en una suerte de reparación integral que incluya cualquier daño probado..”.

Sostiene que, de admitirse una interpretación comprensiva del daño al interés positivo se entraría en contradicción con la mención a la medida del enriquecimiento de quien empleó la información confidencial.

A mi juicio el primer tramo de la norma establece el principio genérico: “La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra”. No hay allí excepción alguna y no veo porqué habría que introducir una excepción donde la Ley no la trae.

La segunda parte del precepto está referida a un supuesto especial: al que se da cuando quien aprovecha ilegítimamente la información sensible²⁴⁴, además de ocasionarle otro tipo de daños al dueño de la información, obtiene “una ventaja indebida” de ella, tema que merece un análisis de mayor profundidad.

La relación entre la **ventaja indebida** y el **enriquecimiento** del art. 992 CCyC le ha hecho conjeturar a Abad²⁴⁵ que estaríamos en presencia de una “sanción resarcitoria o

²³⁹ Que tiene exactamente el mismo texto que el del art. 2.1.16 de los PECL.

²⁴⁰ “La parte que no respeta este deber está obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si además obtuvo una ventaja indebida de la información confidencial, debe indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento”.

Es de destacar el inc. 3º de la misma norma, pues introduce una pauta para determinar cuándo las tratativas entran en la fase definitoria: “Si, en el curso de los tratos preliminares, las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, permitiendo ello prever la posible conclusión del mismo, la parte que haya hecho surgir en la otra una confianza razonable respecto de la conclusión del contrato dicho, obra de modo contrario a la buena fe cuando interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado”. Para comentarios acerca de esta norma: de Ángel Yáguez, Ricardo, “Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)”, rev. Anuario de Derecho Civil, vol. 63, nº 2, año 2010, pág. 575; García Cantero, Gabriel, “El Anteproyecto de Código europeo de contratos -Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía-”, rev. Derecho Privado europeo, año 2003, pág. 205.

²⁴¹ Borda, Alejandro, op. cit.

²⁴² García Cantero, Gabriel, “Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, ed. Reus, pág. 106.

²⁴³ Di Chiazza, Iván G., “Las tratativas contractuales en el nuevo Código Civil y Comercial”, MJD7012, también en “Tratativas previas y responsabilidad precontractual en el Proyecto de Código”, L.L. 2013-C, 815, Online: AR/DOC/843/2013).

²⁴⁴ A mi modo de ver: el negociante o el tercero que se valió ilegítimamente de la información secreta.

²⁴⁵ Abad, Daniel, “El deber de confidencialidad en las tratativas preliminares y la sanción de su incumplimiento ¿Nueva categoría resarcitoria sin daño?”, rev. Abogados, <http://civil.abogados.com.ar/el-deber-de-confidencialidad-en-las-tratativas-preliminares-y-la-sancion-por-su-incumplimiento-nueva-categoria-resarcitoria-sin-dano/17243fdasf>

compensatoria *sui generis* que puede funcionar como complemento o bien de manera independiente a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados”.

Veamos. La noción de **enriquecimiento ilícito o ilegítimo** nos viene del Derecho europeo²⁴⁶, donde el concepto, no exento de complicaciones²⁴⁷, también en el marco de las tratativas precontractuales, es visto como **daño**²⁴⁸.

Por eso, nuestro ordenamiento legal tiene un tope: el **detrimento patrimonial del empobrecido** que, como vimos, pone el art. 1794 CCyC a la indemnización a cargo del enriquecido sin causa. El principio es congruente con el art. 1716 CCyC que limita la indemnización por daño a la “**reparación del daño causado**, conforme con las disposiciones de este Código”.

Ahora bien, es perfectamente posible que la **ventaja indebida** que obtiene el infractor sea superior al **detrimento patrimonial del empobrecido**.

Visto desde el art. 992 CCyC: puede ocurrir que, quien ha recibido información de su contraparte y la utiliza ilegítimamente obtenga beneficios superiores a los que hubiera aspirado el dueño de tal información.

Volvamos al ejemplo del contrato de franquicia comercial porque también es ilustrativo para esta cuestión. El dueño de la franquicia prepara un proyecto de contrato donde deja en claro que el precio por el uso del *know how* y demás bienes inmateriales que deberá afrontar su contraparte será de tantos pesos. Pero he aquí que quien en virtud de las tratativas preliminares toma contacto con esa información sensible, se aparta de las negociaciones, e, inmediatamente después, entra a explotar el *know how*, obtiene beneficios muy superiores a los tasados en el referido proyecto de contrato.

¿Qué hacer con ese importe que excede lo que el dueño de la franquicia hubiera obtenido si el contrato hubiese tenido vigencia? Si la Ley deja que quede en poder del usufructuario ilegítimo permitirá que se beneficie sin causa. Por eso, en algunos países del *Common Law*, se elaboró la doctrina del ***Disgorgement of profits*** por la cual el trasgresor debe entregar al acreedor todos los beneficios que haya obtenido, sin limitación²⁴⁹, regla que se ha plasmado en algunas leyes en Italia y España, según refiere Bueres²⁵⁰.

²⁴⁶ El art. 2.1 del El Reglamento europeo conocido como Roma II: "a los efectos del presente Reglamento, se entenderá por "daños" todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, **el enriquecimiento injusto**, la gestión de negocios o la culpa *in contrahendo*". (el énfasis fue agregado). Sobre el particular: Tomás Martínez, Gema, "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa *in contrahendo*) en la armonización jurídica europea", rev. de Derecho Universidad Católica del Norte, año 17 (2010), n° 1, pág. 187, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100009>.

²⁴⁷ En ocasiones se ve al enriquecimiento de quien protagoniza el ilícito como la contracara del empobrecimiento de la víctima, pero, en realidad, no siempre se cumple esa equiparación. De allí que el enrevesado decreto-ley francés del año 2015 por el cual se pretendió reformar el derecho de contratos del Código Napoleón, en los arts. 1303-2, 1303-3 y 1303-4, ambos conceptos son diferenciados. Así, el art. 1303 establece que "Fuera de los casos de pago de lo indebido, quien se beneficie de un enriquecimiento injustificado en detrimento de otro, adeudará, a quien ello haya empobrecido, una indemnización igual al menor de los dos valores del enriquecimiento y del empobrecimiento".

²⁴⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo, "Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato", ed. Legal Publishing, pág. 117; Contardo González, J. Ignacio, "Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato", rev. Chilena de Derecho, vol. 36, n° 2, agosto/2009, pág. 449, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000200011>.

²⁴⁹ Saavedra Velazco, Renzo, "Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?", rev. Thémis n° 58, año 2010, pág. 247, donde cita a Siems, Mathias M., "*Disgorgement of profits for breach of contract: a*

Pero si ese plus engrosa la indemnización del dueño de la información, además de desbordar el valladar de lo indemnizable del art. 1738 CCyC, en realidad se estaría enriqueciendo sin causa, situación ciertamente absurda porque, para no enriquecer sin causa a uno de los negociadores se lo enriquecería (igualmente sin causa) al otro.

Se trata, sin duda, de un brete que la Reforma ha puesto a nuestro sistema legal.

Tal vez una futura modificación del Código único debiera establecer una solución más justa, como la que imaginó Bueres: la aludida diferencia entre lo que ganó el infractor y dejó de ganar el dueño de la información, en lugar de ir a parar totalmente a manos de la víctima (un porcentaje sería justo que retuviera a modo de recompensa²⁵¹) debiera quedar en manos de la comunidad (o del Tesoro)²⁵².

Ese destino sería similar al que la Ley le encarga al juez que le de al remanente de liquidación de los bienes de la fundación: asignarlo a “una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República²⁵³” (art. 217 CCyC)²⁵⁴.

Un problema análogo se suscitó con la multa civil establecida por el art. 52bis de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor. Esa penalidad, como se puso de manifiesto en un pronunciamiento judicial²⁵⁵, tiene una finalidad eminentemente preventiva y represiva, pues busca que en el futuro, ni el autor del daño, ni el resto de la sociedad, cometa este tipo de ilícitos. Por lo tanto, lo lógico hubiera sido que, como propusieron varios autores, el dinero que se obtenga por este concepto vaya a parar a un fondo especial²⁵⁶, como lo había

comparative analysis”, rev. Edinburgh Law Review nº 7, año 2003, pág. 27; Smith, Lionel D., “Disgorgement of the profits of breach of contract: Property, Contract and ‘Efficient Breach’”, rev. Canadian Business Law Journal nº 24, años 994-1995, pág. 121.

²⁵⁰ Bueres, Alberto J., “la responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, L.L. 2012-C, pág. 1254.

²⁵¹ Algunos autores aprecian que lo correcto sería que, para incentivar los reclamos, el tribunal determine que una porción beneficie directamente al damnificado y que el resto se destine a alguna organización de bien común o al propio Estado (Por ejemplo: Brun, Carlos A., “Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, DJ 2008-II, pág. 369; Molina Sandoval, Carlos, “Derecho de Consumo”, ed. Advocatus, pág. 67; Molina Sandoval, Carlos y Pizarro, Ramón D., “Los daños punitivos en el derecho argentino”, rev. de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año 1, nº 1, septiembre/2010, pág. 65; Junyent Bas, Francisco y Garzino, M^a Constanza, “Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”, L.L. 2011-F, pág. 1300).

Debo aclarar que, como apuntaron Junyent Bas y Garzino (op. cit.) Zavala González y González Zavala sostuvieron que la indemnización punitiva debe destinarse solo a la víctima, como las *astreintes* y de los intereses sancionatorios (Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, rev. Foro de Córdoba nº 38, año 1997, pág. 74).

²⁵² Bueres, Alberto J., op. cit.

²⁵³ Siempre y cuando no se trate de una fundación extranjera.

²⁵⁴ Esa amplitud de atribuciones conferidas al juez en este campo sería compatible con la que surge de los arts. 1714, 1715 y 1742 CCyC.

²⁵⁵ Tercera Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 06/06/2012, “Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y otros c. Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/Amparo”, exp. Nº 123.447/34.441 (voto del Dr. Gustavo A. Colotto al que adhirieron los demás integrantes del tribunal).

²⁵⁶ Furlotti, Silvina, “Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240”, L.L. Gran Cuyo 2010 (octubre), pág. 819; Rua, M^a Isabel, “El daño punitivo en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, L.L. del 31/07/2009; Alterini, Atilio A., “La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, L.L. 2008-B, pág. 1239.

diseñado el Proyecto de 1998²⁵⁷ y como lo disponen, con sumas de dinero remanente por otros conceptos, los arts. 120 y 224 de la Ley de Concursos²⁵⁸.

Es justo señalar que las posturas antes reseñadas son de *lege ferenda*. Tan es así que, coincidiendo con el enfoque mayoritario antes sumariado, Tale propuso modificar el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor para que diga “El importe de la multa debe entregarse al consumidor; pero el juez puede asignar otro destino a una parte del importe, mediante resolución fundada”²⁵⁹.

²⁵⁷ Art. 1587 del Proyecto de 1998. “**Multa civil**. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quienes actúen con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.”

²⁵⁸ El art. 120 LCQ le otorga al acreedor que promueve la acción revocatoria en beneficio de la quiebra una preferencia especial que determine el juez entre la tercera y la décima parte del producido, con límite en el monto de su crédito, y el art. 224 LCQ manda a que los dividendos caducos queden para la educación común.

²⁵⁹ Tale, Camilo, “Observaciones y propuestas de modificaciones en el capítulo de la responsabilidad civil (Libro II, Título V, capítulo 1) del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/013_CAMILO_TALE.pdf