

El novedoso tratamiento de la “carta de intención” en el Código Civil y Comercial de la Nación

Rodolfo G. Papa. Publicado en Errius. Junio 2017.

I. Una aproximación introductoria y algunos interrogantes:

Entre las innovaciones que introdujo el nuevo Derecho Contractual del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el “CCyC”), como parte del contenido de las tratativas preliminares o precontractuales, ha regulado –de manera específica- un formato precontractual, tradicionalmente conocido como “carta de intención”.

El abordaje de esta temática, conforme ha sido reconocido por sus fundamentos, se ha sustentado a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, encontrándose allí las soluciones para la responsabilidad, en los casos típicos de negociaciones entre iguales¹.

Si bien su análisis solamente ha comprendido sus artículos 990 a 993, su interpretación debería ser analizada interactivamente con el resto de su normativa, en especial en lo inherente a la formación del consentimiento, y al régimen de la responsabilidad civil.

La nueva Codificación ha definido en forma pretoriana a este instituto como el instrumento mediante el cual una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta, si cumplen sus requisitos².

Nuestro propósito será analizar las bases conceptuales de este documento legal, cuya construcción es de trascendental importancia en el devenir de una transacción mercantil, ya que regula la dinámica de su etapa preliminar, abarcando todo el proceso de negociaciones informales, hasta su finalización, ya sea en la formación del consentimiento, o bien, su abandono, ruptura o terminación anormal, según el caso³.

De la precitada definición normativa resaltamos dos aspectos de relevancia. Por un lado, si bien parecería cristalizar ciertos acuerdos o “consensos” con miras a la formación de un contrato, sostenemos que no necesariamente debería limitarse a materializar un compromiso para negociar orientado a la celebración de un contrato válido y vinculante, sino que su objeto podría direccionarse a la negociación en sí misma.

Al respecto, la jurisprudencia había señalado que la responsabilidad precontractual no deriva de la obligación de celebrar un contrato futuro (obligación que no existe), sino de la injustificada frustración de las tratativas contractuales avanzadas que había perjudicado los intereses de la contraparte⁴.

Se reconoce, además, su esencia jurídicamente no vinculante, ya que, como principio general, su fuerza ejecutoria es de interpretación restrictiva, atendiendo a que metodológicamente se la ha ubicado en forma separada ante otros formatos de documentación, cuya celebración genera consecuencias jurídicas de relevancia, como los casos de los “acuerdos parciales” (artículo 982 del CCyC) y los “contratos preliminares” (artículo 994 y concordantes del CCyC), respectivamente.

¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Presentado por la Comisión Redactora (Decreto 191/2011). Punto 3.3. Página 124.

² Artículo 993 del Código Civil y Comercial de la Nación.

³ Bajo la derogada “Codificación dual”, el denominado “período precontractual”, a pesar de su falta de regulación expresa, transcurría desde las meras tratativas hasta el cierre de las negociaciones, con el logro del acuerdo de voluntades o su fracaso. Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos. Ediar. 1984. Página 358.

⁴ CNCOM. Sala E. Transporte Cadam SA c/ Coca-Cola Femsa. Dictado en fecha 19/10/2006.

Es así como si siguiéramos estrictamente el alcance de la precitada definición, nos encontraríamos ante un formato precontractual, metodológicamente autónomo, cuya celebración únicamente crea para sus partes la obligación de negociar en sí misma, al amparo de la aplicación imperativa e implícita del principio de la buena fe (artículos 9. 961, 991 y concordantes del CCyC), en conjunción con una serie de “deberes secundarios de conducta”, también incorporados por la nueva Codificación unificada, como los casos de la lealtad y cooperación (artículo 1011 del CCyC), la protección de la confianza (artículo 1067 del CCyC), y el deber de informar (artículo 1100 del CCyC), respectivamente⁵.

Es importante notar que la jurisprudencia mercantil de la Capital Federal, había tenido la oportunidad de analizar los efectos jurídicos generados por la celebración de una carta de intención, reconociendo que creaba un vínculo cuyo objeto no era el bien que motivara el futuro contrato, sino la negociación en sí misma. El efecto provisorio de la carta de intención se agotaba en la preparación del contrato. Por ello, no constituía el instrumento de un acuerdo, ni obligaba a quien la emitía⁶.

Entendemos que dicha aproximación de nuestros tribunales es –en lo sustancial-, consistente con el alcance conferido a este instituto por el artículo 993 de la nueva Codificación.

En su conceptualización, se han destacado –a nivel global-, tres funciones esenciales, derivadas de su utilización: la que únicamente obliga a negociar; o bien, la que crea el compromiso para celebrar el contrato definitivo, en otras palabras, “obliga a contratar”; o bien, la que impone el cumplimiento de ciertas obligaciones a ser observadas durante su vigencia, con motivo de las tratativas o negociaciones en curso⁷.

En nuestro análisis no podemos dejar de hacer referencia a cuál había sido su configuración durante el anterior sistema de la Codificación en nuestro Derecho Privado, ya que la carta de intención no solamente no había recibido un reconocimiento

⁵ La doctrina ha destacado la trascendencia de tales principios, cuya aplicación debe ser observada desde la etapa precontractual, que importan una derivación de la buena fe, y a nivel genérico comprenden la razonabilidad, la proporcionalidad, la cooperación, la lealtad y dignidad, la protección de la confianza que las partes se deben recíprocamente, la inadmisibilidad de conductas contradictorias, lo que modernamente se conoce como el principio de la coherencia, la de proveer información, la fidelidad, y la legítima expectativa y confianza en el otro. Stiglitz, Rubén. Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. Tomo 2014-D. Página 1332 y siguientes.

⁶ “Neptan SA c/ International Container Terminal Services y otros”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal. Sala D. Dictado en fecha 17/2/2010. Publicado en La Ley Online AR/JUR/211/2010.

⁷ Torello, Marco. Preliminary agreements and CISG Contracts. Incluido en Drafting contracts under the CISG. Página 191 y siguientes. Harry Flechtner et al. Edición 2008. Citado por Cárdenas, Jonathan. Deal dumping in cross border M&A negotiations: a comparative analysis of pre-contractual liability under French, German UK and US Law. NYU Journal of Law & Business. Volumen 9. Página 950. Summer 2013. Según el primer autor, el propósito perseguido por las partes negociantes puede ser útil para identificar si las circunstancias que rodean la transacción podrían legítimamente conducir a la creación de obligaciones o compromisos o a la generación de una razonable expectativa en su conclusión. En tal sentido, las partes podrían simplemente querer memorializar el estado de la negociación, sin crear ningún otro compromiso u obligación. Alternativamente podrían desear originar algún tipo de vínculo recíproco pero solamente basado en el reconocimiento de su reputación comercial. En otros formatos más articulados en virtud de los cuales se encontraran dispuestas a realizar inversiones o a divulgar información relevante, podrían intentar obligar jurídicamente a su contraparte y reglamentar el proceso de negociaciones sobre la base de un cronograma, e imponer el cumplimiento de una serie de compromisos durante su curso e inclusive ex post su terminación, independientemente que el contrato definitivo fuera perfeccionado. En una etapa más avanzada de las tratativas, las partes podrían intentar obligarse jurídicamente para concluir un futuro contrato respecto a ciertos aspectos marginales que no hubieran sido acordados, o bien, a la conclusión de uno cuyo contenido hubiera sido totalmente convenido, y que tendrá efectos posteriormente.

a nivel normativo, sino que nuestra jurisprudencia tampoco había emitido una visión unívoca en su tipificación.

En lo que respecta al diseño de su contenido, refleja -en esencia- una ramificación del *pacta sunt servanda*, cuya extensión también abarca el ejercicio de la “libertad para contratar”⁸, aunque dicha opción no podría ser realizada en violación al principio de la buena fe, ni tampoco en forma abusiva (artículos 10, 990 y 991 del CCyC), de tal modo que todo el proceso de negociaciones o tratativas que resulte gobernado por este documento, no podría frustrar -en forma injustificada- la razonable expectativa o creencia que se hubiera generado el precontratante que obró de buena fe (y en ausencia de culpa), en la conclusión del contrato definitivo (artículo 991 del CCyC).

El embarcarnos a formular una descripción sobre los efectos jurídicos generados por la celebración de una carta de intención, nos expone -de manera preliminar- a responder una serie de interrogantes, entre los que enunciamos (no taxativamente), los siguientes: ¿cuáles son las obligaciones jurídicamente vinculantes que genera su celebración?; ¿posee validez una cláusula de “irresponsabilidad” incorporada como parte de su contenido, al amparo del *pacta sunt servanda*, en los casos en que alguno de los precontratantes decidiera abandonar o terminar discrecionalmente tales tratativas, o deberían observarse ciertas limitaciones para el reconocimiento de su operatividad?; ¿qué características distintivas existen entre la carta de intención, frente a otros formatos de documentación también incorporados expresamente por el Código Civil y Comercial de la Nación, como los acuerdos parciales y los contratos preliminares?.

Nos proponemos responder cada uno de dichos cuestionamientos, en la construcción de nuestro trabajo.

II. El reconocimiento de la “carta de intención” en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su utilización en operaciones de “fusiones & adquisiciones” de empresas:

Debemos formular a los fines de entender el novedoso tratamiento de este instituto, como parte del análisis de la literalidad del artículo 993 de la nueva Codificación unificada, las bases para su conceptualización.

La doctrina extranjera ha señalado que con el nombre de carta de intención se conoce al documento que las partes suscriben antes de celebrar el contrato mismo, y por ello es importante establecer claramente la frontera entre lo precontractual y lo contractual. Así, la intención, decisión o voluntad de iniciar o permanecer en una negociación sin que dicha manifestación implique para los declarantes la obligación de celebrar el contrato definitivo, en razón a que en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad poseen la denominada “libertad contractual”, que en todo caso, es el derecho de ser ejercida en el sentido de la decisión de no contratar, debe estar sustentada⁹.

Según tal opinión, el no querer quedar jurídicamente obligados es lo que fundamenta la celebración de una carta de intención, ya que en la mayoría de los casos este documento contempla la inclusión de cláusulas de no vinculación (“*non-binding rules*”), cuya finalidad exclusiva es la de establecer que sus partes no quedan obligadas a concluir o celebrar el contrato final o definitivo, sin perjuicio que podrían quedar obligadas, pero

⁸ Artículo 958 del Código Civil y Comercial de la Nación. La doctrina previa a la Codificación unificada, había señalado que en la etapa de negociaciones se ejercían dos tipos de libertades que son esenciales en la formación del contrato, la libertad contractual referida al contenido del acuerdo y la libertad para contratar o no. López Fidanza, Alberto J. La responsabilidad en las tratativas precontractuales. La Ley. DJ. De fecha 28/10/2009.

⁹ Díaz Huertas, Alejandro Andrés. La carta de intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorandum of understanding). Su aplicación en el Derecho Colombiano.

con respecto a otros aspectos de la negociación. Las reglas de conducta o comportamiento en la negociación constituyen –según este autor- uno de los elementos más importantes de la carta de intención, puesto que a través de dichas reglas es que las partes pueden minimizar el acaecimiento de los riesgos de la negociación que pueden originar daños y perjuicios para quienes participen en las mismas (por ejemplo, el deber de suministrar información; la confidencialidad en la información intercambiada; no discutir temas ya acordados; exclusividad; y, asunción de gastos)¹⁰.

La negociación, celebración y ejecución de una carta de intención deberá, en la práctica, necesariamente adecuarse a los pilares en la regulación que sobre las tratativas precontractuales, ha contemplado el Código Civil y Comercial de la Nación, esencialmente en lo concerniente al ejercicio de la libertad de contratar.

Es dable puntualizar, entre tales pilares, que las partes precontractantes conservan la opción de “no contratar” en la medida que no fuera implementada en forma abusiva o contraria a la buena fe (artículos 990 y 991 del CCyC); asimismo deberá preservarse como confidencial toda aquella información que sea intercambiada durante su dinámica, ya sea que tal carácter hubiera sido impuesto en forma unilateral o convencional (artículo 992 del CCyC); y finalmente, evitar la frustración injustificada de la expectativa en la conclusión del contrato definitivo, como derivación del principio -en materia de responsabilidad civil- de no causar un daño al otro (artículos 991; 1710; 1716; 1717 y concordantes del CCyC).

No podemos dejar de analizar -como parte primordial de nuestro trabajo- la utilización de este formato precontractual, autónomo y en esencia no vinculante, excepto en lo atinente a la obligación de negociar de “buena fe”, en el ámbito de las “fusiones y adquisiciones” de empresas en nuestro mercado de negocios.

El enfrentarnos con la estructuración de su etapa preliminar, conlleva asumir un complejo desafío, por una serie de razones.

En principio, porque generalmente se instrumentan bajo un escenario directo, en virtud del cual sus protagonistas (vendedor de una participación social controlante sobre una compañía target VS. posible comprador), se identifican claramente desde su inicio, estableciendo tratativas meramente informales, inclusive sin la asistencia de abogados, con lo cual, en tal instancia quedan expuestas a una serie de riesgos¹¹, y cuyos resultados o acuerdos podrían quedar cristalizados en este formato documental, cuya estructura de contenidos, a pesar de su estandarización, son el resultado del ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Entendemos, asimismo, como premisa en la redacción de una carta de intención, por parte de los abogados responsables primariamente de tal labor profesional, que su contenido debería reflejar la evolución de las negociaciones mantenidas entre sus protagonistas, incluso incorporando aquellos consensos alcanzados –en forma

¹⁰ Díaz Huertas, Alejandro Andrés. La carta de intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorandum of understanding). Su aplicación en el Derecho Colombiano.

¹¹ No podemos dejar de señalar que si bien sería factible que un proceso de contactos o tratativas informales entablados entre las partes protagónicas de una transacción, preexista al otorgamiento de una carta de intención, existen dos temas jurídicos sustantivos que, en tal instancia, aquellas no podrán desconocer, debiendo adoptar una serie de recaudos tendientes a protegerse jurídicamente de los riesgos derivados de tal situación, conformados específicamente por: a) una adecuada reglamentación del tratamiento de la confidencialidad en la divulgación y utilización de la información y documentación que el vendedor y su equipo de trabajo hubieran facilitado al posible comprador para su revisión. Esta temática ha sido ahora regulada por la nueva Codificación en su artículo 992; y, b) en caso de una ruptura intempestiva o abusiva de tales negociaciones que hubiera infringido un daño económico a la parte inocente, podría generar un escenario atributivo de “responsabilidad precontractual”, a cuya configuración nos referiremos con mayor detalle a continuación, en la medida que se reúnan sus presupuestos (antijuricidad; factor de atribución; daño, y nexos causal entre el hecho generador y el daño).

provisoria- con antelación a su celebración, ya que su ejecución no necesariamente conducirá a la celebración del contrato de compraventa de acciones, en atención a que durante el devenir de esta instancia del *iter* por el que transita la transacción, es altamente improbable que las partes hubieran acordado sus dos elementos esenciales: la valuación económico-financiera de la compañía target, y su forma de cálculo, que conformará la base para la fijación del precio de compra, y un completo conocimiento sobre su estado patrimonial, al que debería haber accedido el posible comprador, como sus abogados y contadores que hubiera contratado para realizar una investigación sobre aquella, a través de la implementación de una labor profesional integral e interdisciplinaria de fuente legal y contable-tributaria, genéricamente conocida como de debida diligencia o *due diligence*¹².

En la práctica, el contenido de una carta de intención debería reflejar cuál ha sido la intención de las partes en base a las tratativas entabladas, y debería responder -en esencia- a un esquema “macro” de naturaleza no vinculante, atendiendo a que en tal instancia –recalcamos- no existiría un acuerdo sobre sus elementos esenciales particulares.

De cualquier modo, su contenido debería incluir en forma estandarizada una serie de cláusulas, cuyo cumplimiento podría revestir la particularidad de ser obligatorio o vinculante para sus partes, entre las que destacamos: a) la exclusividad para negociar con el vendedor, conferida a favor del posible comprador de una participación social controlante sobre la compañía target, al menos por un plazo; b) el tratamiento de la confidencialidad en la información a ser intercambiada entre las partes precontratantes, regulado por la nueva Codificación unificada¹³, ya sea de fuente unilateral por parte de su emisor, o alternativamente, mediante la celebración de un pacto o compromiso de confidencialidad¹⁴, que normalmente es otorgado autónomamente y preexiste a la

¹² Cualquier referencia al concepto de debida diligencia o *due diligence*, implica su conceptualización como un proceso flexible, dinámico e interactivo, orientado a la investigación y recopilación de documentación e información “a medida” de las particularidades tanto de la compañía target como de la transacción, cuyo objeto persiga la transferencia del control accionario, con el propósito de individualizar “ex ante” riesgos patrimoniales y regulatorios, que impacten de manera adversa sobre su posible concertación, y adicionalmente, restricciones de cualquier otro tipo, ya sean legales, regulatorias, contractuales, societarias o para societarias, cuya vigencia afecten la posibilidad de ejecutarla en forma satisfactoria. Papa, Rodolfo G. “*Due Diligence* para abogados. Su utilización práctica en las transferencias del control corporativo”. Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*. Errepar. Número 275. Octubre 2010. Página 1094. Eguía, José L-Papa, Rodolfo G. *Due Diligence* para abogados y contadores. Errepar. Primera edición. 2011. Capítulo 13.

¹³ Artículo 992 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁴ Entre los aspectos esenciales que debería incluir el contenido de un compromiso o pacto de confidencialidad como parte de la documentación preliminar de una operación de transferencia del control accionario, destacamos los siguientes: identificar a todas aquellas personas que tengan acceso a la información definida como “confidencial”, divulgada durante el *Due Diligence*; requerir en forma expresa a todos sus obligados, que mantengan como confidencial toda aquella información que se les hubiera divulgado durante las tratativas preliminares, y en particular, a la que se hubiera accedido durante el *Due Diligence*; prohibir la divulgación de los términos de las negociaciones entabladas durante la etapa preliminar de la proyectada transacción; en los casos de un escenario “competitivo”, el vendedor debería comprometerse a brindar un tratamiento igualitario en la divulgación de información relevante, respecto a todos los interesados en la compra; explicitar en detalle cuál será la información que se encontrará sujeta a su cumplimiento; pactar su plazo de vigencia, y adicionalmente, cuáles serían las consecuencias jurídicas resultantes de su incumplimiento, en particular, las acciones legales que le corresponderían iniciar a la parte cumplidora; individualizar aquellas excepciones por las que dicho compromiso de confidencialidad, debería ser dejado sin efecto por sus obligados; y, acordar cuál será la ley y jurisdicción aplicable a un compromiso de esta naturaleza. Hemos extraído tales contenidos que deberían regir la redacción de un compromiso de “confidencialidad”, del trabajo de Feilbogen, Saúl R. “Starting off on the right foot. Preliminary agreements in multinational M&A. Argentine Law perspective”. Joint program of

concertación de una carta de intención; c) una adecuada reglamentación del *due diligence* sobre la compañía target, a cargo de abogados y contadores que contrate el posible comprador. Debiéndose incorporar en la negociación de este tema, cuál sería el grado de divulgación de información al que se comprometerá a observar el vendedor durante su dinámica, a pesar que, al amparo de la nueva Codificación unificada, debería imperar el deber de informar como un deber secundario de conducta¹⁵, siendo una derivación del principio de la “buena fe”. Este deber comprende la provisión de información de todas las circunstancias relevantes para que el contrato pudiera celebrarse, haciéndole conocer a su destinatario lo que es importante, abarcando cualquier dato que pudiera alterar las bases de la negociación, de modo que si no se conocieran, no se contrataría o se haría bajo otras condiciones¹⁶; d) el compromiso del vendedor a otorgar ciertas cláusulas esenciales a ser insertas en el contrato de compraventa de acciones (como sus declaraciones & garantías; y, el pacto de garantía de indemnidad); e) una cláusula de irresponsabilidad o “salida sin responsabilidad”, otorgada a favor del posible comprador (a pesar que, como analizaremos, su aplicación ha recibido una serie de limitaciones de índole sustantiva por la nueva Codificación unificada¹⁷), o bien, alternativamente, una cláusula a favor del vendedor (o inclusive a favor del proyectado adquirente) en virtud de la cual podrían abandonar o romper las tratativas, pactando ante tal circunstancia, el pago de una compensación, como resultado de su incumplimiento a mantener la exclusividad, con la finalidad que le permitan -al menos- recuperar el costo erogado por la realización de su *due diligence* legal y contable-tributario, o por frustración en su perfeccionamiento. Esta previsión es conocida en el mundo Anglosajón, como *break fees* (honorario por incumplimiento). Aunque no es habitual en nuestra práctica¹⁸; f) aquellos “condicionamientos” a los que las partes voluntariamente hubieran acordado sujetar el otorgamiento del contrato definitivo, entre los que estandarizadamente se incluyen, un acuerdo sobre el contrato que regirá la transacción, la conclusión del *due diligence* a satisfacción del posible comprador, y aquellas autorizaciones o aprobaciones a los que las partes hubieran sujeto la celebración del contrato; y, g) otras cláusulas que las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, les hubieran atribuido el carácter de vinculantes.

the multinational M&A subcommittee of the international business law committee and the international transactions task force of the negotiated acquisitions committee. Washington DC. Agosto 2002. Página 1 y siguientes.

¹⁵ Artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁶ Lorenzetti, Ricardo. La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación. La Ley. Tomo 1993-B. Página 712 y concordantes. Según este autor este deber consiste en hacer saber a la contraparte los hechos susceptibles de influir sobre su decisión.

¹⁷ Ya que su ejercicio –a pesar de haber sido convenido- no podrá ser contrario a la buena fe (artículos 9, 991 y concordantes del CCyC), ni ser ejercida en forma abusiva (artículo 10 del CCyC). Adicionalmente en este último caso podría conducir a la frustración injustificada en la expectativa o creencia de la contraparte que hubiera obrado con apego a la buena fe, en la celebración del contrato definitivo (artículo 991 del CCyC), ocasionándole con ello un daño, sería elegible de ser calificado como un escenario atributivo de responsabilidad civil, bajo la nueva Codificación unificada (artículos 1710, 1716, 1717, 1749 y concordantes del CCyC).

Además, no podemos dejar de soslayar el tratamiento autónomo en el reconocimiento de la limitada validez y ejecutabilidad de este tipo de cláusulas de “irresponsabilidad”, conferido por el artículo 1743 de la nueva codificación unificada.

¹⁸ La jurisprudencia ha asimilado este tipo de pactos a una cláusula penal, con una función en esencia indemnizatoria, mediante la cual se fija de antemano el monto de los daños resarcibles para el caso que el incumplimiento fuera absoluto (cláusula penal compensatoria) o relativo (cláusula penal moratoria). En este tipo de acuerdos, la indemnización debe limitarse a lo allí convenido, ya que importa una liquidación convencional anticipada de los daños y perjuicios. CNCOM. Sala D. Establecimientos Metalúrgicos Crespo SA c/ Carlisi, Angel. Dictado en fecha 10/5/2004.

III. Una síntesis del análisis doctrinario y jurisprudencial de la carta de intención durante el derogado sistema de la “Codificación Dual”:

El embarcarse en la negociación y elaboración de una “carta de intención” durante la derogada “Codificación dual”, no dejaba de exponer a sus partes a una serie de hipótesis de conflicto, las cuales podían englobarse, en dos grandes matrices: a) los efectos jurídicos generados por su celebración, y cuyas previsiones debían gobernar el tránsito del iter hasta la celebración del contrato definitivo; y, b) la extensión del resarcimiento por los perjuicios causados por el incumplimiento a sus términos y condiciones.

En lo que respecta al grado de obligatoriedad que poseía este documento legal, con antelación a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina había identificado los siguientes escenarios: i) si contenía todos los elementos esenciales del negocio, nos situaríamos frente a un contrato en la etapa previa al definitivo (precontrato); ii) sino incorporaba los elementos esenciales del negocio y solo tenía por objeto comprometer a las partes a ingresar a un proceso de tratativas con el propósito de arribar, si fuera el caso, a nuevos acuerdos o a un acuerdo definitivo, estaríamos ante un contrato en la etapa de preliminares, cuya responsabilidad de tipo contractual derivara solo por el incumplimiento de la única prestación adeudada: negociar; y, iii) si la carta de intención descrita en el punto anterior además contenía obligaciones de hacer, no hacer o dar, éstas originaban un evento de responsabilidad contractual, aunque estemos en etapa de preliminares¹⁹.

De un relevamiento realizado sobre la jurisprudencia mercantil, que había abordado la temática basada en el alcance de la obligatoriedad de los términos incluidos en una carta de intención, se habían diseñado -en nuestro entender- tres corrientes, cuya fuente se había sustentado en una diversidad de escenarios que incluían su grado de ejecutabilidad, en atención a que su contenido era -reiteramos- el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Una primera corriente había consagrado, frente al análisis de las consecuencias jurídicas derivadas de la ejecución -por ejemplo- de un precontrato de transferencia de acciones, su obligatoriedad en el cumplimiento de su contenido, en atención a que dicho precontrato había sido calificado como un contrato en sí mismo, que obligaba a contratar. En otras palabras, exigía realizar los actos necesarios para que el contrato se firme, siendo su objeto esencial la existencia o conclusión del futuro contrato²⁰.

Una segunda postura había admitido como viable la celebración de otro formato de documento preliminar, ha sido seguido comúnmente por la práctica de nuestro mercado, en virtud del cual las prestaciones comprometidas bajo una oferta irrevocable de compra, independientemente de cuál hubiera sido la denominación conferida por sus partes, no revestía el atributo de obligatoriedad, en especial, en aquellos casos en que el oferente se había reservado la aprobación de la auditoría a realizarse sobre la sociedad emisora de las acciones, como base previa a la suscripción del contrato de compraventa de acciones, ya que para la retractación de la oferta hubiera generado derecho a ejecutar su garantía de cumplimiento no debía haber estado condicionada de manera alguna, por cuanto si hubiera estado sujeta a alguna reserva, no sería una verdadera oferta²¹.

¹⁹ Van Thienen, Pablo A. Carta de intención y responsabilidad precontractual no aquiliana: análisis del caso Puerto Rosario SA (International Container Terminal Services SA). Cedef Law & Finance. Working Paper 50/2011. Página 9.

²⁰ CNCOM. Sala B. “Kemancioglu, Dikran Ara c/ Kritz, Daniel E”. Dictado en fecha 9/2/2012.

²¹ CNCOM. Sala D. “Vicente, Norberto Carlos José y otro c/ Sociedad Latinoamericana de Inversiones SA”. Dictado en fecha 28/10/2010.

La tercera interpretación esgrimida a nivel jurisprudencial, de “última generación”, que -en lo sustancial- ha sido receptada por el texto del artículo 993 de la nueva Codificación unificada, había tipificado a una carta de intención, con un grado de sustantividad jurídica distinta a la de un precontrato, ante el entendimiento que aquella constituye una especie contractual susceptible de varias finalidades, entre las cuales, la más significativa, la constituye la de incitar o estimular a las partes a la negociación de otro contrato.

Por lo cual, ante la circunstancia de la ejecución de una carta de intención, no generaba la obligación de celebrar el contrato definitivo tenido en miras por aquella, sino únicamente la de negociar de buena fe y facilitar el intercambio de la información necesaria para que la otra parte contratante pueda adquirir el conocimiento preciso del objeto del contrato y de sus circunstancias, y en cualquier momento, ellas pueden finalizar la negociación del modo que estime más acorde para sus intereses²².

En síntesis, el grado de obligatoriedad que las partes hubieran decidido conferir al documento que gobernaba la etapa preliminar del iter transaccional, podía o bien revestir un status de obligatoriedad, mediante la celebración de un precontrato, o bien, exteriorizar un atributo de condicionalidad, sujeto al cumplimiento de determinadas prestaciones pactadas ante el acaecimiento de ciertas condiciones (como la conclusión del *due diligence*), o bien, simplemente crear un compromiso basado exclusivamente en negociar en forma autónoma, al amparo del principio de la buena fe.

Es así como la adopción de alguno de los tres modelos precitados, dependía en forma excluyente de lo que las partes hubieran acordado a tales fines, atendiendo a una serie de factores determinantes, entre los que enunciamos: cuál había sido su intención, el conocimiento previo que hubieran tenido no solamente entre sí, sino también del estado patrimonial de la compañía target; la experiencia evidenciada en la concertación de este tipo de operaciones; la disponibilidad de tiempo y recursos económicos con los que contaren para encarar la negociación en vista a la celebración del contrato definitivo; y, la existencia, al menos preliminar, de un acuerdo sobre la valuación de la compañía, como base para la determinación del precio, lo cual podía conducir al otorgamiento de un documento que regule la precitada etapa preliminar, máxime ante un escenario directo, excluyendo de ese modo la participación en forma simultánea de varios candidatos.

El otro escenario de conflicto de relevancia vinculado con la dinámica de la ejecución de una carta de intención durante el derogado sistema de la “Codificación dual”, consistía en establecer cuál sería la extensión en la reparación por los perjuicios económicos derivados de un incumplimiento, atendiendo a alguno de los formatos en los que aquella hubiera sido celebrada, en base a las consideradas que hemos explicitado anteriormente.

En este sentido, y en forma sintética, siguiendo la jurisprudencia mercantil que imperó sobre esta temática, y que por obvias razones, deberá ser re-examinada, se habían desarrollado tres categorías respecto a la extensión en la reparación de los perjuicios causados por un incumplimiento a sus previsiones, sobre la base del siguiente esquema: i) un sistema de reparación de fuente contractual, con causa en el incumplimiento a las previsiones de un precontrato; ii) un escenario de responsabilidad precontractual, o simplemente de ruptura o abandono de las tratativas informales mantenidas, cuya reparación en la atribución de un resarcimiento, debía limitarse al “daño al interés negativo”, es decir que abarcaba únicamente los gastos reales que habían sido

²² “Neptan SA c/ International Container Terminal Services y otros”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal. Sala D. Dictado en fecha 17/2/2010. Publicado en La Ley Online AR/JUR/211/2010.

efectuados con motivo de las negociaciones entabladas, debiendo descartarse las ganancias que se habían dejado de obtener –como principio general-²³; y finalmente, iii) un estándar más reciente, que hubiera requerido de mayores precisiones, el cual contemplaba la extensión de la responsabilidad derivada de una ruptura de las negociaciones iniciadas a raíz de la suscripción de una carta de intención, que dio lugar a la denominada “responsabilidad precontractual de naturaleza contractual”²⁴.

Este último decisorio, además de haber sido dictado al amparo de la Codificación dual, no ha considerado una serie de connotaciones sustantivas, incorporadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, tanto en el Derecho de los Contratos (en la faz formativa), como en lo inherente al régimen de la responsabilidad civil.

IV. Obligaciones generadas por la celebración de una carta de intención al amparo de la nueva Codificación unificada:

Independientemente del carácter no vinculante que reviste la carta de intención, bajo el formato precontractual reconocido de manera autónoma por la nueva Codificación unificada, sostenemos que su celebración y ejecución genera para sus partes una serie de compromisos jurídicamente vinculantes, que puntualizamos a continuación.

Es indudable, en primer lugar, que genera la obligación de negociar al amparo del principio de la buena fe.

Como lo ha señalado la doctrina, la directriz de la “buena fe” constituye una regla de conducta cuyo desconocimiento puede derivar en un “incumplimiento contractual”, y se erige en un parámetro de conducta que tiene carácter recíproco, señalando los confines exactos de cuanto resulta exigible a cada una de las partes en las fases formativa y ejecutiva del convenio concertado. Concluyendo en afirmar que la buena fe es un arquetipo o modelo de conducta social, que se proyecta al ámbito contractual, imponiendo lealtad en los tratos y proceder honesto, esmerado y diligente, fidelidad a la palabra dada, y respeto a la confianza suscitada entre contratantes honestos y probos²⁵. El principio general de la “buena fe”, y su ramificación en la esfera de la formación y ejecución contractual, debe ser aplicado –reiteramos- en combinación con una serie de “deberes secundarios de conducta”, que han sido consagrados en forma pretoriana por el Código Civil y Comercial de la Nación, entre los que puntualizamos: el deber de cooperación²⁶; la protección de la confianza²⁷; y el deber de informar²⁸, respectivamente.

Si bien el deber de informar ha sido ubicado metodológicamente en la regulación de los contratos de consumo, dentro de la nueva Codificación, no constituye un impedimento su aplicación en forma plena en la negociación, celebración y ejecución de los contratos tradicionales o paritarios. Se ha reconocido la aplicación de los principios del Derecho del Consumo a la teoría general del contrato, la cual ha sido aceptada por la doctrina nacional, siendo recomendada por unanimidad, por la Comisión de Contratos de las

²³ CNCOM. Sala D. “Bunker diseños SA c/ IBM Argentina SA”. Dictado en fecha 20/3/2010.

²⁴ “Neptan SA c/ International Container Terminal Services y otros”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal. Sala D. Dictado en fecha 17/2/2010. Publicado en La Ley Online AR/JUR/211/2010.

²⁵ Freytes, Alejandro E. El contrato en el Proyecto de Código. Concepto y Clasificación. Diario La Ley, de fecha 03/04/2013. Página 2.

²⁶ Artículo 1011 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁷ Artículo 1067 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁸ Artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación.

XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ya que existen principios de los contratos de consumo que se aplican a todos los contratos²⁹.

Asimismo, y atendiendo a que, como lo ha señalado la doctrina, en el nuevo Código el legislador se ha pronunciado inequívocamente acerca de las funciones del derecho de daños, y ha establecido que ellas son, exclusivamente, la prevención y la reparación³⁰, las partes negociantes o precontratantes que hubieran celebrado este formato de documento, deberán adecuar su obrar al deber general de no dañar³¹; como también, adoptar de buena fe, y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud³²; o bien, no agravar el daño, si ya se hubiera producido³³.

En el contexto que analizamos, las partes precontratantes que protagonizan un proceso de negociaciones al amparo de las previsiones de una carta de intención, deberían obrar en forma diligente y de buena fe a los fines de prevenir o evitar cualquier tipo de daño patrimonial que pudiera ser causado como resultado de un abandono, ruptura o terminación anormal de tales tratativas.

Otra obligación a ser observada por las partes de una carta de intención, consistiría en no abandonar o salir de las negociaciones o tratativas que se hubieran entablado como resultado de su instrumentación, en los casos en que tal ruptura o abandono no hubiera sido respaldada por una justa causa, y siendo debidamente comunicada a la contraparte con una razonable antelación, habiendo conducido a frustrar la razonable expectativa o creencia sobre la otra parte en concluir el contrato definitivo, ocasionándole con ello un daño susceptible de ser resarcido, en la medida que se reúnan los presupuestos de atribución de responsabilidad civil.

Según una postura tradicional, los presupuestos de atribución de responsabilidad precontractual, son los siguientes: antijuricidad (configurada como la frustración injustificada de la celebración del contrato en forma previa a su perfeccionamiento); factor de atribución subjetivo (por dolo o culpa); imputabilidad; voluntariedad de la conducta lesiva; daño y relación de causalidad³⁴.

Sobre el análisis de esta última temática, corresponde reflexionar sobre la validez de las cláusulas de irresponsabilidad, cuya legalidad había sido reconocida por la jurisprudencia mercantil de la Capital Federal³⁵, con antelación a la vigencia de la nueva Codificación unificada, y que, por obvias razones, debería ser ahora reexaminada.

Al respecto, existen en nuestro entender una serie de limitaciones sustantivas en su aplicación, esencialmente por lo dispuesto por su artículo 1743, sumado a lo también ya explicitado respecto a que dicho abandono o salida intempestiva, a pesar de haber sido mutuamente convenido, no podría ser ejecutado en violación al principio de la buena fe ni tampoco en forma abusiva, ya que esta última sería a su vez otro supuesto en la redefinición del concepto de antijuricidad, como presupuesto de atribución de responsabilidad civil bajo la nueva Codificación.

²⁹ Borda, Alejandro. Las nuevas perspectivas de la teoría general del contrato y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *El Derecho*, de fecha 12/12/2013. Página 119.

³⁰ Picasso, Sebastián. Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*. RCyS. 2015-IV. Página 14.

³¹ Artículo 1710, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación.

³² Artículo 1710, inciso b) (primera parte), del Código Civil y Comercial de la Nación.

³³ Artículo 1710, inciso c), del Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁴ Stiglitz, Rubén. Responsabilidad Precontractual. Publicación incluida en la página web www.nuevocodigocivil.com.

³⁵ “Neptan SA c/ International Container Terminal Services y otros”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal. Sala D. Dictado en fecha 17/2/2010. Publicado en *La Ley Online* AR/JUR/211/2010.

Es importante destacar que ha existido una redefinición en el concepto de antijuricidad, que ha impactado en la innecesidad de tener que acreditar un factor subjetivo de atribución, como presupuesto en la configuración de un escenario atributivo de responsabilidad civil. Así, por ejemplo, ante un supuesto de responsabilidad precontractual en la que como resultado de un abandono o ruptura de las tratativas entabladas al amparo de una carta de intención (lo cual podría presuponer un incumplimiento a sus previsiones), existe un criterio de antijuricidad o ilicitud objetiva, simplemente ante la contradicción entre un hecho y el ordenamiento jurídico, sin que ello implique una conducta culpable por parte de su autor. Es así como la violación del deber de no dañar a otro (artículos 1710, 1716, 1717, 1749 y concordantes del CCyC), importa de por sí una conducta contradictoria, salvo que aquella hubiera tenido lugar como una causa de justificación o se hubiera instrumentado en el ejercicio regular de un derecho. Según esta doctrina, el abuso del derecho o una conducta abusiva es un supuesto de antijuricidad, pues importa una contrariedad con el ordenamiento jurídico³⁶.

V. Hipótesis de conflicto derivadas de la ejecución de una carta de intención. La problemática sobre la extensión del daño resarcible en la nueva Codificación unificada:

A pesar de su esencia no vinculante, que como principio general, exhibe una carta de intención, su ejecución podría exponer a sus partes a una diversidad de escenarios de conflictividad, entre los que enunciamos, los siguientes: haber sometido su alcance al riesgo de su “interpretación judicial”³⁷, ya sea que las partes hubieran acordado -a través de su celebración- los elementos esenciales particulares que hubieran identificado al contrato definitivo, equiparándose así a un contrato preliminar (artículo 994 del CCyC), o bien, a un acuerdo parcial, en el caso que hubiesen expresado un consentimiento sobre sus elementos esenciales particulares (artículo 982 del CCyC); o bien un incumplimiento a sus términos y condiciones, en especial sobre aquellas cláusulas a las que las partes le hubieran conferido efectos vinculantes; o bien las derivadas de un abandono, ruptura o terminación anormal de las negociaciones que se hubieran instaurado con motivo de su amparo ya sea en forma abusiva o frustrando injustificadamente las expectativas de su contraparte, destacando bajo este último supuesto, ciertos eventos desarrollados en la práctica del *Common Law* que podrían tener repercusión en negocios domésticos.

En el abordaje de esta problemática, también consideraremos cuál sería la extensión del daño resarcible como resultado de la configuración de un escenario atributivo de responsabilidad precontractual.

Nos parece importante puntualizar ciertos escenarios de conflictividad, que podrían tener lugar, y cuyo acaecimiento podría desencadenar el abandono o salida de las tratativas. En tal sentido, y siguiendo la experiencia del *Common Law* debemos puntualizar (separadamente) el riesgo basado en el “cambio de opinión” (“*change of mind risk*”), o bien el denominado como “salto hacia otra transacción” (“*deal dumping*”); como también, el “*tortious interference with contract*”.

En lo que respecta al riesgo basado en el “cambio de opinión” (“*change of mind risk*”), implica que una parte se reserva el derecho, sin enfrentar consecuencias adversas de fuente litigiosa o patrimonial, ante el supuesto que decida no continuar con las tratativas

³⁶ Vázquez Ferreyra, Roberto. La antijuricidad en el Código Civil y Comercial. RCyS 2015-IV. Página 38 y siguientes.

³⁷ Rivera, Julio César-Medina, Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Primera edición. Buenos Aires. La Ley. 2014. Tomo III. Sección 3. Tratativas Contractuales. Capítulo de autoría de Rivera, Julio César. Páginas 472/473.

o negociaciones preliminares o precontractuales, de abandonar o salir anticipadamente con o sin invocación de la existencia de una causal que hubiera justificado tal comportamiento.

Si esta cláusula fuera incluida en un documento regido por el *Common Law*, la carta de intención no debería incluir la obligación de negociar de buena fe, y además, incorporar un lenguaje no vinculante (“*non-binding language*”) utilizado en forma estandarizada bajo dicho sistema, en virtud del cual las partes acuerdan que hasta que un acuerdo definitivo sobre los temas contemplados por la carta de intención hubiera sido alcanzado, se encuentran bajo el compromiso, expreso o implícito, de proponer o concluir dicha operación o negociar de buena fe para la formación de un contrato definitivo, pudiendo -en cualquier momento-, con o sin invocación de causa, no continuar con las negociaciones³⁸.

Ahora bien, en el hipotético evento que la precitada cláusula se incorporase a una carta de intención, que estuviera regida total o parcialmente por nuestro derecho positivo, resultaría objetable su ejecutabilidad, esencialmente por vulnerar una serie de principios rectores en materia de la negociación, celebración y ejecución contractual, además obviamente de la buena fe y ciertos deberes secundarios de conducta, su aplicación podría derivar en el ejercicio abusivo del derecho de no contratar, en combinación con una manifiesta inconsistencia sobre una serie de principios rectores en materia de la responsabilidad civil, como el de no “dañar” a otro (artículos 1710, 1716, 1717, 1743 y concordantes del CCyC).

Por otra parte, y sobre el análisis de su validez bajo nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina ha señalado que la violación al deber de buena fe se encontraría determinada por la frustración injustificada de las tratativas, expresión que debería considerarse referida a un accionar abusivo o contrario a la buena fe, pero no a un simple cambio de opinión o de intereses, que no podría ser incluido en esos criterios de determinación de antijuricidad³⁹.

Otro escenario de fuente convencional que posibilitaría la ruptura o abandono de tratativas, al amparo de la ejecución de una carta de intención, comúnmente utilizado en el *Common Law*, ha sido denominado como “*deal dumping*”, el cual podría ser calificado como un evento de ruptura de negociaciones luego de haber celebrado una carta de intención, con el propósito embarcarse en la negociación de otra transacción más atractiva.

Desde la situación del potencial comprador, ello podría ocurrir –por ejemplo- cuando existiera disponible una compañía target más rentable. De acuerdo a esta doctrina extranjera, el más común escenario de “*deal dumping*” o salto hacia otra operación por parte de un interesado inicialmente en la adquisición de una compañía, dejaría al vendedor expuesto a enfrentar una diversidad de daños no solo reputacionales, sino de índole económico-financiera por las inversiones realizadas sobre la base de la expectativa de haber podido concretar la transacción, en conjunción con la consecuente reducción del valor de sus acciones, sumado a un daño intangible en detrimento de aquella⁴⁰.

³⁸ Austin, Christopher. Preliminary agreements and obligations to negotiate in good faith. *Mergers & Acquisitions and corporate governance*. Cleary Gottlieb Stern & Hamilton LLP. Octubre 2013. Páginas 2/3.

³⁹ Caramelo, Gustavo. La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*. Febrero 2015. La Ley. Página 63 y siguientes.

⁴⁰ Cárdenas, Jonathan. Deal dumping in cross border M&A negotiations: a comparative analysis of pre-contractual liability under French, German UK and US Law. *NYU Journal of Law & Business*. Volumen 9. Página 951. Summer 2013.

La extensión de esta cláusula –en el caso de sujetarse a la aplicación de nuestra legislación no solamente vulneraría el principio de la buena fe en combinación con sus deberes secundarios de conducta, sino también reflejaría un ejercicio abusivo de la libertad de “no contratar”, además de infringir un compromiso de índole contractual o vinculante, que se había pactado voluntariamente por las partes de una carta de intención, como lo es la exclusividad.

Finalmente, otro escenario de conflicto que podría desprenderse de una frustrada ejecución de una carta de intención como parte del iter de una transacción mercantil, sería aquella basada en la denominada “responsabilidad por celebrar el contrato con terceros”, que en la práctica del *Common Law*, es conocida como “*tortious interference with contract doctrine*”.

Bajo este escenario, cualquiera de los precontratantes incumpliría los compromisos asumidos bajo una carta de intención, y así celebrar el contrato definitivo con un tercero, que conocía las negociaciones en curso y ofreció un mejor precio.

En nuestro ordenamiento jurídico, con antelación a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina había sostenido que la teoría del *tortious interference* podía ser receptada con fundamento en la doctrina del abuso del derecho⁴¹.

Esta posición se sustentó en que quien deliberadamente y con el propósito de obtener una ventaja patrimonial celebre un contrato con un tercero que es parte en otra negociación sobre el mismo objeto provocando que se incumpla con las obligaciones asumidas, violaba el deber genérico de obrar con prudencia que imponía el artículo 1109 del derogado Código Civil. Asimismo, el nuevo oferente no ejercía su derecho de contratar en forma legítima, ya que lo realizaba con el propósito de frustrar un contrato negociado entre terceros y con la intención de incorporar a su patrimonio la contraprestación debida bajo el contrato frustrado (contraprestación que el co-contratante incumplidor había incorporado a su patrimonio en virtud del contrato frustrado). Concluyendo en afirmar -dicho autor- que como el nuevo oferente abusaba de su derecho de contratar, en los términos del artículo 1071 (segundo párrafo) del derogado Código Civil, en su intención existía un abuso del derecho porque se habían contrariado los fines que la ley había tenido en el reconocimiento de la libertad de contratar, y además, se habían excedido los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres⁴².

Otro tema sustantivo que tiene una relación directa con la temática analizada, y que también integra las trascendentales reformas introducidas por la nueva Codificación unificada en materia del régimen de responsabilidad civil, es el referido a la determinación de la extensión de los daños resarcibles como consecuencia de una ruptura, abandono o terminación anormal de las negociaciones entabladas al amparo de la ejecución de una carta de intención.

Al respecto, tengamos en cuenta que la nueva Codificación no ha establecido cuáles son las pautas para reparar los daños resultantes de un escenario de ruptura o abandono de dichas tratativas, con lo cual se podría dar lugar a dos conclusiones, o bien, que la norma mantiene el mismo criterio que la jurisprudencia imperante con antelación a su vigencia, en virtud de la cual sólo correspondería indemnizar el “daño al interés negativo”, o bien, que su resarcimiento se sustente en la aplicación del principio de la

⁴¹ Aramburu, Pedro. Responsabilidad por frustración de un contrato celebrado entre terceros. Responsabilidad de terceros cómplices en la inejecución de contratos. La Ley. Tomo 2002-A. Página 1312 y siguientes.

⁴² Aramburu, Pedro. Responsabilidad por frustración de un contrato celebrado entre terceros. Responsabilidad de terceros cómplices en la inejecución de contratos. La Ley. Tomo 2002-A. Página 1312 y siguientes.

“reparación integral”, respecto a cualquier daño probado y causalmente vinculado a la ruptura intempestiva o injustificada de las tratativas. Si bien -siguiendo esta doctrina-, son dos lecturas muy distintas, ambas son posibles de formular y sostener⁴³.

Es importante poner de resalto que el texto de la nueva Codificación unificada se ha apartado de lo que había previsto sobre el tratamiento de la extensión del daño resarcible, su antecedente inmediato anterior (el Proyecto de Unificación del año 1998), cuyo artículo 920 estipulaba que el incumplimiento al deber de frustrar injustificadamente las tratativas contractuales generaba responsabilidad por el “daño al interés negativo”, fijando así el alcance del resarcimiento⁴⁴.

El significado del “daño al interés negativo” es el de aquel sufrido por una de las partes por haber confiado en la celebración de un contrato que se había frustrado, en cuyo caso debería dejarse al precontractante dañado en la misma situación en la que hubiera estado de no haber entablado las tratativas que condujeron al negocio frustrado. En otras palabras, dicho resarcimiento debía limitarse a los gastos reales efectuados con motivo del negocio, debiendo descartarse las ganancias que se habían dejado de obtener⁴⁵.

La cuestión a dilucidar consistiría en cómo reconciliar la falta de tratamiento de la determinación de la extensión del resarcimiento resultante de un evento atributivo de responsabilidad precontractual o ruptura o terminación anormal de las negociaciones celebradas como parte de la ejecución de una carta de intención, cristalizado en los artículos 990 y 991 de la nueva Codificación, frente a la consagración del principio de la reparación plena⁴⁶.

Dentro del Código Civil y Comercial de la Nación, los rubros resarcibles reconocidos son 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 chance⁴⁷. Esta última será indemnizable en la medida en que la contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador⁴⁸.

La jurisprudencia mercantil de la Capital Federal había admitido, como excepción, el resarcimiento de la “pérdida de chance” en un litigio en el que se había juzgado la ejecutabilidad de los compromisos originados por una carta de intención, con antelación a la vigencia de la nueva Codificación⁴⁹.

En dicho pleito, la actora había iniciado una acción de daños y perjuicios contra el titular de una marca con el cual había celebrado tratativas preliminares para la concreción de un posterior contrato de licencia de marca, el cual se viera frustrado por la imposibilidad de su utilización.

Ahora bien, al amparo de la vigencia del nuevo Código, la doctrina ha señalado que, si bien el nuevo Código unificado no ha incorporado la limitación en el “daño al interés

⁴³ Di Chiazza, Ivan G. Tratativas previas y responsabilidad precontractual en el proyecto de Código. La Ley, de fecha 9/5/2013. Página 4.

⁴⁴ Lorenzini, Juan Pablo. Incumplimiento contractual y precontractual a la luz del Proyecto de Código Europeo de los contratos y los Principios Unidroit. El Derecho. Tomo 213-624.

⁴⁵ Gregorini Clusellas, Eduardo. La responsabilidad precontractual y su reconocimiento. La Ley. Tomo 2010-D. Página 655.

⁴⁶ Artículo 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁷ Artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁸ Artículo 1739 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁹ Benettar S.A. c/ Benetton SPA”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala C. Dictado en fecha 11/12/2003. Publicado en el diario La Ley de fecha 24/1/2003. Cita Online AR/JUR/3311/2001. La *ratio* de tal decisorio, se sustentó en el siguiente fundamento: “...Por lo demás, en el plano conceptual, lejos de ser términos incompatibles, la pérdida de chance asume en el caso el perfil de un lucro cesante que se presentaba propiamente como una simple posibilidad de obtención de utilidades futuras -no pérdida cierta- cuya frustración debía repararse dentro del marco de la responsabilidad precontractual...”.

negativo”, podría interpretarse que su intención no ha sido la de establecer a priori tal limitación, debiendo pues procurarse la reparación plena del damnificado de toda lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (artículo 1737 del CCyC), con un criterio indemnizatorio amplio (artículo 1738 del CCyC). Ahora bien, siguiendo este razonamiento de “última generación”, debería evaluarse la relación de causalidad, la que limitará dicho resarcimiento, para que resulte adecuado y razonable, debiendo acreditarse –a los fines de su fijación- la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la conducta desplegada por el agente que violó el deber de sujeción a la buena fe, y los perjuicios generados a quien había padecido los efectos de tal violación, de acuerdo a los artículos 1726 y 1727 del CCyC. Se resarcirán los daños que resulten consecuencia inmediata y mediata previsible de la conducta lesiva⁵⁰.

Es dable notar que la nueva Codificación ha unificado las consecuencias de los antiguos regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, imperantes durante la “codificación dual”, con excepción de lo actualmente estatuido por el artículo 1728 del CCyC.

En tal sentido, podría sostenerse que tal criterio de limitación en la extensión del resarcimiento, a los fines de adecuar la aplicación del imperante principio de la reparación integral, había sido expuesto en forma pretoriana por la Jurisprudencia mercantil de la Capital Federal, con antelación al *imperium* del nuevo Código, al señalar que cuando una negociación ha avanzado lo suficiente como para despertar en la otra parte una legítima expectativa acerca de su culminación, si rompe la negociación intempestivamente y sin motivo justificado, impidiendo el perfeccionamiento del contrato (en vías de formación), incurriría en un supuesto de *culpa in contrahendo* o precontractual, debiendo responder por los daños causados. Es así como según la *ratio* de dicho precedente, la parte que incurrió en *culpa in contrahendo* debía indemnizar el “interés negativo”, el cual englobaba el reintegro de los gastos efectuados por el damnificado y el resarcimiento de las probables ganancias no realizadas en alguna otra operación que hubiera sido dejada de lado para encarar el contrato frustrado, es decir que se resarcía únicamente el daño sufrido en el proceso de la formación del contrato, teniendo en cuenta, adicionalmente, que el daño en materia precontractual debía ser probado por el damnificado, como así también debía acreditar la existencia de un hecho antijurídico imputable al accionado, y el consiguiente nexo causal con el daño⁵¹.

A los fines de dilucidar cualquier escenario de conflictividad que pudiera suscitarse tanto ex ante (durante la evolución de tratativas o negociaciones precontractuales que deriven en un abandono o ruptura), como ex post otorgamiento de una carta de intención, en cuyo caso podría analizarse como causa fuente o eficiente de una reparación civil a favor del damnificado, dentro de la nueva Codificación se le han asignado al contenido de las negociaciones preliminares⁵² (lo cual en nuestro entender comprendería a los términos convenidos en una carta de intención), como la conducta de las partes⁵³, como fuente de interpretación contractual, en los casos en que el significado de las palabras analizados contextualmente, no fueran suficiente.

En definitiva, esta nueva normativa reafirma la importancia que exhibe la conducta desplegada por las partes durante la etapa preliminar de una transacción, y de manera

⁵⁰ Caramelo, Gustavo. La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos. Febrero 2015. La Ley. Página 63 y siguientes.

⁵¹ CNCOM. Sala C. “Ejberowicz, Fernando Ariel y otro c/ Grupo Suar SRL”. Dictado en fecha 4/12/2012.

⁵² Artículo 1065, inciso a), del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵³ Artículo 1065, inciso b), del Código Civil y Comercial de la Nación.

concomitante, la documentación que a tales fines hubieran negociado y ejecutado, como podría ser el caso de una carta de intención.

La regla de interpretación basada en la “conducta de las partes”, tiene su origen en lo que disponía el artículo 218, inciso 4, del derogado Código de Comercio, y cuya relevancia había sido reconocida por la jurisprudencia Comercial de la Capital Federal.

En su decisorio, dicho tribunal evaluó como decisivo para responsabilizar a la demandada por los daños y perjuicios causados por haber frustrado la celebración de un contrato de licencia de marca, por la imposibilidad de su utilización, la particular relevancia que habían revestido los sucesivos hechos que había exteriorizado durante el iter de las tratativas que había conducido.

La sentencia aseveró que luego de la firma de un contrato preparatorio entre dichas partes, la demandada realizó una serie de actos que habían evidenciado su firme intención de llevar adelante el negocio para concretar la operación, entre los que se destacaron, la entrega a la actora de un manual para el uso de la marca, muestra de materiales, un manual para el montaje del local, y el envío -por sus abogados- de un proyecto de contrato de licencia de marca, entre otros.

Dichos actos habían –según la Sala C- tenido la eficacia de constituir la mejor explicación de la intención de las partes para mantener la voluntad de concluir el contrato, y desde la óptica de la buena fe, era evidente que entendían que se hallaban materializando actos de ejecución de aquel acuerdo, actuando con “cuidado y previsión”⁵⁴.

VI. La Carta de intención frente a otros formatos precontractuales regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación. Los “acuerdos parciales” y los “contratos preliminares”.

Es importante notar que la dinámica de las tratativas preliminares podrían reflejar la formación progresiva del consentimiento contractual, y dicho proceso verse cristalizado a través de la confección de distintos formatos de documentación que normalmente no revisten una naturaleza jurídicamente vinculante.

La doctrina ha reconocido hitos negociables hacia la conclusión del contrato, en el proceso progresivo de la formación del consentimiento, mediante la emisión de notas, intercambios de correos electrónicos u otros medios, así como mediante la elaboración de documentos, como las cartas de presentación, minutas, borradores, memorandums de entendimiento u otros que no exhiben la jerarquía de los contratos preliminares o precontratos⁵⁵.

Dado que es propio de las tratativas precontractuales que se exterioricen a través de la redacción de documentos que van marcando los avances de la negociación, hubiera sido adecuado que la nueva Codificación unificada reconozca sus efectos, como parte del contenido de su artículo 993, en cuyo alcance parecería haber hecho referencia y englobar a todos los precitados instrumentos (minutas, memorandums de entendimiento; cartas de intención). En tal sentido, se han caracterizado a dichos acuerdos provisorios para la negociación de un contrato, como una documentación para una finalidad probatoria de las tratativas, con relevancia en el supuesto que se frustraren

⁵⁴ Benettar S.A. c/ Benetton SPA”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala C. Dictado en fecha 11/12/2003. Publicado en el diario La Ley de fecha 24/1/2003. Cita Online AR/JUR/3311/2001

⁵⁵ Rovira, Alfredo L. Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código. La Ley. De fecha 28/5/2015. Página 3.

súbita o improcedentemente. El nuevo Código no ha definido a tales instrumentos, aunque parecería que su esencia es la “provisoriedad”⁵⁶.

En forma concomitante, otra postura doctrinaria había señalado –con antelación a la sanción de la nueva Codificación- que el consentimiento puede avanzar paso a paso, logrando un entendimiento sobre cuestiones puntuales del acuerdo general. Esta progresividad en la formación del consenso suscita básicamente dos órdenes de cuestiones. Por un lado, la calificación del producido de tales acuerdos parciales, y por el otro, la determinación del momento a partir del cual existe el contrato, cuestionándose si debía mediar un acuerdo total sobre todos los puntos del contrato en miras, aún cuando solamente restasen convenir cuestiones secundarias⁵⁷.

La doctrina extranjera ha puntualizado que no puede confundirse la naturaleza de una carta de intención, frente a otras figuras como la promesa, la opción o la oferta, ya que en estos actos o negocios jurídicos se encuentran definidos los elementos esenciales del contrato futuro, y en los dos primeros se ha asumido la obligación de celebrar el contrato, en tanto que en el segundo, el oferente ha indicado su intención de quedar obligado con la aceptación. Mientras que en la carta de intención no se han cristalizado los elementos esenciales del negocio futuro, ya que se busca delimitarlos en la negociación, ni tampoco se ha asumido una obligación de concluir el contrato a posteriori⁵⁸.

La carta de intención se diferencia del acuerdo parcial (artículo 982 del CCyC), ya que este último permite tener por concluido el contrato, a pesar que sus partes hubieran expresado su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares del contrato para que se tenga por concluido. La norma otorga al acuerdo parcial el carácter de contrato definitivo y no meramente le confiere un valor vinculante. Las lagunas que pudieran existir serán integradas con las normas indisponibles, las supletorias y los usos y prácticas del lugar de celebración (artículo 964 del CCyC)⁵⁹.

Mientras que el contrato preliminar se caracteriza porque obliga a celebrar un contrato definitivo. A tales efectos debe contener los elementos esenciales particulares del contrato definitivo, como lo establece el artículo 994 del CCyC. Posee la particularidad que debe tener un plazo de vigencia de un año o menos, pudiendo ser renovable⁶⁰.

Metodológicamente, el Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado, además de los contratos preliminares, a la promesa de celebrar un contrato⁶¹, al contrato de opción⁶², que no es transmisible a un tercero, salvo pacto en contrario, y al pacto de

⁵⁶ Rovira, Alfredo L. *Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código*. La Ley. De fecha 28/5/2015. Página 3.

⁵⁷ Santarelli, Fulvio Germán. *La formación del consentimiento contractual: la oferta y aceptación*. La Ley. RCyS. 2010-V. Página 89 y siguientes.

⁵⁸ Díaz Huertas, Alejandro Andrés. *La carta de intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorandum of understanding)*. Su aplicación en el Derecho Colombiano.

⁵⁹ Borda, Alejandro. *Los acuerdos parciales en el Código Civil y Comercial*. La Ley. RCCyC. Julio 2015. Página 173 y siguientes.

⁶⁰ Rivera, Julio César-Medina, Graciela. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Primera edición. Buenos Aires. La Ley. 2014. Tomo III. Sección 3. *Tratativas Contractuales*. Capítulo de autoría de Rivera, Julio César. Página 479. Siguiendo a este autor, el contrato preliminar se distingue del contrato preparatorio, en que este último no obliga a celebrar ningún contrato futuro, ya que su objeto es reglamentar los vínculos jurídicos de las partes, abarcando los casos de los denominados acuerdos marco en virtud de los cuales los futuros contratos que celebren las partes (de efectivamente existir) se ajustarán a las previsiones del precitado acuerdo marco.

⁶¹ Artículo 995 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶² Artículo 996 del Código Civil y Comercial de la Nación.

preferencia⁶³, fijándole a este último un plazo de duración de cinco años para cosas inmuebles, y el de dos años, para cosas muebles.

VII. Conclusiones:

-Si bien la carta de intención ha recibido una regulación expresa bajo la nueva Codificación unificada, como formato precontractual –en esencia no vinculante-, y con un tratamiento metodológicamente separado, y con efectos distintos a otras categorías de documentación también contempladas por aquel (por ejemplo, los acuerdos parciales y contratos preliminares), su estructuración deberá ser interpretada de manera interactiva con el régimen imperante tanto en materia de la formación del consentimiento, como en lo inherente a la responsabilidad civil, en el supuesto que la ruptura de las negociaciones llevadas a cabo bajo su ámbito, o un incumplimiento a sus previsiones, según el caso, reúnan los presupuestos para su tipificación como un evento atributivo de responsabilidad precontractual;

-La esencia no vinculante de la carta de intención se desprende de su propia definición, en lo que se refiere a conferirle –como excepcionalidad- exigibilidad en su cumplimiento, en el supuesto de que reúna los requisitos de una oferta (artículos 972 y 993 del CCyC), y además, realizando una interpretación integral con la categorización de los acuerdos parciales (artículo 982 del CCyC), al haber previsto sobre estos últimos que, en los casos de duda, el contrato se tendrá por no concluido;

-Entendemos que la conceptualización conferida a este instituto por la nueva Codificación, que había sido objeto de una valiosa construcción a nivel doctrinario como jurisprudencial con antelación a su vigencia, ha sido amplia y flexible, ya que no solamente abarcaría su utilización con miras a la conclusión de un contrato, sino que también englobaría en su extensión a aquellos documentos que en el devenir de las tratativas precontractuales sus partes podrían emitir, para reflejar los avances alcanzados, como una expresión de la formación progresiva del consentimiento, como los casos de las minutas y borradores, contemplados en su artículo 982, los que se destacan esencialmente por su provisoriedad, y por su función meramente probatoria;

-Si bien reafirmamos su esencia no vinculante, su celebración y ejecución crea para sus partes, el cumplimiento de una serie de obligaciones impuestas por la nueva Codificación, como son -no taxativamente-, las siguientes: la obligación de negociar en sí misma, al amparo del principio de la buena fe, y de una serie de deberes secundarios de conducta (la colaboración; la protección de la confianza y lealtad recíproca; la inadmisibilidad de una conducta autocontradictoria; y, el deber de proveer información relevante); una función preventiva en materia de responsabilidad civil, materializada a través de evitar la causación de un daño en forma injustificada (artículo 1710, inciso a) del CCyC); como adoptar de buena fe, conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud (artículo 1710, inciso b), del CCyC); el deber de observar la confidencialidad en la información intercambiada, inclusive con antelación a su celebración, ya sea que tal protección tenga fuente unilateral o convencional (artículo 992 del CCyC), según el caso; y, el no abandono o terminación anormal de las tratativas amparadas por una carta de intención, en aquellos eventos en que hubiera sido realizado en forma abusiva (artículos 10; 991;

⁶³ Artículos 997, 998, 1165, 1167 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

1716; 1717, 1749 y concordantes del CCyC), o bien, que tal ruptura hubiera conducido a frustrar de manera no justificada la razonable expectativa o creencia sobre la parte que hubiera obrado de buena fe, en la conclusión del contrato definitivo;

-La celebración de una carta de intención no exime a sus partes a enfrentar una serie de escenarios de conflictividad, teniendo en cuenta que su contenido, en lo atinente a determinar si han celebrado un “contrato” válido y exigible, en combinación con la conducta asumida por aquellas –como fuente de interpretación contractual (artículo 1065, incisos a) y b))-, según el caso, podría quedar sujeta a dilucidación por el tribunal judicial o arbitral competente;

-En atención a lo indicado en el párrafo anterior, la doctrina ha señalado que la formación del consentimiento no solamente es factible alcanzarla con la recepción de una oferta, sino además por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo (artículo 971 del CCyC)⁶⁴;

-En definitiva, el contenido del documento dirá si estamos ante una oferta, si está dirigida a persona determinada o determinable, con intención de obligarse y con las precisiones necesarias para que, si fuera aceptada, produzca los efectos vinculantes propios del contrato⁶⁵;

-El reconocimiento de una cláusula de “irresponsabilidad” o con un lenguaje no vinculante, como parte de su estructura de contenidos, cuya validez había sido reconocida por la jurisprudencia mercantil con antelación a la vigencia de la nueva Codificación, y siendo además utilizada –en forma estandarizada- en la práctica del *Common Law* (en los escenarios identificados como “*change of mind*” y “*deal dumping*”, según el caso), debería ser reexaminado, ya que su operatividad podría ser violatoria al principio de la buena fe, o su ejercicio podría exteriorizar un ejercicio abusivo de la “libertad de contratar” (artículo 10 del CCyC), sin dejar de mencionar la limitación sustantiva a su alcance, impuesta por su artículo 1743⁶⁶; y,

-Finalmente, y dada la trascendencia que ha asumido la regulación de este instituto en nuestro nuevo Derecho Contractual, hemos recientemente escrito un libro que dedica parte de su estructura de contenidos a su abordaje, el cual además se destaca por su “*internacionalización*”, ya que realiza un análisis del Derecho Comparado sobre esta figura, y en especial su tratamiento por el *Common Law*⁶⁷.

⁶⁴ Stiglitz, Rubén. Formación del consentimiento. La Ley. Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Febrero 2015. Página 33 y siguientes.

⁶⁵ Rovira, Alfredo L. Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código. La Ley. De fecha 28/5/2015. Página 3.

⁶⁶ El artículo 1743 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

⁶⁷ Papa, Rodolfo G. “Tratativas Precontractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su impacto en la estructuración de una transferencia del control accionario”. Primera edición. 2016. Erreius. Capítulos II y V.