

Acuerdo de Confidencialidad. Negociaciones avanzadas y
responsabilidad contractual: el caso *Siemens*



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Acuerdo de Confidencialidad. Negociaciones avanzadas y responsabilidad contractual: el caso *Siemens*

Iván G. Di Chiazza
Pablo A. Van Thienen

I. Introducción.

a. Los aportes de “Mancinelli c. Siemens”

El tema de la responsabilidad precontractual no es novedoso en nuestro Derecho. El análisis jurisprudencial, sistemático y continuado, ronda aproximadamente las tres décadas¹; no obstante, en modo alguno puede suponerse que se hayan agotado sus planteos y disquisiciones. Por el contrario, se trata de un tema con periódicos avances y profundizaciones que van definiendo el contorno de la figura.

El fallo anotado, “*Mancinelli, Juan Carlos c. Siemens it Solutions And Services S.A.*” de la Sala F de la Cámara Comercial, pone el acento en una serie de datos fundamentales de la teoría de la responsabilidad precontractual y concreta, así, un relevante aporte a su desarrollo jurisprudencial.

El primero de esos datos es la calificación de <<*avanzadas*>> que deberían revestir las tratativas preliminares cuya ruptura intempestiva es susceptible de generar responsabilidad precontractual.

El segundo y tercer dato se encuentran estrechamente ligados al primero. Se trata de la necesidad de que quien alega la responsabilidad precontractual acredite que se han <<*frustrado sus expectativas ciertas*>> de celebrar el contrato tenido en miras en la etapa precontractual y que ello es consecuencia de una <<*conducta imputable*>> a quien se le atribuye aquella responsabilidad.

Estos elementos son de suma importancia ya que permiten clarificar los límites de esta especial responsabilidad civil.

b. Necesidad de clarificar algunos límites

La teoría de la responsabilidad precontractual es ajena a nuestro sistema legal. No está contemplada en sus normas. Pero no se encuentra ausente en nuestro Derecho, como ya se ha mencionado, gracias al reconocimiento jurisprudencial y con el respaldo doctrinario mediante.

En el proceso de evolución jurisprudencial la teoría en cuestión va sufriendo ajustes y retoques; vale decir, se enmarca. Esta delimitación es de enorme relevancia porque sin ella se corre el riesgo de perder de vista los límites de la figura y consecuentemente, de generar preconceptos equivocados acerca del verdadero alcance y sentido de la responsabilidad precontractual.

Sin esa necesaria delimitación, la responsabilidad precontractual se desbordaría, flexibilizando sus presupuestos, al punto de pretender sustentarse en un factor de atribución objetivo ajeno a la culpa que le pueda caber a quien interrumpe las negociaciones de manera injustificada y arbitraria². E incluso, dicho

¹ Existe un precedente próximo a cumplir 60 años, vid.: CNCom., sala B, 16/09/1953, “*Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina S.A.*”, LA LEY 75, 239 - LA LEY, 2002, 37 - LA LEY, 2002, 66 - La Ley Online: AR/JUR/6/1953.

² Vid. Barbier, Eduardo, “*Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual*”, LA LEY 1993-D, 1081 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 955 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 495; Cifuentes, Santos, “*La responsabilidad precontractual y la extensión de su resarcimiento*”, LA LEY 2000-A, 382-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1013.

desborde ha llegado al extremo de hacer calificar a la responsabilidad precontractual como contractual³, borrando así cualquier demarcación entre el contrato y las tratativas previas.

Tal desborde, además de no resultar jurídicamente ajustado al concepto estricto de responsabilidad precontractual, supondría un obvio incremento de los costes de transacción en la etapa previa al contrato (contractualización de las tratativas preliminares a través de la instrumentación de su proceso -*vgl.* cartas de intención, liberación de responsabilidades por ruptura, acuerdos de confidencialidad, exigencia de garantías adicionales, etc.-); cuando no, la generalización de una actitud reticente, ambigua e incluso parca de quienes ingresan en un proceso de negociación previa, por temor a resultar pasibles de la misma responsabilidad que corresponde en la hipótesis del perfeccionado del contrato.

La jurisprudencia ha sabido evitar esos desbordes manteniendo una visión más ortodoxa de la figura. El fallo anotado, en línea con sus precedentes en la materia, presenta como principal mérito el haber destacado algunos elementos que hacen, precisamente, a aquella delimitación conceptual tan ineludible. Ratifica los criterios jurisprudenciales y aporta conceptos para su análisis.

II. El caso

a. Hechos

El actor alegó ser el creador de un sistema de atención médica vía telefónica y que debido a problemas financieros en su implementación acordó con la demandada trabajar en conjunto en el proyecto y por tal razón le confió toda la información relativa al mismo. Agregó también que firmaron un convenio de confidencialidad y que debían suscribir en el futuro un contrato asociativo.

Agregó que luego de haber ofrecido el sistema a terceros durante un año entero, sorpresivamente la demandada le comunicó que el mismo no era de su interés.

b. La primera instancia

La sentencia del Juez a quo consideró, básicamente, que el acuerdo de confidencialidad no era un proyecto de contrato sino que sólo reveló la existencia de tratativas del negocio y que no existieron elementos que permitan imputarle a la demandada responsabilidad precontractual.

c. El fallo de la Cámara

La Cámara confirmó la sentencia.

A tal efecto consideró que no se incorporó a la causa ningún elemento de juicio suficiente del que pueda desprenderse que las partes estaban en una etapa previa a la firma del contrato o que se encontraban con un grado de avance significativo en las negociaciones precontractuales, menos aún, que acreditase que con motivo de una conducta imputable a la accionada se frustraron las expectativas ciertas de celebrar el contrato.

Se sostuvo que “...de la documentación acompañada se advierte que existió cierta negociación entre las partes, aunque careció de la virtualidad suficiente para asumir la característica de vínculo precontractual. Y aún cuando, por vía de hipótesis, se asignase a tales comunicaciones el carácter de tratativas previas al contrato, lo cierto es que no se demostró la configuración de una conducta disvaliosa por parte de la demandada que autorice la imputación de responsabilidad pretendida por el demandante”.

También resolvió el Tribunal que no corresponde asignarle al acuerdo de confidencialidad el carácter de precontrato ya que en dicho instrumento las partes acordaron lo relativo al intercambio de información pero del mismo no se infiere la existencia de un compromiso para concretar un contrato.

III. Tratativas preliminares

a. El Código Civil y la retractación de la oferta

³ Vid. Bodini, Constanza, “Responsabilidad precontractual a la luz del derecho argentino”, ED, del 13/01/2011, nro 12.669.

Conforme nuestro ordenamiento civil, el período precontractual comienza con la oferta (art. 1148 CCiv.) ya que ninguna norma refiere a la etapa anterior a aquella. Más aún, se ha previsto la facultad de retractar la oferta, como regla general, antes de que la misma haya sido aceptada (art. 1150 CCiv.).

Ante este marco podría presumirse que cualquier negociador cuenta con la facultad de retirar una oferta de manera arbitraria y, consiguientemente, sin que ello le acarree responsabilidad alguna. Si esto fuera así, con más razón incluso, podría también retirarse de la etapa de tratativas previas a un contrato cuando aún no se ha ofertado.

Sin embargo, tal presunción no es correcta. Aún cuando las normas del Código Civil conceden la plena libertad en las negociaciones previas dotando al oferente del derecho a retractar su oferta mientras la misma no halla sido aceptada, ello no significa que tal derecho pueda ser ejercido de modo tal que ocasione perjuicios al otro negociador. Si así lo hiciera, el oferente deberá reparar las consecuencias dañosas generadas en el co-negociador.

El mismo postulado cabe, por cierto, para el caso de la retractación de la negociación cuando aún no se ha ofertado. Es decir, para la interrupción de las tratativas preliminares al contrato.

La razón es bastante sencilla: el derecho a retractar la oferta, en cuanto derecho a <<no contratar>>, no debe ser ejercido de manera arbitraria. El derecho a <<no contratar>> (arts. 1137, 1197 CCiv.), manifestación de la libertad individual en la que se inspiró y sustentó nuestro codificador, no es absoluto. Al igual que cualquier otro derecho debe ser ejercido de manera coherente al resto del entramado jurídico, sin violentar sus principios rectores (*vgr.* abuso del derecho -art. 1071 CCiv.-), sin que su ejercicio oculte obligaciones paralelas insoslayables (*vgr.* el deber general de reparar los daños -art. 1109-) y sin que violenta la confianza y la buena fe (-art.1198 CCiv.-).⁴

Veamos, seguidamente, las consecuencias del ejercicio abusivo del referido derecho a <<no contratar>>: la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las tratativas preliminares.

b. Responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las tratativas

Ha dicho la jurisprudencia que “...la responsabilidad precontractual se extiende a cualquier caso de brusca ruptura de los preliminares, aun cuando éstos no se hubiesen concretado todavía en oferta definitiva”.⁵

En realidad no se trata de cualquier brusca ruptura. Sino aquella que no resulte justificada o causada y, por supuesto, en tanto y en cuanto ocasione un daño. De lo contrario, no hay responsabilidad precontractual alguna. Luego retomaremos el punto al analizar los presupuestos de esta especial manifestación de la responsabilidad civil.

b.1. ¿Cuál es su fundamento jurídico?

El tema del fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las tratativas previas, presenta algunas variantes. Para algunos precedentes es la buena fe, en cuanto diligencia que las partes deben observar incluso en las relaciones anteriores al perfeccionamiento del contrato⁶. Para otros se trata del abuso del derecho a no contratar⁷. Hay fallos que se han sustentado en el

⁴ “En principio, resulta claro que cualquiera de las partes puede retirarse libremente de las negociaciones preparatorias de un contrato sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo, en la medida que haya encarado las negociaciones de buena fe. La relación que se entabla entre las partes en el período de tratos o conversaciones previas no comporta la obligación de contratar; los negociadores conservan el poder o facultad de retirarse hasta el momento de la conclusión del contrato. En otras palabras, si bien debe reconocerse el derecho a retirarse de las negociaciones previas, este derecho no puede ser ejercido abusivamente. (art. 1071 Cód. Civil)”, Tribunal Arbitral, ad hoc, 28/11/2002, “B. A. N.A. c. T. S.A.”, LA LEY 2005-A, 482 - La Ley Online: AR/JUR/6837/2002.

⁵ CNCiv., sala F, 02/03/2000, “Serra, Fernando H. y otro c. Piero S. A. I. y C.”, LA LEY 2000-E, 373 - RCyS 2000, 754 - DJ 2000-3, 267 - ED 191, 559.

⁶ “La responsabilidad o culpa in contrahendo es consecuencia de la violación de la diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino también en el curso de las relaciones anteriores al mismo”. CNCiv., sala E, 16/09/1982, “Sánchez Sorondo, Matías G. c. Pereyra Iraola, Diego M. F.”, LA LEY

deber general de no dañar⁸. Incluso, existen precedentes que han vinculado, de manera algo confusa, esos tres fundamentos.⁹

Todos estos criterios jurisprudenciales son el reflejo de lo que, en su momento, ha dicho la doctrina europea sobre el tema.

Desde luego, el fundamento jurídico se encuentra asociado a la naturaleza, contractual o extracontractual, asignada a la responsabilidad precontractual y con ello, a las consecuencias prácticas que se derivan de calificarla de una u otra manera, en particular, las reglas relativas al factor de atribución de responsabilidad y, por ende, a la prueba¹⁰. No obstante, si bien la jurisprudencia, como hemos citado, fluctúa entre aquellos distintos fundamentos o los acumula, lo cierto es que absolutamente todos los precedentes modernos de nuestro país¹¹ recalcan en el régimen de la responsabilidad extracontractual al momento de tener que aplicarle reglas a la etapa precontractual.¹²

1983-A, 127 - La Ley Online: AR/JUR/1869/1982.

⁷ Se ha dicho, por ejemplo, que la ruptura intempestiva de las negociaciones previas importa un “...comportamiento un abuso de la libertad de no contratar, que es una especie del género abuso del derecho (art. 1071, CCiv.)”. CNCCom., sala A, 12/04/2007, “Coy, Julio R. y otros c. Coopers & Lybrand Harteneck L. y Cía. y otra”, Abeledo Perrot Online, Lexis N° 35011258.

Con el mismo criterio: CNCCom., sala C, 30/04/2010, “Gómez, María de los Angeles c. Cordis S.A. y otro”, La Ley Online: AR/JUR/21725/2010.

“El fundamento de la responsabilidad en el período de las tratativas o “pourparlers” radica en un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar, especie del género abuso del derecho”, CNCiv., sala E, 16/09/1982, “Sánchez Sorondo, Matías G. c. Pereyra Iraola, Diego”, LA LEY 1983-A, 127 - La Ley Online: AR/JUR/1869/1982.

⁸ “En nuestro derecho se asigna a la norma del art. 1109, Ap. 1° del Código Civil que dispone: todo el que ejecute un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. el rol de sustento teórico de tal responsabilidad precontractual”. CNCCom., Sala B, 03/04/1998, “Wasko, Pedro c. Club Gimnasia y Esgrima”, Microjuris: MJ-JU-E-9948-AR - ED, 180-278.

“Si bien la responsabilidad precontractual carece de específica base legal, debe estarse a los principios generales previstos por el art. 1109 y conscs. del Cód. Civil”. CNCiv., sala K, 06/11/2001, “Masmut Paz, Suiza G. y otro c. Sindicato de Trabajadores de Correos y Telecomunicaciones”, LA LEY 2001-F, 737 - DJ 2001-3, 1103.

⁹ Al respecto se sostuvo que “...tal responsabilidad carece de específica base legal. No obstante, la doctrina la refiere a los principios generales previstos por el art. 1109 CCiv. en los casos en que no se llega a la perfección del convenio por haberse retirado de las tratativas alguno de los negociadores y el otro ha sufrido un perjuicio con motivo de la ruptura. Habría culpa en los términos del art. 512 CCiv. ante las directivas que se desprenden de la buena fe creencia en la concertación de los tratos (art. 1198 CCiv.) y se encuadraría el caso en el abuso del derecho de no contratar”. CNCiv., Sala F, 02/07/1982, “Winograd, Marcos y otro c. Erenfryd, Aarón”, JA 1984-I-557 - Abeledo Perrot Online, Lexis N° 70030162.

¹⁰ Debe destacarse que esta discusión no es solo teórica, puesto que la misma, y por ende la solución que se escoja, tendrá incidencia práctica. Esta puede ser advertida fácilmente al pensar en las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, entre otras, en lo relacionado con la presunción de culpa que pesará sobre el deudor en caso de las obligaciones derivadas del contrato, mientras que tratándose de responsabilidad extracontractual, la regla general informa que la culpa deberá ser probada por el que pretende la indemnización del daño.

¹¹ Se puede citar tan solo a aquel *leading case* en la materia del año '53, “Litvak c. Olivetti”, como precedente que se ha sustentado en las enseñanzas de Ihering quien parte de la idea de que existe entre las partes un preacuerdo tácito al cual se sujetarían. Y es el quebrantamiento de tal acuerdo lo que acarrearía la responsabilidad. Al respecto señaló dicho fallo que “...hubo una ruptura previa a cualquiera de estas soluciones, lo que importa la violación del tácito acuerdo precontractual...”. CNCCom., sala B, 16/09/1953, “Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina S.A.”, LA LEY 75, 239 - LA LEY, 2002, 37 - LA LEY, 2002, 66 - La Ley Online: AR/JUR/6/1953.

¹² “...tratándose de responsabilidad precontractual la misma está emplazada en la esfera aquiliana”. CNCiv., sala D, 25/02/1986, “Serra, Ramón A. c. Grondona de Viescas, Felisa”, LA LEY 1986-D, 71.

Cualquiera sea el fundamento escogido, toda la jurisprudencia sobre el tema aplica las reglas de la responsabilidad aquilina¹³. Esta es la realidad jurisprudencial, no tiene ningún objeto práctico seguir discutiendo el asunto; máxime, si dicho encuadre es una respuesta absolutamente razonable y obvia (frente a la alternativa inconsistente de aplicar las reglas de la responsabilidad contractual), por lo que no ofrece cuestionamientos serios.

c. El carácter de <<avanzadas>> de las tratativas

Como ya hemos visto, la responsabilidad precontractual supone la brusca ruptura de las tratativas preliminares. En tal sentido se ha dicho que si “...una de las partes se retira abruptamente de las tratativas o deja de cumplir la obligación asumida a su cargo, o desaparece del escenario contractual sin razón valedera que justifique su actuar, debe resarcir los daños causados al co-contratante...”.¹⁴

Las tratativas previas, preliminares o precontractuales se extienden desde el inicio del *iter* precontractual hasta que el contrato se perfecciona o, en su caso, hasta que se produce la interrupción de aquellas.¹⁵

Desde luego, esa etapa será más o menos extensa conforme sean las características y complejidad del negocio respecto del cual las partes se pretendan involucrar. Expuesto de esta manera parecería que no hay mayores dificultades para interpretar y entender cuándo, concretamente, los negociadores se encuentran inmersos en un esquema de responsabilidad precontractual. Se podría suponer que cualquier contacto inicial entre las partes se inscribe en el *iter* precontractual cuya interrupción es susceptible de generar responsabilidad; más ello, no sería correcto.

c.1. ¿Cualquier tratativa preliminar o previa es susceptible de generar responsabilidad precontractual?

No existen estadios o momentos definidos durante la etapa de las tratativas preliminares. Esta circunstancia obliga a preguntarse si cualquier tratativa, en cuanto al grado de su desarrollo o avance, es susceptible de generar responsabilidad precontractual en caso de su ruptura intempestiva.

Si la responsabilidad precontractual supone la brusca ruptura de las tratativas preliminares se podría afirmar, entonces, que es irrelevante el grado de avance o desarrollo. Desde este enfoque, la interrupción intempestiva de las tratativas sería susceptible de generar responsabilidad precontractual, independientemente de que se esté en sus prolegómenos o en el tramo final.

Tal planteo no sería correcto. No basta con la existencia de tratativas preliminares y su interrupción abrupta e incausada. De lo contrario, cualquier negociador que acredite un daño podría alegar responsabilidad precontractual incluso si dichas tratativas son incipientes, al margen de su extensión temporal, en cuanto no han logrado trascender de un mero tanteo y conocimiento inicial.

De la misma manera se ha juzgado que la se trata de una “...responsabilidad derivada del principio general de que nadie puede dañar a otro (art. 1109 CCiv.). Es obvio que al no haber contrato esa responsabilidad es de fuente extracontractual...”. CNCom, Sala D, 16/11/2004 “*Olivera, Héctor c. ICI Argentina SAIC*”. SJA 1/6/2005.JA 2005-II-174.

¹³ Ciertamente que hay autores que defienden la tesis de la naturaleza contractual, pero no ha sido ese el criterio receptado por la jurisprudencia nacional la cual, de manera pacífica, se inclina por la postura de la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual o aquilina a la etapa precontractual. Incluso, en fallos que se han hecho eco de la tesis de la autonomía de la responsabilidad precontractual. Al respecto se sostuvo, por ejemplo, que “...existe un sistema de responsabilidad precontractual como categoría doctrinaria autónoma, dentro de nuestro derecho positivo, en el más amplio campo de la responsabilidad civil, en el que a falta de una legislación específica en la materia, corresponde remitir supletoriamente a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, que nace de la infracción del deber general de no ocasionar un daño a otro”. Trib. Resp. Extracont. N° 4 de Santa Fe, 19/05/1992, “*Bertoia, Mario R. J. c. Federico, Tomaso*”, LA LEY 1993-C, 95 - DJ 1993-2, 237.

¹⁴ CNCiv., sala K, 06/11/2001, “*Masmut Paz, Suiza G. y otro c. Sindicato de Trabajadores de Correos y Telecomunicaciones*”, LA LEY 2001-F, 737 - DJ 2001-3, 1103.

¹⁵ Alguna doctrina extranjera distingue dos conceptos: culpa *in contrahendo* y culpa precontractual. Esta última se ubicaría en el período previo a una oferta concreta, después de lo cual ya sería culpa *in contrahendo*. La jurisprudencia de nuestro país no ha receptado esta distinción y utiliza ambas expresiones como sinónimos.

Ello, además de ser ineficiente por el incremento de los costes transaccionales, es contrario al esquema contractual normativo -*vgl.* libertad contractual- y de principios -*vgl.* buena fe, abuso del derecho- en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, como ya señalamos, al <<*derecho a no contratar*>> se le contraponen la obligación paralela de <<*no dañar*>> y de desenvolverse con <<*buena fe*>> en las negociaciones previas, sin incurrir en <<*abuso*>> de aquella libertad. Si cualquier tratativa, en cualquier estadio de su desarrollo, fuera susceptible de generar responsabilidad precontractual, quedaría vedado o menoscabado el derecho a <<*no contratar*>>.

Este es uno de los límites necesarios de los que dábamos cuenta al inicio de esta nota.

La dificultad, ahora, es delimitar el momento (no en términos cronológicos, claro está) a partir del cual la ruptura de los preliminares se torna una conducta abusiva.

c.2. El carácter de <<*avanzadas*>> de las tratativas

Sostuvo la Sala F que en el caso resuelto no se había “...*incorporado ningún elemento de juicio suficiente del que pueda desprenderse que las partes se encontraban con un grado de avance significativo en las negociaciones precontractuales*”.

En otra oportunidad la jurisprudencia también expresó que la responsabilidad precontractual deriva de “...*la injusta frustración de tratativas contractuales avanzadas*”.¹⁶

De modo tal que el fallo aquí anotado de la Sala F, ratifica un concepto muy importante: no se trata de cualquier tratativa previa, sino de aquella que resulta <<*avanzada*>>.

Que la jurisprudencia aluda a tratativas avanzadas es muy importante porque permite clarificar la cuestión en torno a qué tratativas son susceptibles de generar responsabilidad precontractual. El problema, cuya respuesta la jurisprudencia no ha brindado de manera clara, es cuándo corresponde calificar de <<*avanzadas*>> a las tratativas previas. O, dicho más sencillamente, qué significa que una tratativa se encuentre <<*avanzada*>>.

¿Cómo identificarla?

Obviamente, dicha calificación no responde a una noción temporal de la negociación, aunque ese término nos haga pensar así. No tiene que ver con el mayor o menor lapso de tiempo transcurrido desde su inicio. Tampoco tiene que ver con la complejidad de la negociación en sí misma.

¿A qué refiere entonces? ¿Cuál es el grado de avance significativo? ¿Cuándo o bajo qué circunstancias puede calificarse a las tratativas como <<*avanzadas*>>?

Las respuestas a estos interrogantes, más allá de ser cuestiones de hecho que deberán juzgarse en cada caso concreto, se basan en un elemento objetivo: la <<*confianza*>> o <<*expectativa*>> generada en el perfeccionamiento del contrato.

Las tratativas serán <<*avanzadas*>> en la medida en que hubieren generado esa <<*confianza*>> o <<*expectativa*>> en el perfeccionamiento del contrato. Si no se configuró <<*confianza*>> o <<*expectativa*>>, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el inicio de tratativas, no hay tratativas preliminar susceptible de generar responsabilidad precontractual. No hay, sencillamente, tratativas <<*avanzadas*>>.

¹⁶ CNCom., sala E, 19/10/2006, “*Transportes Cadam S.A. c. Coca-Cola FEMSA. de Buenos Aires*”, SJA 18/4/2007 - JA 2007-II-139 - Abeledo Perrot Online: Lexis N° 35010341.

“*El abrupto cese de la relación precontractual cuando las tratativas se hallaban en un estado muy avanzado, resulta un proceder contrario a la exigencia de buena fe...*”.

Igual sentido *in re*: CNCom., sala B, 19/12/2007, “*Cott, Isabel c. Telecentro S.A.*”, Abeledo Perrot Online - Lexis N° 11/45467.

Así, el carácter de <<avanzadas>> nada tiene que ver con el mayor o menor tiempo transcurrido en las negociaciones preliminares, sino con lo que ellas han generado: <<confianza>> o <<expectativa>>. Veamos, seguidamente, de qué aluden.

d. La frustración de las expectativas ciertas de concretar el negocio

La noción de la legítima expectativa ha sido tratada por la jurisprudencia¹⁷. Se ha señalado al respecto que la responsabilidad precontractual supone un “...un comportamiento que defrauda la legítima expectativa de otra persona en orden a la conclusión del negocio, produciendo con ello un daño cierto”.¹⁸

El fallo aquí anotado pone el acento en la necesidad de acreditar que se han frustrado esa confianza o expectativa en el cierre del negocio o acuerdo. Ello es muy importante en el marco de la teoría de la responsabilidad precontractual ya que cuando se ha generado la confianza en concretar el negocio, se está ante las tratativas cuyo quiebre abrupto es susceptible de generar responsabilidad. No antes. Como ya señalamos, es la confianza o expectativa creada la hace que las tratativas califiquen como avanzadas.

Desde luego, dicha confianza no se reduce a una mera especulación o creencia del co-negociador sino que responde a actitudes y conductas concretas por parte de quien ha interrumpido el curso de las negociaciones. Por tal razón, quien alegue la responsabilidad no debe probar esa confianza o expectativa (lo cual, por cierto, sería harto dificultoso por tratarse de un dato subjetivo) sino más bien, las conductas del co-negociador que han inducido de manera cierta y clara a generarlas.¹⁹

En pocas palabras, la <<confianza>> o <<expectativa>> no es demostrable en sí misma. Sería absurdo pretender que quien alega la responsabilidad precontractual pruebe una subjetividad, más allá de ciertas exteriorizaciones de la misma (*vgr.* relatos a terceros, negociaciones paralelas vinculadas y condicionadas al contrato en tratativas, etc.). El co-negociador que alega la responsabilidad precontractual debe acreditar hechos o conductas de su contraparte susceptibles de generar esa confianza o expectativa y por supuesto, para su configuración se debe tomar elementos objetivos, es decir, valorables por sí mismos.

Mientras no se haya generado confianza cierta, razonable²⁰ y acreditable por medio de las conductas del co-negociador no hay lugar para la responsabilidad precontractual; sencillamente, porque no habrá abuso del derecho a no contratar ni se habrá afectado la buena fe de la otra parte.

La expectativa o confianza en el perfeccionamiento del contrato es el eje de la responsabilidad precontractual. Es el bien jurídico tutelado.

d.1. La confianza o expectativa en el negocio como bien jurídico tutelado

¹⁷ Cfr. CNCom., sala C, 11/12/2001, “Benettar S.A. c. Benetton S.P.A.”, LA LEY 24/01/2003, 1.

“...La ruptura intempestiva e injustificada de las tratativas encaminadas a la celebración de un contrato (...) es encuadrable dentro de la responsabilidad precontractual en tanto la demandante vio frustradas sus legítimas expectativas creadas.” CNCiv., sala F, 02/03/2000, “Serra, Fernando H. y otro c. Piero S. A. I. y C.”, LA LEY 2000-E, 373 - RCyS 2000, 754 - DJ 2000-3, 267 - ED 191, 559.

¹⁸ CNCom., sala A, 12/04/2007, “Coy, Julio R. y otros c. Coopers & Lybrand Harteneck L. y Cía. y otra”, Abeledo Perrot Online, Lexis N° 35011258.

¹⁹ Podrían asumirse el carácter de prueba de la confianza generada, por ejemplo, el tenor y cantidad de comunicaciones cursadas entre las partes, el carácter de reuniones mantenidas entre sí y con terceros, las gestiones realizadas ante organismos públicos, etc.

²⁰ Cfr. CNCom., sala E, 06/06/2007, “Pipan, Ariel F. c. General Motors de Argentina y otro”, Abeledo Perrot Online - Lexis N° 70040491.

La confianza es el bien jurídico tutelado. Se trata de las legítimas expectativas creadas en el negociador de la concreción del negocio. Esa confianza presenta como contrapartida una serie de obligaciones en la otra parte, básicamente, se trata de los deberes de informar y guardar secreto, de diligencia y previsión, de cooperación, de reserva y custodia.²¹

e. La conducta imputable. Factor subjetivo de atribución de responsabilidad

El fallo de la Sala F señaló que la frustración de la confianza o expectativa debía ser consecuencia de una <<conducta imputable>> a quien se le atribuye aquella responsabilidad.

Este planteo, que ratifica la línea que ya ha marcado la jurisprudencia al respecto, es relevante en el alcance y configuración de la responsabilidad precontractual. Sobre todo si se tiene en cuenta que alguna doctrina ha afirmado que “...la responsabilidad precontractual debe concebirse con prescindencia de la idea de culpa...”²² e incluso que “...la responsabilidad precontractual es independiente de toda idea de culpa extracontractual o contractual. Se trataría de una conducta antifuncional y abusiva en el ejercicio de la prerrogativa jurídica del derecho de no contratar”.²³

No compartimos estas últimas apreciaciones. Resultan contradictorias con la regla de la autonomía contractual y con el legítimo <<derecho a no contratar>>. Si, como ya hemos visto, el ejercicio de un derecho (en el caso, a no contratar) no genera, por sí solo, responsabilidad precontractual, se requiere de una calificación reprochable de la conducta de quien ejerce ese derecho²⁴. El criterio objetivo de atribución de responsabilidad precontractual pierde de vista la existencia del <<derecho a no contratar>> ya que, en tal caso, cualquier ruptura de las tratativas preliminares resultarían alcanzadas por la responsabilidad precontractual.

Quienes ingresan en un proceso de tratativas previas asumen el riesgo de que el contrato no se perfeccione. Ello es así, sencillamente, por que no existe, como regla general, una obligación mutua de contratar, sino todo lo contrario, el derecho a no hacerlo. El criterio objetivo antes mencionado haría, en la práctica, desaparecer el álea propia de aquél período de negociación; esto es, el riesgo de que las tratativas se

²¹ Al respecto se señala, como deberes específicos de la etapa precontractual: deber general de consideración y respeto a los intereses del otro negociador; deber de conservación y custodia; deber de información recíproco y deber general de reserva y confidencialidad. Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, LA LEY 1998-D, 1229 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 985.

²² Barbier, Eduardo, “Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual”, LA LEY 1993-D, 1081 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 955 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 495.

De igual manera: “En el caso de que uno de los sujetos se retire de las tratativas preliminares o *pourparlers* muy avanzados de modo intempestivo, abusivo y produciendo daños, cuando ya aparecía prácticamente concretado el nudo de las voluntades e hizo por esa actitud incurrir en gastos al otro sujeto, parece admisible también una responsabilidad de tipo objetiva fundada en el abuso del derecho”. Cifuentes, Santos, “La responsabilidad precontractual y la extensión de su resarcimiento”, LA LEY 2000-A, 382-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1013.

También se ha dicho que “...el factor de atribución adecuado es el objetivo, bastando entonces por parte de aquél la acreditación de la ruptura intempestiva o arbitraria de las negociaciones...”. Cuiñas Rodríguez, Manuel, “Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma”, LA LEY 1995-C, 859 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 967 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 507.

²³ Spota, Alberto G., “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 316.

²⁴ Se ha dicho, en crítica al criterio objetivo: “No nos convence demasiado el criterio objetivo: si alguien comienza tratativas y se aparta, habrá responsabilidad salvo que pruebe la existencia de una causa ajena. Esto parece excesivo en la medida en que hay muchos motivos por los cuales uno puede retirarse; una visión objetiva anularía el balance equilibrado entre las razones de la competencia y de la buena fe, que el derecho debe evaluar. Es necesario poder explicar las razones y admitir la prueba de la falta de culpa”. Lorenzetti, Ricardo L., “La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación”, LA LEY 1993-B, 712 -Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 927 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 469.

interrumpan. Cada parte asume esa álea. No deben hacerlo, en cambio, cuando el ejercicio del <<derecho a no contratar>> ha sido ilegítimo por implicar una ruptura abrupta, injustificada e intempestiva.

Al <<derecho a no contratar>> se le contraponen la obligación paralela de <<no dañar>> y de desenvolverse con <<buena fe>> en las negociaciones previas, sin incurrir en <<abuso>> de aquella libertad. Si la ruptura de una tratativa previa fuera susceptible de generar responsabilidad precontractual, sin consideración alguna a la imputación de la conducta de quien decide hacerlo, quedaría entonces bloqueado el derecho a <<no contratar>>, sería una mera ilusión.

En el ámbito precontractual se responderá en la medida que exista una conducta culposa -o dolosa, obviamente-²⁵ y tratándose de responsabilidad aquiliana, la carga de la prueba debe recaer sobre el perjudicado, quien debe demostrar la culpa (o dolo) del co-negociador en la ruptura de las tratativas. Al respecto sostuvo la jurisprudencia en alusión a la responsabilidad precontractual que “...no queda otra categoría para encasillarla que la de responsabilidad extracontractual, ergo, la carga de la prueba en el caso ha de recaer sobre el perjudicado, quien debe demostrar la culpa o dolo de la contraparte en la ruptura de las tratativas”.²⁶

Desde luego, la configuración de dicha culpabilidad asume caracteres y notas especiales en el marco de la responsabilidad precontractual. Se traduce en una suerte de falta de la debida diligencia, cuidado y previsión con los cuales debe desenvolverse quienes se encuentran en el período de las tratativas preliminares.

e.1. La culpa precontractual. Configuración

La pregunta central es cómo identificar y probar la culpa; vale decir, la falta de esa debida diligencia, cuidado y previsión. Sobre todo si tenemos presente la existencia del <<derecho a no contratar>>. El ejercicio de un derecho, por sí, no puede implicar la imputación de culpabilidad.

Como ya hemos visto, la ruptura de las negociaciones es, para quien se encuentra negociando, un derecho (derecho a no contratar y manifestación de la libertad o autonomía contractual). En consecuencia, no podría ser un hecho constitutivo de culpa en sí y por sí mismo²⁷. Tal es la principal razón, como ya señalamos, del rechazo del criterio objetivo de atribución de responsabilidad. No obstante, ese derecho no puede ser ejercido de manera abusiva en cuanto abrupta, injustificada e intempestiva porque resultaría afectada la legítima confianza o expectativa en el co-negociador.

Cuando esa ruptura abrupta, injustificada e intempestiva ocurre se plasma la culpa a la que nos venimos refiriendo; esto es, la conducta negligente del co-negociador que no ha tomado las medidas de rigor a fin de evitar los efectos de aquella interrupción de las tratativas.

La culpa en la responsabilidad precontractual se concreta en la omisión de las diligencias exigibles al co-negociador, es una conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. No existe propósito deliberado de frustrar las tratativas precontractuales (dolo), basta con que el responsable sujeto no ha tenido el cuidado de impedir los efectos de tal ruptura.

Por ello se ha dicho con precisión que “...la responsabilidad del que se retira nace del hecho de la

²⁵ La importancia práctica de tal distinción radica, vgr., en el régimen de la prueba pues: i) si se atiende a un supuesto de responsabilidad contractual ésta adquiere un matiz objetivo, y, por ende, la carga de la prueba vendría a recaer sobre el incumplidor demandado, ya que la ruptura de las tratativas presupondría la culpa; ii) en cambio, en la hipótesis de responsabilidad aquiliana la carga de la prueba finca en cabeza del perjudicado, quien debe demostrar la culpa o dolo de la otra parte. vid. Cifuentes, Santos, “La responsabilidad precontractual y la extensión de su resarcimiento”, LL, 2000-A-382.

²⁶ CNCom., sala A, 12/04/2007, “Coy, Julio R. y otros c. Coopers & Lybrand Harteneck L. y Cía. y otra”, Abeledo Perrot Online, Lexis N° 35011258.

²⁷ “...por regla, la ruptura de las tratativas precontractuales no genera responsabilidad alguna. Es que si se estableciese como regla el principio de responsabilidad las partes actuarían con tal cautela y circunspección que se obstaculizaría el tráfico negocial”. Leiva Fernández, Luis F. P., “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, LA LEY 1998-D, 1229 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 985.

ruptura injustificada o arbitraria de la negociación, después de haber creado en el otro la confianza en la lealtad de las tratativas".²⁸

Ello es así, sencillamente, ya que si bien el co-negociador cuenta con el <<derecho a no contratar>> la decisión de ejercerlo, una vez haber ingresado en tratativas preliminares, debe ajustarse a ciertos cánones de conducta; esto es, sin que dicho ejercicio violente la <<confianza o expectativa>> generada en su contraparte en la conclusión del acuerdo. En caso contrario, es decir, ante la hipótesis de una ruptura abrupta, intempestiva e injustificada se incurriría en <<abuso de esa libertad>> y con ello la conducta se torna negligente por carecer de los mínimos recaudos necesarios como para prevenir los daños en el co-negociador.

e.2. Ausencia de culpa y eximentes de responsabilidad

Si hubiere alguna justa causa la conducta no sería culposa. Lo propio si hubiera incumplimientos de quien se considera afectado (vgr. retaceo de información, violación de confidencialidad, etc.). De igual manera, si las tratativas se hubieran aligerado por acciones u omisiones recíprocas de las partes, al punto del desinterés, tampoco sería culposa la decisión de dar por concluidas las tratativas. No existe responsabilidad precontractual, si la ruptura, pese a ser intempestiva reconoce causa, esa causa es justa y fue comunicada a la otra parte de la negociación. La causa es justa cuando no es imputable al que interrumpe la negociación. También debe ser, desde luego, sobreviniente.²⁹

e.3. Prueba de la culpa

En la jurisprudencia no existen discusiones en torno a la configuración del factor de atribución subjetivo en el ámbito de la responsabilidad precontractual.

Como hemos visto, la conducta imputable se vincula al modo y a la oportunidad en que el co-negociador decide terminar con las tratativas previas. La culpa no es sino la falta de diligencia a fin de prevenir los daños que esa ruptura abrupta e injustificada de las tratativas preliminares le ocasionan a la contraparte. Lo reprochable no está en la rotura de la tratativa, sino del modo como ésta ha sido concluida.

Por lo tanto, es importante observar que, desde una perspectiva práctica, la prueba de esa conducta imputable está asociada a la prueba del modo arbitrario, injustificado e intempestivo de las tratativas preliminares. Quien acredita esto último, acredita a la vez, la culpa de quien ha interrumpido las negociaciones. Obviamente, ello implica una presunción de culpa, menos aún con una hipótesis de responsabilidad objetiva.

IV. Consideraciones finales

a. Los presupuestos de la responsabilidad precontractual

No hay responsabilidad sin la presencia de los cuatro presupuestos básicos de la responsabilidad civil, a saber: antijuridicidad, factor de atribución, daño y nexo causal.

De los fallos más importantes de nuestro país sobre el tema no siempre surge con claridad la identificación y particularización, en el caso concreto, de cada uno de dichos presupuestos. Por razón, en relación con el desarrollo efectuado anteriormente, veremos cuáles son y como operan esos presupuestos de la responsabilidad civil en el caso de la responsabilidad extracontractual.

La antijuridicidad se identifica con la frustración de la expectativa o confianza generada en el co-

²⁸ Tribunal Arbitral, ad hoc, 28/11/2002, "B. A. N.A. c. T. S.A.", LA LEY 2005-A , 482 - La Ley Online: AR/JUR/6837/2002.

²⁹ No existe responsabilidad precontractual si la ruptura pese a ser intempestiva reúne las siguientes notas: a) reconoce causa, b) esa causa es justa c) esa causa es comunicada a la otra parte de la negociación. La existencia de causa objetiva y razonada aleja el vicio de arbitrariedad. Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., "Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio", LA LEY 1998-D, 1229 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 985.

negociador respecto de la celebración de un contrato.

El factor de atribución es subjetivo. Debe existir culpa, al menos, por parte de quien interrumpe las tratativas³⁰. Dicha culpabilidad se origina en la interrupción abrupta, injustificada e intempestiva de las tratativas y, consecuente, en la inexistencia de circunstancias eximentes o culpas ajenas por parte de quien decide culminar con los tratos previos³¹. La conducta culposa imputable es, entonces, el quiebre repentino e injustificado de las tratativas.

Desde luego, sin daño no hay responsabilidad alguna. Sin entrar en mayores detalles diremos que la jurisprudencia reconoce, por regla general, que el daño que se debe resarcir es sólo el concerniente al interés negativo; es decir, los gastos efectuados con motivo de las negociaciones y no las ganancias dejadas de percibir que integran el interés positivo, propio del reclamo por incumplimiento contractual³². Por tal razón, el lucro cesante resulta improcedente en el marco de la responsabilidad precontractual pues, la extensión del resarcimiento se limita al daño emergente representado por los gastos realizados durante las tratativas, pero no comprende las ganancias dejadas de percibir.³³

Esta regla presenta, claro está, presenta sus limitaciones en el sentido de que no son resarcibles, aunque la ruptura de las conversaciones no presenten causa de justificación, los gastos que se han llamado especulativos o que constituyen un riesgo implícito de todo negocio.³⁴

La jurisprudencia ha incluido también a la pérdida de chance en la reparación³⁵ e incluso el daño moral.³⁶

Por último, debe existir un nexo de causalidad entre la conducta antijurídica imputable a un co-negociador y el daño sufrido por el otro. En función de lo que hemos visto anteriormente, la frustración de la confianza o expectativa debe ser consecuencia de la ruptura abrupta, injustificada e intempestiva de las tratativas. Al decir de la sentencia anotada de debe acreditar que “...con motivo de una conducta imputable a la accionada, se habrían frustrado las expectativas ciertas de celebrar el contrato...”.

b. A modo de síntesis

³⁰ Desde luego, distinta es la hipótesis que la jurisprudencia reconoce a la responsabilidad emergente de la ruptura de las tratativas en el ámbito de las relaciones de consumo. Al respecto se dicho, por ejemplo, que “...al entrar en tratativas contractuales surgen deberes de cuidado, protección y lealtad, los cuales generarán en caso de su violación una responsabilidad objetiva por violación de confianza despertada o una responsabilidad por la apariencia creada, correspondiendo el resarcimiento, con total independencia de que se vaya o no a concluir un contrato válido, pues lo jurídicamente relevante es que las partes hayan iniciado el contacto con miras a la celebración de un negocio, aun cuando no se halla manifestado una oferta”. CNCCom., sala A, “Omega Coop. Seg. Ltda. c. Supermercados Mayoristas Makro S.A.”, 25/08/2004, **LA LEY 02/12/2004, 7** - La Ley Online: **AR/JUR/2977/2004**.

³¹ Con más razón, claro está, si existe dolo, en cuanto mala fe, en la negociación, esto es, inducir una confianza o expectativa de contratación sabiendo de antemano que la misma no se concretará.

³² “El resarcimiento debe limitarse a la reparación del daño al interés negativo, es decir, a los gastos reales efectuados con motivo de las negociaciones, debiendo descartarse las ganancias que se dejaron de obtener”. CNCCom., sala D, 02.03.2010, “Bunker Diseños SA c. IBM Argentina SA.”, **LA LEY 03/06/2010, 7** - La Ley Online: **AR/JUR/12833/2010**.

“Los gastos, los trabajos, los estudios, en que incurrió una de las partes deben serle resarcidos”. Vid. CNCiv., sala F, 02/03/2000, “Serra, Fernando H. y otro c. Piero S. A. I. y C.”, **LA LEY 2000-E, 373** - RCYS 2000, 754 - DJ 2000-3, 267 - ED 191, 559.

³³ Cfr. CNCCom., sala D, 17/02/2010, “Neptan S.A. c. International Container Terminal Services y otros”, La Ley Online: **AR/JUR/211/2010**.

³⁴ Cfr. CNCCom., sala A, 12/04/2007, “Coy, Julio R. y otros c. Coopers & Lybrand Harteneck L. y Cía. y otra”, Abeledo Perrot Online, Lexis N° 35011258.

³⁵ Cfr. CNCCom., sala B, 03.04.1998, “Wasko, Pedro c. Club Gimnasia y Esgrima”, Microjuris: MJ-JU-E-9948-AR - ED, 180-278; CNCCom., sala C, 11.12.2001, “Benettar SAIC c. Benetton S.P.A.”, **LA LEY 24/01/2003, 1**.

³⁶ Cfr. CNCiv., sala K, 06/11/2001, “Masmut Paz, Suiza G. y otro c. Sindicato de Trabajadores de Correos y Telecomunicaciones”, **LA LEY 2001-F, 737** - DJ 2001-3, 1103.

Como en tantos otros aspectos del Derecho, en el ámbito de la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las tratativas preliminares, la jurisprudencia escoge uno de los tantos caminos posibles que ha sabido descubrir la doctrina y allí se mantiene. No se desvía.

El aporte de la jurisprudencia es preciso y relevante en tal sentido porque no sólo ha simplificado las consideraciones en torno a esta especial manifestación de la responsabilidad civil, dejando de lado, por ejemplo, criterios objetivos de imputación que desbordan el sentido y alcance de esta responsabilidad; sino también, porque aplica a la responsabilidad precontractual las reglas propias de la responsabilidad extracontractual.

El fallo anotado “*Mancinelli, Juan Carlos c. Siemens it Solutions And Services S.A.*” de la Sala F de la Cámara Comercial pone el énfasis en ciertos elementos que hacen a la demarcación conceptual del instituto de la responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas.

En tal sentido, especifica y ratifica la calificación que deben revestir la tratativas en cuestión (en cuanto deben resultar <<*avanzadas*>>), que quien alega la responsabilidad precontractual acredite que se han <<*frustrado sus expectativas ciertas*>> (lo cual configura la conducta antijurídica) de celebrar el contrato tenido en miras en la etapa precontractual y que ello es consecuencia de una <<*conducta imputable*>>, despejando así cualquier duda en punto al factor de atribución subjetivo que corresponde aplicar.