

Tratativas precontractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación

Fuente: <http://www.abogados.com.ar/tratativas-precontractuales-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/16991>

Por Rodolfo G. Papa (*)

Entre las novedades introducidas por el nuevo Derecho Contractual del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el CCyC), se destaca la regulación expresa del instituto de las "tratativas precontractuales", que en realidad, el nuevo Código unificado ha identificado metodológicamente como "tratativas contractuales", aunque en nuestro entender, parecería ser más razonable encuadrarlas bajo la primera denominación, en atención a que no necesariamente tales negociaciones previas o preliminares, podrían estar direccionadas hacia la formación del consentimiento contractual, ante la prevalencia, además, del principio de la libertad de contratar, consagrada por el artículo 958 del CCyC, que sustenta e integra el contenido del pacta sunt servanda, reemplazando a los artículos 1137 y 1197 del derogado Código Civil de Vélez.

El Código Civil y Comercial de la Nación incorpora esta figura en sus artículos 990 a 993, aunque su existencia había sido objeto de tratamiento por una valiosa corriente doctrinaria y jurisprudencial, la cual entendemos, mantendrá su influencia en la interpretación del alcance de esta innovadora normativa, teniendo en cuenta que, un trascendental punto de partida en su reconocimiento, por parte de nuestros tribunales mercantiles, se ha extendido

desde mediados del siglo pasado, con el dictado del primer leading case sobre esta temática(1)..

La denominada históricamente responsabilidad precontractual se tipifica por el acaecimiento de un evento de ruptura intempestiva, arbitraria o abusiva de un proceso de negociaciones informales o preliminares, en cuyo devenir sus partes protagónicas pudieron haber intercambiado información y documentación de diversa índole, como también haber mantenido contactos regulares o reuniones personales, según el caso, e inclusive negociar y celebrar documentación legal, como por ejemplo, una "carta de intención", de tal modo que dichos comportamientos podrían haber creado o generado, sobre alguna de dichas partes participantes en tal proceso, una razonable creencia o expectativa de concluir un contrato o una transacción comercial, sin la existencia de una justa causa que hubiera conducido a tal terminación anormal o abandono, causada por un obrar ilícito o anti-jurídico atribuible a su responsable.

Dos pilares fundamentales caracterizan a esta figura, por un lado, la regla o principio general basado en la libertad de negociar, en virtud del cual las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento (artículo 990 del CCyC), y en segundo lugar, la observancia imperativa del principio de la buena fe (artículo 991 del CCyC), que a partir de la vigencia del nuevo Código unificado, resulta de aplicación no solamente a la ejecución de obligaciones contractuales (siguiendo la ratio del derogado artículo 1198 del Código Civil), sino que su imperium se retrotrae a la etapa previa o precontractual, atendiendo -en forma

adicional- a la circunstancia que la buena fe se ha cristalizado como un principio general en materia del ejercicio de derechos (artículo 9 del CCyC), en conjunción con el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 10 del CCyC), y que ha tenido un impacto de trascendencia en materia contractual, a través de su inclusión en una serie de disposiciones específicas, entre las que individualizamos, no taxativamente, a los artículos 961 y 1061 del CCyC.

No podemos tampoco dejar de señalar que, como ramificación trascendental en la aplicación del principio de la buena fe, a los que las conductas de las partes negociantes deberán evidenciar su apego en forma incondicional, la nueva Codificación unificada ha creado una serie de "deberes secundarios de conducta", cuyo cumplimiento será también esencial durante el curso de tales negociaciones o tratativas precontractuales, además obviamente, de su vigencia durante la ejecución del contrato (de efectivamente celebrarse), para de esa manera mitigar su exposición a enfrentar esta especie de responsabilidad civil, puntualizando, entre los más importantes, al deber de colaboración (artículo 1011 del CCyC); la protección de la confianza (artículo 1067 del CCyC); y el deber de informar (artículo 1100 del CCyC), este último si bien primariamente aplicable a los contratos de consumo, nada obstaría a extender su imperio sobre los contratos paritarios o "tradicionales", segmento al que esta figura resulta de aplicación efectiva en la realidad, ya que naturalmente se orienta a regular un proceso de libres negociaciones entre "iguales".

La nueva normativa que comentamos, se sostiene, recalcamos, en la regla basada en la libertad de negociar, o

alternativamente, de desvincularse de tales tratativas que hasta ese momento se hubieran entablado, aunque tal principio general cesará, o más precisamente, originará consecuencias jurídicas vinculantes para su autor, en lo que respecta a una hipotética imputación de responsabilidad civil por los perjuicios que su comportamiento hubiera causado a su contraparte, como resultado de tal ruptura, abandono o fracaso de tales negociaciones, cuando por su violación al principio de la buena fe, hubiera frustrado injustificadamente la expectativa o creencia que aquella razonablemente se hubiera generado a los fines de la conclusión del contrato (artículo 991 del CCyC).

En tal sentido, la precitada norma dispone adicionalmente que cualquier incumplimiento de tal deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que hubiera sufrido el afectado, por haber confiado sin su culpa, en la celebración del contrato.

Una fuente interpretativa determinante para establecer el alcance de la aplicación del artículo 991 del CCyC, se concentra en lo dispuesto por el artículo 2.1.15 de los Principios en materia de Contratos Comerciales Internacionales de la UNIDROIT, que han sido reconocidos como uno de los más importantes antecedentes en la construcción del Derecho Contractual de nuestra nueva Codificación, al disponer que "...1) las partes cuentan con libertad para negociar los términos de un contrato, y no serán responsables por no haber alcanzado un acuerdo; 2) sin perjuicio de lo cual, la parte que comience o interrumpa negociaciones evidenciando un comportamiento de mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte; y, 3) se

considera que ha existido mala fe cuando una parte hubiera entablado o continuado negociaciones cuando al mismo tiempo hubiera tenido la intención de no alcanzar un acuerdo..." (2).

Asimismo, otra innovación que introdujo el reconocimiento a nivel normativo de la responsabilidad precontractual, es la referida a la extensión del daño resarcible a favor de aquella parte que hubiera sido frustrada injustificadamente en su expectativa en concluir el proyectado negocio, teniendo en cuenta que la nueva Codificación unificada se ha apartado, en el abordaje de este tema, de su antecedente inmediato anterior, el Proyecto de Unificación del año 1998, que había estipulado que "...las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustificadamente las tratativas contractuales, aunque todavía no se haya emitido la oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por el daño al interés negativo..."(3).

Recordemos también que, en forma consistente con lo explicitado por el precitado proyecto, nuestros tribunales mercantiles y civiles en el ámbito de la Capital Federal, habían reconocido, como principio general, como limitación resarcitoria en materia de una hipótesis de responsabilidad precontractual, un monto equivalente al "daño al interés negativo", comprendiendo a tales fines aquellos gastos incurridos por la parte frustrada como parte de las negociaciones llevadas a cabo, descartando las ganancias que aquella hubiera dejado de percibir, aunque excepcionalmente, se reconoció a esta última una compensación por el "daño moral" sufrido, como también la "pérdida de chance", en muy pocos casos.

Parecería, preliminarmente, que si bien el legislador ha eliminado tal limitación cuantitativa en materia resarcitoria, y en consecuencia, el afectado por un escenario de responsabilidad precontractual, tendría el derecho a reclamar una indemnización al amparo del principio de la reparación plena (artículo 1740 del CCyC), tal razonamiento debería ser instrumentado en combinación con la regla basada en la "relación causal" (artículo 1726 -primera parte- del CCyC), al disponer que "...son reparables las consecuencias dañosas que tuvieran un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño...".

En forma complementaria, es dable notar que el CCyC ha reconocido en forma expresa la observancia de otro deber imperante desde el inicio de cualquier proceso de tratativas informales, preliminares o precontractuales, como ha sido la "confidencialidad" en el tratamiento de toda la información y documentación que se hubiera provisto en su devenir (artículo 992 del CCyC), ya sea que tal status hubiera sido conferido unilateralmente por parte de su emisor, o bien, que hubiera sido objeto de su reglamentación en forma convencional, siendo este último escenario de práctica habitual en la estructuración de transacciones comerciales, regidas total o parcialmente por el Derecho Argentino, con antelación a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Este nuevo instituto, que comentamos en esta nota, no debería -en nuestro entender- ser interpretado en forma aislada, o circunscribiendo el alcance de sus previsiones, lo cual sería además incompleto y atentatorio contra la seguridad jurídica, sino que su dinámica debería ser aplicada de manera integral y sistemática sobre el nuevo Código unificado, atendiendo a su "universalidad".

En tal sentido, e independientemente de las posibles controversias que se susciten con motivo de la terminación anormal o fracaso de las negociaciones informales o preliminares que podrían conducir a su "judicialización", como resultado de su dinámica evolutiva podría, aplicando la nueva Codificación unificada, canalizarse en lo que respecta a su contenido, hacia la negociación y otorgamiento de alguno de los distintos formatos de documentación regulados por el CCyC, tales como, la carta de intención (artículo 993); o bien un contrato preliminar (artículo 994); o bien una oferta vinculante (artículo 972); o bien, un acuerdo parcial (artículo 982); o inclusive, potenciando la intensidad de los acuerdos que se hubieran alcanzado como resultado de su instrumentación, la celebración del contrato, que regirá la estructuración del negocio objeto de tales negociaciones (artículos 957, 959 y 971 del CCyC).

Asimismo, otra de las consecuencias jurídicas resultantes de todos los intercambios de información y documentación que se hubieran generado entre las partes (incluyendo en forma primordial sus comportamientos) durante el transcurso de tales negociaciones como parte de la etapa preliminar de una transacción comercial, al amparo de la nueva Codificación unificada, consiste en su cristalización como una fuente de interpretación contractual sustantiva, a ser tenida en consideración para adjudicar los conflictos que se suscitaren durante la etapa post-cierre, en aquellos casos en que el significado de las palabras, interpretado contextualmente, no fuera suficiente (artículo 1065, inciso a, del CCyC).

Es así como se reafirma la trascendencia de las conductas adoptadas por las partes durante el transcurso de la etapa previa o preliminar, como fuente interpretativa, reemplazando las reglas tradicionales que habían imperado sobre esta temática durante la vigencia de nuestro sistema de la Codificación "dual", específicamente, por aplicación del artículo 218 del Código de Comercio del año 1862.

Parecería finalmente que este nuevo marco legislativo que gobierna un proceso de tratativas preliminares o precontractuales, también tendrá implicancias trascendentales en aquellos casos en que participen de manera proactiva inversores extranjeros que decidan entablar contactos permanentes o negociaciones con empresas, contrapartes o compañías targets Argentinas, en especial, con referencia a aquellos inversores regidos por el CommonLaw, ya que la aproximación por estos últimos sobre esta temática, puntualmente la observancia del principio de la buena fe en forma imperativa durante la etapa precontractual, ha sido diametralmente opuesta a la posición adoptada por el recientemente vigente artículo 991 del CCyC.

Al respecto, y a título ejemplificativo, la jurisprudencia de "última generación" dictada por la Suprema Corte del Estado de Delaware (Estados Unidos), ha sostenido que la obligación de las partes negociantes, de adecuar su comportamiento al principio de la buena fe, durante la etapa precontractual, como parte de las previsiones de una Carta de Intención, ejecutada como resultado del iter de una transacción comercial, es "negociable", y por ende, disponible o renunciable por aquellas, como regla general.

En consecuencia, una aplicación "asimétrica" en forma imperativa (e implícita) del principio de la buena fe, desde el inicio de la etapa preliminar, informal o precontractual, en aquellas operaciones regidas total o parcialmente por el Derecho Argentino, a partir de la puesta en vigencia del CCyC, debería ser informada por los abogados locales que representen los intereses de tales actores foráneos (en especial sobre aquellos cuyo sistema legal de origen adhiera al CommonLaw), tal como fuera explicitado anteriormente, circunstancia que hemos tenido la oportunidad de exponer, a través de la elaboración de un trabajo de investigación presentado internacionalmente a nivel académico, durante el presente año (4).

(*) Abogado (UBA. Diploma de Honor). Master of Laws (LL.M). Profesor UCEMA. Director del seminario internacional de capacitación ejecutiva "Aspectos legales en la estructuración y documentación de operaciones de M&A en América Latina". Autor del libro "Transferencia del Control Accionario. Claves para su negociación contractual". Editorial Errepar. Primera edición. Buenos Aires. Julio 2012.

(1) CNCOM. Sala B. "Litvak c/Olivetti". Dictado en fecha 19/9/1953.

(2) Artículo 2.1.15 de los Principios en materia de Contratos Comerciales Internacionales de la UNIDROIT (Versión original elaborada en idioma inglés. Año 2010). Traducción libre al español por el autor de esta nota.

(3) Artículo 920 del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 1998.

(4) Papa, Rodolfo G. "Letter of intent and precontractual liability issues under crossborder M&A transactions. Current trends and a comparative approach in United States/Argentine Law". Paper presentado por el autor de esta nota, en el marco del Special Institute on International Mining and Oil & Gas Law, Development, and Investment. Organizado por la Rocky Mountain Mineral Law Foundation. Celebrado en la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia), del 20 al 22 de Abril del 2015.