



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía**

Daño al interés negativo

Nº 152

Leonor Cantarelli

Tutor: Ricardo A Foglia

Departamento de Investigación
Septiembre 2004

Índice

Síntesis del contenido	5
Introducción	5
Capítulo I	
Antecedentes históricos	
1. Rudolf Von Ihering	6
1.1. Teoría del daño al interés negativo	7
1.2. Fundamento legal de la responsabilidad precontractual	7
2. Gabriel Faggella	8
2.1. Responsabilidad precontractual	8
2.2. Fundamento legal de la responsabilidad precontractual	8
3. Raymond Saleilles	9
3.1. Teoría	9
3.2. Fundamento legal de la responsabilidad precontractual	9
4. Otras tesis contractualistas	9
Capítulo II	
La responsabilidad precontractual	
1. La responsabilidad precontractual – Presupuestos necesarios	9
1.1. Extensión del período precontractual	10
1.2. Deber de buena fe	10
1.3. Factor de atribución	11
1.4. Teoría de los actos propios	12
1.5. Presupuesto de la responsabilidad por ruptura intempestiva de las negociaciones precontractuales	12
Capítulo III	
La responsabilidad extracontractual	
1. Consideraciones generales	13
1.1. Diferencia de régimen de las órbitas contractual y extracontractual	14
Capítulo IV	
El daño	
1. El daño	16
1.1. Concepto	16
1.2. Reparación integral y reparación plena	18
2. El daño reparable	18
Capítulo V	
Daño al interés negativo	
1. Concepto	20
2. Extensión del resarcimiento	20
Conclusión	22
Bibliografía	24
Anexo I - Precisiones terminológicas	24

Síntesis del contenido del trabajo

Para la realización del presente trabajo he procedido de la siguiente manera:

Una referencia obligada a los antecedentes históricos, que nos permitan ubicarnos en el tema y la mención insoslayable del que fue el creador de la teoría del «daño al interés negativo»: Rudolf von Ihering. Se explican los alcances de su teoría y se citan otros aportes que se realizaron posteriormente, como los de Faggella, Saleilles y otros. Exponiendo las diversas y aún opuestas teorías que existen sobre el tema de la responsabilidad precontractual y las disímiles interpretaciones que se hicieron sobre la teorías del maestro germano.

Posteriormente, en el siguiente capítulo, se aborda el tema de la responsabilidad precontractual, se la define, se busca precisar sus límites en el tiempo, el factor de atribución, su naturaleza, etc. Este segmento del trabajo, es de suma importancia, pues como la responsabilidad precontractual aún no está contemplada por nuestro ordenamiento jurídico, es a través de la doctrina y la jurisprudencia que se ha elaborado una teoría y a través, por supuesto, de los principios generales del derecho. Se ha analizado abundante y variado material. Se exponen las diferentes posturas y opiniones. Así como también se precisa el alcance del supuesto que comprende el presente trabajo de investigación, que es el de la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las tratativas preliminares. Otro aspecto importante, objeto del presente trabajo de investigación, es el análisis de las diferentes posturas sobre el factor de atribución. Se exponen y desarrollan algunas de ellas, profundizando en la teoría del abuso del derecho, por ser esta última la más adecuada a la situación que se investiga, según surge del análisis de los textos estudiados, como así también del Proyecto de Unificación del Código Civil de 1998, que aún no fue aprobado por el Congreso.

Definida la naturaleza de la responsabilidad precontractual como aquiliana o extracontractual, en el siguiente capítulo se procede al abordaje de su definición, de sus características principales, y lo que es más importante, de las diferencias de régimen existentes entre las órbitas contractual y extracontractual. Se exponen, desarrollan y analizan las diferentes posturas al respecto.

Definida y precisada en sus límites la responsabilidad precontractual, se procede a definir el daño, sobre todo al daño en sentido estricto, es decir, el daño resarcible o el daño jurídicamente relevante. De esta manera, se contemplan los dos aspectos que intenté analizar en el presente trabajo, pues uno va indisolublemente ligado al otro.

Por último, una vez definido el daño, se procedió a adentrarse de lleno en el núcleo del estudio, esto es el instituto del «daño al interés negativo». Asimismo, se analizan las diferentes opiniones sobre la extensión del resarcimiento debido, es decir, si el quantum resarcible del daño al interés negativo, comprende sólo el daño emergente o se debe incluir también el lucro cesante. Según se concluye en el presente trabajo, y de acuerdo a la evolución que se ha producido en el derecho, el daño se ha convertido en el eje del deber de responder, por lo que, y siguiendo el norte de la reparación plena, se debe reparar «todo» el daño sufrido que tenga con el hecho generador una conexión de causalidad adecuada.

Introducción

Para el derecho, la responsabilidad civil, es el deber jurídico de reparar que se le impone al responsable de un daño injusto. En opinión de algunos autores¹, aunque al derecho le interese sólo este enfoque del sentido de responsabilidad, este deber de satisfacer comprende tanto para ajustar la conducta a lo debido, como cuando por violar ese deber corresponde una sanción. Es tan responsable, sostiene este autor, quien debe ajustar su conducta de tal manera de no causar un perjuicio en el derecho ajeno, como el que, habiendo violado esa pauta es sancionado con la indemnización de daños. El sentido estricto de la palabra responsabilidad se vincula a la reparación, no incluye la conducta debida. Sin embargo, esta noción clásica de responsabilidad ha evolucionado, ya que se mostró insuficiente para brindar soluciones justas ante la diversidad de situaciones nuevas generadoras de daños. En nuestros días, no interesa tanto el reproche de conducta que genera la obligación de reparar, sino que la justicia tiende a ponerse del lado de la víctima del daño. En este nuevo enfoque, importa más la injusticia del daño, que la injusticia de la conducta que lo generó. El daño se convirtió en el eje del deber de responder. Es la reparación que la víctima requiere para restablecer la situación al «status quo ante» como un imperativo de justicia. Las reglas de Ulpiano, en las Institutas de Justiniano, enuncian que la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo

1. ALTERINI A.A. «La responsabilidad civil». Ed. Abeledo-Perrot, 1999, Buenos Aires.

suyo, y los preceptos del derecho eran para los romanos: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo. Estos principios rectores, son incommovibles, aunque cambien las circunstancias y el desarrollo tecnológico y la globalización de los negocios, impliquen nuevos escenarios que necesariamente deben ser contemplados.

Dentro de estas nuevas corrientes, se puede incluir el concepto de «daño al interés negativo», como uno de los temas más modernos del Derecho de Daños. Y sin embargo, es una de las cuestiones menos tratadas por la doctrina y la jurisprudencia.

El «daño al interés negativo» o «de confianza», como suele calificarlo la doctrina alemana, puede definirse como aquel que sufre el contratante frustrado, por haber confiado en la concreción o validez de un negocio que finalmente no se concretó o resultó inválido (responsabilidad precontractual).

El primer jurista que se dedicó al estudio sistemático del fenómeno precontractual fue Rudolf von Ihering, quien en 1860 publica un trabajo titulado «De la culpa in contrahendo o de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas».

El aporte de Ihering es decisivo a la hora de estudiar la responsabilidad precontractual; y tiene un doble mérito: 1) proporciona la denominación de «culpa in contrahendo» para la responsabilidad civil emergente del período de formación del consentimiento; y 2) y expone su célebre teoría del «daño al interés negativo» o de confianza, que se producía cuando una de las partes se apartaba intempestiva o arbitrariamente de las tratativas, luego de emitida la oferta, generándose de este modo, el deber de resarcir.

Con la sabiduría que emerge de los dichos populares, se puede decir que «mucho agua ha corrido bajo el puente», y sin embargo, aún en nuestros días el Código Civil, no regula en forma sistemática el fenómeno precontractual. Contiene algunas normas aisladas referidas al tema, en base a las cuales y aplicando los principios generales del derecho, la doctrina ha construido una teoría general de la responsabilidad precontractual. El prestigioso jurista Alfredo Orgaz, en un comentario a un viejo precedente², ya había señalado que si no se contemplara este tipo de responsabilidad, la práctica de los negocios perdería la seriedad y la lealtad que constituyen el basamento indispensable que el derecho debe asegurar a las partes.

En igual sentido, nuestro Código no contiene norma alguna referida al instituto del «daño al interés negativo», aunque si lo contempla el Proyecto de Unificación del Código Civil de 1998 (aún no aprobado).

Será entonces, sobre estos dos conceptos: la responsabilidad precontractual típica y el daño al interés negativo, que se desarrollará este trabajo, ya que uno es la consecuencia directa del otro. No será objeto de análisis en esta investigación, el tratamiento de los otros supuestos de ineficacia de los contratos, que generan igualmente obligación de resarcir el «daño al interés negativo»: a) nulidad; b) inoponibilidad y c) resolución.

Tendrá importancia, entonces, investigar y considerar toda la cuestión relativa a la extensión del resarcimiento debido y cual será el factor de atribución que corresponderá aplicar. Así como también, cuál es la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Aspectos todos estos, que han generado opiniones y posturas diversas –y aún contrapuestas– en la doctrina y jurisprudencia.

En este trabajo se intentará analizar las diferentes teorías que existen al respecto, con el objeto de establecer la importancia de la consideración de este tipo de daño y lo imperativo de su inclusión en nuestro derecho de fondo.

Capítulo I. Antecedentes históricos

1.- Rudolf von Ihering

En 1860, el célebre jurista alemán Rudolf Ihering, publica una monografía sobre la «culpa in contrahendo». Hasta ese entonces, la responsabilidad civil originada en ese período de formación del consentimiento, no había sido tratada por la doctrina.

Habida cuenta que la responsabilidad nacida durante ese lapso de formación del consentimiento, no se encuadra en las reglas que rigen la materia contractual, Ihering elabora su famosa doctrina de la «culpa in contrahendo», aquella que se comete mientras se «contrae» la relación contractual. Es decir, en el período previo a la formación del contrato, una de las partes sufre un daño como consecuencia de una acción de la otra. Este daño, comprende todos los gastos en que la parte damnificada hubiere incurrido, confiando en la validez de un negocio que finalmente se frustra.

Al abordar el tema de la extensión de la indemnización a fijar en estos casos de «culpa in contrahendo», Ihering elabora su célebre teoría del «interés negativo» («negative Vertragsinteresse»).

2. ORGAZ A. «Tratativas contractuales y formación del contrato». LL-75-239, 1954, Buenos Aires.

Las leyes civiles habían contemplado siempre, desde la época del Derecho Romano, algunas situaciones en donde podían surgir determinados casos de responsabilidad, en ese período de formación del consentimiento, (por ej. el de revocación de la oferta). Pero estaban lejos de advertir que tales casos, podían ser encuadrados fuera de las reglas que rigen la materia contractual y menos aún que dieran lugar a una responsabilidad de características especiales.

Este trabajo doctrinario, tuvo una inmensa resonancia entre sus pares y aún hoy constituye un punto de partida insoslayable cuando se busca profundizar en el análisis de la responsabilidad precontractual.

El jurista alemán, comienza analizando las fuentes romanas, y su indagación le permite afirmar que esa «culpa in contrahendo» se encontraba ya admitida por el Corpus Iuris en algunos casos particulares, como el de nulidad del contrato de compraventa por vicio de la cosa vendida, o por incapacidad de alguno de los contratantes o por revocación de la oferta, entre otros.

1.1.- Teoría del «daño al interés negativo»

Ihering, continuando con su investigación y, abrevando en las fuentes del Derecho Romano, aborda el tema de la extensión de la indemnización a fijar en estos casos. Y es ahí, cuando expone su famosa *teoría del interés negativo*. Dado que el damnificado en los casos de «culpa in contrahendo», no puede invocar la lesión por incumplimiento, o interés positivo, solo exigible en un contrato válido, solamente tendrá derecho al resarcimiento del interés negativo o de confianza. Según el esquema de Ihering, ese interés negativo comprende no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante.³

Merece destacarse que Rudolf von Ihering, analiza este período precontractual, a partir de que la oferta ha sido emitida o en los casos de los contratos nulos por incapacidad de alguna de las partes o por vicios de la voluntad.

1.2.- Fundamento legal de la responsabilidad precontractual

El célebre jurista, busca determinar el fundamento legal de esa responsabilidad «in contrahendo» para poder así, extender por analogía, la solución que los textos romanos acordaban en esas hipótesis, a otros casos similares no contemplados por las leyes.

Del análisis efectuado, concluye que no son aplicables como fundamento, ni la *actio de dolo* ni la *actio legis Aquiliae*, institutos característicos de la legislación romana, a la responsabilidad nacida en el período precontractual, ya que no existía el elemento intencional que se requería para la primera, ni mediaban los requisitos de daño visible y material causado a objetos exteriores, exigidos por la segunda acción.

Según el criterio del maestro germano, la relación que existe entre los actos cometidos en el período precontractual y el contrato nulo o imperfecto, eran determinantes en el fundamento legal de la obligación de resarcir, que no era otro que la **culpa contractual**.

Si se le asigna un valor absoluto a la premisa que no puede haber acción contractual si no hay contrato, dejaría sin validez todos los efectos emergentes del pacto inconcluso o no perfeccionado, como ser la restitución de las cosas entregadas a las partes, o el pago de indemnizaciones, entre otros.

Para Ihering, la razón por la cual se impone el deber de resarcir el daño causado por un acto cometido en el período de formación del consentimiento, no debe ser buscado en la buena fe de la víctima, pues la otra parte actúa también de buena fe y a derecho, cuando decide dar por terminadas las tratativas. La razón del deber de resarcir, reside en la culpa calificante de la acción de esta última. Esa «culpa in contrahendo» consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede expuesto a la contingencia de constituirse en víctima de la negligencia del otro. Concluye Ihering que no es necesario que esa obligación se estipule expresamente, pues la ley lo presume.

Los puntos salientes de su teoría, son resumidos al final de su trabajo:

- a) La «culpa in contrahendo» es de naturaleza contractual.
- b) El deber de diligencia es el mismo en el período de formación del contrato como en el período de ejecución del mismo.
- c) Para que pueda haber «culpa in contrahendo» tiene que haber existido oferta. Las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato no originan responsabilidad civil.⁴

3. Esto no es interpretado de igual forma por alguna doctrina, que entiende que Ihering sólo consideraba el daño emergente. Ver CUIÑAS RODRIGUEZ M. «Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma», LL 1995-C, 859

4. BREBBIA R.H. « Responsabilidad Precontractual», 1957, Rosario. Distr..Zavallía. A esta conclusión, arriba el autor, luego del análisis del opúsculo de Ihering, ya que el mismo no lo incluye.

2. Gabriel Faggella.-

2.1. Responsabilidad precontractual.-

La teoría de Rudolf von Ihering fue aceptada casi sin discusión por la doctrina, hasta la aparición de un nuevo trabajo en 1906, sobre responsabilidad precontractual, del que era autor un célebre jurista italiano, Gabriel Faggella, titulado «De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica»

En este trabajo, además del mérito de ser el primero en denominar «responsabilidad precontractual» a la responsabilidad que se genera en este período, el maestro italiano rechaza en su totalidad la tesis de la «culpa in contrahendo» como fundamento de la responsabilidad precontractual a la vez que precisa la extensión que corresponde otorgar a ese período previo a la formalización del acuerdo contractual. Y lo divide en dos etapas, para su mejor comprensión: a) las tratativas realizadas por las partes antes que se emita la oferta y b) la que comienza con la emisión de la oferta y concluye con la formación del contrato o la cesación definitiva de las tratativas por no llegar a un acuerdo.

El aporte innovador de la teoría de Faggella lo constituye la incorporación de esta primera etapa de las tratativas, etapa que Ihering no consideraba. Según la tesis del italiano, en ese momento, las partes discuten, intercambian ideas, ordenan y conciben las cláusulas, los pactos y las condiciones, y por ende se puede incurrir en responsabilidad. En síntesis, existen dos etapas, una de las tratativas, llamadas también por la doctrina francesa «pourparlers», y la otra que tiene por objeto concretar la oferta definitiva. Según Faggella, ambos momentos tienen valor jurídico, ya que los hechos cometidos durante esa etapa son susceptibles de producir efectos jurídicos y sólo varía la diferente intensidad del vínculo que une a las partes. Es así, que para este autor la naturaleza jurídica de ambos momentos es la misma, con la salvedad de que en el segundo período, el nexo se ha estrechado aún más, por lo cual la responsabilidad sería aún mayor, en el caso de la ruptura intempestiva de las negociaciones, se produce una «inflación obligacional». La diferencia entre uno y otro momento sería de orden cuantitativo y no cualitativo.

Luego, Faggella se aboca al análisis de las consecuencias que derivan de esta etapa precontractual, mientras el acuerdo no se ha perfeccionado aún, y entiende que hay resultados negativos y positivos.

Los primeros son a consecuencia del «jus revocandi» y constituyen una derivación del principio de la autonomía de la voluntad. Las partes mantienen el derecho de revocación de la oferta durante todo el período precontractual.

Los resultados positivos son consecuencia de la responsabilidad que emerge de los hechos realizados durante esa etapa. Para el jurista italiano, el solo hecho del comienzo de las tratativas con miras a celebrar un contrato entre las partes, constituye un hecho colocado bajo la protección del derecho y susceptible de tener un valor jurídico. Confiere el autor que las partes, tienen el derecho de interrumpir en cualquier momento las tratativas, cualquiera sea el grado de adelanto logrado, pero la ruptura intempestiva puede originar responsabilidad cuando de ella se produce un daño. Se considera retiro intempestivo de las negociaciones, cuando una de las partes pone fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, ya sea con el perfeccionamiento del contrato o con la ruptura definitiva por falta de acuerdo.

2.2.- Fundamento legal de la responsabilidad precontractual

Este fundamento no se encuentra en la culpa, como sostenía Ihering, sino en la **violación del acuerdo** concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Y éste puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca.

Concluye este autor, que el resarcimiento por la ruptura intempestiva de las negociaciones debe limitarse sólo a los gastos reales efectuados con motivo de ellas, no debiéndose incluir las ganancias dejadas de obtener. De esta manera, Faggella descarta la teoría del «daño al interés negativo» sostenida por Ihering, que incluía el lucro cesante.

Merece destacarse, que esta diferencia en la extensión del resarcimiento, puede resultar del criterio distinto de ambos autores cuando delimitan el período precontractual. El jurista italiano incluye el período de las «pourparlers», calificando éste como un momento de menor intensidad del vínculo, pero igualmente susceptible de originar daños resarcibles. Mientras que Ihering, lo limita al momento en que se ha emitido la oferta, el comienzo de la responsabilidad precontractual. Como corolario lógico de este postulado, se infiere que las expectativas negociales son particularmente más intensas, en esta segunda teoría, y la parte puede haber razonablemente previsto que el acuerdo concluiría exitosamente y por ende incurrir no sólo en gastos, sino que puede haber descartado otros negocios igualmente beneficiosos. No ocurre lo mismo en el período de las meras tratativas o conversaciones, que incluye Faggella, por lo que asignarle al resarcimiento una extensión tan grande, resultaría a todas luces desproporcionado.

3.- Raymond Saleilles

3.1.- Teoría de la responsabilidad precontractual

Este prestigioso jurista francés, publica un estudio, un año después del de Faggella, en donde coincide, en los conceptos generales, con la teoría del italiano. En «De la responsabilité précontractuelle», publicado en 1907, resalta el enorme valor que tuvo la tesis de Faggella, al incorporar a la esfera del campo jurídico, el período de las tratativas, las «pourparlers» del derecho francés, anteriores a la formulación de la oferta.

3.2.- Fundamento legal de la responsabilidad precontractual:

El fundamento jurídico de esa responsabilidad lo coloca en el retiro intempestivo, violatorio del acuerdo expreso o tácito entre las partes al entablar las negociaciones, aceptando el fundamento de Faggella. Y sostiene, asimismo, que ese retiro no configura un hecho culposo. Para Saleilles, las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato, tienen desde el primer momento la obligación de «obrar de acuerdo a la equidad comercial y a la buena fe». Por lo tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas, cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Se produce un «ataque al uso».

Y en cuanto a la extensión del resarcimiento, siguiendo la tesis de Faggella, descarta la teoría del interés negativo, limitándola a los gastos que efectivamente se produjeron a raíz de las tratativas.

4.- Otras tesis contractualistas

Otros autores, como De Cupis, Demolombe, Planiol, entre otros, con posterioridad, sostuvieron tesis contractualistas, ubicando la naturaleza de esta obligación de resarcir, dentro del marco de la responsabilidad contractual, con diferentes matices.

Pero, han perdido peso en la actualidad, ya que el punto común de apoyo de estas teorías, radica en una ficción legal: la existencia de un pacto sobreentendido en la convención que se negocia.

Según el derecho moderno, la reparación de los daños causados durante el período precontractual, debe enmarcarse dentro de la esfera aquiliana y regirse por sus normas.

Según sostiene Brebbia⁵, en su esclarecedor análisis, la culpa contractual, es de excepción, pues nace de actos ejercidos exclusivamente en el cumplimiento de una convención, por lo tanto, quedan excluidos los hechos realizados en el período de formación del consentimiento, en el que aún no existe un contrato perfeccionado. En nuestro sistema legal, la solución que el C.C. acuerda en los casos de anulación de los actos jurídicos, que producen igualmente los efectos de los actos ilícitos o de los hechos en general y que deben ser reparados. (art. 1056 C.C.), ratifica tal interpretación, pues señala, según Brebbia, la intención de limitar la aplicación de las reglas específicas de la culpa convencional a los casos exclusivos de contratos válidos. De lo que se infiere, que no cabe otra cosa que concluir que la «culpa in contrahendo», se encuentra regida por las normas atinentes a la culpa extracontractual o aquiliana.

Capítulo II. La responsabilidad precontractual

1.- La responsabilidad precontractual.- Presupuestos necesarios

Antes de analizar la responsabilidad precontractual, conviene para su mejor comprensión y abordaje del tema, mencionar brevemente los cuatro presupuestos necesarios para generar responsabilidad civil, entendiéndose esta responsabilidad abarcadora de los dos tipos: contractual y extracontractual.

- 1) *Incumplimiento objetivo o material*: que consiste en la infracción al deber, ya sea mediante el incumplimiento del contrato o sea mediante la violación del deber general de no dañar.
- 2) *Factor de atribución de responsabilidad*: una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como responsable. El factor puede ser objetivo o subjetivo (culpa).
- 3) *El daño*: consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento, jurídicamente resarcible.
- 4) *Relación de causalidad adecuada*: entre el hecho y el daño, es decir que pueda inferirse del hecho que es causa (fuente) de tal daño.

Sin la concurrencia de estos cuatro presupuestos, no hay responsabilidad que de lugar a indemnización.

Puede definirse a la responsabilidad precontractual como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los futuros contratantes al otro, con motivo de las tratativas previas a la celebración de un contrato. Sostiene Brebbia⁶, que debe mediar una conexión causal adecuada entre el acto intempestivo y las tratati-

5. BREBBIA R.H. «Responsabilidad Precontractual» (1957) Rosario.

6. BREBBIA R.H. ob.cit.

vas preliminares, es decir, la situación generadora de responsabilidad debe surgir de la materia propia de la preparación del contrato.

Según el art. 1137 del C.C. habrá contrato cuando dos o más partes acuerdan una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Esta declaración de voluntad común, es el núcleo del acto jurídico convencional y puede ser el resultado de un acuerdo instantáneo entre las partes, o puede también constituir la finalización de un complejo proceso de actos preliminares, incluyendo acuerdos parciales, conversaciones, etc., a través de los cuales los futuros contratantes han expresado sus puntos de vista y han sugerido propuestas sobre el negocio, hasta concluir en un completo acuerdo o en el desistimiento.

En el mundo contemporáneo, los negocios son cada vez más complejos y requieren de un mayor número de negociaciones y tratativas (constitución de grandes empresas, fusiones, transferencias, joint ventures, etc.). Es decir, hay un sinnúmero de actos realizados durante este período de gestación del acuerdo, que pueden ser generadores de responsabilidad y deben ser colocados bajo la órbita de protección del derecho.

1.1.- Extensión del período precontractual

Ahora bien, cuál es la extensión de ese período con aptitud para generar responsabilidad «in contrahendo»? La doctrina y la jurisprudencia han estado contestes en aceptar que las tratativas contractuales incluyen las anteriores a la emisión de la oferta, según lo señaló acertadamente Faggella.

Sostiene Cuiñas Rodríguez⁷ que pretender que el período generador de responsabilidad precontractual comienza a partir de la emisión de la oferta, implica desconocer la realidad negocial, que conlleva un sinnúmero de tratativas, tanteos e intercambios, que pueden ser dilatados en el tiempo o no, pero que sin duda alguna, significan esfuerzo de las partes y sacrificio personal y patrimonial, merecedor de tutela jurídica. A la luz del moderno derecho de daños que postula que «todo daño debe ser reparado», no se puede aceptar que una de las partes sufra un menoscabo personal o patrimonial, por el retiro arbitrario de la otra, y éste no sea protegido por el derecho, sólo por que no se emitió la oferta.

Otro autor⁸, en un interesante enfoque, sostiene que la responsabilidad precontractual se ha fosilizado en la repetición de las tesis clásicas o se ha expandido hasta la saturación por exceso. Se refiere a la imposibilidad, en nuestros días, de precisar cual es la tratativa vinculante, para diferenciarla del mero consejo o del intercambio sin futuridad. Sostiene que el contrato moderno es un camino complejo donde no es fácil discernir una celebración y una ejecución, puesto que hay una negociación permanente que comienza con las tratativas y culmina con la frustración.

El Proyecto de Unificación del Código Civil de 1998, menciona expresamente las tratativas, en su art. 920, al establecer que «las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida la oferta», agregando luego que «el incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo».

De esta norma, se infieren tres premisas de importancia. En primer término, existe el deber de comportarse de buena fe, tanto antes como después de emitida la oferta. En segundo lugar, pone un límite al ejercicio de contratar libremente, al señalar la prohibición de frustrar injustamente las tratativas contractuales. Y por último, establece las consecuencias jurídicas para el caso que se violen los deberes impuestos por la norma: la indemnización del «daño al interés negativo».

Si bien es cierto que el deber de comportarse de buena fe, ya se encuentra consagrado en nuestro Código, en el art. 1198, en la celebración del contrato, no es menos cierto que hace falta una norma que esté específicamente dirigida a sentar las pautas que deben regir la actuación de las partes en el período de formación del consentimiento. Más aún, cuando modernamente se postula a la buena fe, como el fundamento esencial de la responsabilidad precontractual.

1.2.- Deber de buena fe

Definir el concepto «buena fe», resulta complicado pero no imposible. Algunos autores acuden a la utilización de sinónimos tales como «lealtad», «probidad», etc. Sin embargo, de acuerdo a lo que señala la doctrina moderna, la regla de la buena fe, tiene verdadera fuerza jurídica, esto es, crea deberes a los que están sometidos los futuros contratantes.

Cuiñas Rodríguez⁹, define que en toda alternativa precontractual deberá haber tanto buena fe creencia (subjetiva), «de acuerdo a los que las partes entendieron o pudieron entender» (art. 1198, párr. 1^a), como buena fe lealtad (objetiva) «obrando con cuidado y previsión» (art. 1198, párr. 1^o Cód. Civil)

7. CUIÑAS RODRIGUEZ M. «Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma», LL 1995-C, 859

8. LORENZETTI R. «La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación», LL-1993-B, 712

9. CUIÑAS RODRIGUEZ ob. cit.

De estos deberes, la doctrina suele enumerar los siguientes: de colaboración, de reserva o secreto, de conservación y custodia y por último, y acorde a las nuevas tendencias, el de información. Este último, es el que mayor trascendencia ha adquirido, y esta relevancia se justifica si se atiende a una de las características de nuestra sociedad actual, altamente tecnificada y con negocios cada vez más complejos, donde suelen ocurrir situaciones de desigualdad de conocimiento entre los futuros contratantes, es decir, una de las partes es el «débil negocial». El deber de información se inspira en el propósito de conferir a los negociantes un conocimiento de la realidad negocial que corresponda a la realidad de las cosas, en lo atinente a los requisitos del contrato a celebrarse.¹⁰

Borda¹¹, en un trabajo titulado «Comportamiento Contractual de Mala Fe», señala que la vida de los negocios, demuestra que muchas veces las tratativas previas a los contratos, sobre todo si éstos son de importancia, significan gestiones, trabajos y gastos. En principio, los gastos corren por cuenta de la parte que los ha hecho, pues actúa en su propio interés y asume el riesgo del fracaso de las tratativas, puesto que aún no se ha perfeccionado el acuerdo. Empero, hay situaciones, cuando las conversaciones se hallan avanzadas, que una parte puede haber concebido legítimas esperanzas o ha podido razonablemente suponer la concreción del negocio y, por ende, realizar gastos o trabajos confiando en la seriedad de la otra. En este caso, la ruptura intempestiva constituye un abuso del derecho que origina un daño.

Sostiene Borda, criticando un fallo de la Suprema Corte¹², que el principio de la buena fe no tiene jerarquía inferior al de la autonomía de la voluntad, pues hay una razón de orden moral que impone darle prevalencia, pues nada que sea contrario a la buena fe o que sea abusivo, puede tener la protección del Derecho o de los jueces.

Debe señalarse, sin embargo, que las partes no están obligadas a llevar las negociaciones hasta su fin y concluir el contrato, pues esto atacaría principios de raigambre constitucional, consagrados en los arts. 14, 17 y 33 de la Constitución Nacional. Pero tampoco pueden frustrarlas «injustamente». Resta definir, entonces, cual será el factor de atribución de responsabilidad que permita calificar de «injusta» la ruptura.

1.3.- Factor de atribución

El Proyecto de Unificación, reiterando la fórmula del art. 1071 del Código Civil, regula como factor de atribución el «abuso de derecho», e identifica expresamente la ruptura arbitraria de las tratativas con el obrar contrario a la buena fe. El exceso de los límites impuestos por la buena fe, es precisamente la pauta de conducta útil para evaluar la existencia del abuso de derecho.

El creador de la teoría del abuso del derecho fue Louis Josserand, que sostenía el carácter antifuncional de tales actos, cuando se los ejerce más allá de los límites, configurándose ello en una retractación injusta, carente de motivo legítimo.

Superando divergencias doctrinarias de larga data, se abandona la teoría de la culpa, como factor de atribución, ya que ésta no resulta aplicable a quien ejerce un derecho suyo. La culpa, presupone ilicitud en la conducta, y no hay ilicitud en el ejercicio de una facultad conferida por la ley. En cambio, el abuso del derecho, presupone el ejercicio de un derecho, que se ejerce en contra de los fines tenidos en cuenta por la ley o que exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. Dice Picasso¹³, que los derechos no se ejercen culpable o inculpablemente, sino en forma regular o antifuncional.

Ya el gran jurista Spota¹⁴, en un comentario a un viejo fallo «Litvak vs. Olivetti», señalaba al abuso del derecho, como el factor de atribución aplicable, a la ruptura intempestiva de las tratativas. Y sostenía que ese abuso del derecho era una conducta antifuncional, es decir inarmónica con el funcionamiento social y económico que se halla inmanente como deber frente a todos. Descartaba de plano, la teoría de Faggella, del «tácito acuerdo precontractual», pues consideraba que se entraba de lleno en el campo adivinatorio, sobre la existencia de esa pretendida convención o acuerdo, recurriendo a un artificio de técnica jurídica. Según Spota, no existe tampoco culpa extracontractual, en el sentido del art. 1109 del C.C., sino una conducta arbitraria, un acto abusivo, o sea, un **abuso del derecho de no contratar**. Y este acto abusivo no puede constituir una causa que autorice a destruir los valores económicos que surgieron en el transcurso de las tratativas.

Esta opinión, no fue compartida por Brebbia¹⁵, quien sostenía que el fundamento de la obligación de indemnizar durante las tratativas reside en la culpa, en su sentido más amplio, es decir, comprendiendo el dolo y la culpa propiamente dicha. Siendo esta última el fundamento más frecuente de responsabilidad y de la misma naturaleza que la que se manifiesta en los actos ilícitos o contrarios a las normas contractuales.

10. PICASSO S. cita al Dr. Gamarra, civilista uruguayo.» Instituciones de Derecho Privado Moderno», 2001, Buenos Aires.

11. BORDA G. «La Responsabilidad» Homenaje al Prof. Dr.I.Goldenberg. ALTERINI A.A. LOPEZ CABANA Directores , 1995, Buenos Aires .

12. C.S..J.N., L.L. 1989-B, pág.5

13. PICASSO S.» Instituciones del Derecho Privado Moderno. El Proyecto de Código Civil de 1998", 2001, Buenos Aires.

14. SPOTA A. «Responsabilidad precontractual» J.A. – 1954-II-88. Buenos Aires

15. BREBBIA R.H. ob.cit.

La culpa es definida en nuestro C.C. como la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Sin embargo, Brebbia, no compartía la teoría de Lhering, que la culpa era de naturaleza contractual, sino que sostenía que en nuestro sistema legal no cabe otra cosa que concluir que la «culpa in contrahendo» se encuentra regida por las normas atinentes a la culpa extracontractual o aquiliana (arts. 1066, 1109 y concord.). Esto no significaba, empero, que la culpa originada en el período precontractual, no revistiera características propias que la individualizaran de la culpa extracontractual propia de los hechos ilícitos. Por el contrario, esta clase de responsabilidad posee una especificidad propia que hace recomendable que la cuestión sea objeto de estudio particular, cuestión que se abordará en el capítulo siguiente.

Las críticas que se han formulado para impugnar la aplicación del abuso de derecho como factor de atribución en los casos de ruptura intempestiva de las tratativas, residen para algunos autores¹⁶, en que estos supuestos no encajan en la regulación del art. 1071 del C.C., pues la facultad de no contratar no puede ser abusiva o antifuncional, pero no proporcionan razón alguna que sostenga esta aseveración. Otros, como Leiva Fernández¹⁷, consideran que la posibilidad de retirarse de las tratativas o abandonar una negociación no constituye derecho subjetivo en sentido estricto del que se pueda abusar por ejercerlo en forma extralimitada. Esto es criticado por Picasso, pues entiende que si las partes tienen la facultad de contratar o dejar de hacerlo, ello es así por cuanto estas prerrogativas derivan de derechos consagrados en la Constitución Nacional (arts. 14 y 17), mas pueden ejercerse en forma antifuncional. La única manera que el ejercicio de una facultad lícita, puede convertirse en un acto ilícito, es a través del abuso del derecho. La culpa presupone la existencia de ilicitud ab initio. Y esta situación no se da cuando se ejerce la facultad de retirarse de las tratativas, derecho que está expresamente permitido por el ordenamiento.

Resulta útil, sin embargo, a los fines de este trabajo, mencionar brevemente el análisis que efectúa Leiva Fernández¹⁸ sobre el derecho de contratar o no contratar. Sostiene el autor que en muchos casos la corrección al negociar es exigible no sólo al que eligió libremente contratar, sino aún al que se ve en obligación de hacerlo, o en la necesidad de hacerlo con determinada persona. Serían éstos, supuestos donde la libertad de contratar no existe o estaría, en todo caso disminuida (venta forzosa, depósito necesario y al seguro obligatorio, entre otros).

Agrega luego que, vincular el tema a la libertad de contratar o no contratar llevaría a liberar de las consecuencias del incumplimiento de sus deberes precontractuales al negociante de un contrato futuro en la medida en que haya visto restringida su capacidad negocial. Si esto fuera así, se vería seriamente disminuida la responsabilidad del aceptante de un contrato predispuesto, resultado éste, que a criterio del autor resulta impropio.

Leiva Fernández proporciona asimismo, una interesante definición de las «tratativas precontractuales» o «pourparlers», calificando tratativa precontractual a «todo acto voluntario lícito, realizado por alguna de las partes de un contrato futuro, enderezado a su celebración. Son los que preceden o pueden preceder a la formación de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad».¹⁹ Y agrega que las tratativas precontractuales no conducen indefectiblemente a la celebración del contrato, pero si se quiebran, deben concluir de buena fe. Si esto no sucede, se debe resarcir todos los gastos efectuados por la otra parte, es decir el «daño al interés negativo».

1.4.- Teoría de los actos propios

Merece dedicar un breve párrafo, a los fines de este trabajo, a la teoría de los actos propios, ya que la misma puede ser útil y de gran ayuda, cuando se busca calificar la ruptura intempestiva o el retiro arbitrario de las negociaciones.

Dice Cuiñas Rodríguez²⁰, refiriéndose a esta teoría, que los actos posteriores realizados en contradicción con lo antes manifestado o con la conducta observada con anterioridad durante las negociaciones por una de las partes, son generadores del deber de resarcir a la otra parte que enderezó su obrar en base a los primeros actos del que luego actuó de manera distinta a la originaria, frustrando así las expectativas legítimas que por sus propios actos había originado.

Lorenzetti²¹, refiriéndose a la misma doctrina de los actos propios, dice que si alguien realiza actos que producen expectativas jurídicas fundadas en otro, es contrario a la buena fe el ponerse en contradicción con sus propios actos.

16. BREBBIA R.H. ob.cit.

17. Citado por PICASSO S.» Instituciones de Derecho Privado Moderno. El Proyecto de Código Civil de 1998", 2001, Buenos Aires

18. LEIVA FERNÁNDEZ L. «Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio» LL- 1998-D, 1229

19. LEIVA FERNÁNDEZ L. ob. cit. Cita a DIEZ PICAZO L. Y GUILLON A. «Sistema de Derecho Civil», 1992, Madrid

20. CUIÑAS RODRÍGUEZ M. ob. cit.

21. LORENZETTI R. ob. cit.

1.5.- Presupuestos de la responsabilidad por ruptura intempestiva de las negociaciones precontractuales

Diez Picazo²² enumera cuatro presupuestos de la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva:

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

Agrega el autor, que para que la ruptura intempestiva de las tratativas precontractuales genere responsabilidad, debe ser arbitraria o injustificada. 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 sobreviniente.

Capítulo III. La responsabilidad extracontractual

1.- Responsabilidad extracontractual – Consideraciones generales

La sola circunstancia de que el hombre conviva en sociedad, conlleva que está sometido a pautas de conducta que regulan sus derechos y sus deberes. Por lo pronto, está sometido a un deber general de no dañar, el «neminem laedere» de los romanos²³. Este deber se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho, con independencia de que hayan estipulado o no, las pautas de su conducta recíproca. Es un deber genérico, que rige por el mero hecho de la convivencia social. Y es el fundamento del ordenamiento jurídico. La violación de este deber origina responsabilidad como sanción. Se concluye, entonces, que a veces la responsabilidad surge con independencia de que los sujetos hayan establecido las pautas de su conducta recíproca. Esta responsabilidad se denomina extracontractual

En otras situaciones, las partes establecen pautas que regularán su conducta en un acto jurídico contractual, generando obligaciones para ambas, que también serán susceptibles de incumplimiento. Éste dará origen a la responsabilidad contractual.

Al decir de Alterini, obligarse por un acto lícito, tiene «alcurnia de buen origen», es conforme a derecho y autoriza a reclamar su cumplimiento, y el incumplimiento origina, entre otras soluciones posibles, la obligación de satisfacer los daños.

En cambio, la responsabilidad extracontractual se basa en un deber general de no dañar, y cuando se viola ese deber, se genera la obligación de resarcir y ésta tiene «bastardía jurídica», pues tiene su origen inmediato en esa ilicitud. En otras palabras, los actos lícitos son generadores de obligaciones y sólo su incumplimiento provoca la reacción del derecho a través de la sanción, en la órbita extracontractual la fuente de la obligación es un hecho ilícito, que no presupone una conducta convenida entre las partes con fuerza jurídica vinculante. En la responsabilidad extracontractual, ésta se causa en el mismo origen, pues los delitos y los cuasidelitos civiles son ab initio casos de incumplimiento.

El «neminem laedere» (no dañar a los demás) de los romanos, se aprecia en todo orden jurídico con la regulación de las normas sancionatorias legales. El daño causado genera la obligación de reparar, sin que sea necesaria la previsión de las partes al respecto. El orden normativo lo imputa por sí, forzando la reparación del daño ilegítimo. Existe un deber general de no dañar, de no lesionar derechos subjetivos ajenos, de ajustar la propia conducta de modo que no interfiera ni provoque un menoscabo en los derechos de los semejantes.

En el tema que nos ocupa, el de la responsabilidad precontractual, y su naturaleza jurídica, si es de índole contractual o extracontractual, las discusiones doctrinarias se han sucedido a lo largo del tiempo, ya sea en el campo nacional, como en el extranjero. Más aún, la célebre teoría de la «culpa in contrahendo» del prestigioso jurista alemán Ihering, publicada en 1860, fue objeto de diversas y aún contrapuestas interpretaciones sobre los alcances del pensamiento del germano.

En nuestros días, se puede afirmar, de acuerdo a las tendencias más modernas, que nadie duda en situar esta clase de responsabilidad en el ámbito extracontractual. Y así lo entiende el Proyecto de Unificación de 1998, que superando divergencias doctrinarias de larga data, ubica esta clase de responsabilidad en la órbita extracontractual. Esto no significa, sin embargo, que esta responsabilidad no revista caracteres propios que la individualicen de la responsabilidad extracontractual originada por hechos ilícitos.

22. DIEZ PICAZO L. «Fundamentos del derecho civil patrimonial» citado por Leiva Fernández en ob. cit. pág. 1237

23. ALTERINI A.A. «La responsabilidad civil», Abeledo Perrot., 1998, Buenos Aires.

Por ejemplo, los sujetos vinculados por la obligación de resarcir no pueden ser otros que las personas que intervienen en la concertación o en la preparación del futuro acuerdo negocial. Mientras que en los supuestos de responsabilidad aquiliana, las partes pueden ser terceros extraños, sin ninguna relación previa entre sí.

Cabe señalar, sin embargo, que de prosperar el Proyecto de Unificación del Código Civil, estas divergencias doctrinarias sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la «culpa in contrahendo», perderían su objeto, pues el nuevo cuerpo normativo, unifica la responsabilidad civil, de resultas que la obligación de reparar por la comisión de un acto ilícito y la que surge del incumplimiento obligacional, se encontrarían sujetas a un mismo régimen²⁴.

Esta circunstancia de ningún modo diluye a la responsabilidad precontractual como categoría autónoma. Como ya se explicó precedentemente, la especificidad de la situación que nos ocupa (daño causado durante las tratativas previas a la celebración de un contrato), deviene necesario que la cuestión siga siendo objeto de estudio específico y sistemático. Sobre todo, y avalando esta postura, encontramos que en materia precontractual existe, una categoría autónoma de daño: el «daño al interés negativo».

Dice Lorenzetti, que cuando se ubica a la responsabilidad precontractual en el ámbito extracontractual, conviene precisar que no es igual el régimen de un accidente de tránsito que el de ruptura de las tratativas. «La responsabilidad extracontractual es un derecho común, que admite especificaciones en función del bien jurídico protegido»²⁵.

1.1.- Diferencias de régimen de las órbitas contractual y extracontractual

La importancia de señalar o de definir la naturaleza de la responsabilidad precontractual, radica especialmente en que ambas están sometidas a una diferente regulación jurídica. Se puede mencionar, entre otras:

- a) **Génesis:** El origen de la responsabilidad contractual es un obligación preexistente incumplida; el de la responsabilidad aquiliana, es la violación de un mero deber no obligacional (no dañar a los demás).
- b) **Estructura:** La responsabilidad contractual sustituye o se incorpora a la obligación preexistente; mientras en la otra, el deber de resarcir a causa de un hecho ilícito implica una obligación nueva.
- c) **Extensión:** La responsabilidad extracontractual es más amplia que la contractual, ya que se responde por las consecuencias inmediatas, mediatas y en ciertos casos, de las causales.
- d) **Prescripción:** El plazo de prescripción de la acción en la responsabilidad contractual es de 10 años, y en la extracontractual es de 2 años.

Sin embargo, esto no resulta tan claro en algunas situaciones, según lo señala acertadamente Alterini²⁶, cuando la responsabilidad que se imputa a los incumplimientos contractuales, ensancha su órbita de vigencia, toda vez que se incluyen en su regulación otros supuestos de actos lícitos, que no constituyen contrato. Y agrega, que en la etapa que se denomina precontractual, atendiendo a su temporalidad, hay una serie de obligaciones emergentes de la declaración unilateral de voluntad, que están regidas por las normas contractuales. Es decir, que la responsabilidad contractual rige también para supuestos en donde no hay contrato, y sus normas se aplican por argumento extraído del art. 16 del Código Civil. Sostiene Alterini, que denominar contractual a esta responsabilidad, atendiendo solamente a la ubicación metodológica de los preceptos legales, puede provocar equívocos. Se debe tener presente que se trata de responsabilidad derivada de obligaciones determinadas, que surgen de actos lícitos o de la ley, excluyéndose las que tienen origen en actos ilícitos.

Continuando esta línea argumental, también puede provocar confusión, denominar «extracontractual» a la responsabilidad originada por hechos ilícitos que no tiene por causa un acto lícito. Desde que lo extracontractual está fuera del contrato, debería comprender, sostiene el autor, una serie de supuestos incluidos en la responsabilidad contractual, que no importan contrato, como es consecuentemente, el tema que nos ocupa. Según Alterini, se debería denominar preferentemente responsabilidad aquiliana, atendiendo a su origen histórico y no responsabilidad extracontractual.

El distingo en dos clases de responsabilidad tiene su origen histórico en Roma. Una estaba regida por la Ley de las XII Tablas (responsabilidad contractual), y la otra por la Ley Aquilia (responsabilidad extracontractual). Pero, su unificación ha sido reclamada persistentemente por la doctrina y los estudiosos del derecho, acorde a las nuevas tendencias sobre responsabilidad por daños. Actualmente, son pocas las diferencias de régimen que subsisten, y carecen, la mayor parte de las veces, de un justificativo racional. Asimismo, los tribunales no se preocupan por definir la naturaleza de la responsabilidad (contractual o extracontractual), si no existe el interés de hacerlo. El Proyecto de Unificación del Código propone lisa y llanamente la derogación del art. 1107.

24. PICASSO S. ob. cit. nº 9

25. LORENZETTI R. ob. cit.

26. ALTERINI A.A. ob. cit. nº 14

Sostiene Alterini²⁷, que la unificación de regímenes en materia de responsabilidad, no puede eliminar ciertas diferencias que existen en las órbitas contractual y extracontractual en cuanto conciernen a ontologías diversas. «Así como la moda unisex no convierte al hombre en mujer, ni la mujer en hombre, la unificación de regímenes no puede diluir la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito.» En todo caso, agrega, que la eliminación de diferencias o su mantenimiento, responderá a razones de política legislativa.

Ordoqui Castilla, un jurista uruguayo, en un trabajo publicado con motivo de un homenaje al Dr. Goldenberg²⁸, llamado «Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas», señala que habitualmente el estudio del daño como fenómeno jurídico, se basa exclusivamente en la órbita de la responsabilidad contractual y extracontractual. Sin embargo, sostiene que hay casos en que el daño se origina causalmente de un comportamiento lícito y adquiere relevancia jurídica, es decir, es un daño resarcible. Citándolo a Carnelutti, agrega que «actualmente los juristas se encuentran afectados por el peso de la tradición que los lleva necesariamente a relacionar correlativamente ambos conceptos. Poco a poco se están dando cuenta que el resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también con actos lícitos»

Si se parte de una premisa errónea, como es que la causa de la obligación de resarcir, siempre es una norma o una conducta violada, se excluye a priori la categoría de actos lícitos dañosos. De Cupis sostenía que sólo excepcionalmente el derecho reacciona ante daños lícitos y los llamaba «un apéndice anómalo de la responsabilidad civil».

Si se analiza el daño causado por una conducta lícita, se advierte una relación jurídica en la cual una parte ejercita un derecho y por el otro lado, la obligación de compensar respecto del que ejercita un derecho no cumple una función sancionatoria, sino que se trata de proteger la esfera jurídica del afectado, compensándole en dinero lo que supuso una disminución patrimonial.

Ordoqui Castilla propone un análisis interesante sobre el significado de las palabras y sostiene que cuando una misma palabra individualiza fenómenos jurídicos dispares se vuelve vaga e imprecisa. Y agrega que eso es lo que ocurre con el término «responsabilidad» en el ámbito del derecho extracontractual. En su acepción clásica, «responsabilidad» significaba un presupuesto de hecho bien determinado: daño causado por una conducta ilícito-culposa, y su correspondiente sanción: obligación de resarcir. En nuestros días, se utiliza el mismo término, pero con el solo propósito de querer señalar la existencia de una obligación de resarcir, sin que interese como está conformado el presupuesto de hecho que la origina. Según opinión de algún autor, el término se ha transformado en «un verdadero monumento a la esterilidad»

La obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas, que algunos autores erróneamente denominan «responsabilidad por daños lícitos», tiene una estructura que le es propia, pues se da independientemente del presupuesto de hecho de una conducta ilícito culposa; y tiene también una función específica, pues la suma debida no lo es por motivos sancionatorios, sino más bien «compensatorios». Se pretende resolver los conflictos de interés, conforme a los principios de una «justicia distributiva».

Sostiene Ordoqui Castilla que el daño en sí, no es lícito ni ilícito, ya que no es la causa sino la consecuencia de la conducta del agente, y es sólo a ésta la que debe calificarse como tal.. Por eso, prefiere obviar los términos «responsabilidad» y «daños lícitos» y utilizar la expresión «obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas». Y agrega que la teoría moderna sobre el derecho extracontractual ha desplazado el núcleo de la responsabilidad que antes se apoyaba en la conducta ilícito-culposa, hacia el daño relevante jurídicamente.

El análisis que efectúa el autor, permite deducir razonablemente, que el «daño al interés negativo», se encuentra incluido en esta propuesta, pues son aquellos daños que se originan por conductas permitidas por el ordenamiento jurídico y sin embargo, la norma responde en algunos casos con la obligación de compensar. Vazquez Ferreyra, en su obra «Responsabilidad por Daños», señala que si bien es cierto que el derecho tolera y hasta permite el desarrollo de ciertas actividades que pueden resultar dañosas para terceros, ello no le puede quitar el carácter antijurídico a la acción, cuando ésta es causa de un daño injustificado. La responsabilidad no se origina por lo prohibido del acto, sino porque no está permitida la ejecución u omisión de conductas que puedan interferir en la esfera patrimonial de otra persona. La ejecución de una actividad lícita no conlleva, como corolario indispensable, la licitud de todas las consecuencias resultantes, ni legitima los perjuicios causados.

Habría, según sostiene un autor²⁹, una exigencia social de cooperación, que lleva a imponer la reparación de daños causados por hechos lícitos. Y concluye manifestando, que el Derecho de las Obligaciones, no es

27. ALTERINI A.A. «Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales», Ed. Abeledo Perrot . 2000, Buenos Aires.

28. ALTERINI A.A./LOPEZ CABANA (Directores), «La responsabilidad – Homenaje al Profesor Dr. Isidoro Goldenberg», Ed. Abeledo Perrot, 1995, Buenos Aires.

29. BETTI «Teoría General de las Obligaciones», citado por Ordoqui Castilla, ob.cit.

el «reino de la voluntad», como lo entiende el pensamiento neoliberal, sino el «reino de la socialidad», un reino donde el derecho protege la solidaridad humana y el bien común.

Aceptada la premisa que la responsabilidad precontractual, pertenece a la órbita aquiliana o extracontractual, y que la consecuencia que se genera por la ruptura intempestiva de las tratativas, es el «daño al interés negativo», tanto la doctrina como la jurisprudencia, aún en la actualidad, tratan de encontrar un razonamiento adecuado a los fines de situar este fenómeno dentro de la conducta ilícito-culposa que encajara en el tipo de la responsabilidad extracontractual, conforme al criterio tradicional. Pareciera más acertado, cuando se da esta clase de situaciones, hablar de obligación de compensar daños causados por conductas lícitas. Y el justificativo debiera encontrarse en el criterio que si bien el ordenamiento jurídico tutela la libre voluntad contractual, principalmente en la etapa de las tratativas, donde aún el contrato no se ha perfeccionado, no por ello se excluye que si esta actividad causa un daño, no deba ser compensado. Según Ordoqui Castilla, no es una sanción, sino una interrelación de interés, conforme a los lineamientos que surgen de la justicia distributiva, que implica asignar proporcionalmente a los miembros de la sociedad, los beneficios y las cargas que dimanen del bien común. Es decir, se trata de imponer un equilibrio entre intereses contrapuestos tutelados por el derecho.

Capítulo IV. El Daño

1.1.- Concepto

El daño, en su acepción clásica, aparece como el menoscabo que sufre una persona en sus bienes patrimoniales (daño material), y en ciertas hipótesis, en la lesión al honor o a las afecciones legítimas (daño moral o extrapatrimonial).

En su sentido genérico, el daño es la alteración disvaliosa de una situación favorable. Y en su sentido fenoménico, es el menoscabo o detrimento de un bien. Entendiéndose por menoscabar, disminuir, acortar, reducir a menos, etc. Muchas veces, el daño es también un fenómeno jurídico, susceptible de desencadenar la reacción del derecho. Y este es el concepto jurídico de daño que nos ocupa: el daño resarcible.

Asimismo, el daño resarcible debe reunir los requisitos de certeza y personalidad, como así también éste debe resultar de la lesión de un derecho subjetivo o un interés legítimo. El art. 1068 del Código Civil define: «Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades», (daño patrimonial) Asimismo, el art. 1078 del Código Civil dice: «La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.....» (daño extrapatrimonial).

Sin embargo, dice la Dra. Agoglià³⁰, que esta noción del daño como menoscabo de un bien, se diluye en el momento de distinguir entre el daño patrimonial y el extrapatrimonial, toda vez que un perjuicio a un bien material puede provocar un daño patrimonial o extrapatrimonial, y viceversa lo mismo puede ocurrir con el agravio de un bien extrapatrimonial.

Se critica la definición de daño concebido como la «lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo», debido a su estrictez, en tanto se advierte la existencia de intereses derivados de bienes que no otorgan a su titular derecho subjetivo alguno (intereses jurídicos estrictos individuales). Y existen asimismo, situaciones de hecho cuya perturbación produce la cesación de un beneficio económico concreto (interés simple o de hecho jurídicamente relevante).

Por ello, sostiene que, en puridad, la noción de daño apunta a la afectación de intereses jurídicos patrimoniales o espirituales, dentro de los cuales se inserta la tutela de aquellos simples o de hecho, siempre que sean serios y lícitos.

Dentro de este panorama amplio se encuentran comprendidos el derecho al crédito, los intereses económicos en general, la pérdida de «chance», y una vasta protección a la integridad psicofísica, como así también se propicia una amplia reparabilidad del daño moral, el derecho a la intimidad, a la propia imagen, a la identidad, etc. Es decir, «se ha transcurrido de la intangibilidad del patrimonio a la inviolabilidad de la persona»³¹

Es decir, la moderna responsabilidad civil se centra alrededor del «daño injusto», que debe ser reparado a ultranza, en defensa de los derechos de la víctima. Es daño, es entonces, el centro de gravedad, sobre el cual reposa el deber de responder. Y en ciertas ocasiones, aunque no medie una acción antijurídica, la

30. AGOGLIA M.M. «El daño jurídico», La Ley, 1999, Buenos Aires

31. AGOGLIA M.M. ob. cit.

injusticia del daño impone su resarcimiento. Es entonces, la idea de justicia, el norte de la responsabilidad civil.

Agoglia, en su esclarecedor y meduloso trabajo sobre el daño jurídico, proporciona un ajustado análisis sobre las diferentes concepciones u orientaciones sobre la elaboración de un concepto de daño jurídico. Según la autora, existen tres corrientes de pensamiento doctrinal:

- 1) Las que asimilan el daño a la pérdida o menoscabo de un bien o a la violación de un derecho subjetivo.
- 2) La que lo identifica con las consecuencias perjudiciales derivadas del hecho ilícito.
- 3) La que lo define como la lesión a un interés jurídico.

Las dos primeras, son objeto de crítica por parte de la autora, que, en honor a la brevedad, se intentará resumir en pocas pero necesarias palabras.

La primera de las definiciones, para Agoglia, peca de errónea, pues el derecho tutela los bienes, sólo en la medida en que satisfacen intereses humanos, por lo que resulta indebido centrar la noción de daño en el menoscabo o detrimento de un bien. Asimismo, esta visión de daño resulta parcializada, pues el derecho ampara también los simples intereses, como aquellos otros, denominados supraindividuales o colectivos.

La segunda de las teorías, identifica al daño por sus consecuencias perjudiciales y sostiene una noción bifrontal del daño: una en sentido lato, como la pérdida o menoscabo de un bien jurídico, de un derecho subjetivo o un interés, Y en sentido estricto, como elemento de la responsabilidad civil, lo define por sus repercusiones en la esfera patrimonial o extrapatrimonial. Esta noción es criticada por Agoglia, pues sostiene que, el concepto de daño jurídico no debe ser aprehendido con un criterio bifrontal, pues ya sea en sentido lato o estricto (daño resarcible), posee la misma esencia. Y agrega que la responsabilidad civil no es un compartimiento estanco del derecho objetivo, sino que forma parte del ordenamiento jurídico en su totalidad. Científicamente la noción de daño es única, y como fenómeno debe definirse por su esencia, no por sus efectos.

Finalmente, adhiere a la tercera de las corrientes de pensamiento: el daño es la lesión a unos intereses jurídicos, patrimoniales o espirituales. Pues la finalidad del derecho, es la tutela de los intereses humanos interrelacionados o a veces contrapuestos. Decía De Cupis³², lo que el derecho tutela, el daño vulnera» El interés humano es el centro de la tutela jurídica.

Los bienes, tienden a satisfacer intereses humanos, y es por esa virtud, que son protegidos por el derecho. De allí, que la definición de daño como menoscabo a un bien jurídico carezca de rigor, pues el bien es amparado por el ordenamiento jurídico siempre que responda al interés de una persona. El daño afecta la facultad de actuación del otro en la esfera de su propio interés.

Según De Cupis, «el interés es la relación objetiva existente entre el ente que experimenta la necesidad y el ente idóneo para satisfacerla»

De este modo, y según esta corriente, el interés se perfila como una situación de provecho, por el que la persona satisface sus necesidades, a través del disfrute de determinados bienes. Y es así, que el derecho, tiende a la protección de esas situaciones de los sujetos respecto de los bienes, más que a la tutela de los bienes en sí mismos.

En resumen, el daño es la lesión a un interés amparado jurídicamente. Y esta noción exige, como recaudo principal, que el interés atacado sea lícito, es decir no repugnante el derecho, o que no esté expresamente censurado por el ordenamiento jurídico.

No es necesario, para que el interés sea jurídico, que el sujeto posea una facultad de actuación sobre el bien que sufre el menoscabo. El simple interés o interés de hecho, siempre que sea lícito, serio y justo, es suficiente para obtener la tutela del derecho. El bien, es la entidad capaz de satisfacer un interés del sujeto. El interés es la posibilidad que tiene ese sujeto de satisfacer su necesidad por medio de ese bien. De allí, que el interés haya sido definido como una situación de provecho. En otras palabras, según señala Agoglia, cuando a una persona se le hurta una cantidad de dinero, el daño se produce en razón de que sale del bolsillo de la víctima y no porque se extinga o salga de circulación. Es decir, el daño consiste en la afectación de la relación existente entre el sujeto que tiene la necesidad y el bien capaz de satisfacerla.

Sin embargo, puede haber situaciones en que la alteración disvaliosa de los intereses jurídicos producido por el hecho ilícito, no genere indemnización. Por ejemplo, según algunos autores, si el daño es insignificante, podría no generar resarcimiento, por aquella antigua máxima romana «de minimis non cura praetor» (de lo mínimo no se ocupa el pretor). O que faltare el requisito de persistencia del perjuicio, por haber operado la «compensatio lucro damno», esto es la compensación del daño con el lucro (compensación de beneficios), la víctima recibe ciertos beneficios a causa del daño, en cuyo caso el perjuicio habría dejado de existir. Otro ejemplo puede ser el «peligro de daño», que es daño en sentido genérico, aunque no sea resarcible, pues provoca un menoscabo en la relación del sujeto con el bien jurídico amenazado (interés), obstaculizando el pleno goce del mismo.

32. DE CUPIS «El daño», citado por Agoglia. ob. cit.

En todas estas situaciones, aunque no proceda una acción resarcitoria, la lesión de intereses jurídicos abriría la vía al reclamo de medidas judiciales tendientes a prevenir o hacer cesar el daño.

Según la conclusión a la que arriba Agoglia, el daño, sea en sentido lato o estricto —es decir, resarcible— posee la misma esencia: minoración de intereses tutelados por el derecho. Cuando dicho interés jurídico da lugar a reclamo, se configura el daño resarcible. Lo importante, según esta acepción, es que sea potencialmente reparable.

Las pérdidas patrimoniales sufridas o ganancias frustradas, o el sufrimiento, o la pérdida del goce de la vida, son las consecuencias del daño, constituyen su contenido, pero no hacen a su esencia³³.

Las consecuencias dañosas, se determinarán de acuerdo a la relación de causalidad adecuada. Una vez determinada la existencia de daño injusto, es decir, la lesión de un interés tutelado por el derecho, opera el análisis sobre el quantum resarcible. Y es en este nivel que se determinan las consecuencias nocivas reparables y la extensión de los límites de su resarcibilidad.

Las consecuencias dañosas poseen la misma naturaleza que el interés afectado, pero no hacen a la esencia del daño, sino que determinan el quantum a resarcir, en otras palabras, establecen la medición del daño.

1.2.- Reparación integral y reparación plena

Según sostiene un autor³⁴, la reparación integral es un principio de máxima, pero no siempre ocurre así. «Debe repararse todo el daño», sería un ideal de máxima, pero esto no sucede en todos los casos., puesto que la víctima debe soportar, en ocasiones, total o parcialmente, la carga de asumir el detrimento que implica el daño. Sería el caso, por ejemplo, de una consecuencia remota del incumplimiento, en que el daño no le es imputado al autor (art. 906 del Código Civil). Tampoco se configura responsabilidad civil cuando el daño es consecuencia de un caso fortuito (art. 513, primera parte del Código Civil).

Sostiene Alterini³⁵, que en realidad, la expresión «reparación integral», no quiere decir nada. Sólo tiene sentido, para el autor, hablar de «reparación plena»: la que condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo que cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño.

El autor de un daño debe soportar plenamente la indemnización, cuando se hace cargo de todas las consecuencias en relación causal jurídicamente relevante. Según nuestro ordenamiento jurídico, en la medida de las consecuencias inmediatas, mediatas y causales (arts. 901 y ss. del Código Civil) para la órbita extracontractual, y en la órbita contractual, en los arts. 520, 521 y 622 del Código Civil.

2.- El daño reparable

Según un interesante enfoque³⁶, el daño es la expresión de la crisis en el sistema de gobernabilidad de la sociedad, y es mediante «condicionamientos» que el mismo sistema trata de imponer, que el daño puede o no transformarse en categoría jurídica de «daño reparable».

Mosset Iturraspe no coincide con la doctrina tradicional que imponía al daño jurídicamente relevante, los requisitos de a) certidumbre; b) que sea personal del accionante y c) que resulte de la lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo. Considera el autor, que esta noción es elemental y encubridora del verdadero sentido del daño, esto es: como crisis de gobernabilidad del sistema.

Según este autor, la sociedad civil delega la vigilancia y el control mutuo, a través de la elección de representantes y la división de poderes, como garantía del sistema como tal. Esta estructura debiera asegurar una adecuada gobernabilidad, sin embargo esto no siempre es así. La gobernabilidad asume una función de prevención, es decir, de no acaecimiento del daño. Y en esta contradicción entre poderes, si triunfa el poder instaurado, o sea el poder legitimado, habrá cohesión del sistema. Pero, si el conflicto persiste, se pone en peligro la gobernabilidad, pues puede éste producir cambios radicales o parciales, que pueden provocar daños al sistema. El conflicto social, aparece de esta forma, superando la previsión y la vigilancia. En este escenario la ingobernabilidad se traduce en crisis. Es por ello que, el daño es una de las tantas formas en que se materializa el estallido de ingobernabilidad del sistema de previsión.

El daño, sostiene Mosset Iturraspe³⁷, aparece como una situación de conflicto no resuelto de poderes, como una contradicción del sistema. Es la materialización de una lucha ideológica entre a) la máxima protección del ser humano que brinda la gobernabilidad del sistema a través del poder instaurado y b) las empresas o los agentes económicos que desean desarrollar su actividad con el mínimo de riesgos posible y el mayor traslado de daños a la sociedad.

33. BUERES A. «El daño injusto y la ilicitud». Citado por Agoglia en ob. cit.

34. LOPEZ CABANA R. «Limitaciones a la íntegra reparación del daño « en «La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Dr. Isidoro Goldenberg», Ed. Abeledo Perrot, 1995, Buenos Aires

35. ALTERINI A.A. «Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales», Ed. Abeledo Perrot, 2000, Buenos Aires.

36. MOSSET ITURRASPE Teoría General de la Reparación de Daños, Ed. Astrea, 1997, Buenos Aires.

37. MOSSET ITURRASPE ob. cit.

Para explicar mejor este concepto: se produce una lucha de opuestos, donde el empresario pretende que los riesgos sean trasladados a los consumidores y que los daños que puedan suceder no sean reparables; y los consumidores pretenden que se minimicen los riesgos y también más controles por parte del Estado para que no se materialicen los daños. Según el autor, la pregunta que surge inevitablemente, es como se logra aminorar el daño inevitable a través de la prevención y los controles y como responde la sociedad en cuanto a su reparación.

La respuesta a este interrogante dependerá de que surja como producto de una negociación con el arbitraje del Estado, como en el Estado de bienestar alemán, o que sea el resultado de una imposición con la connivencia del Estado, como sucede con las políticas neoliberales, que tienden a la flexibilización de los controles por parte del Estado.

Mosset Iturraspe, en su medular trabajo, traza un paralelo entre el desarrollo de los derechos del hombre y la evolución de la responsabilidad civil, a la reparación de daños.

Comienza el camino con los derechos individuales, en la década de 1850/1860, donde se protege en patrimonio y la persona del Estado. Afirma el autor, que éstos son los derechos burgueses o de la burguesía: los derechos de los propietarios. Estos son los derechos de primera generación, los derechos económicos de los burgueses, frente al Estado Nación, como claramente lo refleja la Constitución y el Código Civil, que son producto de esa época.

Luego, en la período de 1949/1957, surgen los derechos sociales y se produce la consolidación por parte del Estado de los derechos del trabajador. Estos son los llamados derechos de segunda generación. Fueron necesarios acontecimientos como la Primera Guerra Mundial y la revolución rusa, entre otros, para que comenzaran a plantearse cuestiones como la dignidad del obrero y el derecho de la familia, tópicos éstos que hasta ese momento no se habían tenido en cuenta.

Los derechos de tercera generación, son los derechos personalísimos, que aseguran un mínimo de dignidad en el hombre, como ser humano, tales como el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho al propio cuerpo, a la intimidad, etc. Se produce una jerarquización de la dignidad del ser humano. Nuestro ordenamiento lo refleja con la reforma del Código Civil de 1968, y con la firma del Tratado del Pacto Internacional de Costa Rica. Mosset Iturraspe define esta protección como una consolidación de la humanización.

En la década de 1979/1980, se produce el reconocimiento de los derechos ambientales como preservación del hábitat humano individual y colectivo. Y se consagra definitivamente, la categoría de daño ambiental y la obligación de recomponer, en la reforma a la Constitución en 1994. Se protege la consolidación del hábitat.

Y por último, en la década de 1990/2000 surgen los derechos económicos. Se abandona la idea de protección o defensa del patrimonio, que predominaba a fines del siglo XIX, propio de una idea burguesa que buscaba sustituir la propiedad del rey, por la consolidación de la propiedad en manos de la burguesía. Actualmente, se da una situación histórica diferente, con el afianzamiento mundial de un sistema de economía capitalista de acumulación privada y por ende, con una mayor trascendencia de otros derechos económicos como por ejemplo, la seguridad del capital, la rentabilidad esperada, el derecho al trabajo, etc.

Según el autor, de acuerdo a este enfoque que propone, se debe hablar de derechos económicos y extraeconómicos, en vez de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. Porque así lo indica la evolución que se ha producido de la responsabilidad civil, a la reparación de daños.

«La categoría de daño reparable, es mucho más que decir simplemente que el daño debe ser cierto, personal y lesionar un interés legítimo. Que es, y así debe demostrárselo, el camino de los sucesos sociales históricos de la humanidad; que está ligado con lo ético, económico, justo, sociológico, etc. y en manera alguna es una mera abstracción dogmática del derecho, en donde el Estado desempeña un rol trascendental»³⁸.

38. MOSSET ITURRASPE . ob. cit.

Capítulo V. Daño al interés negativo

1.- Concepto

Daño al interés negativo es aquel que se compone por todos los daños sufridos por el acreedor, a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó, que se extinguió o que resultó inválido. En otras palabras, comprende todos los daños en relación de causalidad adecuada, que ocasiona la frustración del acto en sentido amplio.³⁹

El Proyecto de Unificación del Código Civil de 1998, proporciona una definición en su art. 520: «En este Código se denomina «interés negativo» a los gastos y pérdidas sufridas en el proceso de formación del contrato».

Esta clasificación, como fue mencionado anteriormente, (ver Capítulo I), proviene de Ihering, y pese a que aún no está consagrada en nuestro derecho de fondo, es aceptada con beneplácito por la doctrina y la jurisprudencia.

Resulta útil, a los fines de este trabajo, efectuar una distinción entre el «daño al interés positivo» o de cumplimiento y el «daño al interés negativo» o de confianza. Según explicita López de Zavalía «...Positivo, es el interés que contratante tiene en la ejecución de un contrato, interés que en el caso de inejecución de éste debe ser satisfecho indemnizándose el daño emergente y el lucro cesante, Negativo, es interés que tiene en la no conclusión del contrato, comprendiendo la indemnización de éste todo lo que tendría de no haber concertado el contrato nulo y que pueda abarcar también el daño emergente y el lucro cesante».

Según un autor, que prefiere la clasificación de daño en económico y extraeconómico, el daño emergente se refiere a la pérdida de valores económicos acumulados (de existencia patrimonial) y el lucro cesante remite a una situación de posibilidad económica de ganancias. Que no debe confundirse con la pérdida de chance. Ésta última implica probabilidad, esto es se ha perdido la certidumbre del lucro cesante para transformarse en un hecho de acaecimiento potencial, pero igualmente mensurable⁴⁰

Señala Ghersi⁴¹, que en las distintas etapas por las que transita la formación del negocio jurídico, es factible que la parte que tiene una «actitud expectante» realice una serie de actos económicos-jurídicos que guarden relación causal con el mismo (gastos en servicios, compras, negociaciones paralelas, etc.) que de pronto quedan trucas y, precisamente por aquella conexión negocial, se frustran. Esto provoca que la situación patrimonial de esa parte, ya no sea la misma, pues se ha producido un menoscabo en su patrimonio, esto es, ha sufrido un daño injusto.

El Dr. Llambías⁴² lo explica señalando que se trata de una situación jurídica «que mira al pasado», y que se trata de restablecer el «satus quo» patrimonial del estado anterior, a la expectativa de conformación negocial.

Esto no es compartido por Bueres⁴³, quien manifiesta que al querer precisar el concepto de daño al interés negativo, se suele repetir, casi por tradición, que éste consiste en restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de concertarse el negocio, esto es: «mirar hacia el pasado». Esta idea es, para el jurista, acotada y estrecha. Pues si se atiende al sentido literal de la afirmación, sólo cabría indemnizar los gastos efectivamente sufridos y no otros, lo que configuraría una reparación insuficiente. Dice Bueres, en el fallo plenario que se comenta: «no se trata de mirar al pasado o al futuro.....el lucro cesante y las chances de ganancia son daños actuales y ciertos, de donde interesa el «hoy» y el «ahora». Por tanto conceptúo que, en rigor, el interés negativo o interés de confianza es aquel que se compone de todos los daños sufridos por el acreedor a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó o que se extinguió»⁴⁴.

2.- Extensión del resarcimiento

El tema de la extensión del resarcimiento que comprende el «daño al interés negativo», fue motivo de innumerables debates doctrinarios. Aún en nuestros días, se pueden encontrar divergencias y opiniones encontradas sobre los rubros de indemnización que comprende este instituto.

La primera observación que surge, sin duda alguna, es la interpretación que hacen los estudiosos del derecho sobre el alcance que le otorgó Rudolf von Ihering, el creador de la teoría de la «negative vertrags interesse» (daño al interés negativo) o «vertrauens interesse» (interés de confianza).

39. BURGOS D. LAVEGLIA G. MAINARD C. «Daño al interés negativo» JA-1994-I, 788, Buenos Aires

40. MOSSET ITURRASPE ob. cit.

41. GHERSI C.A. «El daño al interés negativo en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial», JA-1987 IV, 962

42. LLAMBIAS J.J. «Tratado de Derecho Civil. Obligaciones» Tomo 1, Ed. Abeledo Perrot, 1978, Buenos Aires.

43. CNCiv, en pleno, febrero 22-1990, «Civil Juan c. Progress S.A. y otros», LL-1990-E, 493

44. BUERES . Fallo citado, pág. 494

Brebbia⁴⁵, interpreta que el maestro germano, incluía en el daño al interés negativo, todo el daño sufrido por el acreedor a raíz de haber confiado en la validez de un negocio que finalmente no se concretó, sin que mediara culpa de su parte. Dentro de ese interés negativo, queda comprendido el daño emergente y el lucro cesante.

Pero agrega en su nota que la extensión del resarcimiento que corresponde de acuerdo con la tesis de Ihering, ha sido interpretada de distinta manera por la doctrina. Según Brebbia, los autores europeos, como Faggella, Saleilles, Messineo, De Cupis, se inclinan por interpretar extensivamente la doctrina del interés negativo expuesta por Ihering, pero no propician esa solución en sus respectivos sistemas.

Cuiñas Rodríguez⁴⁶ interpreta que el resarcimiento del daño al interés negativo, según la teoría de Ihering, comprendía sólo el daño emergente en sentido estricto. Es decir, los gastos efectivamente realizados por el precontratante defraudado en la frustrada tratativa negocial.

En la doctrina nacional, Lafaille también sostenía este criterio estricto del resarcimiento.

Bustamante Alsina⁴⁷, enrolado en la tendencia, de «mirar al pasado», define que el interés negativo es el de confianza «consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio, y que no hubiera sufrido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio nulo».

En nuestros días, y de acuerdo al moderno derecho de daños, se tiende a considerar «todo el daño», que tenga una relación de causalidad adecuada con el hecho que lo originó.

Es interesante el análisis que efectúa Brebbia⁴⁸, al referirse a la extensión del resarcimiento. Considera fundamental el emplazamiento de la responsabilidad precontractual en la órbita extracontractual o aquiliana, ya que de esta manera, al tratar los diferentes supuestos de responsabilidad «in contrahendo», se podrá afirmar que la obligación de resarcir en tales casos deberá ser «integral», es decir comprensiva del daño emergente y del lucro cesante (art. 1069 y 1077 del Cód. Civil) y se extiende a las consecuencias que normalmente derivan del hecho que origina la responsabilidad.

La diferencia sustancial, en el período precontractual, que incluye las tratativas anteriores a la emisión de la oferta, según lo enseñó Faggella, radica en que el daño producido en el período de las tratativas anteriores a la oferta, el damnificado sólo tiene derecho a demandar el reembolso de los gastos sufridos con motivo de las negociaciones, pero no la ganancia dejada de percibir (lucro cesante), porque no existe una relación de causalidad adecuada.

Esto es así, porque la privación de la supuesta ganancia no tiene por causa la interrupción culposa⁴⁹ de los «pourparlers», sino en la propia conducta del precontratante al sostener negociaciones con una persona que aún no se había comprometido formalmente a realizar ninguna prestación. Es decir, negociar implica riesgos económicos, y el que encara una negociación sabe, que podrá concluir exitosamente o no.

En cambio, en el período a partir de la emisión de la oferta, la retractación generará la obligación de resarcir no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, configurado por la privación de la ganancia que la víctima hubiere obtenido de no haber sido inducido a error por la formulación de la oferta. Existe una promesa formal de contrato, y no una mera invitación a negociar. En este caso, la ganancia frustrada, tiene un nexo de causalidad adecuado con la ruptura o con el retiro intempestivo.

En síntesis, la responsabilidad precontractual, en un sentido temporal, tiene dos etapas claramente diferenciadas: a) las tratativas o «pourparlers» antes de la emisión de la oferta y 2) la negociación posterior a la plicitación de la misma. El vínculo obligacional es sin duda alguna, de mayor intensidad en la segunda, por lo que se puede provocar consecuentemente, un incremento en los daños causados.

Dice Mosset Iturraspe⁵⁰ que es tema de debate y ardua discusión doctrinaria, si debe incluirse el lucro cesante o no, en el interés negativo. Se inclina por el criterio, predominante en la doctrina europea, que el interés negativo se extiende para abarcar las ganancias que se pudieron obtener en un negocio dejado de lado, etc. Es decir, además del daño emergente, comprende un cierto lucro cesante.

Leiva Fernández⁵¹, en su detallado trabajo sobre la responsabilidad precontractual, sostiene que se resarce tanto el daño moral, como el patrimonial, y en este último, tanto el daño emergente, como el lucro cesante. Pero no es al daño al interés positivo o de cumplimiento, que es el que corresponde al incumplimiento de un contrato válido, sino corresponde al daño causado al interés negativo. Agrega, que si bien hubo discrepancias o dudas sobre la inclusión del lucro cesante en el daño al interés negativo, en general tanto la

45. BREBBIA R. H. ob. cit. pág. 25

46. CUIÑAS RODRIGUEZ M. ob. cit., pág.860

47. BUSTAMANTE ALSINA J. «Teoría general de la responsabilidad civil», Ed. Abeldedo Perrot, 1992, Buenos Aires, pág. 88.

48. BREBBIA R. ob. cit., pág. 108

49. Brebbia entiende que el fundamento de la obligación de resarcir reside en la culpa, entendiéndose ésta en su sentido más amplio.

50. MOSSET ITURRASPE J. «Responsabilidad por daños», Ed. Rudinzal Culzoni, 1998, Buenos Aires, pág.269

51. LEIVA FERNÁNDEZ L. ob. cit., pág. 1242.

doctrina como la jurisprudencia⁵², entienden que puede corresponder la inclusión del lucro cesante en la cuenta de daños.

En definitiva, de acuerdo a las modernas tendencias tanto en la doctrina nacional, como la extranjera, se entienden incluidos dentro del interés negativo, o de confianza, tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Cuiñas Rodríguez⁵³ sostiene que una vez atribuida la responsabilidad precontractual, deberán resarcirse de los daños ocasionados, sólo los que tengan un nexo causal adecuado con la conducta antijurídica e imputable al autor. Y agrega que en lo que hace al quantum del daño, el mismo no puede configurarse como daño al interés positivo, toda vez que la responsabilidad precontractual supone un «no contrato», por falta de integración de la oferta y la aceptación. Será entonces, por exclusión, que el daño al interés negativo comprendería todos los gastos y pérdidas sufridas en el proceso tendiente a la formación de un contrato. Estos gastos comprenderán lo concretamente invertido para tratar de contratar válidamente. Y las pérdidas abarcarán toda chance o posibilidad descartada por el contratante frustrado, como ser por ejemplo, las ganancias dejadas de obtener por no atender otras tentativas contractuales u ofertas, o inclusive, ganancias que no obtuvo en su propia actividad o giro comercial por haberse dedicado a las tratativas luego abortadas. Dice Cuiñas Rodríguez que la referida pérdida de chance será una especie de lucro cesante al interés negativo, mientras que los gastos efectuados configurarán un daño emergente.

Todo ello, para ser daños resarcibles, deberán tener una conexión causal adecuada con el obrar antijurídico atribuible al contratante victimario. Y será en definitiva, el juez, en cada caso particular, el que evaluará si se dan los extremos indicados.

Agrega el autor, que si además del daño patrimonial, se configura algún otro daño, sea patrimonial o extrapatrimonial, v. gr. daño moral, también deberá ser resarcido, atendiéndose así al norte de la reparación plena.

Se debe señalar que el Proyecto de Unificación del Código Civil de 1998, en su art. 1600 inc.c., determina: «el daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el negocio frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto»

De la lectura del citado artículo se desprende que quedaría reconocido un cierto lucro cesante, y que en todo caso, sería el juez el que resolvería en cada caso particular, la extensión del resarcimiento.

Conclusión

A la luz de todo lo expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) La responsabilidad precontractual, en el tema que ha sido objeto de este trabajo, es decir, retiro intempestivo o ruptura arbitraria de las tratativas anteriores al perfeccionamiento del contrato, es de naturaleza extracontractual, o -acorde a lo que aconseja Alterini- aquiliana. Por supuesto que sin desconocer, que su naturaleza extracontractual tiene características propias, sin ser por eso un «tertius genius». Cabe destacar, que en el proyecto de Unificación del Código Civil, se unifican los regímenes de la responsabilidad civil, por lo que esta división no tendría sentido.
- 2) El factor de atribución será el abuso del derecho, es decir, según lo grafica el maestro Spota: «abuso del derecho de no contratar». Un derecho que se ejerce de manera antifuncional y produce un resultado no querido por el ordenamiento. Así lo entiende el proyecto de reforma del Código Civil de 1998, que lo incorpora expresamente.
- 3) El instituto del «daño al interés negativo», típico de la responsabilidad precontractual, no está expresamente contemplado en nuestro derecho de fondo, pero ha sido elaborado por la doctrina nacional de acuerdo a los principios generales del derecho y de acuerdo asimismo, a lo receptado de la doctrina y derecho extranjeros y es también aplicado por nuestra jurisprudencia. El Proyecto de Unificación del Código Civil lo regula expresamente.
- 4) La extensión del resarcimiento, debe contemplar todo el daño, siguiendo el norte de la justicia que es la reparación plena. Por supuesto que se deberá resarcir todo el daño que tenga una relación de causalidad adecuada con el hecho que lo generó. Debe destacarse que en el Proyecto de Unificación del Código Civil, la redacción no es del todo feliz, ya que menciona que se deberá indemnizar «los gastos y pérdidas sufridos». Hubiera sido conveniente utilizar una expresión menos genérica, que terminara con las divergencias acerca de la extensión de este tipo de daño.

52. Ver «Klaus Bocker c. Litoral Citrus» LL-1997-F, 166, «Confitería El Zoológico S.R.L. c. Municipalidad de la Capital» LL-1977-D, 114; «Civil Juan c. Progress S.A.» LL-1990-B, 474

53. CUIÑAS RODRÍGUEZ M. ob. cit., pág. 866

Finalmente y como cierre, usaré la primera persona para verter algunas reflexiones que me fueron surgiendo a lo largo de este azaroso trabajo final de carrera.

La inspiración del derecho es la Justicia. Ella es también, el norte donde apunta la reparación plena o integral, el ideal de máxima, la aspiración superior: «todo daño debe ser reparado»

También fue un ideal, la concepción que exaltaba a la autonomía de la voluntad como poder jurígeno, allá por el siglo XIX, luego de la Revolución Francesa. El ideal era que los hombres regularan libremente sus relaciones recíprocas. Se llegó a proclamar «lo libremente querido es justo». La voluntad reinaba soberana en el derecho privado, donde el Estado no podía entrometarse.

Luego, a la luz de los acontecimientos, el reinado del contractualismo se fue acotando. El Estado debió intervenir para regular situaciones que producían resultados no queridos por el derecho. Es decir, los supuestos de la libertad y la igualdad entre las partes, eran sólo postulados jurídicos que no se compadecían con la realidad económica y política.

En nuestros días, no se cree que lo libremente querido sea justo, ni que necesariamente en las relaciones negociales deba existir una igualdad entre las partes. Existen sobrados ejemplos que prueban lo contrario, cuando por la evolución del capitalismo se ha concentrado el poder económico en manos de unos pocos (empresas o particulares), se advierte muchas veces, que en las relaciones contractuales existe un «débil negocial», al que sin duda alguna, el ordenamiento jurídico debe proteger.

El individualismo está cediendo frente a una concepción social de los problemas humanos. Hay una mayor preocupación por la justicia distributiva.

La profunda transformación que experimentó la sociedad con el maquinismo y la revolución industrial, provocó no sólo beneficios y progresos, sino también nuevas formas de daños.

El derecho debe dar una respuesta, por un principio de justicia que tiende a restablecer el desequilibrio que ocasionó el daño.

Aristóteles (384-322 a.C.) en su *Ética Nicomaquea*, lo explica brillantemente, cuando habla de las Virtudes y se refiere a la Justicia. Para el filósofo griego, existía la justicia distributiva y la justicia correctiva. Esta última se aplicaba a las transacciones privadas.

«Lo justo distributivo se refiere a las cosas comunes, y es siempre conforme a la proporción. Si se hace distribución de las cosas comunes, se hará según la razón que guarden los aportes particulares. Lo justo en las transacciones privadas, se hará según la proporción aritmética. Es indiferente que sea un hombre bueno que haya defraudado a un hombre malo o viceversa. La ley atiende únicamente a la diferencia del daño, y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y otro la resintió. En consecuencia, el juez procura igualar esa desigualdad de que resulta la injusticia. *Todas las veces que un daño pueda ser medido, a un extremo se le llama pérdida y al otro provecho*. Así siendo lo igual un medio entre lo más y lo menos, el provecho y la pérdida son respectivamente más y menos de manera contraria: más de lo bueno y menos de lo malo son provecho y lo contrario pérdida. Y como entre ambas cosas el medio es lo igual, y es lo que llamamos justo, síguese que lo justo correctivo será, por lo tanto, el medio entre la pérdida y el provecho.

Por esta razón todas las veces que los hombres disputan entre sí, recurren a un juez. Ir al juez, es ir a la justicia, pues el juez ideal es la «justicia animada» Las partes buscan en el juez como un medio entre ellas, y de aquí que en algunos lugares se los llame a los jueces «mediadores»., como dando a entender que cuando alcanzan el medio alcanzan la justicia.»⁵⁴

A mi entender, nada ha cambiado, el ideal de Justicia es el mismo y se mantiene incólume dos mil trescientos años después!

Será entonces, tarea de los hombres, adecuar las conductas a este principio, a este norte que debe necesariamente guiar al derecho.

La paulatina transformación de la responsabilidad civil hacia la reparación de daños, entre los que se incluye la consideración del «daño al interés negativo», constituiría, a mi juicio, un avance prometedor en ese sentido, por lo que no debería dilatarse su inclusión en nuestro derecho de fondo.

54. ARISTÓTELES «Ética Nicomaquea», Ed. Harla, 2000, México, pág. 78.

Bibliografía

- ALTERINI A. A. (2000), «Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales», Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- BREBBIA R. H. (1957), «Responsabilidad precontractual», Distr. Zavallía, Buenos Aires.
- LLAMBÍAS J. (1978), «Tratado de derecho civil. Obligaciones», 3ra. Edic. t. IV B., ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- ALTERINI A.A./LÓPEZ CABANA R.M. Directores. (1995), «La responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro Goldenberg», Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- AGOGLIA M.M. (1999), «El daño jurídico», Ed. La Ley, Buenos Aires.
- CARAMÉS FERRO (1960), «Curso de Derecho Romano», ed. Perrot, Buenos Aires.
- ALTERINI A.A. (1999), «La responsabilidad civil», Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MOSSET ITURRASPE (1998), «Responsabilidad por daños», ed. Rudinzal Culzoni, Buenos Aires.
- MOSSET ITURRASPE (1997), «Teoría general de la reparación de daños», Ed. Astrea, Buenos Aires.
- ARISTÓTELES (2000) «Ética Nicomaquea», Ed. Harla, México.
- SPOTA A. (1954) «Responsabilidad precontractual», JA-1954-II, 88, Buenos Aires.
- ORGAZ A. (1954), «Tratativas contractuales y formación del contrato», LL-75,239, Buenos Aires.
- GHERSI C.A. (1987), «El daño al interés negativo en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial», JA-1987-III,982, Buenos Aires.
- PICASO S. (2001), «La responsabilidad pre y postcontractual en el Proyecto del Código Civil de 1998». Internet en <http://www.alterini.org>.
- «PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1998», (2000), Ed. La Ley, Buenos Aires.
- LEIVA FERNÁNDEZ L., «Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio», LL-1998-D, 1229, Buenos Aires.
- CUIÑAS RODRÍGUEZ M., «Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma», LL-1995-C, 859, Buenos Aires.
- LORENZETTI R. «La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación», LL-1993-B, 712, Buenos Aires.

Anexo I

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS:

Responsabilidad: Deber de reparar el daño jurídicamente atribuible, causado por el incumplimiento.

Responsabilidad precontractual: Deber jurídico de reparar el daño causado durante las tratativas previas a la conclusión de un contrato.

Daño: Lesión, menoscabo, agravio de un derecho subjetivo o de intereses, que genera responsabilidad. En la esfera contractual, el daño es el presupuesto del resarcimiento.

Daño emergente: Se considera a la pérdida patrimonial efectivamente sufrida.

Lucro cesante: Se considera la ganancia dejada de percibir.

Interés negativo: Es aquél que se compone de todos los daños sufridos por el acreedor, a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó o resultó inválido.

Buena fe: Importa un deber de comportamiento leal y honesto, tanto en la celebración de un acto como en su cumplimiento.