

Carta de intención y responsabilidad precontractual
no aquiliana: análisis del caso Puerto Rosario SA
(*International Container Terminal Services SA*)



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Carta de intención y responsabilidad precontractual no aquiliana: análisis del caso Puerto Rosario SA (*International Container Terminal Services SA*)

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

SUMARIO: *Abstract.* I. Los hechos. – II. Opinión de la sala. – III. Nuestra opinión. *a. El proceso de formación del negocio jurídico. – b. El precontrato en el proceso de formación del negocio. – c. Precontrato y responsabilidad precontractual: una necesaria distinción. – d. La carta de intención en etapa de tratativas preliminares y como contrato. – e. La carta de intención frente a la responsabilidad de tipo precontractual y contractual. Los costos de entrada y salida. – f. Los costos de salida en etapa de preliminares: daño al interés negativo. – g. El caso Neptan. Los costos de salida en etapa de preliminares. – h. Cláusulas de limitación de responsabilidad. – i. Responsabilidad precontractual no aquiliana: ¿responsabilidad contractual? – j. Responsabilidad precontractual no aquiliana y daño al interés negativo.*

Abstract

La sala D dictó veredicto en el caso Puerto Rosario (International Container Terminal Services SA (“Puerto Rosario” o “ICTS”). Se trató de un caso simple: daños y perjuicios reclamados contra Puerto Rosario por ruptura contractual intempestiva y sin causa justa. O sea daño contractual.

Se trataría de daños derivados de un contrato de locación de servicios portuarios.

Ahora bien, la simpleza del caso comienza a desdibujarse cuando tomamos nota de que en forma paralela a aquella relación contractual (de facto) las partes (Puerto Rosario SA (locadora) y Neptan SA (locataria) habían firmado una carta intención. El objetivo de esta carta: formalizar aquella relación de facto.

De esto se trata el caso: indagar sobre la naturaleza jurídica de la carta intención suscripta entre Puerto Rosario y Neptan considerando muy especialmente los términos bajo los cuales fue redactada. La interpretación de la carta intención impone una aplicación quirúrgica del artículo 218 c.com.

El caso Neptan merece ser estudiado con detenimiento pues aborda uno de los negocios jurídicos más complejos de la práctica actual. Conocer la naturaleza jurídica de las llamadas cartas de intención y los efectos jurídicos de su incumplimiento es, sin duda, el núcleo duro de este precedente.

Nuestra jurisprudencia no tiene mucho camino recorrido respecto de este complejo negocio jurídico. Es más, sobre este tipo de pactos podría decir que estamos en mantillas. Por ello la trascendencia de analizar este precedente. *Entenderlo es vital. Conocer sus efectos y consecuencias es estratégico.* Quienes tienen la responsabilidad profesional de redactar este tipo de acuerdos no pueden dejar pasar este precedente. Conocer sus luces y sombras. Sus aciertos y equívocos.

A continuación los hechos:

I. Los hechos:

ICTS fue designada concesionaria (vía licitación pública) para la explotación del puerto de Rosario. A tal efecto ICTS creó la sociedad Puerto Rosario SA (No sabemos si como vehículo o como verdadero joint venture).

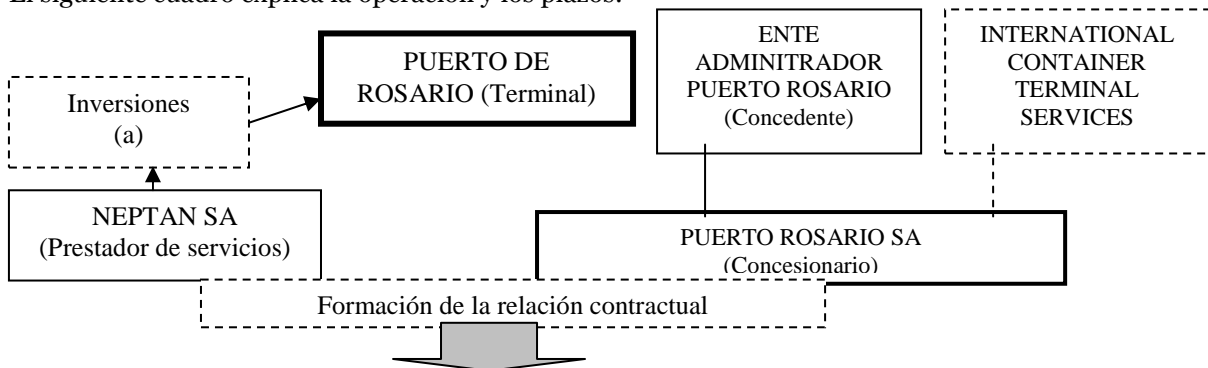
A fin de poder brindar los servicios portuarios comprometidos en el contrato de concesión y en el pliego de licitación, Puerto Rosario contrató los servicios de la sociedad Neptan. Estos servicios fueron contratados <de hecho> sin formalizar (aparentemente) contrato escrito alguno.

Ante la falta de certeza que ofrecen los vínculos comerciales informales las partes consideraron útil para sus respectivos intereses darle forma a este acuerdo comercial suscribiendo un contrato de locación de servicios “por escrito”. Esto es, darle formalidad a los derechos y obligaciones que generaba aquel vínculo comercial.

No es descabellado imaginar que quien tenía la carga de invertir en activos y en bienes de uso y además contratar el personal para la correcta prestación de los servicios portuarios exigiera certeza jurídica y horizonte de tiempo previsible. Estos dos elementos son esenciales para la toma de riesgo en decisiones de inversión.

Frente a esta realidad las partes se pusieron de acuerdo para poner en marcha el proceso de “formalización” de aquel negocio comercial (de facto), y para ello eligieron suscribir el 22 de septiembre de 1998 una Carta de Intención.

El siguiente cuadro explica la operación y los plazos:



22.9.98	30.1.99	23.03.99	25.03.99	30.3.99	12.04.99	28.4.99	14.5.99	19.5.99	27.5.99	7.6.99
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11

1. Se firma “Carta de Intención”
2. Neptan notifica a Puerto Rosario (PR) el cumplimiento de inversiones.
3. Neptan notifica a PR “*damos nuestro acuerdo a los puntos y condiciones a tratarse en la confección del contrato*”
4. PR responde a Neptan: “*si bien aún no hemos suscripto el contrato estamos trabajando en el borrador...*”
5. Neptan solicita a PR asistencia financiera para afrontar capital de trabajo atento la escasa actividad.
6. El Sindicato Único Portuario Argentino remite carta a Neptan haciéndole saber que PR había decidido rescindir el contrato.
7. Neptan intima a PR para que rectifique o ratifique. Además le insiste sobre la asistencia financiera.
8. Neptan notifica a PR sobre la posibilidad de presentarse en concurso preventivo de acreedores.
9. Neptan suspende servicios. PR intima de cumplimiento.
10. Neptan solicita un reajuste tarifario.

11. PR rechaza el reajuste. *“Su exigencia representa una maniobra tendiente a forzar la aceptación de condiciones contractuales no convenidas. Rechazamos cualquier obligación respecto del pago de remuneraciones y cargas sociales y adeudar suma alguna en concepto de facturación atrasada. No hay otra relación jurídica más allá de la Carta de Intención. A partir del día de la fecha no contrataremos más los servicios de vuestra empresa. Damos por terminada las tratativas iniciadas mediante la Carta Intención”.* **(Neptan no negó ninguna de estas afirmaciones).**

La carta intención estaba redactada en los siguientes términos:

Cláusula 1: *“...Ambas partes de común acuerdo fijan un plazo de 15 días, ... con el objeto de celebrar un contrato que las vincule y prevea los modos y condiciones bajo los cuales acordar, en forma estable, la regulación de su actividad (...) El plazo fijado en el apartado anterior, se prorrogará automáticamente por otros 15 días y así sucesivamente, a excepción de que alguna de las partes comunicara fehacientemente a la otra, con una anticipación no menor a 2 días del vencimiento del plazo indicado, su decisión de dar por concluida la negociación objeto de esta manifestación de intenciones ...”*

Cláusula 2: *“...La falta de acuerdo de voluntades que posibilite suscribir un contrato, al que es intención de ambas partes llegar en el plazo previsto en el artículo anterior, no generará derecho a reclamo alguno por ningún concepto, a favor de ninguna de ellas. Con la sola excepción del derecho que PR reconoce, para tal supuesto, a favor de NEPTAN a solicitar el reintegro de los gastos en que incurriera en razón de la presente carta de intención...”*

Reclamo de Neptan: \$317.400 en concepto de “preaviso” más “lucro cesante”. Además demandó a ICTS como sociedad controlante. Sus razones:

- i. Hubo una efectiva relación contractual,
- ii. Ella no dejó de ser un “contrato” por el solo hecho de no haber sido instrumentado por escrito,
- iii. Hubo principio de ejecución durante ocho meses de actividad,
- iv. Que la relación contractual se construyó a partir del intercambio epistolar habido entre las partes vinculado a requerimientos diversos propios de la actividad portuaria encargada, y que ello provocó una *“...concreta y real modificación consensuada del primer acto conjunto del 22.9.98 a través de cada propuesta y su correlativa aceptación, sea expresa o tácita...”*,
- v. No es razonable suponer que, después de ocho meses de operatoria portuaria, seguía rigiendo entre las partes la “Carta de Intención”,
- vi. Debe entenderse que dicha “Carta de Intención” dejó de tener efectos cuando Neptan S.A. asumió el grueso de la mano de obra y dio estabilidad de los trabajadores contratados
- vii. Si así no fuera resultaría incongruente la conducta de Puerto Rosario S.A., quien el día 19/5/1999 intimó a Neptan S.A. a la reanudación de los servicios

viii. Hubo una “relación contractual de hecho”.

1ra Instancia: Condena a PR al pago del rubro “preaviso”. Rechaza la demanda contra ICTS.

II. Opinión de la Sala:

1. **NO HAY CONTRATO:** *Surge con claridad que el contrato que las partes tuvieron en mira negociar, nunca llegó a perfeccionarse. Hubo avances en su negociación, pero no se llegó a suscribirlo.*

2. **RELACIÓN CONTRACTUAL PARALELA:** *Existió una relación contractual que se desarrolló mientras, paralelamente, era negociado un contrato “definitivo” según la “Carta de Intención”. Las partes tuvieron la intención de llegar a “...un contrato de prestación permanente...” bajo el cual “...en forma estable...” regularían la actividad. Entretanto ese contrato “definitivo” no nacía, nada permanente o estable había entre las partes, pues así se había establecido.*

3. **REINTEGRO DE GASTOS:** *A tales gastos la propia “Carta de Intención” hizo especial referencia en su cláusula segunda. De no llegar a un acuerdo “definitivo”, PR los reintegraría a Neptan. Los apuntados gastos fueron entendidos por las partes como vinculados a la apuntada relación contractual “paralela” a la negociación del contrato “definitivo”.*

4. **EXPECTATIVAS:** *Las expectativas de Neptan justifican dejar de lado lo que las partes claramente quisieron hacer al suscribir la “Carta de Intención”: separar aquella relación contractual “paralela”, originada en solicitudes particulares que Puerto Rosario hacía y que Neptan cumplía. La relación contractual era paralela y a la vez “independiente” de la negociación abierta. La prueba más cabal de ello es la propia “Carta de Intención” cuando estableció que “...La falta de acuerdo de voluntades, que posibilite suscribir el contrato..., no generará derecho a reclamo alguno por ningún concepto...”. Ni el transcurso del tiempo, ni la reiteración de los pedidos que PR le hiciera en ese lapso, ni los distintos y crecientes gastos afrontados, son razones para entender, que las dos partes habían llegado al acuerdo de voluntades mencionado por “Carta de Intención” pero que, sin embargo, no se había manifestado por escrito.*

5. **CONTRATO DEFINITIVO Y POR ESCRITO:** *No hubo una modificación consensuada de la “Carta de Intención” a través de cada propuesta y su correlativa aceptación. El contrato nunca existió (el contrato “definitivo”). Éste insoslayablemente habría tenido que respetar la forma escrita, ya que la “Carta de Intención” aludió a la necesidad de “...suscribir un contrato...”, lo cual inequívocamente descarta la posibilidad de un contrato que no responda a la expresión escrita.*

6. **CARTA DE INTENCIÓN. OBJETO:** *Constituye una especie contractual susceptible de varias finalidades, una de las cuales, tal vez la más significativa, sea la de incitar o estimular a las partes a la negociación de otro contrato. El objeto contractual es la negociación en sí misma.*

7. **CARTA DE INTENCIÓN. OBLIGACIÓN:** *Las partes no tienen obligación de celebrar el contrato, sino solo la de negociar de buena fe y facilitar la información necesaria para que la otra parte contratante pueda adquirir el conocimiento preciso del objeto del contrato y de sus circunstancias. En cualquier momento ellas pueden finalizar la negociación del modo que estimen más acorde con sus intereses.*

8. **CARTA DE INTENCIÓN. RESPONSABILIDAD:** *La ruptura de las negociaciones puede, según las circunstancias, dar lugar a la responsabilidad precontractual no aquiliana.*

9. PACTO DE IRRESPONSABILIDAD: *Las partes pueden pactar cláusulas de irresponsabilidad para el caso de que cualquiera de ellas se retire de la negociación. Si así lo hicieran, la pertinente cláusula de irresponsabilidad es válida conforme artículo 1197 c.c..*

10. LIBERTAD DE NO CONTRATAR: *Aunque se conciba como extracontractual la responsabilidad por ilícitos cometidos durante la negociación de un contrato, ella está dominada esencialmente por los principios que rigen el derecho de los contratos: mientras no haya consentimiento, no hay deber de convenir el contrato, porque el principio de libertad negativa, que autoriza para contratar o no hacerlo, es dominante en la doctrina jurídica del contrato. La regla general es que cada parte puede poner término unilateralmente a la negociación, sin que el ejercicio de esa potestad esté sometido a justificación alguna. En consecuencia, la responsabilidad por ruptura de las negociaciones no puede tener jamás por antecedente el mero hecho de que el contrato no llegue a celebrarse, sino que es preciso que una de las partes hubiera abusado de la confianza de su contraparte, infligiéndole daño. Mas, a salvo esa especial hipótesis de responsabilidad por abuso en no contratar (que no puede siquiera ser considerada en autos, desde que a ello se opone conceptualmente la cláusula de irresponsabilidad mencionada más arriba), el reconocimiento de deberes precontractuales que limitan más allá del abuso, la potestad de poner término a las negociaciones, plantea fuertes reservas.*

11. PREAVISO: *La buena fe y la lealtad solamente impondría el deber de diligencia de informar la ruptura, de modo de evitar mayores costos, extremo este que entiendo adecuadamente cumplido por PR con el envío de la nota del 7/6/1999, sin que le hubiera sido exigible otra cosa como ser un “preaviso”, ya que sin pacto expreso que lo imponga, su concesión es exigencia que juega, solamente para el caso de rescisión incausada en contratos “perfeccionados” de duración indeterminada, situación que no es la de autos.*

12. LUCRO CESANTE PACTO DE IRRESPONSABILIDAD: *Es improcedente el resarcimiento por lucro cesante. Tal reclamo está vedado por la cláusula de irresponsabilidad.*

13. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL NO AQUILIANA E INTERÉS NEGATIVO: *La responsabilidad precontractual no puede, como regla, ir más allá de la reparación del daño al interés negativo. El resarcimiento se limita al daño emergente representado por los gastos realizados durante las tratativas, pero no comprende el lucro cesante, las ganancias que se dejaron de obtener.*

III. Nuestra opinión:

a. *El proceso de formación del negocio jurídico.*

Los negocios jurídicos mercantiles o civiles pueden estar sometidos, en su faz formativa, a ciertos procesos. Sin duda estos mayores o menores *procesos* tendrán una íntima relación, o si se quiere una relación de proporcionalidad, con la mayor o menor complejidad del negocio entre manos y además, con los niveles de riesgo asumidos por las partes.

Así podemos observar que en el camino hacia el negocio “definitivo” las partes pueden optar por ir despacio tejiendo y urdiendo su relación jurídica en etapas. Está claro que no da lo mismo comprar un paquete de caramelos en el kiosco del barrio que adquirir un paquete de control accionario de una sociedad cerrada. Uno y otro imponen diseñar estrategias de entrada y salida que minimicen los costos de transacción.

El boleto de compraventa es el ejemplo de esto que digo. Aquel ha servido como negocio intermedio destinado a la concreción del negocio definitivo: la transmisión de dominio a favor

del comprador y el pago total de precio a favor del vendedor. El boleto se encuentra definitivamente incorporado a nuestra “cultura” de hacer negocios, al menos respecto de bienes raíces o registrables. Con este *pacto* las partes intentan asegurarse que sus mutuas expectativas no se frustrarán y, en caso de frustrarse quien obre con culpa debe indemnizar.

El boleto es un negocio cuyo objetivo mediato consiste en desmotivar incumplimientos contractuales. Las multas buscan esa finalidad. Tanto comprador como vendedor optarán por incumplir, si el costo de oportunidad (la multa) es inferior a otra opción de renta mayor. Recordemos que la multa en nuestro sistema jurídico ingresa como única y total indemnización por daños no pudiendo el damnificado reclamar más que la cifra pactada.

b. El precontrato en el proceso de formación del negocio.

Es doctrina unánime entre nosotros que el <<precontrato>> es aquel negocio jurídico que tiene por objeto la celebración de un negocio definitivo. Se cita como ejemplo de este negocio el boleto de compraventa. En éste están todos los elementos esenciales. Sólo resta fijar la fecha para firmar la escritura traslativa de dominio, toma de posesión y pago del precio.

El precontrato, así concebido, no sería más que una mera categorización o clasificación de un contrato dentro del íter formativo de un negocio jurídico. El precontrato no sería más que el paso previo a la firma de otro contrato que reflejaría, íntegramente, todos los términos y condiciones pactados por las partes en aquel negocio previo. Estaríamos ante un mismo negocio pero *fraccionado* en parcelas de tiempo. Siendo esto así el precontrato no deja demasiadas opciones a las partes para salir del negocio. Éste ya está sellado. Sólo resta firmar un documento final.

Un dato no es menor: el incumplimiento del precontrato genera responsabilidad contractual.

Siendo esto así el llamado <precontrato> no es más que una clasificación académica vacía de todo contenido jurídico relevante, desde la perspectiva del derecho de daños.

c. Precontrato y responsabilidad precontractual: una necesaria distinción.

Sacar los pies del plato en la etapa de formación del negocio jurídico es una facultad que ingresa en el legítimo derecho que todos tenemos de no contratar. En esta etapa de formación del negocio nuestro sistema legal ampara el derecho de opción.

Nuestro sistema pone un límite bien preciso al ejercicio de este derecho: no puede ser lesivo. Para ello el sistema jurídico se apalanca en dos normas del código de Vélez: los artículos 1069 y 1071.

La ruptura intempestiva de una negociación - cuando se ha creado en el otro una razonable expectativa de que finalmente se llegaría a un acuerdo definitivo- devenga responsabilidad civil. Fuera de esta hipótesis el derecho de opción tiene *costo de salida “cero”*.

La llamada responsabilidad *in contrahendo* despertó la inquietud de nuestra doctrina patria desde hace varias décadas. En este terreno existe un largo camino recorrido tanto por la doctrina autoral como por la doctrina judicial. Sin embargo este camino no es recto sino todo lo contrario, es sinuoso, empinado y resbaladizo.

Conceptos tales como precontrato, responsabilidad precontractual, tratativas preliminares, responsabilidad precontractual aquiliana, daño al interés negativo, entre muchos otros, aparecen mezclados y como diría Santos Discépolo “todos revolcaos”.

Una primera distinción que se impone es no confundir responsabilidad precontractual con precontrato. Estos conceptos no son sinónimos.

La responsabilidad precontractual corresponde sólo a la etapa de negociación donde ambas partes retienen y gozan del derecho de opción. Y como he dicho antes, esta responsabilidad sólo <se gatilla> en el único supuesto de ejercicio abusivo y lesivo del derecho de opción. O sea la responsabilidad precontractual es de tipo *aquiliana* por la simple razón de que estamos en etapa de negociaciones. Todavía no se ha producido la necesaria oferta – aceptación, proceso insoslayable para la existencia de un negocio jurídico contractual, tal como lo exige el artículo 1144 del c.c.

d. La carta de intención en etapa de tratativa preliminar y como contrato.

La complejidad que presenta el negocio “carta intención” es que muchas veces no sabemos muy bien frente a qué estamos parados.

Un dato es ineludible: nos encontramos parados ante un documento firmado por las partes. Este dato empírico nos lleva de narices al derecho de los contratos. La carta de intención es un negocio jurídico contractual. Habría oferta-aceptación.

Lo cierto es que esto puede ser verdad, pero no siempre funciona así. Dependerá de cuál sea el contenido de ese documento “firmado”. Es aquí que juega un rol vital la tarea hermenéutica del juez y la tarea creadora de los operadores a la hora de redactar y diseñar este tipo de acuerdos.

Que el negocio de carta intención es un negocio jurídico dinámico y complejo *ya no hay quien lo niegue*. La complejidad derivará de su mayor o menor pulcritud a la hora de redactarlo.

Las cartas de intención nos estarían remitiendo, por su sólo título, a una etapa embrionaria en la formación del negocio. Estaríamos en la etapa de tratativas o acuerdos preliminares donde sólo hay meras intenciones expresadas por las partes pero todavía no se ha producido el necesario proceso de oferta-aceptación para que quede consolidado un contrato.

Sin embargo, un dato no se nos puede escapar, existe entre las partes oferta-aceptación respecto de algo: la intención de negociar. O sea respecto de este punto hay contrato. Respecto de esta precisa obligación las partes se han puesto de acuerdo: negociar de buena fe. La pregunta del millón es ¿cuál es la responsabilidad que genera el incumplimiento de esta prestación? Sobre esto volveré más adelante.

En la etapa de negociaciones o de meras tratativas la carta de intención es un negocio complejo (y hasta peligroso) pues sella un pacto contractual respecto de una obligación concreta: *negociar de buena fe*. Sin embargo esta no suele ser la única obligación sino que la carta puede ir acompañada de otras obligaciones (contractuales). Me estoy refiriendo a compromisos de no hacer tales como (i) confidencialidad, (ii) exclusividad, y (iii) no competencia, entre muchas otras obligaciones asumidas por las partes en esta etapa preliminar del negocio.

Incluso uno podría concluir que estas prestaciones son esenciales y la piedra basal sobre la cual se firma una carta de intención. Sin estos compromisos (recíprocos) no hay forma de avanzar hacia el negocio definitivo.

Estos compromisos devengan responsabilidad contractual aún cuando estemos en una etapa preliminar en la formación del negocio. Esto quiere decir que en la etapa de tratativas para la formación del negocio, las partes pueden asumir obligaciones de tipo contractual respecto de determinadas prestaciones (positivas o negativas). Esto que digo sirve como botón de muestra para poner de relieve la seriedad y complejidad del negocio que estamos tratando.

e. La carta de intención frente a la responsabilidad de tipo precontractual y contractual. Los costos de entrada y salida.

He dicho párrafos arriba que no podemos confundir precontrato con responsabilidad precontractual. El precontrato devenga responsabilidad contractual. En cambio la

responsabilidad de tipo precontractual nos lleva a la etapa de tratativas preliminares que es siempre, de tipo Aquiliana.

Veamos tres escenarios posibles:

1. Si la carta de intención contiene todos los elementos esenciales del negocio ya no estaremos en etapa de preliminares sino, frente un contrato en etapa previa al contrato definitivo (precontrato). En este caso la responsabilidad es ciento por ciento de tipo contractual.
2. Si la carta de intención no contiene los elementos esenciales del negocio y sólo tiene por objeto comprometer a las partes a ingresar en un proceso de negociación con el propósito de arribar, si fuera el caso, a nuevos acuerdos o a un acuerdo definitivo, estamos ante un contrato en etapa de preliminares cuya responsabilidad de tipo contractual derivará sólo del incumplimiento de la única prestación adeudada: *negociar*.
3. Si la carta de intención del párrafo anterior además contiene obligaciones de hacer, no hacer o dar, éstas derivarán en responsabilidad contractual aún cuando estemos en etapa de preliminares.

Los casos 2 y 3 encierran elementos complejos pues estando en etapa de tratativas preliminares pueden devengarse responsabilidades de tipo contractual respecto de ciertas obligaciones.

Si la obligación de negociar la asumimos con los efectos de los actos jurídicos (unilaterales o bilaterales) entonces nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad de tipo contractual; aún cuando estemos en etapa de preliminares. Bastará asumir contractualmente el compromiso de “negociar” para asumir este tipo de responsabilidad. El secreto consiste en limitar a la mínima expresión posible la extensión de esa responsabilidad; o sea fijarle un límite al costo de salida o decididamente, eliminar todo costo.

f. Los costos de salida en etapa de preliminares: daño al interés negativo.

La doctrina autoral y judicial han intentado ponerle un límite al costo de salida en etapa de preliminares. Y esto es prudente pues no es lo mismo frustrar una razonable expectativa de cerrar un negocio, a frustrar el negocio ya consensuado. Uno y otro difieren de manera sustancial. El primero alude al legítimo ejercicio del derecho de opción mientras que el segundo alude al principio cardinal de todo sistema jurídico civilizado de que los contratos se celebran para cumplirse. La frustración de esta obligación deriva en responsabilidad civil por lucro cesante y daño emergente pudiendo, según el caso alcanzar daño moral, pérdida de chance, preaviso, entre otros rubros indemnizables.

Incluso si la frustración del negocio es de tipo delictivo el sistema eleva los costos de salida pues impone al incumplidor reparar los daños mediatos. Toda esta estructura de costos transaccionales tiene por objetivo desmotivar conductas oportunistas. La ruptura de tipo culposo tiene un costo mientras que la delictual o dolosa paga otro precio.

En etapa de preliminares se sabe que todos tenemos el legítimo derecho de salir o romper las tratativas sin por ello pagar precio alguno. En esta etapa de formación del negocio la libertad de contratar se exhibe plena y radiante. El único límite es que esa libertad debe ejercerse sin causar daño al otro, o sea ejercer aquella libertad de una manera lícita.

Frente al ejercicio ilícito de la libertad de opción la doctrina judicial ha buscado poner un límite preciso al costo de salida. En los primeros tiempos los tribunales condenaron al pago del rubro pérdida de chance hoy, ese rubro ha variado. Actualmente los tribunales reconocen como único rubro indemnizable el *daño al interés negativo*. Éste representa la compensación de los gastos en que incurrió el cocontratante para ingresar en etapa de preliminares. Con esta indemnización sólo se busca dejar al cocontratante en la misma posición patrimonial en que se encontraba antes de ingresar en las negociaciones.

Este dato no es menor pues fija un techo al costo de salida. El daño al interés negativo como único rubro indemnizable en etapa de preliminares permite a las partes evaluar *ex ante* el costo de oportunidad de romper las negociaciones.

Está claro que poner un techo al costo de salida opera como incentivo para la ruptura de las negociaciones. En esto la fórmula es simétrica. A mayores costos de salida mayores serán los incentivos para seguir negociando. El tema es evitar caer en la trampa de la negociación forzosa por imperativo de costes. Lo cierto es que en esta etapa de tratativas preliminares *es estratégico negociar esos costos y fijarle un techo contractual*.

g. El caso Neptan. Los costos de salida en etapa de preliminares.

Este caso refleja mucho de lo que se ha dicho hasta aquí. En etapa de preliminares las partes consensuaron una carta de intención. La duda que presenta la cláusula 1 y 2 de este documento es si efectivamente nos encontramos en *etapa de preliminares* o aquella carta de intención era, efectivamente, un *precontrato*.

Recordemos que la cláusula 1^o decía que “...*Ambas partes de común acuerdo fijan un plazo de 15 días (...) con el objeto de celebrar un contrato que las vincule y prevea los modos y condiciones bajo los cuales acordar en forma estable la regulación de su actividad (...) Y agregaba “El plazo (...) se prorrogará (...) a excepción de que una de las partes comunique (...) su decisión de dar por concluida la negociación objeto de esta manifestación de intenciones ...”*

Del texto literal se desprende que la causa fin de este negocio es la negociación. Si estamos de acuerdo con esta forma de interpretar la cláusula (art. 218 c.com) estamos en etapa de tratativas preliminares, aún cuando la obligación de negociar es la prestación comprometida bajo este convenio.

La cláusula 3 expresaba lo siguiente: “...*La falta de acuerdo (...) no generará derecho a reclamo alguno por ningún concepto (...). Con la sola excepción del derecho que Puerto Rosario reconoce a favor de NEPTAN a solicitar el reintegro de los gastos en que incurriera en razón de la presente carta de intención...*”

Son las partes quienes en esta etapa de tratativas preliminares deciden eliminar los costos de salida. Son ellas quienes optan por soportar los costos de entrada sin compensación alguna. Con este alcance Puerto Rosario concedió a Neptan el derecho al reembolso de los gastos; o sea pacto contractual sobre el rubro interés negativo.

Es interesante advertir que la *carta de intención en etapa de preliminares es una herramienta contractual que nos permite neutralizar los costos salida*. Es más, estoy convencido de que el objetivo final de las cartas de intención es precisamente ponerle un límite al interés negativo o, en su caso, eliminarlo por completo.

h. Cláusulas de limitación de responsabilidad.

Un dato no menor es la doctrina judicial sentada en este precedente sobre la validez de las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad dentro del marco de la autonomía de configuración contractual. Está claro que este tipo de cláusulas son oponibles para las partes e inoponibles a terceros; y que sólo pueden exonerar la culpa.

i. Responsabilidad precontractual no aquiliana: ¿responsabilidad contractual?

El juez preopinante Dr. Pablo Heredia expresó en su voto que la demandada Puerto Rosario SA habría incurrido en responsabilidad de tipo precontractual (no aquiliana). Esta expresión merece ser desagregada a la luz de los hechos, del texto de la carta de intención objeto de controversia y del precio de la condena: se indemnizó sólo daño al interés negativo.

Estamos de acuerdo que la carta de intención es un contrato que fue celebrado por Neptan y Puerto Rosario en etapa de tratativas preliminares.

Estamos de acuerdo que el objeto de aquel contrato era la negociación en sí misma.

Estamos también de acuerdo en que la ruptura de esas negociaciones no daría derecho a reclamo indemnizatorio alguno salvo, compensación al interés negativo a favor de Neptan.

Siendo esto así cabe formularse la siguiente pregunta ¿cuál es el alcance de la responsabilidad precontractual (no aquiliana)? ¿Significa responsabilidad contractual?

Hemos visto que la responsabilidad precontractual sólo corresponde a la etapa de preliminares. Sobre esto hay bastante coincidencia en doctrina. La responsabilidad precontractual corresponde a esta etapa embrionaria del negocio por la simple razón de que no hay contrato. Esta responsabilidad es de tipo Aquiliana.

La responsabilidad precontractual (no Aquiliana) nos conduce a la responsabilidad contractual. O sea, habiendo las negociaciones traspasado el umbral de la etapa preliminar.

No sabemos muy bien qué significa esta frase pero lo cierto es que el tribunal interpretó lo siguiente: la obligación de negociar (pactada en la carta de intención) no ubica dentro del ámbito de la responsabilidad contractual (por estar pactada), aún cuando pudiera entenderse que las partes estaban transitando la etapa de preliminares.

Hacer esta distinción es relevante.

j. Responsabilidad precontractual no aquiliana y daño al interés negativo.

La sala D condenó a Puerto Rosario SA a indemnizar gastos adhiriéndose a lo pactado expresamente por las partes.

Ahora bien, si la responsabilidad es de tipo contractual (tal como lo apuntó el propio tribunal *ad quem*), corresponde entonces la indemnización integral propia de la ruptura intempestiva e incausada de los negocios.

El tribunal aceptó limitar la condena hasta los gastos incurridos por Neptan pues así fue pactado contractualmente. En este aspecto el Tribunal se sometió a la autonomía contractual ... como a la ley misma ... pues nada impide en nuestro sistema de derecho que las partes salgan inmunes de responsabilidad contractual.

Sólo bajo este prisma es aceptable limitar la responsabilidad al interés negativo como lo hizo el Tribunal. Caso contrario la reparación debe ser integral.

El precedente Neptan nos sirve de botón de muestra para prestarle mucha atención a la redacción de este tipo de convenios, sus potenciales efectos y consecuencias.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Prof. Pablo A. VAN THIENEN
Director académico
CEDEF | law & finance