



Responsabilidad precontractual y costo de salida. El precedente “Grupo Suar” y el nuevo código civil y comercial.

Por Pablo A. Van Thienen

I. Introducción.

El caso Grupo Suar nos invita a poner en perspectiva el régimen de responsabilidad *in-contrahendo* hoy regulado en el nuevo código civil y comercial; y diría más, muy mal regulado. En otro *paper* ya he puesto de manifiesto mi mal humor por la pésima técnica legislativa utilizada para regular un aspecto tan estratégico de los negocios; y me refiero a los costos de salida de una negociación contractual. La jurisprudencia previa al nuevo código le había encontrado la vuelta al asunto acotando los costos de salida en etapa de preliminares al “daño al interés negativo” entendido éste como la reparación de

los daños directos causados a la parte frustrada en la celebración de un contrato. Aquel interés negativo consistía en dejar al damnificado en la misma situación que se encontraba previa a las negociaciones contractuales. Los principios generales del régimen de responsabilidad civil (arts. 512 y 902 del código de Vélez) alcanzaron para cubrir aquel vacío legal. Los jueces no dudaron a cubrirlo aplicando los principios generales de derecho que básicamente son dos: (i) la buena fe y (ii) el que causa un daño debe indemnizar. Punto y aparte.

II. El caso Grupo Suar: los hechos y el daño al interés negativo.

El caso es bastante simple. Grupo Suar inicia negociaciones para celebrar un contrato de co-producción de un filme cuyo acuerdo nunca dio a luz. La parte presuntamente damnificada promovió demanda de daños reclamando indemnización por interés negativo, o sea los gastos en que la parte damnificada incurrió como consecuencia de haber entrado en negociaciones con Grupo Suar para la co-producción de la película “Solos”.

Un dato a tener muy presente es que la parte actora reclama “interés negativo”. Y esto sí es una novedad entre nosotros puesto que es la misma parte damnificada quien le pone un techo a su reclamo: sólo interés negativo. Esto prueba y pone en evidencia la construcción pretoriana de la doctrina del daño al interés negativo en etapa de preliminares. La actora se abstuvo de reclamar lucro cesante o pérdida de chance sino que simplemente se limitó a demandar el reintegro de los gastos directos incurridos en etapa de preliminares. ¡Y sólo eso!

III. La prueba del daño al interés negativo.

Tanto primera instancia como la alzada rechazaron el reclamo por la misma razón, y fueron tres: (i) la parte actora no pudo probar que las facturas aportadas al expediente tengan su razón de ser en las negociaciones preliminares, (ii) no pudo probar que la negociación fue terminada en forma culposa, intempestiva y dañina por Grupo Suar, y (iii) tampoco probó la actora la seria expectativa

fuerte y razonable de que el contrato de co-producción finalmente se firmaría. El tribunal habla de “avance suficiente de las negociaciones”.

IV. Las facturas y comprobantes. ¿Truchas?

Salta a la vista de la lectura del caso que tanto las facturas como los comprobantes aportados a la causa no tenía relación directa con la pretensión de la parte presuntamente damnificada. De acuerdo con los hechos relatados en la sentencia surge que la parte actora aportó como prueba del daño al interés negativo ciertas facturas por pre-producción, facturas que eran originales y que no habían sido presentadas al cobro por ante Grupo Suar, y tampoco lo comprobantes tenía conformidad alguna por éste. O sea, la parte presuntamente damnificada intentó achacar un daño por haber entrado en negociaciones contractuales aportando al expediente facturas “originales” no conformadas por Grupo Suar. El tribunal entendió que las pruebas aportadas no eran suficientes para acreditar la relación de causalidad entre el daño y el ilícito extracontractual: ruptura culposa de las negociaciones. El tribunal dijo: *“llama la atención que el acto acompañe factura “originales” cuando en rigor de verdad las mismas deberían estar en poder del obligado al pago”*.

V. El caso Suar y el nuevo código.

He dicho antes de ahora que la regulación de la responsabilidad in-contrahendo está peor ahora que antes y para colmo el nuevo código confunde y echa más nafta al fuego pues dentro

de la labora interpretativa los jueces deberán reinterpretar el nuevo marco legal a la luz del nuevo código pero sin olvidar la larga y sinuosa jurisprudencia creada hasta hoy y que se había consolidados en la última década: en etapa de preliminares corresponde indemnizar un solo rubro: daño al interés negativo.

El nuevo artículo 991 nos dice lo siguiente: *“Durante las tratativas preliminares (...) las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”*.

Una norma que no sólo no agrega nada sino que además confunde al intérprete si tenemos presente la doctrina del daño al interés negativo construida por nuestros tribunales hasta la entrada en vigencia del nuevo código, y la comparamos con el régimen de responsabilidad civil previsto en el nuevo código. Paso a explicarme:

No hay duda que estamos dentro del ámbito de la responsabilidad Aquiliana o extracontractual siendo por lo tanto inaplicables las normas de responsabilidad civil contractual.

Comenzamos así por el artículo 1716 que nos dice lo siguiente: *“La violación del deber de no dañar o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño, conforme con las disposiciones de este código”*.

La regla del que “rompe paga” según el viejo 1109, pero con el siguiente agregado *...”conforme con las disposiciones de este código”*. Y la mala noticia es que este código nada dice en forma expresa sobre el “interés

negativo”. Entonces todo lo que sigue es un gran signo de interrogación.

El artículo 1718 dice: *“Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica ...”*. Y sin duda la ruptura intempestiva de las negociaciones contractuales califica dentro de esta conducta antijurídica sea por acción u omisión.

Los artículos 1737 y 1740 nos dicen lo siguiente: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho ...”* y la indemnización de ese daño debe ser “plena”. A su vez, los artículos 1738 y 1739 agregan que: *“la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio, el lucro cesante y la pérdida de chance”*. Respecto de estos dos rubros el código explica lo siguiente: (i) el lucro cesante es la frustración de un beneficio esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y (ii) la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

A su vez el 1739 explica que *“para la procedencia del indemnización debe existir un daño directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente”*.

Está claro que la nueva regulación del sistema de responsabilidad civil si bien mantiene principios ya consagrados y reconocidos en el código de Vélez, no es menos claro que el actual no sólo reduce la cantidad de normas sino que incluye institutos omitidos por el viejo. Sin embargo, respecto del daño al interés negativo el nuevo nada dice. La pregunta que debemos formularnos es: ¿podemos extraer del actual código este daño específico y particular?

Digo específico y particular puesto que la responsabilidad Aquiliana limitada al daño directo causado por la frustración de una celebración cierta de un contrato en etapa de preliminares es un daño específico sólo reconocido para este tipo de situaciones y no otras.

La primera traba a la hora de llevar adelante un trabajo interpretativo sobre el daño al interés negativo y su vigencia en el actual código es la llave de cierre que nos ofrece la fórmula del artículo 1716 *in fine* que no nos deja escapatoria: *el régimen de indemnización debe ser conforme a las normas del código*. Y esto es lo siguiente: el daño puede ser lucro cesante o pérdida de chance, el daño puede ser directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente, y la reparación del daño debe ser integral. Con esta fórmula indemnizatoria los jueces deben reconstruir la doctrina del daño al interés negativo en etapa de preliminares. ¿Es esto posible?

La respuesta afirmativa se impone. Sin embargo esta afirmación no está exenta de contingencia puesto que la pérdida de chance hoy reconocida se ha colado entre nosotros y no faltará quien – como en el caso Grupo Suar – demande o reclame este rubro; y no faltará el tribunal que lo reconozca tirando por tierra años de jurisprudencia pacíficamente consagrada y donde la pérdida de chance poco espacio tenía en este tipo de reclamos. Vale la pena recordar aquí el caso “Benetton” donde el tribunal reconoció este rubro indemnizatorio frente al estado avanzado de las negociaciones contractuales. Este precedente pertenece a la vieja guardia: década del 80 y cuando estos reclamos daban sus primeros pasos.

¿Se podrá reclamar un daño indirecto por frustración de contrato en etapa de preliminares?

VI. El interés negativo y el daño sufrido en el proceso de formación del contrato.

En el precedente Grupo Suar el tribunal sostuvo lo siguiente: *“la parte incurso en la culpa in contrahendo debe indemnizar el interés negativo el cual engloba: (i) el reintegro de los gastos efectuados por el damnificado y (ii) el resarcimiento de la probable ganancia no realizada en alguna otra operación que haya sido dejada de lado para encarar el contrato frustrado ...”*.

Preocupa el número (ii) puesto que la indemnización de la probable ganancia dejada de percibir porque negociando con uno se desatendió el otro negocio, es un rubro ajeno al daño directo propio del interés negativo. La frustración de una probable ganancia de otro contrato cuya pérdida es consecuencia de la terminación intempestiva de las negociaciones, no puede ser un rubro indemnizable en etapa de preliminares, pues este rubro escapa por completo al daño directo. Quien entra en proceso de negociación sabe y conoce que parte del riesgo es quedarse “sin el pan y sin la torta”, o sea que por no avanzar en una negociación le pueda significar perder otro contrato, aun cuando la terminación de las negociaciones sea en forma culposa. Sin embargo el nuevo código lo habilitaría al incluir el daño “indirecto” como parte de la indemnización plena.

VII. Qué es la previsibilidad contractual.

A los efectos de limitar la responsabilidad y por ende los costos de salida los usos y costumbres mercantiles han ido imponiendo la modalidad contractual de la negociación a través de los llamados MOU, cartas de intención o term sheets. O sea, contractualizando una etapa de formación de contrato. Si bien suena raro, funcionó bastante bien de esta manera. La contractualización de la negociación de un contrato tuvo por misión, precisamente, acotar o eliminar los costos de salida en esta etapa formativa del consentimiento contractual.

O sea un contrato cuya terminación intempestiva a incausada deriva en responsabilidad civil Aquiliana.

El artículo 1728 del nuevo código dice lo siguiente: *“En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”*. Y me pregunto, acaso la terminación intempestiva, incausada y hasta incluso culposa, aún en etapa de negociaciones muy avanzadas, no es parte del riesgo propio de, precisamente, negociar.

La verdad es que si queremos acotar ese riesgo de salida intempestiva de las negociaciones deberíamos haberlo previsto contractualmente mediante una seña o reserva que, ahora entre nosotros, es confirmatoria del acto. En cambio, en etapa de preliminares, la salida de la negociación en cualquier momento, por cualquier causa, y sin preaviso es parte de la negociación y, si nada hemos previsto para “afianzar” más la negociación o “atar” más los acuerdos en etapa de preliminares, podríamos entender que el silencio de las partes implica asumir el riesgo de los costos de salida en esta faz preliminar del negocio jurídico.

El nuevo código nos enseña que la ruptura de las negociaciones (cualquiera sea su forma) es parte de la conducta que cualquiera de las partes puede adoptar en esta etapa y que ellas pueden prever razonablemente que ocurra pues hace a la naturaleza de cualquier negociación, por más avanzada que esté. La opción de contratar o no siempre la tenemos y la opción de salir de manera intempestiva también, aun cuando esa terminación intempestiva pueda causar un daño. La verdad es que ese daño no devengaría responsabilidad civil ni obligación de indemnizar puesto que la salida intempestiva e incausada forma, parte natural de la negociación y por lo tanto las partes deciden asumir el riesgo de entrar en esa negociación. O sea las partes están dispuestas a asumir el costo transaccional de perderlo todo. De esto se trata negociar.

VIII. Enseñanzas del caso Suar.

El precedente Grupo Suar nos deja las siguientes enseñanzas:

- i. Una negociación contractual “informal” puede derivar en costos de salida insospechados.
- ii. La carga de la prueba para la obtención de la reparación del daño es una verdadera carga. No alcanza con aportar cualquier documentación, factura, comprobante o remito. Es importante que los gastos estén relacionados con el reclamo.
- iii. En las actuales condiciones conviene y es económicamente más eficiente entrar en negociaciones contractuales dándole a esas

- negociaciones un “marco contractual” y por lo tanto formalizando esa relación jurídica.
- iv. La moderna doctrina de los costos transaccionales enseña que los costos que no se invierten en la entrada se pagan en la salida. O sea, es más barato invertir en acordar un MOU o una carta de intención que no acordar. El costo de interpretación judicial puede ser muy elevado.
- v. El nuevo código civil y comercial incentiva este tipo de acuerdos en etapa de preliminares, pero que se entienda bien, ese incentivo económico parte de la incertidumbre generada por la pésima técnica legislativa en un aspecto tan sensible como es la responsabilidad civil en etapa de preliminares.
- vi. Si vemos que las negociaciones avanzan, se sugiere poner blanco sobre negro limitando los costos de salida.