

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y POSTCONTRACTUAL

DANIEL C. VARACALLI Y SERASTIÁN PICASSO

I. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - CONCEPTO Y LÍMITES

Como su nombre lo indica, la responsabilidad precontractual importa la obligación legal de reparar un daño surgido en el período previo al perfeccionamiento de un contrato. Este daño —también aquí eje central y fundamento del deber de indemnizar— no se sustrae a imbricarse con los presupuestos restantes de la responsabilidad civil: debe provenir de una acción humana antijurídica, estar en relación de causalidad adecuada y ser atribuible a su autor en virtud de un factor legal.

Repasando algunas definiciones doctrinarias, transcribimos la de Trigo Represas: "Es responsabilidad precontractual la que existe por los daños resultantes de la frustración inmotivada de un contrato, como consecuencia del intempestivo apartamiento de una de las partes de las tratativas previas que de acuerdo al curso normal, debían conducir a la conclusión de aquél o a su definitiva no celebración por falta de acuerdo; como así también cuando el mismo no llega a perfeccionarse válidamente por estar viciado de nulidad, por causas exclusivamente atribuibles a una de las partes".¹

¹ Trigo Represas, Félix A., Ponencia para la Comisión N° 1 de las V Jornadas de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 29 al 31 de octubre 1992.

Para Brebbia, más sucintamente, "existe responsabilidad precontractual cuando, a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que se deriva un daño al otro precontractante, surge la obligación de resarcir el daño causado"².

Cobas y Zago entienden que "la responsabilidad precontractual es la originada con motivo de la relación existente entre las que podrían resultar futuras partes de la relación jurídica bilateral contrato, con motivo y como consecuencia de las tratativas que en común realizan para la posible concreción de aquél"³.

El tratamiento cabal del tema y la conceptualización del mismo suponen la consideración de ciertas cuestiones previas:

a) *la extensión de la libertad de contratar:*

El interés de este punto radica en la posibilidad de vislumbrar los valores en juego en el tema que nos ocupa: por un lado, la facultad de todo habitante de la Nación de entrar o no a formar parte de una relación jurídica como el contrato, que limitará su libertad personal y afectará su patrimonio. Por el otro, y en colisión con lo expuesto, el deber genérico de no dañar ni la persona ni los derechos del prójimo, en estrecha relación con el imperativo de buena fe respecto de todo comportamiento con relevancia intersubjetiva.

El sustento normativo de dichos valores es, para el primero, el artículo 33 de la Constitución Nacional, que incluye la libertad de contratación en interpretación armónica con los artículos 14 y 17 de nuestra carta magna⁴; para el segundo, los artículos 1109, 1077 y 1198 del Código Civil.

La delimitación de la responsabilidad precontractual impone la conciliación de los dos aspectos señalados: la libertad de contratar no debe ser tan estrecha que haga responsable a todo aquél que libremente y en ejercicio de su derecho consti-

² Brebbia, Roberto H. - Andorno, Luis O. - Cusiello, Juan José, *ibidem*, basado en Brebbia, Roberto H., *Responsabilidad Precontractual*, La Rocca, Bs. As., 1987.

³ Cobas, Manuel O. - Zago, Jorge A., *ibidem*, basado en Garrido-Zago, *Contratos Cíviles y Comerciales*, Bs. As., 1989, p. 116.

⁴ Ekmekdjian, Miguel A., *Manual de Derecho Constitucional*, quien expresa que "la libertad de contratar es uno de los derechos patrimoniales implícitos", Bs. As., 1991, p. 146.

tacional, opta por no ingresar como parte a una relación jurídica contractual, ni tan amplia que permita la causación irresponsable de un daño injusto.

Un valor adicional que posibilite una conciliación fundada de ambos extremos es el carácter no absoluto de los derechos (art. 1071, Cód. Civil). Este, junto con el valor "buena fe" serán analizados más adelante (conf. infra, punto V) cuando se aborde el tema de los factores de atribución, que nos dan el porqué de la obligación de reparar el daño en cada supuesto que se considere procedente.

b) *la delimitación precisa del período previo a la conclusión del contrato:*

El tramo temporal relevante jurídicamente a los efectos de imputar responsabilidad precontractual resulta parte integrante de la definición de este término, y discriminará las conductas trascendentes al derecho —ya sea positiva o negativamente— de las que no lo son. Obviaremos aquí la discusión histórica sobre el tema —que describiremos en el punto II— para pasar a considerar la solución actual.

Como iter o camino, esta línea temporal tiene dos extremos. El segundo resulta el más fácil de determinar, ya que se ubica en el momento del perfeccionamiento del contrato, en el instante en que concurren la oferta y la aceptación y se anuda de manera definitiva el consentimiento de los sujetos respecto del objeto, configurándose así los elementos constitutivos de un contrato. La problemática de los contratos a distancia posee suficiente previsión legal y se halla profusa y precisamente tratada por la doctrina como para incurrir en ella⁸.

Aparece como más difuso, en cambio, el extremo en que comienza el iter precontractual, que debe ser —más allá de toda duda— previo a la oferta, sin perjuicio de que en algún caso particular pueda comenzar en ella. Para Faggella la etapa en cuestión se inicia en el momento en que "las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolas y sintetizándolas"⁹.

⁸ Conf. Mosset Iturraspe, *Contratos*, Cap. III, B. A., Ediar, 1988, p. 88, o Garrido-Zago, *op. cit.*, Cap. IV, p. 95.

⁹ Faggella, Gabriella, citado por Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 368.

Estas negociaciones no necesariamente desembocarán en un contrato, sino con igual probabilidad en un desacuerdo no intempestivo. Pero si ello sucede, no habrá seguramente responsabilidad precontractual, mientras que si desembocan en un contrato, aún puede haberla como consecuencia de la nulidad o anulación del mismo.

En definitiva, concluimos en que no es posible fijar legalmente el momento preciso en que comienzan las negociaciones, puesto que ello no depende de un hecho identificable sino de una multiplicidad de hechos posibles, tal como se deduce de la enumeración abierta de Faggella. Por tanto, la ley positiva debe ser escueta al respecto y abandonarse en el punto a la sana crítica de los jueces en la meritación de las pruebas aportadas. Ello sin perjuicio de que debe haber un texto legal expreso, que sea lo más preciso de acuerdo a las posibilidades del lenguaje. En este sentido, toda conceptualización adecuada de "tratativas" o "negociaciones" preliminares debe ser teleológica: si éstas no tienen por fin inmediato o mediato la formación de un contrato, no pueden generar responsabilidad jurídica. Pero si revelan una finalidad análoga de las partes, sí la generan. Por ello representaba un gran avance el texto del artículo 1158 de la ley vetada de unificación: "Durante las tratativas preliminares, y aunque aún no se haya formulado una oferta, las partes están obligadas a comportarse de buena fe para no frustrarlas injustamente".

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El primer autor en formular una teoría sistemática del tema que nos ocupa fue Rudolf von Ihering⁷, quien fundamenta la responsabilidad en la culpa *in contrahendo*, definida como la violación del deber de diligencia que emerge una vez que ha existido oferta⁸. La limitación de la teoría finca en otorgar relevancia solamente a las tratativas posteriores a la formulación de la oferta, además de importar una tesis contractualista, que hoy resulta discutible (conf. *infra*, punto IV). Los términos responsabilidad *in contrahendo* y "precontractual" serán usados

⁷ Conf. su obra *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restés imparfaites*.

⁸ Stiglitz-Stiglitz, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 45-46.

por tanto en forma *sindénima*, siguiendo a Llamblas, quien aduce que la distinción entre ambos conceptos ya carece de justificación.⁹ En forma concordante, nuestra jurisprudencia ha dicho que "la culpa *in contrahendo* consiste en la omisión de las diligencias necesarias para que el contrato llegue a perfeccionarse de una manera completa"¹⁰ y que "deriva, en último análisis, no de la inexecución de una obligación, sino de las irregularidades cometidas al proponer o tramitar un contrato"¹¹.

En visión del insigne jurista alemán, la responsabilidad por actos cometidos en el período precontractual no excluye la vigencia de ciertos efectos del pacto frustrado o nulo. Si bien no surtirían efecto las obligaciones principales a que las futuras partes se habrían comprometido —o ya se comprometieron en el caso de un contrato anulado—, sí tendrían vigencia ciertas obligaciones contractuales diferentes de aquéllas, como la de reparar los daños y perjuicios.

Gabrielle Faggella¹² critica y a su vez perfecciona la tesis de Ihering, por cuanto la oferta deja para él de constituir el portal de entrada a la responsabilidad precontractual. Antes bien, el solo hecho de comenzar a negociar con la finalidad de cerrar un acuerdo contractual ya configura un hecho relevante para el orden jurídico y susceptible de generar el deber de reparar. Ello es así porque no es necesaria una oferta para que se produzca un apartamiento intempestivo —y por eso mismo dañoso— de alguno de los futuros contratantes. Faggella tiende asimismo a la objetivación de la responsabilidad *in contrahendo*, pues estima que no es necesario el dolo o la culpa para conformar una ruptura antijurídica. Basta con que una de las partes altere el curso normal de las tratativas, adelantando de manera irrazonable lo que podría haber sido el normal disenso de las partes. Por ello el fundamento —para este autor— no es puramente la culpa, sino la violación del acuerdo ya concluido entre las partes —ya sea de manera expresa o tácita— para entablar negociaciones.

⁹ Llamblas, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. I, Ferrat, Bs. As., p. 208.

¹⁰ Cám. Com. Cap., 8-III-1950, L.L. 59-168.

¹¹ Cám. Com. Cap., 31-XII-1948, C.F. 195-401.

¹² *Conf. su obra Dei periodi precontractuali.*

¹³ *Conf. su obra De la responsabilidad precontractuelle.*

Saleilles¹³ constituye la última etapa en la evolución clásica de la doctrina. Valoriza plenamente la relevancia jurídica del tramo negociador previo a la oferta —que llama *pour-parler*—, fundiéndolo en uno solo con el ulterior. Dice encontrar una base económica a partir de la cual podrá calificarse arbitrario o no el apartamiento en materia precontractual, y funda la responsabilidad en la garantía legal y la equidad, que conviven con el dolo y la culpa como factores de atribución.

Acaso las palabras de von Tuhr¹⁴ sean el ejemplo más claro de cómo la culpa *in contrahendo* evolucionó, dejando de ser un fundamento para una visión contractualista y subjetiva del asunto, para pasar a significar la violación objetiva de ciertos deberes en un ámbito extraño al contrato. Dice el jurista de marras: "Ya por el mero hecho de entrar en negociaciones contractuales, prodúcese entre los futuros contratantes una relación jurídica de la cual se derivan ciertos deberes; deberes que no versan precisamente sobre el cumplimiento del contrato, que todavía no existe, sino sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones. Así, tan pronto como éstas se inician, las partes vienen obligadas mutuamente a comunicarse hasta cierto punto, aquellos hechos que pueden tener una influencia decisiva en las resoluciones de la parte contraria. A la infracción de estos deberes suele darse el nombre de culpa *in contrahendo*."

III. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Tres son las grandes áreas donde resulta aplicable la responsabilidad por hechos previos a la conclusión del contrato, a nuestro juicio. Las expondremos a continuación:

a) *Tratativas preliminares:*

Obviamente, con este nombre a secas designamos a lo que sucede en todo el período precontractual. Distinguimos, empero, dos sub-supuestos de aplicación específica dentro de esta causal principal:

¹³ Von Tuhr, A., *Tratado de las Obligaciones*, T. I, Reus, 1934, p. 142, citado en E.D., t. 58, p. 144, nota a fallo "Ricooci Barrisnuevo o'Carulli Ernesto", CNCiv., sala A, 30-VIII-1960.

1) *Ruptura de las negociaciones*: Para que la misma genere responsabilidad debe ser intempestiva, arbitraria o irrazonable; de otra manera, sería el mero ejercicio del derecho constitucional que se apoya en la libertad de contratar. La reglamentación de este derecho la hallamos en el artículo 1150 del Código Civil, primera parte: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas...". Es evidente que lo que la ley dice es que la oferta no ata al ofertado; a *fortiori*, menos lo hará una tratativa en la que ni siquiera hay oferta. Sin embargo, lo que la ley no dice —pues ello contravendría otras disposiciones de igual rango— es que la oferta puede ser retirada de modo que produzca un daño, en especial cuando la otra parte ha incurrido en gastos a causa de ella, como por ejemplo, un estudio de factibilidad de un proyecto.

Para determinar si hay responsabilidad no basta con verificar objetivamente la existencia de un apartamiento, pues deben concurrir todos los presupuestos del sistema privado de responsabilidad. Ese apartamiento debe ser antijurídico, en primer término, sin que ello implique por el momento pedirnos acerca de si es lisa y llanamente ilícito o abusivo. Mosses Iturraspe expresa que "quien se aparta en forma arbitraria e intempestiva de las tratativas o quien retracta una oferta sin permitir a la otra parte su diligente consideración, se comporta de un modo contrario al Derecho"¹⁵. En segundo término ese apartamiento frustratorio debe causar un daño, un menoscabo material o moral. En tercer término debe estar en relación de causalidad adecuada con el accionar del contratante intempestivo. Finalmente, debe serle imputable, en virtud de un factor de atribución (conf. *infra*, punto V).

2) *Violación de deberes específicos*:

Alejándonos ya del caso típico de responsabilidad *in contrahendo*, pero manteniéndonos dentro de las alternativas del iter precontractual, nos topamos con ciertos deberes que la doctrina identifica como manifestaciones concretas del deber genérico de *non invidiam laedere*. Los Stiglitz identifican los siguientes, que no suponen —como en el caso anterior— la ruptura de los *pourparler*:¹⁶

—*Deber de colaboración*: se pone de manifiesto cuando por negligencia de uno de los contratantes se induce al otro a la realización de gastos innecesarios.

¹⁵ Mosses Iturraspe, op. cit., p. 362.

¹⁶ Conf. Stiglitz-Stiglitz, op. cit., ps. 63 y sigs.

—*Deber de custodia y conservación de los bienes enviados* por una parte a la otra para que los examine, preservando dichas cosas de cualquier daño.

—*Deber de información*: se omite advertir a la otra parte de cualquier circunstancia que obra en la esfera de conocimiento del cocontratante, y que pueda influir en la formación del consentimiento. Más genéricamente, "cuando una parte impida a la otra adquirir un correcto conocimiento de la realidad relevante para la valoración de la conveniencia del contrato, falsificando esa realidad u ocultándola, con lo que coarta la voluntad de la contraparte, induciéndola a concluir un contrato que no hubiera querido realizar".

Es probable que gran parte de estas hipótesis se hallen ya cubiertas por el dolo. Sin embargo, aún es posible que no se cumpla con los requisitos del artículo 932 del Código Civil y aun haya daño por resarcir. Será un contrato válido —si llega a formalizarse— pero el camino que a él condujo habrá generado responsabilidad. De relevante importancia es este deber para los contratos de consumo, que suelen ser precedidos no por una negociación particular, como concebía la doctrina clásica, sino por medios masivos de persuasión, como la publicidad. Si ésta es engañosa, por más que no alcance a ser dolosa, puede estar generando un daño injusto.

Las normas sobre dolo son muy severas. Basta, según reza el artículo 932, que el dolo no haya ocasionado un daño importante o no haya sido grave, para que no proceda la nulidad. En breve ponencia, los Dres. Bueres y Gesualdi señalaron que "en caso de que exista dolo incidental y de que, por lo mismo, se mantenga un contrato en pie (art. 934, Cód. Civil), la acción de daños y perjuicios será extracontractual y tendrá origen en la etapa previa a la formación del contrato"¹⁷.

Ella es así en base al artículo 1198, que impone un deber más sutil que el derivado del artículo 935: el obrar con cuidado y previsión, lo que es notoriamente inferior al "artificio, astucia o maquinación" del dolo vicio.

—*Deber de lealtad*: puede involucrar supuestos autónomos del anterior: no el deber de informar, sino el de abstenerse de revelar conocimientos que se hayan adquirido en virtud de la negociación. El secreto industrial, el *know-how*, el cono-

¹⁷ Bueres, Alberto - Gesualdi, Dora Mariana, en Ponencias para la Comisión N° 1 (vid. nota 1).

cimiento, son los motores del sistema económico actual, y su revelación a la competencia supone una deslealtad susceptible de ser reparada.

Antes de cerrar nuestro comentario sobre las tratativas, es menester aclarar que éstas —en su concepción individualista clásica— son cada vez más infrecuentes en lo que hace al consumo masivo (no tanto en lo que hace a las profesiones liberales o que tienen un marcado tinte *infitu personae*, como los contratos de espectáculos). La relevancia de los deberes señalados es mayor cuanto más usualmente se recurre a la práctica de la adhesión o de las cláusulas predispuestas. En efecto: es probable que no haya ninguna *pourparler* en la adquisición de un producto elaborado, ya que éstas pueden haber sido desplazadas por la publicidad masiva, que unilateralmente persuade de la bondad del producto. Pero si ello se ha logrado con medios engañosos, aunque las tratativas no existan como tales por estar subsumidas en la publicidad misma, la violación al deber de información dará derecho a accionar por daños y perjuicios.

b) *Supuestos específicamente contemplados en nuestro Derecho positivo:*

No es cierta la afirmación de que nuestro Derecho positivo no contempla supuestos particulares de responsabilidad precontractual, por más que nos preocupe que carezca de un principio general sobre la misma que fije el supuesto de hecho fundamental (caso "a", *conf. supra*) y la extensión del resarcimiento.

Los casos que analizaremos —individualizados por Brebbia—¹⁸ son por cierto fragmentarios y necesitarían estar acompañados por una teoría general de la voluntad unilateral como fuente autónoma de las obligaciones, tarea ésta que fuera encarada por la Ley de Unificación vetada en sus artículos 2288 a 2305. Citaremos a continuación las normas y los presupuestos de hecho que describen:

—*Artículo 1155:* Se refiere a la actitud del aceptante frente a una oferta seria y determinada. En concordancia con el principio del artículo 1150 —las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas— esta norma plan-

¹⁸ Brebbia, Roberto H., Ponencia a la Comisión Nº 1... (*conf. nota 1*) y *op. cit. passim*.

tea la contracara de aquél: el aceptante sólo tiene posibilidad de retractar su aceptación antes de que ella haya llegado a conocimiento del proponente. Si la retractare después de haberse anudado el consentimiento —o sea habiendo ya contrato, y no pudiendo o no queriendo cumplir éste— el retractante debe satisfacer las pérdidas e intereses derivados de sus acciones.

—*Artículo 1156*: Complementa lo dispuesto en el precepto anterior, por cuanto "la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses". Es el caso inverso del anterior: mientras por el 1155 el oferente puede demandar al aceptante retractado en tiempo impropio, por el 1156 el aceptante puede demandar al proponente retractado, muerto o incapacitado.

—*Artículo 1150*: Amén de enunciar el principio general de la libertad de contratar, enumera dos excepciones:

a) cuando el oferente hubiese renunciado a la facultad de retirarla;

b) cuando el oferente se hubiese obligado, al hacerla, a permanecer en ella hasta una época determinada.

La primera excepción ha sido profusamente criticada¹⁸ pues no aclara cuál será el plazo durante el cual dicha renuncia a retirar la oferta tendrá vigencia; lo cierto es que si se realiza de manera abusiva, intempestiva, arbitraria o dentro de un tiempo prudencial de haberla emitido, generará responsabilidad precontractual.

El segundo caso importa la irrevocabilidad de la oferta en un plazo cierto y determinado fijado por el oferente, cuya voluntad unilateral cobra aquí todo su vigor como fuente obligacional. Mas esto será analizado más adelante (*infra*, punto IV).

Pueden inclusive hallarse otros supuestos legales aislados:

—*Artículo 1163*: Según esta norma, el que se obliga por un tercero ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer las pérdidas e intereses si el tercero se negase a cumplir el contrato.

—*Artículo 1329*: El que vende una cosa ajena debe res-

¹⁸ Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 102.

ponder por los daños e intereses aunque sea de buena fe, si se trata de una compraventa civil.

c) *Vicios de la voluntad:*

Aunque, como se echa de ver, es ésta una hipótesis específicamente contemplada en nuestro Derecho positivo, la consideramos en un acápite distinto por ser objeto de una teoría general elaborada por la doctrina, en base a lo prescripto por la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil.

En el área específicamente contractual, los artículos 1157 a 1159 efectúan una remisión a la sección citada del Código, lo cual nos lleva de la mano de Brebbia²⁰ al principio del artículo 1056, que enuncia: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general cuyas consecuencias deben ser reparadas". Ello es así, puesto que no es correcto afirmar a secas que la nulidad priva a un acto de sus efectos; antes bien, lo priva de sus efectos propios, pero no de aquellos necesarios para imputar responsabilidad a quien obró dañosamente.

Es claro que ante el dolo o la violencia, que suponen responsabilidad subjetiva del agente, la ley impone la obligación de resarcir (arts. 934, 943, 944 en concordancia con el 1056, Cód. Civil). En el caso del error, los gastos en que una de las partes incurrió a consecuencia de aquél, merecen ser resarcidos aunque no estemos frente a un factor subjetivo de atribución. Al respecto dice Spota: "El mismo error-obstáculo que impide la formación del consentimiento contractual, origina un problema de responsabilidad precontractual, ya que no medió contrato ante el disenso de las partes (...) Para esos supuestos ya resultó clásica la teoría de Ihering, cuya tesis fue independiente del elemento subjetivo culpa o dolo, ya que importaba una doctrina objetiva de la responsabilidad *in contrahendo*, o por lo menos de aquél que dio origen a un negocio jurídico aparente"²¹.

La responsabilidad precontractual puede extenderse también al accionar del lesionante previo al contrato, en los términos del artículo 954, ya que [s] lesión es a un tiempo vicio de la voluntad y del acto jurídico.

²⁰ Brebbia, Roberto H., *Presencia a la Comisión Nº 1...* (conf. nota 1).

²¹ Spota, Alberto G., *Nota al fallo "L'ovak o'Olivetti", L.L., 1954-II-88.*

Enumerados los tres casos básicos de responsabilidad precontractual, encaramos ahora el estudio de la órbita de la responsabilidad precontractual, como así también de los factores de atribución, tema por cierto intrincado al carecer nuestro Código de una formulación legal precisa que suponga una teoría general sobre el tema.

IV. ÓRBITA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En nuestro sistema legal se distinguen dos ámbitos u órbitas de responsabilidad civil, según que el hecho generador del deber de reparar consista en un incumplimiento contractual, o en la violación del deber genérico de no dañar que resulta de las normas de nuestro Código Civil. En el primer caso, nos encontramos con la violación a una obligación concreta, preexistente, nacida de la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; en el segundo, en cambio, no se viola una obligación concreta, sino un deber genérico impuesto directamente por la ley²². Si bien actualmente la brecha entre ambos subsistemas se ha acotado, y se propugna doctrinariamente su unificación, aún subsisten diferencias importantes entre ambos (fundamentalmente, en relación a la extensión del resarcimiento y los plazos de prescripción)²³. Así, de *lege lata* continúa vigente el artículo 1107 del Código Civil, que prohíbe pasar de uno a otro de estos sistemas, salvo que el incumplimiento contractual configure al mismo tiempo un delito de derecho criminal.

En estas circunstancias, reviste interés determinar a cuál de estas dos órbitas de la responsabilidad civil pertenece la llamada "responsabilidad precontractual", sin perjuicio de marcar que este último género posee características propias.

Históricamente, tanto Ihering como Paggella fueron partidarios de considerar a la responsabilidad *in contrahendo*²⁴

²² Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, p. 71, n° 140.

²³ Alterini, Attilio A. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Daños*, Bs. As., 1992, p. 42.

²⁴ Utilizando tal término, como lo hace Brebbia, como sinónimo de responsabilidad precontractual, y no para designar adle el período anterior a la oferta, sentido este último que le diera Ihering (conf. Brebbia, op. cit., g. 43).

como formando parte de la órbita contractual. El primero de ellos encontró su fundamento en la "culpa contractual" en que ha incurrido quien viola la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, pero posteriores a la emisión de la oferta. Para Faggella, en cambio, la responsabilidad precontractual se fundamenta por la violación del acuerdo tácito para entablar negociaciones que se genera entre las partes al comenzar las tratativas previas al contrato, o *pourparlers*²⁶. Más modernamente, el Código Italiano, en su artículo 1324, prescribe la aplicación de las reglas contractuales a los actos unilaterales con contenido patrimonial, salvo disposición legal en contrario. En nuestra doctrina, Alterini sostiene que los preceptos que rigen la responsabilidad contractual "se aplican, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial (...); de tal manera, (...) en la etapa que, atendiendo a su temporalidad, se denomina 'precontractual', hay una serie de obligaciones emergentes de la declaración unilateral de voluntad que están regidas por las normas contractuales". Tal solución se fundaría, a su entender, en la analogía que como recurso interpretativo recepta nuestro artículo 16 del Código Civil²⁸.

La mayoría de la doctrina, no obstante, se inclina por la idea de que la responsabilidad *in contrahendo* se enmarca dentro de la órbita extracontractual. Así lo consideran, entre otros, Busso, Colmo, Lafaille, Bustamante Alsina²⁷, Llamblas, Boffi Boggero, López de Zavalla y Brebbia²⁸. El común denominador de sus opiniones consiste en la idea según la cual, al no poder aseverarse en los hechos la existencia de ningún acuerdo entre las partes, éstas últimas se hallan obligadas solamente a cumplir con el deber general de no dañar impuesto legalmente. Resulta ilusorio, se sostiene, forzar la realidad e inventar inexistentes acuerdos entre las partes, que se formarían "tácitamente" desde el momento en que comienzan los *pourparlers*. Respecto de la tesis de Alterini, antes reseñada, dice Brebbia que *de lege lata* no puede exten-

²⁶ Brebbia, *op. cit.*, ps. 46 y sigs.

²⁷ Alterini, Atilio A., *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, ps. 31 y 32, nros. 19 y 20.

²⁸ Citados por Bustamante Alsina, *op. cit.*, ps. 81-82, nros. 161-164.

²⁹ Citados por Brebbia, *op. cit.*, ps. 62 y sigs.

derse la responsabilidad contractual a los casos de incumplimiento de las obligaciones nacidas de un acto de voluntad unilateral, salvo que exista una remisión expresa de la ley en algún caso particular, como ocurre con el artículo 1870, inciso 5º del Código Civil respecto de la gestión de negocios. No pueden considerarse "casos análogos" los supuestos en que existe acuerdo de voluntades y aqueéllos en los que no lo hay. Además, en el caso de los contratos anulados, el artículo 1065 de nuestro Código Civil prescribe la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual.

Por nuestra parte, creemos que deben formularse algunas distinciones. Si se acepta, como dice Brebbia, que salvo en la responsabilidad por actos nulos o anulables (en que existe acuerdo, aunque viciado), los demás casos de responsabilidad *in contrahendo* se producen en situaciones de actos de voluntad unilateral²⁹, no nos parece tan claro que pueda hablarse de responsabilidad extracontractual. Porque si bien es cierto que en esos casos no hay un contrato preexistente, también lo es que no se da el supuesto característico de responsabilidad extracontractual, en el cual la obligación violada (*normam in laedere*) es impuesta directamente por la ley, sin intervención de la voluntad del individuo. En los casos de voluntad unilateral, en cambio, la obligación es impuesta por el individuo a través de su acto unilateral: él se obliga por su propio designio. Y en este sentido, el caso se aproxima bastante a aquel en que existe un contrato entre las partes. La única diferencia radica en el hecho de que en un caso la voluntad será vinculante por la sola manifestación unilateral del individuo, mientras que en el otro se requerirá también el consentimiento de la contraparte. El tema se vincula además creemos con la doctrina de los actos propios, y, de aceptarse que la responsabilidad precontractual se fundamenta en la violación de obligaciones nacidas de la voluntad unilateral, y que en tales casos se aplican las normas sobre responsabilidad contractual, surge la cuestión de si sería aplicable en el caso la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, con la consiguiente diferencia que ello implica, para una calificada doctrina³⁰, en cuanto al factor de atribución de responsabilidad.

²⁹ Brebbia, *op. cit.*, p. 60, nro. 6.

³⁰ Bueres, Alberto J., *El Acto lícito*, Hammurabi, Bs. As., 1986, ps. 53 y sigs.

³¹ Brebbia, *op. cit.*, ps. 77 a 81 y 82.

No obstante, creemos que, dado que nuestro Código Civil no sienta principios generales acerca de la eficacia jurídica de la voluntad unilateral, no cabe admitir, como lo hace Brebbia utilizando el principio de analogía²¹, obligaciones surgidas de tal fuente salvo en los casos expresamente legislados por el Código. Coincidimos pues con autores como Borda, para quien "no toda declaración unilateral de voluntad produce efectos obligatorios para el declarante". Y ello porque "como regla, nadie puede obligarse por su oferta o propuesta mientras ésta no sea aceptada". Por ello, sólo debe admitirse la fuerza vinculante de la voluntad unilateral "cuando la ley le atribuye ese carácter en vista a un resultado socialmente deseable"²². Esta es la solución de los códigos italiano, alemán, suizo de las obligaciones, portugués, brasileño, peruano y mexicano. Asimismo, la Ley de Unificación Civil y Comercial de 1987, vetada por el Ejecutivo, establecía en su artículo 2266 que las declaraciones unilaterales de voluntad "producen obligaciones jurídicamente exigibles cuando la ley o el uso les atribuyen esa aptitud", acotando de este modo su ámbito *jurígeo*.

Creemos, en resumen, que:

a) En los casos de ruptura arbitraria de las tratativas, la responsabilidad es extracontractual, pues las partes no se hallan vinculadas por un contrato, ni hay obligaciones surgidas de un acto de voluntad unilateral.

b) En los casos de actos nulos o anulables, la responsabilidad es también extracontractual, en función de lo preceptuado por el artículo 1056 del Código Civil.

²¹ "Unilateralmente, en los casos en que se veían de forma voluntaria de retirar la oferta, o el oferente se obligue a mantenerla durante un tiempo determinado (art. 1150, Cód. Civil), y se la retracte, o cuando una parte ha aceptado la oferta ignorando la retractación, muerte o incapacidad sobreviniente del proponente (art. 1156, Cód. Civil), estamos en presencia de obligaciones surgidas de la voluntad unilateral del declarante, pues en este caso está expresamente reconocida por la ley su eficacia *jurígea*. Y aquí surge nuevamente el problema acerca de si la responsabilidad es contractual (por aplicación analógica de las normas de este ámbito de responsabilidad) o extracontractual (por no preexistir un acuerdo entre las partes). Como

²² Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I. Perrot, B. A., p. 29, nro. 18.

hemos visto, ambas posiciones cuentan con buenos argumentos a su favor, siendo difícil encontrar razones concluyentes para adscribirnos a una u otra de estas posturas. Autores de la talla de Boffi Boggero han afirmado inclusive que en el caso de los artículos 1150 y 1156 del Código Civil "no cabe la responsabilidad contractual ni la aquiliana", sino que "tenemos aquí clara y categóricamente un caso de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones"²². Creemos no obstante que este último planteo lleva a un callejón sin salida cuando se trata de establecer qué normas se aplicarán para regular, verbigracia, la extensión del resarcimiento en estos casos. Dado que no jugarían aquí las normas de la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521, Cód. Civil), ni las referidas a la responsabilidad aquiliana (arts. 901 a 906, Cód. Civil), deberíamos forzosamente concluir que nos hallamos frente a una laguna normativa, por no contemplar nuestro Código otras reglas que las correspondientes a las dos esferas nombradas.

A nuestro entender, no estamos aquí ante un *tertium genus* insusceptible de encuadrarse en una u otra órbita de responsabilidad. Creemos que la solución debe buscarse en el artículo 16 del Código Civil, que nos conduce a aplicar a los supuestos que tratamos la normativa sobre responsabilidad contractual. Lo que los artículos 1150 y 1156 contemplan son casos en que se viola una obligación preexistente, que reconoce como fuente un acto jurídico unilateral (es decir, un acto de voluntad unilateral). No hay, pues, ningún deber genérico violado, sino uno muy específico creado por la voluntad del declarante. La interpretación analógica nos lleva a concluir que deben aplicarse al caso las reglas de la responsabilidad contractual.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático trató el tema que nos ocupa y produjo un despacho unánime según el cual "la responsabilidad precontractual se rige por las normas generales de la responsabilidad civil y, en forma específica, por las propias de la responsabilidad extracontractual".

²² Boffi Boggero, Luis María, voz "Responsabilidad" en *Enciclopedia Jurídica Orbeo*, t. 24, p. 837.

V. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Dice Vázquez Ferreyra que la idea de "factor de atribución" no stañe "ni a la causación psicofísica del hecho (atribuibilidad o autoría), ni al sujeto en sí mismo (imputabilidad), ni a su asentimiento con respecto al acto (voluntariedad)", sino que "tiene fundamentalmente a enlazar la actitud del sujeto (examinada a partir de pautas subjetivas u objetivas), ahora en relación con las consecuencias dañosas del acto"²⁴. Es, diremos nosotros en resumidas cuentas, la razón de justicia por la cual debe responder el sindicado como responsable.

En punto a la responsabilidad precontractual, la doctrina ha enunciado varios posibles factores de atribución. Así, la doctrina mayoritaria afirma que éste se encuentra en el artículo 1109 del Código Civil: las hipótesis de responsabilidad *in contrahendo*, dice Bustamante Alsina, "no escapan al principio contenido en el artículo 1109 del Código Civil, por lo que todo aquel negociador que incurre en culpa en las tratativas de un contrato (...) debe resarcir el daño causado a la otra parte"²⁵. También Brebbia se manifiesta partidario de esta tesis general²⁶. Se ha dicho también que los casos que tratamos son supuestos de "responsabilidad legal". Tal tesis fue sostenida por Windscheid en el Derecho alemán, y es pasible de la crítica que le formula Brebbia, en el sentido de que si la ley en cada caso debe establecer expresamente cuándo existe responsabilidad, la teoría no tendría ninguna relevancia práctica²⁷. Por último, se ha sostenido que el factor de atribución estaría constituido por el artículo 1071 del Código Civil, que no ampara el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Spota es el principal sostenedor de esta última postura²⁸.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas... (vid. nota 1), emitió por unanimidad el siguiente despacho (en lo tocante al factor de atribución): "la imputación jurídica se genera por apar-

²⁴ Vázquez Ferreyra, Roberto, "Los presupuestos de la responsabilidad civil", en *Jornadas sobre Responsabilidad Civil*, Cáceres, diciembre de 1988.

²⁵ Bustamante Alsina, op. cit., p. 82, nro. 164.

²⁶ Brebbia, op. cit., p. 69.

²⁷ Brebbia, op. cit., pá. 64 y 65.

²⁸ Brebbia, op. cit., pá. 92 y 93.

tamiento de la buena fe, del ejercicio regular de los derechos, o por comportamientos culposos o dolosos. En la reparación del daño involuntario, el factor de atribución es la equidad". A su vez, la Dra. María M. Agogliá propugnó el siguiente agregado: "el deber de responder también se puede fundar en el factor garantía (arts. 1155 y 1156, Cód. Civil)".

Creemos que lo hasta ahora dicho merece algunas precisiones. En primer lugar, no parece que la buena fe, en cuanto tal, pueda constituirse en un factor de atribución de responsabilidad. Más bien puede decirse que el art. 1198 del Cód. Civil, al establecer el deber de las partes de obrar "de buena fe" en la celebración del contrato, impone una serie de obligaciones (vid. *supra*, punto III.a.2) cuya violación por las partes traerá aparejada su responsabilidad. Pero en este caso, el factor de atribución no será la "buena fe", sino, según la postura que se adopte, la culpa, el ejercicio antifuncional de los derechos, etcétera...

Estamos de acuerdo con el despacho arriba citado en que, en caso de daños causados en el período precontractual por actos involuntarios, el factor de atribución será la equidad (art. 907, Cód. Civil), y, por ende, la responsabilidad será de índole objetiva. En relación a los demás casos, habrá que distinguir:

a) Los casos de caducidad o revocación de la oferta (en este último supuesto, siempre que el oferente se obligue a mantener la oferta por cierto tiempo, o a no revocarla), están regidos por los artículos 1156 y 1150, respectivamente (vid. *supra*, punto III.b). Respecto al supuesto de renuncia de la facultad de retirar la oferta, observa la doctrina que tal principio "se puede aceptar únicamente si se lo interpreta en el sentido de que mientras no exista otra declaración de voluntad en contrario, la oferta permanece vigente *sine die*, pero no si se estima que tal irrenunciabilidad, una vez declarada, no puede ser dejada sin efecto en ningún tiempo", pues el Derecho no permite una inmutabilidad permanente en las relaciones creditorias²⁹. Sin embargo, si la aceptación se produce luego de revocada la oferta, pero esta revocación no ha llegado a conocimiento del aceptante, el contrato queda perfeccionado, según Brebbia. También afirma este autor que la muerte o incapacidad del oferente no implica la caducidad de la oferta si el

²⁹ Brebbia, *op. cit.*, p. 129.

destinatario la ha aceptado antes del impedimento, y aun cuando el oferente no haya conocido tal aceptación⁴⁰. En caso de mantenimiento de la oferta durante un plazo determinado, la aceptación de la misma producida en cualquier momento antes del vencimiento del plazo tiene por efecto el perfeccionamiento del contrato, haya o no habido retractación de la promesa⁴¹.

Resumiendo: sólo en el caso del artículo 1156 existe la obligación de pagar "pérdidas e intereses". En los otros supuestos, puede darse el perfeccionamiento del contrato en los casos reseñados más arriba. En cuanto al supuesto del artículo 1155, según el cual si el aceptante retractare la aceptación después de haber llegado al conocimiento del oferente debe resarcir "las pérdidas e intereses" que la retractación causare a este último, "si el contrato no pudiera cumplirse de otra manera", estamos aquí en presencia de una verdadera responsabilidad por incumplimiento contractual, pues el contrato se perfeccionó ya con el envío de la aceptación al oferente (art. 1154, Cód. Civil) (según se vio *supra*, punto III.b).

Ahora bien, supuesto el caso del artículo 1156 (caducidad de la oferta o su retractación, cuando la otra parte aceptó la oferta sin conocer estas circunstancias), en que la ley obliga al oferente (o sus herederos) a reparar, ¿cuál es el factor de atribución? Para Parellada, se trataría de un caso de responsabilidad por actos lícitos⁴². Brebbia, en cambio, encuentra "la explicación" de tal responsabilidad en "la fuerza jurídica que la ley acuerda en general a la voluntad unilateral"⁴³ con lo cual, en el fondo, nada dice acerca del factor de atribución. En efecto: una cosa es saber cuál es la fuente de la obligación (indudablemente, lo es la voluntad unilateral), y otra muy distinta saber cuál es la razón legal para responder (y en este último caso, si el factor es subjetivo u objetivo). Vimos ya que la Dra. María M. Agolía considera este caso como una aplicación del factor "garantía"⁴⁴.

⁴⁰ Brebbia, *op. cit.*, p. 129-130.

⁴¹ Brebbia, *op. cit.*, p. 130 y abundante doctrina que cita en nota 7.

⁴² Parellada, Carlos A., en ponencia presentada a Comisión N° 1... (verf. nota 1). Tal opinión fue incluida en el despacho de la Comisión 1 y adhirió a la misma, entre otros, Bueres, Gesualdi, Agolía, Beragino, Mesa y Goldenberg.

⁴³ Brebbia, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁴ Agolía, María M., Ponencia para la Comisión N° 1... (verf. nota 1).

Por nuestra parte, no dudamos en afirmar que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva fundada en la garantía. En efecto, en virtud de su declaración unilateral de voluntad, el oferente asume una obligación "de resultado", consistente en garantizar al aceptante contra la eventualidad de su muerte, incapacidad sobreviniente o retiro de la oferta, siempre que éste no conozca dichas circunstancias.

Coincidimos además con la afirmación de que, en este caso, estamos ante un supuesto de responsabilidad por actos lícitos: el obrar del oferente no es en sí antijurídico, pero en caso de que genere daños, lo obliga a reparar.

b) El segundo supuesto que se nos presenta es el que denominamos genéricamente "ruptura arbitraria de las tratativas", y en el que podemos además incluir la violación a alguna de las otras obligaciones ya enumeradas (*vid. supra*, punto III.a.2) que surgen del artículo 1198, primer párrafo del Código Civil.

No creemos que deban hacerse distinciones, en punto al factor de atribución de responsabilidad, entre el momento anterior y el posterior a la emisión de la oferta, puesto que ésta, en principio (y salvo los casos que hemos visto), puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (art. 1150, Cód. Civil), por lo que el hecho de formularla no importa para el oferente la sujeción a ninguna obligación especial.

Cuando uno de los contratantes causa un daño a otro por violación de alguno de los deberes que impone la buena fe, por retiro arbitrario de las tratativas, o por revocación de la oferta⁴⁵, surge la cuestión de cuál es el factor de atribución. Como hemos visto, dos son los criterios principales esgrimidos por la doctrina en estos supuestos: la culpa aquiliana y el abuso del derecho. Creemos que no es posible inclinarse dogmáticamente por uno u otro de estos factores sin antes hacer un análisis detenido de los supuestos en los que se aplica cada uno de ellos.

La doctrina moderna predica la llamada "unidad de la culpa": ella es ontológicamente similar, ya se trate de culpa contractual o extracontractual⁴⁶. Por ello, se considera válida para ambas órbitas de responsabilidad la definición dada por

⁴⁵ Nos referimos siempre, en este apartado, a la llamada "oferta simple", es decir a la que puede retractarse en cualquier momento mientras no sea aceptada.

⁴⁶ Bustamante Alsina, *op. cit.*, p. 71.

Véase en el artículo 512: "la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". El Código impone, pues, un genérico deber de previsión, cuya violación constituye culpa. Esta puede consistir tanto en "negligencia" (falta de adopción de los cuidados debidos), "imprudencia" (cuando el sujeto obra precipitadamente y hace más de lo que debe) e "impericia" (falta de saber teórico o práctico en la materia del propio oficio)⁴⁷. Dos son los elementos de la culpa: omisión de la diligencia debida y ausencia de mala fe⁴⁸. Agreguemos que la culpa supone, como expresa Liambías, una "imputabilidad de primer grado" (discernimiento, intención y libertad), y una "de segundo grado" (ausencia de la diligencia debida)⁴⁹. Cabe aclarar que, para la doctrina que considera a la culpa el factor de atribución de responsabilidad *in contrahendo*, también podría serlo el dolo, en la medida que el agente tenga intención de dañar (art. 1072, Cód. Civil).

En cuanto al abuso del derecho, su distinción de la culpa como factor de atribución se torna algo dificultosa por el hecho de que, para algunos doctrinarios, aquí también hay, en el fondo, un obrar negligente. Así, afirma Brebbia que "siempre que se ejerce un derecho de manera contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo, se presume la existencia de culpa"⁵⁰. Del mismo parecer es Fleitas, para quien el acto abusivo sería una variedad del acto ilícito, con matices propios que lo diferencian del delito y del cuasi delito. La virtud de la teoría radica, para este autor, en ensanchar el campo de aplicación de la culpa, al sostener que se puede incurrir en ella aun al ejercer una prerrogativa jurídica⁵¹. De la misma tesitura es Liambías⁵².

⁴⁷ Mayo, Jorge A., Código Civil Comentado, dirigido por Belluscio, coordinado por Zannoni, comentario al art. 512, pá. 828/828.

⁴⁸ Altarini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., "Aspectos de la teoría de la culpa en el derecho argentino", *Derecho de Daños*, p. 123.

⁴⁹ Liambías-Raffo Benagüe-Sauret, *Manual de Derecho Civil - Obligaciones*, Perrot, B. A., 1967, p. 664, nro. 1370.

⁵⁰ Brebbia, *op. cit.*, p. 68.

⁵¹ Fleitas, Abel, *El Abuso del Derecho*, p. 34, nro. 5.

⁵² Liambías, *op. cit.*, p. 727, nro. 1662.

La doctrina mayoritaria, no obstante, considera que el art. 1071 genera un deber de reparar de carácter objetivo, con prescindencia de toda idea de culpa. Bustamante Alsina, por ejemplo, luego de reseñar los distintos criterios que en el derecho comparado se utilizaron para caracterizar el abuso del derecho (intencional, técnico, económico, funcional o finalista y ético), afirma que "nos hallamos sin duda en presencia de un factor de atribución del daño que funciona con independencia de la culpa"⁵³. En el mismo sentido, afirma Mosset Iturraspe que el abuso del derecho no es asimilable al acto ilícito, por ser un acto desviado respecto de su fin, mientras que el acto ilícito excede los límites del Derecho⁵⁴. En igual sentido se manifiesta Cifuentes⁵⁵. Kemelmajer de Carlucci, por su parte, explica que para algunos doctrinarios la teoría queda totalmente subsumida en el acto ilícito (caso de Orgaz), y para otros es una especie dentro de ese género, que se caracterizaría por una contrariedad con el derecho no inicial, sino sobreviniente. Luego se manifiesta contraria a estas tesis, aunque aclara que, de todos modos, en la mayoría de los casos de abuso, la culpa surge *in re ipsa*⁵⁶.

En nuestra opinión, es evidente que el abuso del derecho es un factor objetivo de atribución. En primer lugar, porque nada en el artículo 1071 indica que para su funcionamiento debe mediar culpa. Por lo cual no es necesario demostrar culpa alguna de quien ejerce su derecho en forma antifuncional, para hacerlo responder; más allá de que en la mayoría de los casos de abuso haya o no culpa, lo importante es que ella está fuera de cuestión. En segundo lugar, porque, como afirma Condorelli, la teoría contraria resta personalidad propia a la teoría del abuso del derecho, haciéndola superflua⁵⁷.

Una vez establecido lo que antecede, pasemos a indagar qué requisitos deben darse para considerar que ha habido un acto abusivo. Para Cifuentes⁵⁸, es necesario: a) que el ejercicio del derecho sea contrario al fin del ordenamiento al reconocer la facultad; b) que sea incompatible con la buena fe,

⁵³ Bustamante Alsina, *op. cit.*, p. 416, nro. 1229.

⁵⁴ Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 389, nota 8.

⁵⁵ Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Astrea, B. A., 1988, p. 22.

⁵⁶ Kemelmajer de Carlucci, *Acda: Código Civil Comentado* (Belluscio-Zannoni), Astrea, T. 5, p. 68.

⁵⁷ Condorelli, citado por Kemelmajer, *op. cit.* y *loc. cit.*

⁵⁸ Cifuentes, *op. y loc. cit.*

moral o buenas costumbres; c) que se pueda producir o haya producido un daño grave; d) no es necesario probar la culpa, si se requiere necesariamente la autoría imputable del sujeto actuante. Borda⁸⁹ dice que debe tenerse en cuenta si hay intención de dañar, ausencia de interés, si se ha elegido la vía menos dañosa para ejercer el derecho, si el perjuicio ocasionado es excesivo, si la conducta es contraria a las buenas costumbres, y si se actuó de manera razonable. Por su parte, Kemelmajer de Carlucci⁹⁰ considera que son elementos constitutivos del abuso: la existencia y el ejercicio de una condición permitida dentro del Derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, y la contrariedad con los fines de la norma o la moral, buena fe y buenas costumbres.

En definitiva, consideramos que las diferencias esenciales entre ambos factores de atribución (culpa y abuso del derecho) son las siguientes:

— En el primero de ellos (culpa), hay un acto que desborda la órbita de facultades del sujeto que obra el acto. Así, si un sujeto daña a otro con un paraguas por la calle, no puede decirse que estemos ante el ejercicio abusivo del derecho constitucional de usar y disponer de la propiedad, o del derecho de dominio, pues el sujeto va más allá de la órbita de ese derecho. En el caso del artículo 1071, en cambio, el agente obra dentro del ámbito de su propio derecho, pero lo hace en forma contraria a los fines perseguidos por la ley, o a la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

—La culpa presupone un acto voluntario y negligente; para configurar el abuso, basta con medir objetivamente la contrariedad del acto con los parámetros dados por el artículo 1071.

Así las cosas, nos parece que en la responsabilidad precontractual pueden actuar ambos factores de atribución, y no encontramos ninguna razón valedera para proclamar la aplicación lisa y llana de uno de ellos en todos los supuestos de responsabilidad *in contrahendo*, con exclusión del otro. No obstante que en cada caso concreto deberá evaluarse, en función de las pautas sentadas más arriba, cuál de estos factores es procedente, puede decirse genéricamente que:

⁸⁹ Borda, Guillermo A., *op. cit.*, T. I, Perrot, Ba. As., T. I, p. 52, nro. 25, *eda. varias*.

⁹⁰ Kemelmajer de Carlucci, *op. y loc. cit.*

—En los casos de ruptura arbitraria de las tratativas, o revocación de la oferta, quien realiza estos actos está actuando dentro de la órbita de facultades conferidas a él por el ordenamiento jurídico, ejerciendo su derecho de no contratar, o de revocar la oferta mientras no sea aceptada. En estos casos, el factor de atribución será el abuso del derecho, en la medida en que se contraríen los fines de la ley, o la moral, buena fe y buenas costumbres⁶¹.

—Cuando se viola alguno de los deberes surgidos de la obligación de actuar de buena fe (art. 1198, Cód. Civil), el sujeto obra, en principio, fuera de su órbita de facultades, invadiendo la ajena (no existe un derecho, v. g., a dañar los bienes del otro recibidos en virtud de las tratativas previas, ni a divulgar sus secretos). En estos casos, sólo se responderá por culpa (o, en su caso, dolo).

c) Por último, en los casos de contratos nulos o anulables, no hay ninguna duda de que el factor de atribución es, como regla general, la culpa (art. 1056, Cód. Civil). No obstante, en la venta de cosa ajena, el Código hace responsable al vendedor por las "pérdidas e intereses" sufridos por el comprador que ignoraba que la cosa era ajena, y esto aunque el vendedor "fuese de buena fe". Con lo cual, estamos en este supuesto puntual ante un caso de responsabilidad objetiva, siendo la garantía, a nuestro entender, el factor de atribución.

VI. LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO

Es famosa la distinción que formulara Ihering entre "interés positivo" o de cumplimiento, e "interés negativo" o de

⁶¹ En estos casos cobra pleno sentido la afirmación de Spota, para quien "la responsabilidad precontractual es independiente de toda idea de culpa extraccontractual o contractual. Se trata (...) de una conducta antifuncional, abusiva, en el ejercicio de una prerrogativa jurídica de no contratar (op. y loc. cit.). Por otra parte, no creemos fundada la afirmación de Brebbia en el sentido de que los supuestos de retiro de las tratativas o revocación de la oferta "no ensajan" en la hipótesis del art. 1071 del Cód. Civil, pues la facultad de no contratar no puede llegar a ser por sí misma abusiva o antifuncional, a menos que medie culpa (op. cit. de Brebbia, pá. 67-68). Este autor no da ningún argumento para sustentar su afirmación y nosotros no encontramos por nuestra parte ninguno, pues el art. 1071 es una norma general que no hace salvedad alguna y todos los derechos constitucionales se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (art. 14, Const. Nac.).

confianza. En la responsabilidad por incumplimiento contractual, se resarce el primer tipo de interés, que comprende todo lo que el acreedor tendría si el negocio fuera válido. En cambio, en los daños causados *in contrahendo*, se resarce el interés negativo, que consiste en el daño sufrido por haber creído en la validez del negocio. La doctrina no es conteste acerca de si este segundo supuesto abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante (como lo creen, entre otros, Spota y Brebbia)⁶², o sólo el daño emergente (Lafaille)⁶³. Parte de la doctrina, modernamente, sostiene la inutilidad de la distinción entre daño al interés negativo y al interés positivo. Así, dice Lloveras de Resk⁶⁴ que "la indemnización de la responsabilidad no se encuentra restringida al llamado interés negativo".

Brebbia⁶⁵ realiza las siguientes distinciones:

—En las tratativas anteriores a la oferta, sólo es indemnizable el daño emergente, pero no el lucro cesante, pues entre éste y el hecho ilícito no hay nexo adecuado de causalidad.

—En las ofertas con vinculación relativa (retractables en cualquier momento), la revocación culposa comprenderá daño emergente y lucro cesante, pues por existir una propuesta formal de contrato, hay nexo causal adecuado. Igual resarcimiento rige en el caso del artículo 1156.

—En las promesas y ofertas con vinculación absoluta (como la promesa pública de recompensa), el beneficiario debe exigir el cumplimiento de la prestación objeto del contrato perfeccionado, o de la promesa vinculante, y sólo en su defecto los daños y perjuicios (art. 505, inc. 1ª, Cód. Civil). Mientras en los casos anteriores se resarcía el interés negativo, en este caso se resarce el positivo o de cumplimiento.

—En los casos de contratos nulos o anulables, se indemnizan el daño emergente y el lucro cesante correspondientes al interés negativo.

—En cuanto al daño moral, puede ser indemnizado, según los principios generales.

Por nuestra parte, consideramos válida la distinción entre interés negativo y el positivo. Creemos que en los casos de

⁶² Brebbia, *op. cit.*, p. 168.

⁶³ Lafaille en Brebbia, *op. cit.*, p. 49 y nota 4.

⁶⁴ Lloveras de Resk, María Emilia, Ponencia para la Comisión Nº 1... (conf. nota 1).

⁶⁵ Brebbia, *op. cit.*, pp. 219 e 227.

responsabilidad precontractual cabe indemnizar el primero de ellos, que, como afirma Brebbia⁶⁸, puede comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (por ejemplo, los contratos que se dejaron de celebrar para concluir el que finalmente resultó frustrado). Corresponderá, en su caso, resarcir el daño moral.

Por último, digamos que en los supuestos de ruptura arbitraria de las tratativas, violación de deberes impuestos por la buena fe o vicios del consentimiento, son resarcibles tanto las consecuencias mediatas como las inmediatas (arts. 903 y 904, Cód. Civil), e incluso las casuales, si se las tuvo especialmente en mira (art. 905). En cambio, en los casos de caducidad o revocación de la oferta, que hemos incluido dentro de la órbita contractual, sólo se resarcen las consecuencias inmediatas (art. 520, Cód. Civil); las mediatas, sólo si se actúa con dolo (art. 521), supuesto este último prácticamente imposible en las situaciones contempladas por los artículos 1150 y 1156.

La Comisión N° 1 de las V Jornadas... (vid. nota 1) produjo, en cuanto al tema que nos ocupa, dos despachos contrapuestos, a saber:

Despacho a): "El distingo entre el daño al interés positivo y el daño al interés negativo (o de confianza) es válido para ser aplicado a las cuestiones tratadas" (adhirieron Bueres, Gesualdi, Agoglia, Boragina, Meza, Burgos, Mainard, Laveglia, Brebbia, Casiello, Andorno, Nicolau, Laplacette, Vázquez Ferreyra y Lorenzetti).

Despacho b): "El distingo entre daño al interés positivo y el daño al interés negativo significó, en su hora, un avance en la evolución de la doctrina. Empero, su rigidez y equívocidad lo hacen inconveniente, debiendo precisarse los daños resarcibles" (adhirieron Mosset Iturraspe, Goldenberg y Lloveras de Resk).

VII. RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL

Dice Mosset Iturraspe, en un intento por trazar un paralelo entre los dos temas que aquí nos ocupan, que "la responsabilidad postcontractual, al igual que la precontractual, está fuera del contrato, lateral a él. Esta se ubica en los momen-

⁶⁸ Brebbia, op. cit., p. 220.

tos previos a su formación, aquélla en los posteriores a su extinción⁶⁷.

Para Georg Dahm⁶⁸ "la culpa post contractum, en contraposición a la culpa in contractum, tiene en cuenta las obligaciones que incumben a las partes contratantes después de la perfección y consumación del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido".

En palabras de Jossierand, "el período al que damos el calificativo de postcontractual principia no a partir de la formación y aun del cumplimiento aparente, aproximativo del contrato, sino sólo después de su plena consumación, de su agotamiento y aun de su disolución, ya sea por acción del tiempo o por el cumplimiento de todas las obligaciones, esenciales o accesorias, inmediatas o a plazo que haya originado"⁶⁹.

Compartimos lo que sugiere Puig Brutau⁷⁰ en el sentido de que la categoría de responsabilidad postcontractual sólo tiene sentido en contraposición a la de precontractual. Lo cierto es que su existencia autónoma es dudosa. Los hermanos Mazeaud son terminantes cuando afirman que "el día que el contrato desaparece deja de producir efectos"⁷¹. Si ello es así, entonces el punto que nos ocupa se ubica cómodamente en el ámbito de la responsabilidad contractual, con las consecuencias que en nuestro sistema vigente ello tiene respecto de la extensión del resarcimiento y del plazo de prescripción.

¿Cuándo se agota un contrato? Podríamos ensayar una respuesta diciendo que ello sucede cuando deja de producir efectos. El cumplimiento de la prestación principal a que se han obligado las partes no agota por cierto los efectos del contrato, pues aun pueden subsistir prestaciones que sean objeto de obligaciones accesorias. Cortar la vigencia del contrato en el momento del cumplimiento de su obligación principal, o aun de su extinción por resolución, rescisión o revocación, implica ignorar responsabilidades que surgen como consecuencias de obligaciones laterales que las partes han asumido co-

⁶⁷ Masset Iturraspe, op. cit., p. 364.

⁶⁸ Dahm, Georg, *Deutsches Recht*, 1951, p. 638, nota 7, citado por Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, 3ª ed., 1988.

⁶⁹ Ver "Responsabilidad Postcontractual" en *Enciclopedia Jurídica Oseba*, t. XXIV, p. 962, citado por Jorge Pablo Duvosa, bajo la dirección de Luis María Boffi Boggio.

⁷⁰ Puig Brutau, op. cit., en nota 68.

⁷¹ *Enciclopedia Jurídica Oseba*, loc. cit., por el autor.

mo consecuencia de ese mismo contrato. En definitiva, ¿a qué se obligan las partes al ingresar a un contrato?

¿Sólo a lo que se explicita en su instrumento? La respuesta la daba el antiguo texto del artículo 1198, que nunca debió ser derogado a nuestro juicio, y que rezaba: "Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos". Esta norma tiene sus concordantes en el artículo 1258 del Código Civil español y en nuestra Ley de Contrato de Trabajo (20.744, t.o.), en su artículo 62: "Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad". Este artículo debe leerse en concordancia con el artículo 46 de la LCT, que preceptúa el principio de suficiencia de la expresión del objeto principal del consentimiento.

Siendo éste, entonces, un principio vigente en nuestro Derecho e inherente a la dinámica contractual, concluimos en que la infracción de deberes provenientes del contrato por una de las partes, aun después de cumplidas las obligaciones principales o de producida su rescisión, revocación o resolución, genera una responsabilidad de índole contractual. En efecto, mientras la responsabilidad surja de la violación de un deber que tenga su origen en el contrato mismo, no puede considerarse extinto a éste, por cuanto la vigencia del contrato se mide justamente por la existencia de sus efectos.

La doctrina recoge algunos casos de este tipo de responsabilidad:

—*Violación del deber de lealtad*: Así como éste era una causal de responsabilidad precontractual (conf. *supra*, punto 3), perdura aun cuando una de las partes haya dejado —por ejemplo— de estar al servicio de otra para entrar a trabajar para su competencia. Si la maniobra tiene por finalidad la revelación de secretos industriales o comerciales adquiridos durante la plena vigencia del pacto anterior, el deber emergente de éste se prolonga aun cuando haya cesado la relación jurídica e impone la obligación de reparar el daño injusto causalmente adecuado⁷².

⁷² Maresud, *Protesto*, T. I, p. 170, citado por Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 364.

—*Responsabilidad por ruina de obra por parte del constructor* (art. 1646, Cód. Civil), la cual se extiende por diez años de recibido el opus.

—Para Brún⁷³ una vez ejecutado un contrato subsisten prestaciones accesorias que confirman la naturaleza contractual del instituto. Cita como ejemplo la venta de un fondo de comercio, que contiene una cláusula adicional que impide al vendedor adquirir o abrir un establecimiento similar al que ha sido objeto de la transferencia durante un período determinado de tiempo. El pago del precio y la transferencia del fondo no dan por extinto el contrato: esto resulta obvio.

—Para Dahm, son también ejemplos de responsabilidad postcontractual cuando después de terminada la relación de arrendamiento, el propietario permite a su antiguo locatario colocar un rótulo en la puerta del piso o local anunciando su nuevo domicilio comercial. También alude al vendedor de un inmueble que es dueño de la propiedad contigua y edifica de manera que desmerece el valor de aquella propiedad que fue objeto de la venta⁷⁴.

—Vázquez Viñard⁷⁵ hace un tratamiento completo del tema en materia laboral, aunque lo titula —a nuestro juicio impropia— "efectos posteriores a la extinción del contrato" cuando en realidad alude a la extinción de la relación de trabajo, o sea al cese de las prestaciones principales.

Son para este autor obligaciones postcontractuales:

a) La obligación del empleador o sus descendientes de otorgar al trabajador o en caso de su muerte, a sus herederos o familiares indicados por la ley previsional y el artículo 248 LCT, el certificado de trabajo y las indemnizaciones legales.

b) La obligación del trabajador de devolver las herramientas y demás objetos de trabajo no recibidos a título de propiedad. Lo mismo se aplica a la vivienda si hubiera sido parte de la prestación del empleador.

c) Obligación del trabajador de no revelar secretos profesionales, inventos, hechos y actos que hubiesen llegado a conocimiento con motivo de la relación cuando esto, por supuesto, inflija un daño. De lo contrario, faltaría un presupuesto de

⁷³ Brún-Josserand, citado en *Enciclopedia Jurídica Orbea*, loc. cit.

⁷⁴ Dahm, Georg, citado por Puig Brutau, op. y loc. cit.

⁷⁵ Vázquez Viñard, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, T. I, Astrea, Bs. As., 1992, p. 536, párr. 114.

responsabilidad en el Derecho privado. Al referirse a este ejemplo, Vialard habla de que la acción de reparación debe fundarse en el Derecho común por hallarse extinta la relación. Omite decir que este deber no existiría de no haber mediado un contrato, y representa uno de los últimos estertores de su agotamiento.

Por lo expuesto, pensamos que a diferencia de la responsabilidad precontractual, la denominada postcontractual carece de una autonomía conceptual importante. Puede mantener su interés la denominación si la acotamos a la violación de deberes emergentes de un contrato una vez que éste se ha extinto por alguno de los modos legales, entre los que se halla, por supuesto, el cumplimiento de sus obligaciones principales. La extinción de un contrato es un proceso que no se agota en un acto; mientras puedan reconocerse efectos que no habrían existido de no haberse celebrado un acuerdo de voluntades, habrá vestigios de un contrato vigente. La relevancia práctica reside en la ubicación de esta responsabilidad en la órbita contractual. Si nuestra legislación consigue superar las engorrosas diferencias entre las dos órbitas, esta discusión dejará afortunadamente de tener sentido, y el Derecho sólo se preocupará por erigirse en un instrumento eficaz para la reparación del daño injustamente sufrido, más allá de cómo se haya causado³⁸.

VIII. CONCLUSIONES

1) Habrá responsabilidad precontractual cuando por ruptura arbitraria de las tratativas, viciación del consentimiento, caducidad o revocación de la oferta o violación de los deberes impuestos por la buena fe durante las negociaciones previas a la celebración de un contrato, se cause un daño injusto, causalmente adecuado e imputable a su autor a título de ejercicio abusivo de los derechos, culpa, dolo, equidad o garantía.

2) La responsabilidad precontractual tiene lugar en nuestro Derecho en los siguientes casos:

a) Ruptura arbitraria de las tratativas previas a la cele-

³⁸ En palabras de López Olaciregui, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *R.D.C.C.*, T. II, agosto de 1978.

bración de un contrato (ya sea antes o después de formulada la oferta);

b) Caducidad o revocación de la oferta (supuestos contemplados en los arts. 1150 y 1156, Cód. Civil);

c) Violación de los deberes que impone el artículo 1198, primer párrafo del Código Civil (obrar "de buena fe" en la celebración del contrato);

d) Nulidad del contrato por vicios del consentimiento (art. 1056, Cód. Civil).

3) La responsabilidad se enmarca en la órbita extracontractual de los supuestos (a), (c) y (d) reseñados *supra*. En el supuesto (b), la responsabilidad es de índole contractual.

4) En el supuesto (a), el factor de atribución de responsabilidad es el ejercicio abusivo de los derechos; en (b) lo es la garantía legal; en (c), la culpa o el dolo; y en el supuesto (d) el factor es también subjetivo (culpa o dolo), salvo para el caso de venta de cosa ajena (garantía legal).

5) La llamada "responsabilidad postcontractual" no es diferencia de la surgida del incumplimiento del contrato, siendo en realidad parte de ésta. Ello, porque el contrato no se agota sólo con la producción de sus efectos principales.