

Breves apuntes sobre la regulación del régimen de la precontractualidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial

DR. EDGARDO IGNACIO SAUX

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, Santa Fe.

La responsabilidad civil en la etapa previa al contrato

Hay consenso casi unánime en la dogmática civilística nacional y comparada, en admitir que quizás quien primero se avocara al estudio de los alcances de la responsabilidad civil, nacida de los daños, e intereses nacidos de convenciones que se tornan ineficaces o que quedan inconclusas antes de asumir rango propiamente contractual, fue Rudolf Von Ihering, quien en la segunda mitad del Siglo XIX¹ abordó el tema, hasta entonces inexplorado, de lo que hoy calificamos como responsabilidad civil precontractual.

El principal interrogante a esclarecer -y quizás lo siga siendo, más allá de otros, como el momento de inicio de la etapa precontractual, y el alcance de las consecuencias a resarcir- era si al reclamo resarcitorio por las secuelas lesivas de un negocio jurídico bilateral que no llega a materializarse, o por devenir nulo y por ende ineficaz, no alcanza a conformar propiamente un contrato, correspondía ser enmarcado dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual (con sus matices propios), o si la admitida inexistencia de ese vínculo jurídico válido llevaba las cosas al ámbito de la «*lex aequilia*».

Sucintamente -y dicho en función de la modesta extensión de esta labor- el insigne jurista alemán se pronuncia por la primera opción, entendiendo que la ineficacia contractual no priva al vínculo jurídico de todos sus efectos, sino en puridad de la acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido, pero subsisten obligaciones colaterales como la de indemnizar los daños causados, devolver las señas o arras, etcétera.²

Esas primeras elucubraciones de Ihering se ven enriquecidas algunos años después (en los albores del siglo XX) por los estudios de Gabrielle Fagella³, quien se preocupa por determinar cuándo comienza propiamente el tiempo de la precontractualidad, y en tal sentido, partiendo de la premisa que los vínculos entre los futuros contratantes preceden a la emisión de la oferta como paradigma de la negociación precontractual, señala tres etapas⁴: la de los tratos preliminares o *pourparlers*, la de la fase de reflexión -en la cual las partes futuras del contrato analizan las opiniones previas y preparan una propuesta-, y la tercera y última, que es la correspondiente a la emisión de la oferta contractual, que concluye -en su caso- por la aceptación del receptor de la oferta, y que admite

alternativas (como la de la contraoferta, o la revocación de la oferta, etcétera). En su parecer, sólo la tercera integra propiamente el tiempo precontractual, ya que la oferta «constituye la base y el sustento del vínculo jurídico».⁵

Lo cierto es que aun cuando la dogmática jusprivatista a partir de allí comienza a prestar singular atención al tiempo de la precontractualidad, el tema no aparece regulado en ninguna de las codificaciones decimonónicas y, entre ellas, en el Código Civil argentino de 1871, salvo alguna puntual referencia a los alcances de la oferta retractable como las contenidas en los artículos 1.150 y 1.156, y recién se registran antecedentes en el Código Civil Italiano de 1942, en el Portugués de 1966 y en la modificación del BGB del 2002, entre otros.

Sí se contempla el instituto en el proyecto nacional de Código Civil y Comercial unificados (singularmente en el del año 1998, que puntualmente impone la buena fe objetiva en las tratativas contractuales previas a la emisión de la oferta, y que consagra el daño al interés negativo como pauta resarcitoria), y en los principios de UNIDROIT así como en los más relevantes proyectos de unificación regulatoria contractual europeos contemporáneos (como el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, denominado el

«Proyecto Gandolfi»; o las propuestas para el Código Europeo de Derecho Común de los Contratos, redactado por la llamada «Comisión Landó»).

Un dato relevante de la realidad, que involucra no sólo al ámbito nacional sino también al comparado, es que la aparición y ulterior difusión de la legislación tuitiva del consumidor de bienes y servicios propone sí, para ese tipo de contratos, deberes específicos a observar en la etapa precontractual (de lo que nos ocupamos infra, en relación singularmente con las previsiones de los artículos 7 y 8 de la Ley 24.240 con las modificaciones de la 26.361).

El tiempo precontractual

En términos generales, el criterio temporal para enmarcar la etapa precontractual, en la dogmática argentina, es amplio. Si bien para la óptica del maestro rosarino Roberto Brebbia -quien fuera quizás en doctrina nacional el primero que le prestara sistemática atención al tema en su ya mencionada obra «Responsabilidad precontractual»- propiamente él se enmarca en el lapso que media entre la emisión de la oferta y su aceptación, reconoce que las tratativas preliminares preceden a la oferta, y que pueden llegar a generar responsabilidad civil cuando, mediante un actuar

culposo, se genera una ruptura intempestiva de las mismas que genera detrimentos patrimoniales⁶.

Jorge Mosset Iturraspe⁷ declara que no hay razón alguna para limitar la etapa precontractual a la que subsigue a la emisión de la oferta, toda vez que aquellas tratativas preliminares integran el íter contractual, y puede haber responsabilidad civil, con un factor de atribución subjetivo, si se produce unilateralmente y de manera intempestiva su interrupción, generándose un daño en base a la razonable expectativa creada a la otra parte.

Ricardo Lorenzetti⁸ propicia que el «lapso de negociación» (susceptible de producir responsabilidad civil en el caso de su interrupción intempestiva y dañosa) comprende desde el inicio de las meras tratativas hasta la emisión de la oferta, y ya más nítidamente (y con reforzamiento del deber de buena fe para el otro) desde ésta y hasta la perfección del consentimiento.

Gonzalo Sozzo, dentro de lo que -en opinión personal- quizás sea la obra más completa y sistemática sobre la cuestión⁹, propone una visión dinámica del fenómeno contractual, aludiendo a que ese «proceso» involucra la responsabilidad precontractual, la contractual y la poscontrac-

tual. Probablemente donde tal enfoque aparezca postulado con claridad sea en la regulación normativa de los contratos consumeristas.

Sus elementos

Lo cierto es que la figura en sí de la precontractualidad reconoce como elementos integrativos¹⁰ la existencia de una negociación -encaminada a la concreción de un vínculo contractual-, la de un daño normalmente vinculado a lo que se denomina «daño al interés negativo», vale decir, el resarcimiento de los gastos que se han efectuado con motivo de las negociaciones frustradas y las pérdidas de chances de perfeccionar otros contratos, aun cuando modernamente se postule una mirada más aperturista que involucre todo daño vinculado a la ruptura que guarde un nexo de causalidad adecuada, -la relación causal entre ambos, un factor de atribución- que se admite que no puede ser objetivo, sino que requiere un reproche conductista canalizable por la culpa o el dolo, y la anti juridicidad de la conducta, normalmente estandarizada como vulneración del principio de buena fe negocial u objetiva.

Como dice Roberto Brebbia -en opinión compartida por Mosset Iturraspe y Lorenzetti, entre otros-, «la libertad de contratar

sólo tiene como límite la culpa», en el sentido que en a medida en que no se pueda formular un reproche a quien genera la interrupción intempestiva de las tratativas pre negociales, o quien aporta culposamente el vicio que produce la nulidad del contrato (en cuyo caso el resarcimiento de los perjuicios irrogados al contratante de buena fe no es secuela de incumplimiento, ya que no hay contrato válido por efecto de la nulidad declarada), el derecho a contratar o no hacerlo sigue siendo una manifestación de la libertad negocial.

Hay quienes (como García Rubio, o entre nosotros el mismo Mosset Iturraspe) ven el fundamento de la responsabilidad precontractual en el ejercicio abusivo de ese derecho a no contratar, lo cual, *prima facie*, podría ubicar al mismo dentro de lo que genéricamente se denomina como factores objetivos de atribución. No obstante, entendemos que si la corporización de la figura del abuso del Derecho supone una calificación disvaliosa de su ejercicio (disfuncional, irregular, contrario a la buena fe o al espíritu de la norma en la cual se sustenta), hay una calificación subjetiva próxima al dolo o la culpa que lo mantiene dentro del elenco genérico de los factores subjetivos¹¹.

Casuísticamente, Lorenzetti¹² postula como hipótesis de responsabilidad precontractual:

- defectos en la negociación (v.g. nulidad de actos bilaterales por vicios en el consentimiento, frustración por falta de requisitos de eficacia, extralimitación del representante, violación de los deberes de información, reserva y custodia);

- retractación de la oferta irrevocable o a plazo simple (pero que generó razonable expectativa y gastos);

- apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas;

- incumplimiento del prestador de bienes o servicios respecto de los deberes precontractuales en futuros contratos consumeristas; y

- daños personales por prestaciones precontractuales

Sostiene -en forma coincidente con las conclusiones de las «V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil» de Junín del año 1992- que no conforman supuestos de responsabilidad precontractual la resolución, la rescisión y la frustración del fin del contrato, ya que en ellos hay contrato válido, que es privado de su eficacia, no de manera estructural (como en la nulidad), sino funcional y sobreviviente, y la responsabilidad que, eventualmente derive de esa ineficacia, será contractual.

Deberes precontractuales

Los deberes precontractuales, cuya inobservancia puede configurar la culpa «*in contrayendo*» que determine la existencia de responsabilidad resarcitoria si tal desatención generara un daño causalmente imputable a ella, pueden ser sistematizados como los siguientes¹³:

- Deber de cooperación (entre los futuros contratantes)
- Deber de información (singularizado en los contratos consumeristas)¹⁴
- Deber de secreto (o «deber de confidencialidad», que tiene que ver con el resguardo de la información compartida en relación con los vínculos precontractuales)
- Deber de custodia (de los datos y de los elementos intercambiados en esa etapa previa)

El ámbito de responsabilidad

Uno de los aspectos de debate que más controversias ha generado en la dogmática en materia de responsabilidad precontractual -junto con el del alcance de la reparación- es el de ubicarla en

alguno de los dos grandes campos de la responsabilidad civil que, hasta hoy, mantienen importantes diferencias de régimen jurídico (prácticamente neutralizadas en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificados del año 2012): la contractual y la aquiliana.

Es sabido que esas numerosas e importantes diferenciaciones efectuales entre uno y otro tornan relevante el criterio que se asuma. Como lo itera Brebbia¹⁵, entre ellas se pueden consignar:

- en cuanto a la mora, la contractual requiere interpelación, salvo en obligaciones de plazo cierto donde opera la mora automática; mientras que en la aquiliana opera *ex lege*;
- en la extensión del resarcimiento, en materia contractual sólo se resarcen las consecuencias inmediatas (salvo dolo), mientras que en la aquiliana, las inmediatas y las mediatas;
- en la prueba de la culpa, ya que en materia contractual varía según que se trate de obligaciones de medios o de resultado, mientras que en la aquiliana la víctima debe probarla, salvo que medien presunciones de causalidad o culpabilidad a su favor;

- en la prescripción liberatoria, siendo que en el campo contractual la misma tiene un plazo operativo de dos años (según artículo 4.023 del Cód. Civil), mientras que en la aquiliana el mismo es de diez (art. 4.037, *ibidem*);

- en la limitación de la responsabilidad, siendo que en lo contractual la misma sólo opera mediando cláusula penal (art. 655, Cód. Civil) o seña (art. 1.189), en tanto en la aquiliana puede operar la eventual reducción del débito resarcitorio por razones de equidad y en los términos del artículo 1.069 del mismo cuerpo normativo.

- Respecto de la prueba del daño moral, en lo contractual se requiere su demostración, mientras que en lo aquiliano se admiten casos de prueba «*in re ipsa*» (v.g. daño moral a los damnificados indirectos por muerte de la víctima directa).

- Con relación al discernimiento, conforme al artículo 921 del Código Civil, se lo presume existente a partir de los catorce años para actos lícitos, y a partir de los diez para los ilícitos.

- En materia de solidaridad, la misma es excepcional en los contratos (salvo que se la pacte), mientras que deviene más común (ya sea perfecta o imperfecta, propia

de las obligaciones «*in solidum*») en lo aquiliano.

Ahora bien, aun tratando de reducir a un esquema menos que elemental la cuestión, podemos recordar que al intentar ubicar el ámbito precontractual en uno u otro marco, se distinguen diferentes posicionamientos¹⁶:

- Hay teorías contractualistas (Ihering, Fagella, De Cupis, Saleilles, Planiol, Demolombe), entre quienes, con variedad de matices, y partir de la primaria propuesta de Ihering en el sentido de que el daño se causó mientras se contraía la relación contractual (de allí su mención específica en el caso a la «*culpa in contrahendo*»), ven o un actuar contrario a la buena fe o a la equidad comercial (Saleilles, De Cupis), o una suerte de pacto de responsabilidad implícito entre las partes (Chironi).

- Las hay (quizás mayoritariamente, al menos en Derecho nacional) extracontractualistas (Mazeaud, Savatier, Coviello, Díez Picazo y Gullón, Albaladejo, Trabucchi, Colmo, Laffaille, Busso, Boffi Boggero, Llambías, Stiglitz), para quienes la culpa aquiliana de quien genera la nulidad del contrato o la de quien produce un abandono intempestivo y dañoso

de los contactos preparatorios o incumple la oferta vinculante, se relaciona con la afectación de la regla del «*naeminem laedere*», señalando que no puede derivarse responsabilidad contractual (en definitiva, en el incumplimiento del contrato también hay culpa y daño) en un vínculo que no llegó a juridizarse como contrato.

- Hay quienes ven la responsabilidad derivada de lo actuado en la etapa previa a la concreción del acuerdo definitivo de voluntades en la figura del abuso del Derecho (Josserand, Spota, Mosset Iturraspe), entendiendo que, a partir del derecho subjetivo que se tiene a contratar o no -lo que hace al ejercicio de la autonomía de la voluntad-, generar una ruptura de las tratativas previas que por lo intempestiva -y dañosa- ubica el episodio en ese contexto. Hay una suerte de objetivación del factor de atribución, en tanto se prescinde de la culpa y se analizan los fines que la Ley tuvo en cuenta al conferir el derecho a no contratar, vulnerando la buena fe, el abandono irregular o abusivo de los «*pourparlers*»¹⁷. De alguna manera -y nos remitimos a lo consignado supra al respecto- coincidimos con Sozzo en considerar que aun cuanto ontológicamente no puede equipararse el abuso de derecho con la ilicitud civil en sentido estricto,

el ejercicio disfuncional de un derecho subjetivo que causa un daño a otro configura un supuesto de anti juridicidad en sentido material y, por ende, llevaría la regulación del caso al ámbito de la responsabilidad aquiliana. En cierto modo, también incluimos aquí (hay autores que lo diferencian) a quienes preconizan que la responsabilidad precontractual se sustenta en la llamada «teoría de la responsabilidad legal» (Winscheid, Lopez de Zavalía, Moeremans), en cuanto, más allá de la misma voluntad privada, es la Ley la que dispone que quien recibe una declaración de voluntad tiene derecho a confiar en que, mediante su aceptación, quede firme el contrato.

- Se registran también calificadas voces (Goldemberg, y en supuestos puntuales a los cuales referimos, Brebbia y Lorenzetti) que asientan el deber de responder en la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad, especialmente en aquellos casos en los que, por mandato legal, la misma compromete al oferente (caducidad de la oferta por muerte o incapacidad, ver art. 1.156 del Cód. Civil, o en los de oferta irrevocable, en los cuales habría también una especie de factor objetivo de atribución derivado del mero incumplimiento, sin indagar culpas). Como se ha señalado con buen criterio¹⁸,

siendo que esa fuerza vinculante de la voluntad unilateral sólo sirve para justificar la responsabilidad civil en supuestos excepcionales y muy limitados dentro del campo de lo precontractual, no puede ser erigida como fundamento general.

- Finalmente, se computan pareceres que entienden que no cabe generalizar el ámbito contractual o aquiliano de la responsabilidad precontractual, ya que habrá casos en los cuales se aplique uno u otro. Así, Atilio Alterini¹⁹ resalta que dentro de los tres supuestos en los que nítidamente se perfila la responsabilidad precontractual (ruptura de tratativas precontractuales, retractación de la oferta vinculante y nulidad del contrato), la primera y la última deberían regirse por la responsabilidad aquiliana, y la retractación de la oferta vinculante por la contractual. Luis Leiva Fernández²⁰, por su parte, manifiesta que se regirán por las normas de la responsabilidad contractual los daños causados por las vicisitudes de la oferta y la aceptación, y por la ruptura del consentimiento ya logrado en los contratos reales no perfeccionados por falta de tradición; en tanto que lo harán por la aquiliana la generada en la ruptura intempestiva de las negociaciones previas a la oferta, y la derivada de la nulidad del contrato.

- De alguna manera, se relaciona con la propuesta precedente el punto de vista de Ricardo Lorenzetti²¹, quien considera que el debate apriorístico sobre el segmento de responsabilidad civil aplicable a la etapa precontractual depende del supuesto de hecho que la determine. En tal sentido, menciona que en los daños a las personas, se aplicará el régimen de la responsabilidad extracontractual; en los daños al consumidor, el de la Ley 24.240 y sus modificatorias; en el incumplimiento de la oferta vinculante el artículo 1.456 del Código Civil; en caso de mediar dolo en las tratativas, si produce la nulidad del contrato, será aquiliana; y en el abandono intempestivo de las negociaciones, también jugará la responsabilidad extracontractual por culpa aquiliana en la falta de buena fe.

El concepto de lo indemnizatorio

Ahora bien, más allá de este conflictivo aspecto del tema, otro en el cual se computan interesantes debates es el del alcance de la indemnización que se debe a quien resultara damnificado.

Como regla, se resarce sólo el daño al interés negativo, o interés de frustración y no de cumplimiento, el cual -según Brebbia- equivale a la restitución de los

gastos hechos en miras al contrato frustrado, pero no abarca el lucro cesante. Es un concepto ya pergeñado por Rudolf Von Ihering, y que tiende a colocar al damnificado en la misma situación en que hubiera estado de no haber entrado en las tratativas luego frustradas, sin tener en consideración lo que hubieran sido las secuelas del incumplimiento contractual, aspecto propio de la responsabilidad contractual.

Puede incluir el reintegro de los gastos efectuados en función de las negociaciones luego frustradas, y en su caso -y si se probara- la pérdida de chances de perfeccionar otros contratos.

Entre nosotros, tal punto de vista ha sido sostenido por Roberto Brebbia, Ricardo Lorenzetti, Alberto Spota, Ruben Compagnucci de Caso y Rubén y Gabriel Stiglitz²², y lo preveía en el tema el «Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio» del año 1987.

No obstante, y más acá en el tiempo, tanto las «V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil» de Junín (año 1992), a las que hemos aludido supra, como Jorge Mosset Iturraspe²³ y Gonzalo Sozzo²⁴ (quien a su vez trae a cita el parecer de María Paz García Rubio), entienden que

no cabe limitar la indemnización a lo que se pueda perfilar como daño al interés negativo, debiendo resarcirse todas las consecuencias dañosas que genere el hecho determinante de la ruptura de las tratativas, del no mantenimiento de la oferta vinculante o de la anulación del contrato, siempre que estén relacionadas causalmente de manera adecuada con dicho episodio.

El Código Civil argentino de 1871 prevé, en su artículo 1.156, que la parte que hubiera aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o su incapacidad sobreviniente y que, a consecuencia de su aceptación, hubiera hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho «a reclamar pérdidas e intereses», lo cual pareciera acotar el reclamo al concepto restringido de daño al interés negativo, aun sin mencionarlo.

Cabe recordar que la oferta simple es revocable (con buena fe y sin abuso), salvo que sea no retractable o que se la mantenga por un plazo determinado (conforme al texto del artículo 1.150 del mismo cuerpo legal).

El Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 1987 preveía, en el tema, que lo precontractual comprende

las tratativas anteriores a la formulación de la oferta, y que las reglas aplicables para derivar responsabilidad se rigen por el principio de la buena fe objetiva, o lealtad. Asimismo, que la indemnización debía limitarse al daño al interés negativo, y se regulaban los supuestos vinculantes de declaración unilateral de la voluntad (los títulos valores, las cartas de crédito bancarias, las garantías de cumplimiento a primera demanda y las promesas al público).

En la Ley argentina de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Bienes y Servicios (No 24.240 con la reforma de la 26.361), los artículos 7 y 8 regulan los alcances de la oferta y de la publicidad, lo cual tiene singular incidencia en la responsabilidad contractual del oferente.

Al respecto, se establece que la oferta pública indeterminada vincula al oferente, que la misma debe contener la fecha de inicio y de finalización de su vigencia, así como sus modalidades, y que su incumplimiento debe ser considerado como negativa injustificada a contratar (vender), habilitando las sanciones administrativas normadas en el artículo 47 de la misma estructura legal. Se consigna que las precisiones de la publicidad obligan también al oferente.

Por su parte, los principios de UNIDROIT (2.15) y el Proyecto Europeo de los Contratos (Gandolfi) contemplan como regla la libertad de inicio de las negociaciones sin responsabilidad si no se llega a un acuerdo que perfeccione el contrato, «salvo comportamiento contrario a la buena fe».

El Proyecto del 2012

Ahora bien, en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificados del año 2012 (siguiendo de alguna manera, aunque con mayor precisión regulatoria, lo propuesto con el título «Tratativas contractuales» en los arts. 920 y 921 del Proyecto de 1998), aparece una regulación específica del tema bajo consideración, dentro del Libro III («Derechos personales»), Título II («Contratos en general»), Capítulo 3 («Formación del consentimiento»), Sección 3a («Tratativas contractuales»). Involucra el texto de los artículos 990 a 993.

Se sienta allí la regla de la libertad de contratación (art. 990) y la libertad para abandonar las tratativas previas, salvo que se contraríe la buena fe (art. 961).

Como dice Rubén Compagnucci de Caso, analizando el Proyecto en el tema bajo consideración²⁵, el ensamble de lo nor-

mado en ambos preceptos genera el perfil del instituto: la regla es la libertad de contratación, y dentro de ella, la de abandonar las tratativas preliminares si razones plausibles inducen a hacerlo, pero tal abdicación no puede ser protegida por el amplio manto de la autonomía de la voluntad cuando no es de buena fe, y además genera un daño resarcible a quien, inculpablemente, ha afrontado gastos en la confianza razonable de la futura celebración.

El estándar para valorar esa buena fe -como lo propone el mismo autor- resulta difícilmente objetivable o generalizable, y más bien responde a las circunstancias económico-sociales particulares, junto con el tipo contractual que se está debatiendo.

Es singularmente importante el texto del este artículo 961, por cuanto de alguna manera constituye el «núcleo duro» de la temática bajo análisis. Dice textualmente: «...Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formado una oferta, 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 acuerdo». Si bien, de alguna manera lo

normado abarca sólo una faceta de los supuestos más relevantes de responsabilidad precontractual -la frustración o abandono intempestivo y dañoso de las tratativas previas a la oferta-, y no lo hace con otros -el aporte del vicio nulificante del contrato celebrado, y el incumplimiento o el no mantenimiento de la oferta vinculante-, el diseño en sí del instituto responde a lo que, como se mencionara supra, se presenta mayoritariamente en el Derecho Comparado.

La falta de culpa de la otra parte y su confianza en la negociación habilitan la reparación (art. 991), aun cuando no se hace mención alguna a que la misma pueda verse vinculada con concepto de daño al interés negativo, lo cual -entendemos- habilita a reclamar todas aquellas que se probara se encuentran con el hecho lesivo en un vínculo de causalidad adecuada.

Se consagra el deber de confidencialidad respecto de la información aportada por una parte a la otra (art. 992), disponiéndose que quien la revelara o la usara en interés propio debe indemnizar el daño causado y, si lo hubiera, compensar el enriquecimiento sin causa generado en ese uso o disposición indebidos.

Se regulan las cartas de intención (art.

993), que suponen las bases de la negociación de un futuro contrato, que son de interpretación restrictiva y que sólo obligan si configuran técnicamente una oferta. En los fundamentos del Proyecto se alude a una «regulación austera» del tema de la responsabilidad precontractual, a integrarse con el quehacer de la doctrina y la jurisprudencia.

Hay ciertamente también una conexidad temática con la regulación que se hace en la Sección 1a del mismo Capítulo del Proyecto («Formación del consentimiento», arts. 971/983) que trata el consentimiento, la oferta y la aceptación.

El consentimiento nace con la aceptación -expresa o tácita- de la oferta, y ésta, cuando es dirigida a persona determinada, es vinculante. Y cuando lo es a personas indeterminadas equivale a una invitación a ofertar, salvo que por sus términos evidencie la intención de contratar. Puede retractarse antes de la aceptación y caduca con la muerte (del oferente o del receptor).

La aceptación debe ser expresa, y la contraoferta es propuesta de nuevo contrato.

Lo precontractual en los contratos de consumo

En la regulación de los contratos de consumo (incorporados al Proyecto en el Título III del Libro Tercero, entre los artículos 1.092 y 1.122) se regula la publicidad consumerista (arts. 1.101 y 1.108), la cual no debe ser falsa, engañosa, comparativa de mala fe ni abusiva) y los alcances de la oferta por medios electrónicos.

Hay en ellos -los contratos consumeristas- un reforzamiento del deber de información por parte del oferente que, según los términos del artículo 1.100 del Proyecto, debe ser cierta y detallada en relación con las características esenciales del bien o servicio que se ofrece, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato; previéndose además que sea gratuita para el consumidor y lo suficientemente clara para su comprensión. Obviamente, y como dicen Ossola y Valléspinos en su obra citada supra, ese deber de información, junto con los de secreto y protección²⁶ - (ya hemos aludido a que el Proyecto en el artículo 992 regula el deber de confidencialidad en la etapa precontractual) configuran el opus relevante que el oferente o proveedor debe al consumidor en ella, y a partir de su incumplimiento o desatención nacerá la responsabilidad resarcitoria.

Como señalara ya hace tiempo Rubén Stiglitz²⁷, esa obligación de informar en los contratos consumeristas tiene rango legal, y se funda en una regla accesoria de conducta, cuyo contenido consiste en cooperar desde la etapa de las tratativas.

En definitiva, creemos que la regulación, aun escueta, que el Proyecto propone de la responsabilidad civil nacida en la etapa precontractual, responde a los criterios que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, así como el Derecho Comparado, han ido perfilando en la materia, y es un dato altamente positivo que se pre ordenen normas legales destinadas a prever sus alcances ■

¹ «*De la culpa in contrahendo ou des damages-intérêts dan les conventions nulles on restées imparfaites*», en «*Oeuvres choisies*», traducción francesa de Meulenare, París, 1.893, PÁGS. 1 a 100, respecto de la cual ROBERTO BREBBIA («*Responsabilidad precontractual*», LaRocca, Buenos Aires, 1987, PÁG. 46) menciona que no se conoce traducción al castellano, habiendo sido originariamente publicada en alemán en el año 1860.

² Ver al respecto Noemí Lidia Nicolau, «*Fundamentos de Derecho Contractual*», Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo 3, PÁG. 123.

³ «*Il período precontrattuale e la responsabilità precontrattuale*», Editorial Soc. Cartieri Centrale, Roma, 1918, 2a Edición, págs. 3 y ss.

⁴ Obviamente, y aunque Fagella no lo planteara así en aquel momento, tal estructura se corresponde con lo que hoy denominamos contratos paritarios, en los cuales hay un iter estructural absolutamente disímil a los más frecuentes contratos por adhesión o con cláusulas predisuestas, en los cuales tales prolegómenos no existen: se ingresa al contrato o no se lo hace, en un sistema que ya no es «*a medida*» sino «*pret á porter*».

⁵ Conf. Rubén Compagnucci de Caso, «*Responsabilidad precontractual*», LL 2006-E-1380.

⁶ Op. cit., PÁGS. 97 y ss.

⁷ «*Contratos*», Editorial RUBINZAL-CULZONI, Santa Fe, 1995, PÁG. 421.

⁸ «*Tratado de los contratos*», Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, Parte General, PÁG. 310.

⁹ «*Antes del contrato*», LEXIS NEXIS, Buenos Aires, 2005.

¹⁰ En opinión de Gonzalo Sozzo, «*Antes del contrato*», op. cit., PÁG. 116.

¹¹ Es interesante la opinión al respecto de Sozzo («*Antes del contrato*», op.cit., PÁG. 51). Según el mencionado autor santafesino, el abuso del derecho «*es una fuente particular de las obligaciones*», que obliga a reparar el daño causado, y que genéricamente puede ser incluida dentro del contexto general del artículo 1.066 del Código Civil (que contempla, aun desde el punto de vista formal y no material, la anti juridicidad), con lo cual «*no se trata de un acto lícito, ni de un tertium genus, sino de una especie dentro de los hechos ilícitos (en sentido amplio) con virtualidad dogmática propia*». Básicamente, coincidimos.

¹² «*Tratado de los contratos*», op.cit., PÁG. 309.

¹³ NICOLAU, «*Fundamentos de Derecho Contractual*», op.cit., PÁG. 125.

¹⁴ Un interesante análisis del incumplimiento del deber de información en los contratos consumeristas y la consecuente situación de mora del proveedor por tal incumplimiento es realizada por Federico Ossola y Gustavo Vallespinos en su obra «*La obligación de informar*», Editorial Advocatus, Córdoba, 2001, PÁGS. 252 y ss.

¹⁵ «*Responsabilidad precontractual*», op.cit., PÁG. 37 y ss.

¹⁶ En realidad, como lo señala atinadamente Sozzo («*Antes del contrato*», op.cit., PÁG. 16) los distintos enfoques sobre la cuestión no se sustentan en realidad mirando los fundamentos de la responsabilidad civil previa al contrato, sino los efectos de la misma (de hecho, tanto el paradigma de la tesis contractualista, como lo fue RUDOLF VON IHERING, como los extracontractualistas, analizan la culpa como pauta subjetiva activadora de ese débito resarcitorio), con las importantes consecuencias que a nivel de regulación normativa reciben uno y otro campo.

¹⁷ Al respecto, señala BREBBIA («*Responsabilidad precontractual*», op. cit., PÁG. 67) que echar mano a la figura del abuso del Derecho puede resultar atractivo en una mirada liminar, pero que cuando se afina el análisis aparecen aspectos controversiales. Así, quien activa esa responsabilidad por haber generado la nulidad contractual aportando el vicio, mal puede ser encuadrado en aquélla, siendo netamente responsable por su culpa o dolo en ese aporte nulificante.

¹⁸ Luis Leiva Fernández, «*Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio*», LL 1998-D-1229

¹⁹ «*Responsabilidad civil*», ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1969, PÁG. 31.

²⁰ «*Responsabilidad precontractual...*», op. cit.

²¹ «*Tratado de los contratos – Parte General*», op. cit., PÁG. 315.

²² Es un dato de la realidad que aun dentro de quienes propugnan esta mirada en orden a cómo indemnizar las consecuencias dañosas en el ámbito de la responsabilidad precontractual, hay matices. Así, para FAGELLA, SALEILLES, SPOTA y los STIGLITZ el criterio debe ser amplio, involucrando el daño emergente (los gastos hechos en miras al contrato que no se celebró, o que se anuló) y el lucro cesante (la eventual pérdida de chance en relación a la celebración de otros contratos pospuestos por el que se frustró). En cambio, para Laffaille y Brebbia, el punto de vista es más restrictivo, limitándose sólo al daño emergente.

²³ «*Contratos*», op. cit., PÁG. 427.

²⁴ «*Antes del contrato*», op. cit., PÁG. 218.

²⁵ «*Responsabilidad precontractual en el Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012*», en «*Revista de Derecho de Daños*», Editorial RUBINZAL-CULZONI, Santa Fe, 2012-3, PÁG. 184.

²⁶ *Ibidem*, PÁGS. 186 y ss.

²⁷ «*La obligación precontractual de información*», LL 1997-B-766