

//tencia No.123

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, veintisiete de mayo de dos mil veintiuno

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"NIEUCHOWICZ ABRAMOVICH, FREDDY C/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - INTIMACIÓN DE ENTREGA DE DOCUMENTO - CASACIÓN"** - IUE: 2-50526/2016.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva nro. 70, de fecha 21 de mayo de 2019, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er Turno, falló:

"Condenando a ANTEL a abonarle al actor la suma de \$ 4.760.000, cuatro millones setecientos sesenta mil pesos Uruguayos, por concepto de lucro cesante y daño moral, con reajustes desde junio 2016 e intereses desde la presentación de la demanda.

Desestimándola en lo demás" (fs. 234-243).

II) Por sentencia definitiva individualizada como DFA 0005-000302/2020, SEF 0005-000111/2020, de fecha 22 de junio de 2020, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, se

resolvió:

"Revócase parcialmente la sentencia objeto de impugnación en cuanto al monto de la condena impuesta y en cuanto admitió la indemnización por daño moral y en su mérito fíjase la indemnización en \$ 3.192.000, suma que deberá ser debidamente reajustada conforme a la ley 14500 desde junio de 2016 más los intereses desde la fecha de la demanda.

Desestímase la reclamación por concepto de daño moral" (fs. 292-311).

III) Extendieron discordias las Dras. Patricia HERNÁNDEZ y Loreley PERA, en el entendido de que correspondía revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimar la demanda en todos sus términos, puesto que el actor no probó el daño, circunstancia que descarta la verificación de todos los elementos de la responsabilidad civil (fs. 311-316).

IV) Contra el fallo de segunda instancia, la parte demandada interpuso recurso de casación (fs. 319-329).

En síntesis, expresó los siguientes cuestionamientos.

a) Adujo que la impugnada vulnera los artículos 24 de la Constitución, 1319 y 1323 del Código Civil, 139, 140, 197 y 198 del Código General del Proceso, en la medida en que practica un juicio de

responsabilidad sin prueba del daño.

Expresó que, correctamente, la sentencia releva que *"la actora reclamó lucro cesante por pérdida de otras oportunidades de contratar, los gastos realizados por las tratativas y la pérdida de oportunidad de haber efectuado una contratación con Claro. Con relación a los gastos de la tratativa cabe consignar que no se acreditó en grado alguno y su rechazo no fue objeto de agravio (...) Similares consideraciones deben efectuarse respecto de las tratativas referidas al contrato con la firma Claro"*. Indicó que no es posible entender por qué entonces, tras reconocer que el actor reclamó sumas dinerarias por daño moral y lucro cesante, que no logró acreditar, la hostilizada igualmente hace lugar a la demanda (fs. 322).

Indicó que resulta un grave error de derecho sostener, como expresa la impugnada, que la pérdida de oportunidades y la incursión en gastos son *"elementos que sirven para la eventual evaluación de los daños y perjuicios, no para la existencia o no de responsabilidad"*.

Señaló la recurrente que, en sede de responsabilidad precontractual, los gastos de las tratativas y la pérdida de oportunidades de celebrar otros contratos igual o más ventajosos, no son una forma

de avaluar el daño, sino el daño mismo. Indicó que corrobora la inexistencia del daño invocado, el hecho de haber cuantificado la pérdida de un supuesto contrato con la empresa CLARO sobre la base del precio del contrato proyectado con ANTEL. Citó doctrina en su apoyo y aseguró que no existe responsabilidad civil sin daño. Manifestó que el actor no acreditó haber perdido oportunidad de contratar con otra empresa.

b) Alegó que la sentencia impugnada incurre en vicio de incongruencia por "extra petita", porque al fijar el daño lo hizo sobre la base de la responsabilidad contractual, cuando la atribución de responsabilidad se fijó sobre la base de la responsabilidad precontractual.

c) Arguyó que la Sala vulneró las reglas legales de admisibilidad y valoración de la prueba. Alegó que surgiendo del Considerando VI que no resultó probado el lucro cesante reclamado, debió el Tribunal de Apelaciones desestimar la demanda. Puntualizó que no se discute la valoración de la prueba efectuada por el "ad-quem" en cuanto tuvo por no acreditados los gastos de las tratativas y la pérdida de la oferta de la empresa CLARO; lo que causa agravio es que, teniendo por no acreditado dicho aspecto (es decir, el daño), igualmente dicte un fallo en abierta

contradicción con lo establecido por los artículos 139, 140, 197 y 198 del Código General del Proceso. Añadió que los gastos con motivo de las tratativas no fueron siquiera mencionados por el actor en su demanda. Sobre tales bases, insistió en que el Tribunal de Apelaciones debió desestimar la demanda, por no haberse acreditado el daño, tal como concluyeron las Sras. Ministras discordes.

V) Conferido el traslado de precepto, fue evacuado por el actor, quien abogó por el rechazo de la impugnación (fs. 332-334).

VI) Elevados los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 339), fueron recibidos el día 16 de setiembre de 2020 (fs. 340).

VII) Por decreto nro. 1.204, de fecha 28 de setiembre de 2020, se dispuso el pase a estudio de la causa (fs. 342vto.).

VIII) En virtud de que el Sr. Ministro de la Corte Dr. John PÉREZ, suscribió la sentencia recurrida en casación (fs. 311), se declaró inhabilitado de oficio para conocer en los presentes autos (fs. 347), procediéndose a la integración de la Corte a partir del sorteo practicado el día 25 de febrero de 2021, habiendo recaído la suerte en la persona de la Sra. Ministra Dra. Claudia KELLAND, con quien prosiguió el estudio de la causa (fs. 351-352).

IX) Finalizado el estudio (fs. 353), se acordó el dictado de la presente sentencia.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad, hará lugar a la impugnación movilizada por la parte demandada, por los fundamentos jurídicos que se expresarán, pues los agravios articulados como sustento de la casación resultan eficientes para resolver en sentido contrario a lo decidido en segunda instancia.

II) El caso de autos.

El reclamante, más conocido como "Orlando PETINATTI", entabló demanda contra ANTEL, por responsabilidad precontractual y, en subsidio, por responsabilidad contractual.

En la demanda, narró que en mayo de 2014, ANTEL lo convocó a fin de suscribir un contrato con el objeto de publicitar los productos que ofrece el servicio estatal.

Detalló que el 10 de junio de 2014, le envían por correo electrónico una primera versión del contrato, en el que se proyectaba un plazo de tres años y un precio mensual de U\$S 8.000 más IVA.

Indicó que en octubre de 2014, luego de varios meses de negociación, todos los aspectos del contrato estaban acordados; sin embargo, el

acuerdo no se celebró, puesto que el Contador delegado del Tribunal de Cuentas observó el gasto, por falta de disponibilidad financiera.

Por tal razón, el 31 de agosto de 2015, ANTEL propuso los siguientes cambios: el contrato duraría un año a partir de enero de 2016 y el precio mensual sería de \$ 190.000 más IVA.

Señaló que el 21 de diciembre de 2015, la demandada le pide al actor que remita una nota a fin de que manifieste si aceptaba las nuevas condiciones, lo que hizo al día siguiente.

Precisó que, desde entonces y transcurridos más de 2 años desde el primer acercamiento, intentó -sin éxito- que el contrato se firmara.

Refirió que ANTEL, a partir de fines de febrero de 2016, guardó completo y definitivo silencio.

El actor aseguró que la accionada sabía que, simultáneamente, había recibido una oferta de la empresa CLARO, con el mismo objeto; es decir, el uso de su imagen, voz y redes sociales del promotor, en forma exclusiva, para publicitar productos y servicios en el rubro telecomunicaciones. También aseveró que rechazó la oferta de CLARO porque estaba en tratativas serias con ANTEL. El actor reconoció que no

cuenta con prueba escrita de la mentada oferta por parte de CLARO, aunque afirmó que la propuesta consistía en un contrato por dos años y por un precio mensual de U\$S 15.000.

En suma, en forma principal, fundó su reclamo en el régimen de la responsabilidad precontractual, en términos que se pueden concretar de este modo: *"deseché esa oferta [la de CLARO] tan conveniente a mis intereses, ante la promesa de Antel de que el contrato se firmaría y se ejecutaría sin inconvenientes"* (fs. 77).

En subsidio, acumuló reclamo en base al régimen de la responsabilidad contractual, en los siguientes términos: *"Los hechos relatados y su prueba pueden subsumirse también en el régimen de la responsabilidad contractual, para el caso que se considere que el contrato existe entre las partes se encontraba perfecto..."*, [en] este caso ... *opto por ejecutar por equivalente las obligaciones contenidas en el contrato"* (fs. 76).

Por su parte, ANTEL aceptó -en general- el relato contenido en la demanda, aunque desmintió conocer la oferta que la empresa CLARO le habría hecho al actor. Además, en cuanto a su proceder en la etapa prenegocial, rechazó que se la pueda calificar de ilícita, puesto que -pregonó- no existió

violación de la regla objetiva de actuar de buena fe en las tratativas. Antes bien, argumentó que existieron causas que la justifican. En primer lugar, el acuerdo no se firmó porque el Contador delegado del Tribunal de Cuentas observó el gasto proyectado por no existir crédito presupuestal disponible para afrontar el precio del contrato y, en segundo lugar, porque las nuevas pautas dispuestas por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, determinaron que se restringieran en un 50% las partidas destinadas a publicidad y propaganda.

Finalmente, negó que se pudiera convocar su responsabilidad contractual, puesto que no existió contrato, nunca se firmó, habiéndose circunscripto las negociaciones entre las partes a la etapa precontractual.

En dicho marco, los fallos de mérito, en distintas medidas, ampararon el reclamo; solución que motivó la interposición del presente recurso de casación por la demandada, cuya razón se analizará a continuación.

III) Del recurso de casación interpuesto por ANTEL.

En autos se discute un supuesto de responsabilidad precontractual.

En concreto, los agravios centrales de la demandada buscan contender contra la

calificación de su conducta como ilícita, así como contra la materialidad del daño, como elementos de la responsabilidad.

La Corte, integrada, estima que la decisión hostilizada, efectivamente, adolece de algunos de los motivos de sucumbencia que informan los agravios, siendo ello así por los siguientes fundamentos.

III.1) De la responsabilidad precontractual: la conducta antijurídica de ANTEL.

En lo inicial, la Corte comparte el encuadre jurídico efectuado por la hostilizada, en el sentido de que no existió contratación (lo que también es compartido por las Ministras discordes), por lo que el marco jurídico aplicable al caso es el de la responsabilidad precontractual, esto es el período de tratativas, cuya finalidad es la concreción de un negocio jurídico determinado.

También considera este Colegiado que la confianza de una de las partes en la formación del contrato (que debe ser protegida), solamente puede sacrificarse cuando quien interrumpe la relación tiene un motivo justificado para ello. Si bien es innegable el derecho a abandonar la tratativa, también es necesario tutelar la posición de la otra

parte ante una ruptura injustificada.

En este ámbito, BERDAGUER señala que: *"(...) la hipótesis típica de responsabilidad precontractual (pacíficamente admitida) a la que podríamos calificar de 'clásica' ... se configura cuando una de las partes -en forma intempestiva e injustificada- rompe las tratativas contractuales que venía realizando con su contraparte, de un modo tal que lesiona su confianza, viola el principio de buena fe e incurre en un abuso de su derecho a no contratar. Tal ha sido siempre la hipótesis principal porque es prácticamente la única que vincula a dos grandes principios fundamentales de la contratación que en la especie funciona, en parte, como opuestos: 'la libertad de no contratar (de quien se negó a firmar)' por un lado y 'la tutela de la buena fe (de quien hubiera deseado que el contrato se firmara)' por el otro"* (cf.: BERDAGUER, Jaime, "Responsabilidad precontractual: actualización, conceptos fundamentales, jurisprudencia", publicado en "Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil", Año VI, T. VI, 2018, Ed. FCU, Mdeo., págs. 17 y ss.; asimismo, ver sentencia de la Corte nro. 820/2012, extractada en A.D.C.U. T. XLIII, c. 446, págs. 693-694).

Con similar enfoque, en la doctrina española, se ha señalado: "[que] si en el curso

de las negociaciones o tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura. Los elementos de este supuesto de hecho son: 1°. La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato. 2°. El carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones. 3°. La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes. 4°. La relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.” (cf.: DÍEZ PICAZO, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil patrimonial”, Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 322).

Pues bien, en el caso, se estima que no asiste razón a la recurrente cuando cuestiona la calificación practicada por el Tribunal de Apelaciones, en el sentido de que la conducta de la demandada devino en ilícita una vez que abandonó la negociación (imputación de ilicitud que las Sras. Ministras discordes también compartieron).

A juicio de la Corte, efectivamente, se verificó un supuesto en el cual, ANTEL, creó una razonable confianza en la conclusión del contrato a favor del actor, a la que siguió una

injustificada ruptura de las negociaciones por parte de quien edificó la mentada seguridad, en instancia donde la negociación prácticamente ya gozaba de definitividad y concreción.

Tales son los datos definitorios del instituto de la responsabilidad precontractual.

Recuérdense los hechos relevantes al respecto: luego de haber llegado a un acuerdo sobre el precio y el plazo, el delegado Contador del Tribunal de Cuentas observó el gasto; tras ello, ANTEL hizo llegar al actor una nueva propuesta (por un plazo y un precio menor) y esta segunda oferta fue aceptada por NIEUCHOWICZ. Luego de tal episodio, ANTEL guardó completo y definitivo silencio: no se avino a firmar el acuerdo, ni tampoco -al final de las tratativas- exteriorizó al actor razones impeditivas.

Refiriendo al grado de confianza que se tutela en sede de responsabilidad precontractual, el ya citado catedrático español explica que “[s]ólo puede hablarse de la creación de un estado de confianza cuando las conversaciones han experimentado un cierto grado de desarrollo y se encuentran ya avanzadas. No puede decirse que la confianza se cree, si la fase de negociaciones se encuentra en los primeros tanteos” (cf.: ob. cit. pág. 323).

Por su parte, GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, tras analizar los Principios Europeos del Derecho de los Contratos (PECL), los principios Unidroit, el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (DCFR) y los ordenamientos internos de España, Italia, Francia, Alemania y Reino Unido, concluyen lo siguiente: “[s]e considera que las negociaciones han tenido que llegar a un punto en el que la otra parte, inducida por el demandado, podía razonablemente esperar que el contrato se iba a concluir. No basta con la mera esperanza en el que el contrato se celebrará. La confianza debe estar justificada atendidas las circunstancias del caso y ha debido ser generada por la conducta, las palabras o el silencio de la otra parte. En muchos casos se puede atender a parámetros objetivos, como la larga duración de las negociaciones o lo avanzado de las mismas, aunque no sean siempre requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad.(...)” (cf.: GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, INDRET, Barcelona, abril 2010, pág. 43).

En la doctrina nacional también se ha abordado el tema; específicamente, el Maestro GAMARRA explica que el régimen de la responsabilidad precontractual “(...) queda construido

sobre la noción de confianza en la futura formación del contrato y la existencia de motivos legítimos para interrumpir la tratativa. La relación puede cortarse sin incurrir en responsabilidad, siempre que el estado de confianza no se haya configurado. Cuando así no sucede, y el sujeto que padece el receso alegue y pruebe que tenía razonable confianza en la formación del contrato, la otra parte debe responder y resarcirle los daños, a menos que pueda alegar algún motivo que justifique su decisión, en cuyo caso no incurre en responsabilidad" (cf.: GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", tomo XI, Ed. F.C.U., Montevideo, 2006, pág. 109; del mismo autor, ver "La naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual", en Revista Crítica de Derecho Privado, N.º 2, Ed. Carlos Alvarez, año 2005).

Tras preguntarse en qué hipótesis concretas puede afirmarse que existe confianza defraudada, GAMARRA asegura que "(...) es menester que la confianza sea apreciada utilizando índices objetivos, para evitar los riesgos de una indagación puramente psicológica. El juicio tiene que apoyarse en hechos y circunstancias que también a los ojos de otras personas justificarían la confianza en la formación del negocio. (...) se exige una confianza razonable, esto es, un convencimiento fundado en el criterio de la razonabilidad, porque una confianza absoluta (o la

seguridad) es imposible por falta de fuerza vinculante y la libertad que impera en las tratativas. (...) El estado alcanzado por las tratativas es considerado como un parámetro o punto de referencia. Muchas veces (...) las tratativas van atravesando varias etapas, a partir del comienzo que se inicia con un primer contacto superficial de carácter indagatorio, pasando por la minuta o los acuerdos preparatorios, para ingresar luego en la llamada etapa de 'formación del contrato', que comienza con la propuesta. (...) Cuanto más avanzado sea el estado de las tratativas, más probable es que exista la confianza y por ende, se habla del 'grado de madurez' alcanzado. Existe unanimidad para entender que la falta de consideración de los elementos esenciales impide hablar de confianza y para admitirla cuando las partes concuerdan a su respecto, como p. ej. En la cosa y precio, según entiende la Corte de Casación italiana" (cf.: ob. cit., págs. 110-111).

Resulta de las presentes actuaciones que las partes, luego de más de dos años de negociaciones (lo que parece bastante para el negocio), habían avanzado hasta acordar las prestaciones principales a cargo del actor, un plazo y un precio, lo que las ubica más cerca del perfeccionamiento del contrato que de las meras tratativas. Y surge también, que el contacto fue interrumpido por ANTEL, cuando dejó

de contestar los requerimientos e inquietudes del actor por suscribir el acuerdo (fs. 48 vta. - 49 vta.).

Existió silencio, evasivas y ruptura no justificada de la negociación, por lo menos al final del tramo. Al actor no se le comunicó la causa por la cual el Directorio de ANTEL no aprobó la suscripción del contrato. También se advierte culpa de ANTEL en no verificar sus propias posibilidades para negociar.

En tal sentido, DÍEZ PICAZO expresa que la culminación infructuosa de las negociaciones "*(...) debe ser puesta en relación con los deberes de buena fe y de lealtad y con lo que razonablemente puede esperarse de personas colocadas en una situación semejante (...)*" (cf.: ob. cit., pág. 323).

Por su parte, GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, sostienen que "[n]o ha de existir una buena razón para la ruptura; tal buena razón puede ser la existencia de una oferta mejor, que en cualquiera caso la buena fe exige que se haga saber a la otra parte en la negociación, o la aparición de nuevas exigencias por la otra parte, a pesar de lo avanzado de las negociaciones. No parecen admisibles, por el contrario, razones que no tengan que ver directamente con las negociaciones. (...)" (cf.: ob. cit., pág. 43).

En lo social, el comportamiento de ANTEL se traduce como una contravención a elementales pautas de "cortesía", "lealtad y honestidad"; mientras que en lo jurídico, se lo puede calificar como una ruptura no justificada de las tratativas contractuales, un actuar ilícito de quien toma la decisión de no culminar una extensa negociación y guarda silencio de la causa de la decisión, a pesar de los reiterados -y suplicantes- reclamos por parte de NIEUCHOWICZ.

Incluso, a juicio de los Dres. MINVIELLE, TOSI, KELLAND y la redactora, el panorama se agrava, si se piensa que el Estado no es un contratante cualquiera, un actor más en el mercado, sino un sujeto regulador de las conductas del resto de los sujetos de la comunidad, razón por la cual cabe exigirle una mayor lealtad y formalidad en el comportamiento que despliega.

En suma, se comparte el fallo hostilizado en cuanto estimó que la conducta de ANTEL resultó desleal, lo que equivale a decir que vulneró la obligación (o el deber) de actuar de buena fe (cf.: GAMARRA, Jorge, "Buena fe contractual", Ed. FCU, Mdeo., año 2011, págs. 56 y ss., y VENTURINI, Beatriz - TABAKIAN, Marcela, "La responsabilidad precontractual desde la doctrina y jurisprudencia de Uruguay y Estados

Unidos”, publicado en A.D.C.U. T. XXXVII, págs. 713-714).

Entiéndase bien: el reproche no se limita al mero hecho de haber finalizado las tratativas, sino de haber creado una expectativa seria de contratación y luego -cuando los términos del contrato estaban prácticamente acordados- dejar de responder los requerimientos del actor, a tal punto de no informarle los motivos de la negativa, a pesar de que venían, desde hacía más de dos años, en diálogo fluido.

Como se explica en sentencia nro. 139/2001, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, con cita de GAMARRA: “(...) *no hay obligación de continuar las tratativas hasta el final, porque la voluntad en ese período no alcanzó la concreción ni definitividad; es una voluntad que se encuentra vacante; esa voluntad sigue todavía indecisa y por tanto puede orientarse (libremente) ya sea en sentido de abandonar o suspender las tratativas, y cuando se decide por este segundo camino, no necesita justificar de manera alguna su conducta. Agrega que la responsabilidad puede existir si el comportamiento precedente no se ajustó al módulo de la buena y también se entiende que un comportamiento que revele culpa grave (grave negligencia) no es un comportamiento leal, es violatorio de la buena fe, pero*

este elemento debe ser usado con mucha parsimonia, puesto que la libertad en las tratativas, ante todo consiste en la posibilidad de no quedar vinculados por las precedentes manifestaciones, de cambiar y modificar lo que se afirmó; significa también la facultad de los sujetos de iniciar el negocio sin dejar de atender siempre las nuevas situaciones que puedan presentarse" (cf.: publicado en ADCU t. XXXII, c. 1023, pág.).

Sucede que, cuando un sujeto produce la ruptura abrupta o intempestiva de las negociaciones -en las que el otro sujeto había confiado- sin que, frente a él, invoque una verdadera justa causa del receso, lesiona directamente el principio de buena fe que rige en toda etapa prenegocial, pudiendo generar un daño en el patrimonio del sujeto víctima del receso injustificado. La lesión a ese interés determina -como en el presente caso- una situación antijurídica (hecho ilícito) que, si es causante de daños, requerirá una reparación patrimonial al sujeto perjudicado (cf.: BERDAGUER, Jaime, "Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual", publicado en "Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil", año III, t. III, año 2015, pág. 150).

En suma, en este ámbito, corresponde rechazar la impugnación, puesto que no le asiste razón a la recurrente.

Finamente, queda por analizar el elemento "daño", que también ha sido cuestionado por ANTEL.

III.2) De la responsabilidad precontractual: el daño en la responsabilidad precontractual.

No existe fisura en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que no hay responsabilidad sin daño. El daño lógicamente resulta fundamental, pues donde no existe daño, o no resulte probado, jamás podría existir responsabilidad civil.

Dentro del elenco de daños resarcibles a que da lugar la responsabilidad precontractual, en forma unánime, se admite que debe resarcirse el daño emergente, consistente en el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones (gastos de asesores, de desplazamiento, de depósito, etc.).

Tales rubros fueron desestimados en dos instancias, y la parte actora no se agravió sobre el punto.

Ahora bien, sin perjuicio de los mentados gastos (que nadie discute de su teórica procedencia), la doctrina se encuentra dividida respecto al resto de los daños cuya indemnización puede ser objeto de reparación (lucro cesante, pérdida de chance).

Un sector de la doctrina estima que, en el ámbito de la responsabilidad precontractual, lo que se trata es de reparar el llamado daño al "interés contractual negativo" (o de confianza), que se verifica cuando un contrato no logra perfeccionarse por la ruptura intempestiva de las tratativas realizada por uno de sus partícipes, infringiendo el principio de buena fe, ya analizado.

En palabras del Magistrado Dr. SILVA DELGADO: "*(...) aquí no se trata de resarcir los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, sino la de reparar los perjuicios que la no formación del contrato pudo ocasionar*" (cf.: citado por LARRAÑAGA, Luis, en "Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual", en "Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil", T. III, año III, 2015, pág. 149).

Según explican DE CORES, GAMARRA y VENTURINI: "*[t]radicionalmente se sostuvo que el daño indemnizable en la responsabilidad precontractual era aquel correspondiente al interés negativo, es decir, el que tiende a colocar al actor en la situación en que se encontraba con anterioridad al daño. Esto comprende el reembolso de los gastos efectivamente incurridos en vista de la celebración del contrato, como contratación de asesoramiento técnico y profesional,*

traslados, comisiones para la obtención de financiamiento, etc. Comprende asimismo el lucro cesante, pero con la misma finalidad de la indemnización del interés negativo, esto es, dejar al sujeto en una condición congruente con la situación anterior, y no la posterior, a las tratativas. Por el contrario, la indemnización del daño al interés positivo tiene por finalidad colocar al perjudicado, mediante la atribución de una suma de dinero, en una situación congruente con aquella en la que se encontraría si el contrato hubiera sido celebrado y regularmente cumplido; esto es, en posesión de la utilidad o beneficio en que consistía el objeto del contrato (...) esta última especie de daño correspondería al caso en que el contrato hubiera sido efectivamente celebrado y no cumplido; por ello, la posición tradicional fue que el daño resarcible en el área de la responsabilidad precontractual era el correspondiente al interés negativo y no al interés positivo. Más allá de la correcta finalidad de reprimir una conducta reprochable en el período de las tratativas, el resarcimiento del daño al interés positivo supondría una confusión inaceptable entre la situación previa a la celebración del contrato y aquella posterior a su perfeccionamiento, desdibujando totalmente el momento central que separa el área de la libertad del espacio relativo a la obligación

(contractual), a saber, el perfeccionamiento del contrato. (...) a nuestro juicio, en los contratos discrecionales o paritarios, no corresponde la apertura en pos de una mayor resarcibilidad del daño al interés positivo en la responsabilidad precontractual. La solución contraria podría corresponder, en cambio, en el ámbito de las relaciones de consumo, donde la cuestión formal del perfeccionamiento del contrato no es vista por el legislador como hito fundamental..." (cf.: DE CORES, Carlos, GAMARRA, Raúl, VENTURINI, Beatriz, en "Tratado jurisprudencial y doctrinario - Incumplimiento de contrato", t. I, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, año 2013, págs. 205-206).

En el Derecho europeo, GARCÍA RUBIO y OTERO, sostienen que "[n]o hay unanimidad en la literatura ni en los tribunales respecto de si el resarcimiento debe incluir la pérdida de otras oportunidades de contratar, si bien cabe señalar que son unánimes en no admitir la reparación in natura, esto es, la conclusión forzosa del contrato. (...) [e]n la mayoría de los sistemas (...) la indemnización se limita al interés negativo, existiendo discrepancias en torno a si en el mismo se incluyen o no las llamadas pérdidas de oportunidad, entendiendo por tales, sobre todo, la pérdida de oportunidad del perjudicado por la ruptura de contratar con un tercero (...)" (cf.: autoras y ob.

cit., págs. 35 y 44).

En postura más amplia, se encuentran quienes entienden que la mentada clase de daño, está concebida en contraposición al daño al "interés positivo o de cumplimiento", que presupone la validez y eficacia del contrato, consistente en la privación de la utilidad o ventaja económica que el acreedor hubiera tenido si el deudor hubiera cumplido con su obligación. En este caso, el sujeto perjudicado por el incumplimiento, reclamará la reparación integral del daño, accionando contra el deudor por daño emergente y lucro cesante (art. 1345 del C.C.).

Dicha posición puede resumirse en los siguiente términos: "*(...) el concepto de 'interés negativo' constituye una expresión meramente descriptiva que sirve para indicar el daño derivado de la violación tanto de un deber o de una obligación precontractual. Se trata de una metáfora jurídica que pretende afirmar la admisión de los daños y perjuicios en caso de receso intempestivo o de otras situaciones de índole precontractual*". "*(...) nuestro ordenamiento jurídico no distingue entre el daño al interés negativo o positivo, por lo cual el límite que se pretende imponer a la reparación del daño, carece de respaldo jurídico y sustento legal. En consecuencia, conforme a la doctrina moderna, ya no resultan aplicables los*

conceptos de daño al interés negativo (o de confianza) y daño al interés positivo (o de cumplimiento). Tales límites fueron superados. Lo relevante ... es que se cometió un ilícito (incumplimiento de una preexistente obligación de actuar de buena fe, para los contractualistas; inobservancia del deber de actuar de buena fe, para los anticontractualistas) y, por consiguiente, se debe reparar el daño en forma íntegra y total. Para lograrlo, resultarán enteramente aplicables, de acuerdo al régimen general de la responsabilidad, el art. 1346 C. Civil (tesis contractualista) o el art. 1323 del mismo cuerpo normativo en su caso (tesis anticontractualista), con las consiguientes diferencias ya destacadas en lo que hace a los daños reclamables. En ambos casos, el único límite para el resarcimiento estará dado por la causalidad adecuada (salvo la existencia de dolo)" (cf.: LARRAÑAGA, Luis, ob. cit., págs. 153 y ss.; en el mismo sentido ver GAMARRA, Jorge, "Tratado..." citado, págs. 136-137; BLENGIO, Juan, "Crónica de algunos aspectos de actualidad relativos a la responsabilidad precontractual", publicado en Tribunal del Abogado, nro. 145, noviembre-diciembre 2005, págs. 9-10; y RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge, "Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesionado", publicado en

A.D.C.U. T. XLII, pág. 935-936).

Hasta acá lo más relevante de ambas posturas.

Ahora bien, sin perjuicio de la distinción teórica que viene de formularse, en realidad, cuando el actor diseñó el reclamo principal, fundado en la responsabilidad precontractual, lo hizo exclusivamente sobre la base de solicitar la reparación del daño correspondiente al "interés negativo" (fs. 76).

En lo específico, refirió el actor "[que] *los perjuicios que deben indemnizarse, en materia de responsabilidad precontractual, son aquellos que Ihering precisó con la fórmula del interés negativo. Aquí no se trata de resarcir los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, sino de reparar los perjuicios que la no formación del contrato pudo ocasionar*", [lo que] "... comprende ... el resarcimiento de los daños causados por la pérdida de oportunidades de celebrar otros contratos". "...la empresa Claro estuvo interesada en contratarme para la publicidad de sus productos y deseché esa oferta tan conveniente a mis intereses, ante la promesa de Antel que el contrato se firmaría y se ejecutaría sin inconveniente" (fs. 76-77).

Así las cosas, el reclamo se ciñe solo a la "pérdida de oportunidad de celebrar

otro contrato" (daño al "interés negativo"), no resultando relevante entonces, pronunciarse acerca de la procedencia teórica de la indemnización de otros daños no pedidos en la demanda (v.gr.: daño al "interés positivo").

Entonces, fijado el objeto del reclamo, resta analizar -ahora sí- el cuerpo de agravios que busca contender contra el sector del fallo que tuvo por acreditado al daño.

III.3) De la responsabilidad precontractual: agravio referido a la prueba del daño como elemento de la responsabilidad civil.

En primer término, la Corte coincide con la demandada cuando denuncia un vicio de congruencia del fallo hostilizado, al haberse condenado -erróneamente- sobre la base del precio del contrato proyectado con ANTEL (fs. 76).

El rubro al que condena la Sala, vinculado con los montos que habría percibido el accionante en caso de haberse perfeccionado y ejecutado el contrato (en puridad: con el 70% de tales sumas), no podía recibir el amparo jurídico, porque se trata del llamado "interés positivo", que -como se vio- al fundar el reclamo por responsabilidad precontractual, no fue solicitado en la demanda.

En segundo lugar, acotada

la discusión a los daños asociados al "interés negativo", derivados de la pérdida de oportunidades negociales, esto es, que efectivamente recibió una propuesta de la empresa CLARO, que declinó al preferir contratar con ANTEL, resta -por último- definir si el actor acreditó (o no) los daños cuya indemnización reclamó en dicho ámbito.

Este Colegiado, nuevamente, coincide con los cuestionamientos planteados por la recurrente, cuando -en concordia con la postura defendida por las Sras. Ministras discordes-, afirma que los daños no fueron probados, y que, a partir de tal realidad, no es concebible el fenómeno de la responsabilidad civil.

En verdad, a juicio de la Corte, bien podría concebirse al antedicho yerro, como un error en la calificación jurídica, más que de valoración probatoria, al afirmar que la pérdida de oportunidad de contratar con otra empresa, no resultaba determinante para definir la existencia o no de responsabilidad, sino para la evaluación de los daños (fs. 303). Tal aserto no resulta correcto, porque la producción del daño justamente coincide con la fuente misma de la responsabilidad, tal como -con cita del Maestro GAMARRA- sostuvieron las Sras. Ministras discordes (fs. 312 "in fine").

La jurisprudencia nacional -v.gr: sent. nro. 213/2007 del T.A.C. 4° T.- ha proclamado que, tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como extracontractual, el daño se consolida en el elemento esencial de los diferentes tipos, razón por lo cual el sujeto que lo reclama debe justificar el perjuicio de conformidad con las reglas generales de la materia y no alcanza para ello con probar el incumplimiento o el hecho ilícito.

Pero aún si se analiza la cuestión con la mirada puesta en la valoración de la prueba, la solución anulatoria no cambia, porque -a decir verdad- el actor no probó el daño, como elemento cardinal de la responsabilidad civil. No ofreció prueba útil que acredite la oferta cursada por la empresa CLARO. Los mensajes de "whatsapp" intercambiados con una funcionaria de dicha empresa, no son prueba de aquella, apenas si son -en el caso- un principio de prueba, que no fue corroborado con otros medios idóneos a tal fin. Resulta por demás llamativo que la funcionaria no haya sido citada a declarar; deposición cuyo valor probatorio no puede ser sustituido por el de los referidos mensajes. Tampoco se ofició a la empresa CLARO, a fin de que pudiera ilustrar acerca del contenido de la pretendida propuesta. Por otra parte, los testigos ofrecidos son "de oídas", quienes declararon lo que les

habría contado el propio actor.

Además, la forma en que el accionante tasó esa supuesta oferta perdida, corrobora su inexistencia. Adviértase que NIEUCHOWICZ estimó la oferta de la empresa CLARO en U\$S 8.000, porque -a su juicio- le resulta "justo" que se la cuantifique en el mismo monto que tuvieron las tratativas iniciales con ANTEL. Tal forma de intentar probar la procedencia y monto del daño, revela la inexistencia de la supuesta propuesta caída, porque de haber existido (con nota de seriedad), el accionante habría fijado su precio sin recurrir a los parámetros fijados por ANTEL.

En suma, con tal mirada, y cualquiera sea la postura que se tenga respecto a la valoración de la prueba como causal de casación (cf.: sentencia de la Corte nro. 17/2021), se coincide con la recurrente en que no correspondía amparar la pretensión deducida con base en la responsabilidad precontractual, no compartiéndose la calificación jurídica y el razonamiento probatorio del Tribunal de Apelaciones, lo que lleva a anular el fallo impugnado y, en su mérito, rechazar la demanda en todos sus términos.

IV) De las costas y costos.

La correcta conducta procesal de las partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden

causado (artículos 688 del C.C. y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y normas legales citadas, la Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad,

FALLA:

I) AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA EN CUANTO HIZO LUGAR AL RECLAMO POR LUCRO CESANTE Y, EN SU LUGAR, DESESTÍMASE LA DEMANDA EN SU TOTALIDAD; SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL EN EL GRADO.

II) FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 20 B.P.C.

III) NOTIFÍQUESE A LAS PARTES A DOMICILIO, ASÍ COMO A LAS SRAS. MINISTRAS DRAS. MÓNICA BESIO Y LORELEY PERA, EN SUS RESPECTIVOS DESPACHOS, Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

IV) PUBLÍQUESE.

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. CLAUDIA KELLAND
MINISTRA

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA