

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

“LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES”

AUTOR: VLADIMIR MONSALVE CABALLERO

**CURSO Y ESPECIALIDAD: DOCTORADO EN NUEVAS TENDENCIAS DEL
DERECHO PRIVADO**

DIRECTOR: DR. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

Salamanca, Mayo de 2008

A mi bella luz del camino, por los sueños, la existencia y el profundo amor. A mi Padre, Solecito y Pollo porque aún en la distancia siguen siendo mis Maestros.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL	18
1.1. <i>El nacimiento de la doctrina de la culpa in contrahendo</i>	19
1. 1. 1. La doctrina de IHERING	20
1.1.1.1. Las fuentes romanas	21
1.1.1.2. De la casuística a la construcción de una teoría	26
1.1.1.3. Las necesidades históricas y su influencia en la doctrina europea	28
1. 1. 2. Los estudios de FAGGELLA y la aplicación de la doctrina precontractual <i>codice civile</i>	30
1. 1. 3. La doctrina de SALEILLES: La inmersión del Derecho francés en una doctrina italiana	38
1. 2. <i>La teoría moderna de la culpa in contrahendo, una doctrina europea</i>	41
1. 2. 1. La introducción de la <i>culpa in contrahendo</i> en el sistema del <i>Common Law</i>	44
1. 2. 2. La <i>culpa in contrahendo</i> en su actual concepción	48
1.2.2.1. La influencia en el Derecho hispanoamericano	56
1.2.2.2. Su incidencia en los procesos de unificación y armonización de la Unión Europea	59
1. 3. <i>Las hipótesis agrupadas bajo la responsabilidad precontractual</i>	67
CAPÍTULO II. LA IMPORTANCIA DE LOS TRATOS PRELIMINARES	70
2.1. <i>Consideraciones generales sobre el nacimiento de los contratos</i>	71
2.2. <i>Los tratos preliminares</i>	72
2. 2. 1. Importancia	72
2. 2. 2. Definición	75
2. 2. 3. Delimitación conceptual	76
2.2.3.1. Como criterio de interpretación contractual	85

2.2.3.2. Como generador de la responsabilidad precontractual	88
2. 2. 4. El inicio de los tratos preliminares	91
2.3. <i>Los límites del periodo precontractual</i>	94
2.4. <i>Las diferencias entre los tratos preliminares y otros actos jurídicos</i>	97
2. 4. 1. Con el precontrato	99
2. 4. 2. Con los antecontratos	100
2. 4. 3. Con los acuerdos precarios o la <i>punktualizacion</i>	102
2. 4. 4. Con el pacto de intenciones o <i>letter of intent</i>	106
2. 4. 5. La oferta contractual	108
2.4.5.1. La oferta y los tratos preliminares, semejanzas e importancia	110
2.4.5.2. Las diferencias entre la oferta de contrato y los tratos preliminares	113
CAPÍTULO III. LA INFLUENCIA DE LA BUENA FE EN EL ITER	
CONTRACTUAL	116
3.1. <i>Consideraciones sobre la buena fe y la buena fe in contrahendo</i>	117
3. 1. 1. El desarrollo histórico y su clasificación	121
3. 1. 2. La buena fe objetiva y subjetiva	124
3.2. <i>El principio general de la buena fe</i>	126
3.3. <i>La buena fe como una norma social y prejurídica</i>	130
3.4. <i>La buena fe como un principio de interés general en el Derecho privado</i>	132
3.5. <i>La buena fe como principio de solidaridad constitucional</i>	134
3.6. <i>Los deberes emanados de la buena fe</i>	138
3. 6. 1. Como deber natural	141
3. 6. 2. Como deber jurídico	142
3. 6. 3. La fuente legal de los deberes de conducta	145
3.6.3.1. El deber de lealtad y cooperación	147
a) El principio de lealtad y la ética de la discusión	150
b) La lealtad, como principio general y como principio unificador de los contratos	153
3.6.3.2. El deber de información	156
a) La información y el deber de aviso	173
b) El deber de información en el mercado	178

c) Como un asunto de equidad, y redistribución de la riqueza.	181
3.6.3.3. El deber de secreto y confidencialidad	184
3.6.3.4. El deber de custodia y cuidado	190
3.6.3.5. El deber de buen fin en el ámbito francés	200
3.7. <i>La conducta diligente y leal en los tratos preliminares</i>	203
3. 7. 1. Las reglas legales de buen comportamiento	208
3. 7. 2. El <i>bonus diligens paterfamilias</i>	209
3.8. <i>Las válvulas del ordenamiento y los preceptos en blanco</i>	214
3.9. <i>Los sujetos del deber precontractual de la buena fe</i>	216

CAPÍTULO IV. LA TEORÍA DE LA CONFIANZA Y EL COMPORTAMIENTO CONTRACTUAL

CONTRACTUAL	220
4.1. <i>La libertad contractual y la autonomía de la voluntad</i>	221
4.2. <i>El actual concepto de la autonomía de la voluntad y sus límites</i>	224
4.3. <i>El comportamiento de las partes y la formación del contrato</i>	229
4. 3. 1. La divergencia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad y su respectivo valor	231
4.3.1.1. La naturaleza de la manifestación	231
a) El comportamiento como manifestación expresa	232
b) El comportamiento como manifestación tácita	233
4.3.1.2. El clásico conflicto	234
4. 3. 2. Las expectativas legítimas y su vinculatoriedad	238
4.3.2.1. El comportamiento como creador de teoría de la apariencia eficaz	241
4.3.2.2. La teoría de la confianza y la voluntad de las partes	246
4.4. <i>La doctrina de la confianza y el negocio jurídico</i>	249
4. 4. 1. Las circunstancias que acentúan la confianza	254
4.4.1.1. Las relaciones contractuales anteriores	254
4.4.1.2. Los hechos concluyentes del predisponente	256
4.4.1.3. La política comercial de la contraparte	259
4.4.1.4. Las cualidades de los sujetos contractuales	262
4. 4. 2. Las necesidades de proteger la confianza en el ámbito económico	263
4.5. <i>Los presupuestos generales de la confianza</i>	266

4.6. <i>Los otros modelos de comportamiento contractual</i>	273
4. 6. 1. La corrección	275
4.6.1.1. Aproximación terminológica	276
4.6.1.2. Su utilidad en la formación contractual	280
4. 6. 2. Las buenas costumbres	281
4.7. <i>La transparencia y el comportamiento de las partes</i>	285
4.8. <i>La responsabilidad por la confianza y la buena fe</i>	287
4. 8. 1. El principio de la confianza y la buena fe en la moderna doctrina italiana	289
4. 8. 2. La obligación de respetar la confianza del otro en la vigente doctrina alemana	293
4. 8. 3. El principio de la confianza un supuesto de difícil reconocimiento en la práctica jurisprudencial española	296
4.9. <i>Hacia una teoría de la responsabilidad por la lesión de la confianza</i>	300
CAPÍTULO V. LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES	303
5.1. <i>Una hipótesis de difícil reconocimiento</i>	304
5.2. <i>Un supuesto aceptado por la doctrina y la jurisprudencia europea</i>	307
5. 2. 1. Los generadores de la <i>culpa in contrahendo</i>	314
5.2.1.1. El desacuerdo y la ruptura	315
5.2.1.2. Consideraciones para una adecuada calificación	316
5. 2. 2. La retirada injustificada de las negociaciones	319
5.2.2.1. Las diferentes hipótesis de una terminación justa	326
5.2.2.2. Los casos de las rupturas injustificadas	328
5.3. <i>Una reagrupación de los casos de ruptura</i>	336
5.4. <i>La responsabilidad civil por actos propios</i>	337
5.5. <i>La responsabilidad civil por hechos de otros</i>	338
5. 5. 1. La culpa de los auxiliares y dependientes en el cumplimiento de las obligaciones	340
5.5.1.1. La dependencia y jerarquía al <i>dominus</i>	342
5.5.1.2. El problema de la representación o autorización legal	344
5. 5. 2. La representación directa y la <i>culpa in contrahendo</i>	345
5.5.2.1. El daño causado por extralimitación del mandato	346

a) El daño causado a un tercero cuando no existen poderes	347
b) El daño causado por extralimitación de funciones consentidas por la contraparte	348
5.5.2.2. Los casos de ocurrencia de daños dentro de los límites del mandato	349
a) Cuando se causan daños y perjuicios a un tercero, por la culpa o dolo del mandatario y representante	350
a) Cuando los daños causados al tercero son imputables exclusivamente al representante	351

CAPÍTULO VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES.

6.1. <i>La ruptura con ocasión de la violación de los deberes emanados de la buena fe</i>	354
6.2. <i>La naturaleza jurídica del incumplimiento de los deberes</i>	357
6. 2. 1. La teoría aquiliana	357
6. 2. 2. La teoría del contacto social	366
6. 2. 3. La teoría contractualista	369
6.2.3.1. Nuestra postura obligacional	373
6.2.3.2. Hacia una responsabilidad producida por quienes están ligados por un vínculo	392
6.3. <i>La diferencia de regímenes al momento de establecer la naturaleza</i>	395
6. 3. 1. Las necesidades de esta adecuación legal	397
6.3.1.1. Como instrumento de protección del más débil	397
6.3.1.2. Como unidad de materia	401
6. 3. 2. El daño en el patrimonio y las negociaciones	405
6.3.2.1. El detrimento patrimonial	407
a) Los gastos espontáneos o especulativos	408
b) Los gastos provocados	409
6.3.2.2. La extensión de la reparación	412
6.3.2.3. El interés negativo o de confianza	414
6.3.2.4. La evolución y actual concepto del interés negativo	418

6. 3. 3. El modo de reparación	428
6. 3. 4. Los criterios de imputabilidad frente a la reparación	434
6.3.4.1. En caso de culpa	435
6.3.4.2. Frente al dolo del dañador	438
6.3.4.3. El incumplimiento como título de imputación	439
6.4. <i>La mora y su implicación en las obligaciones precontractuales</i>	441
6.5. <i>La carga de la prueba</i>	444
6. 5. 1. La inversión de la prueba	445
6. 5. 2. Como una medida de protección a la víctima	448
6.6. <i>La prescripción de la acción</i>	449
6.7. <i>Los titulares de la acción</i>	450
CONCLUSIONES	451
BIBLIOGRAFÍA	461
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	484

ABREVIATURAS

A.B.G.B.	:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Austria)
A.D.C.	:	Anuario de Derecho Civil
A.C.	:	Actualidad Civil
A.Civ.	:	Archivio Civile
A.c.P.	:	Archiv für Die Civilistische Praxis
Arch. Giur.	:	Archivio Giuridico
art.	:	Artículo
B.G.B.	:	Bürgerliches Gesetzbuch
B.T.	:	Bollettino Tributario informazione
B.O.C.G.	:	Boletín Oficial de las Cortes Generales
B.O.E.	:	Boletín Oficial del Estado
Bull. Civ.	:	Bulletin des arrêts des Chambres Civiles de la cour de cassation
C.A.	:	Cour d'Appel
C.E.	:	Constitución Española
C.c.	:	Código Civil
C.Co.	:	Código de Comercio
C.C.J.C.	:	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C.I.	:	Contratto e Impresa
cit.	:	citada
C.J.C.E.	:	Cour de Justice des Communautés Européennes
Clunet	:	Journal du Droit International
DALLOZ	:	Enciclopedia Dalloz de Droit Civil
Dir.Comm.	:	Il Diritto Comércial
ed.	:	edición
Ed.	:	Editorial
D.G.	:	Diritto e Giurisprudenza
F.A.	:	Foro Amministrativo
F.I.	:	Foro Italiano

Foro pad.	:	Foro padova
Gaz.Pal.	:	Gazette du Palais
G.C.C.C.	:	Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione sezioni Civili
G.I.	:	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	:	Giustizia civile
J.C.P.	:	Juris-Classeur Périodique
L.G.	:	Landgericht
L.G.D.C.	:	Ley General para la Defensa de los Consumidores
L.G.D.J.	:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.O.C.M.	:	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
L.P.I.	:	Ley de Protección a la Información
M.C.C.	:	Massimario della Cassazione Civile
M.F.I.	:	Massimario del Foro Italiano
M.G.C.	:	Massimario della Giustizia Civile
M.G.I.	:	Massimario della Giurisprudenza Italiana.
N.G.C.C.	:	Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
op. cit.	:	<i>opus citatum</i>
P.A.	:	Les Petites Affiches
pág.	:	página
págs.	:	páginas
P.U.A.M.	:	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	:	Presses Universitaires de France
Q.G.Co.	:	Quadrimestre di Giurisprudenza Commerciale
R.a.D.C.	:	Rassegna di Diritto Civile
R.A.D.S.	:	Rassegna Avvocatura Dello Stato
R.F.D.U.L.	:	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
R.G.D.	:	Revista General de Derecho
R.G.L.J	:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.C.D.I.	:	Revista Critica de Derecho Inmobiliario

R.C.D.P.	:	Rivista Critica del Diritto Privato
R.C.P.	:	Responsabilità Civile e Previdenza
R.D.	:	Real Decreto
R.D.A.I.	:	Revue de Droit des Affaires Internationales
R.D.C.	:	Rivista di Diritto Civile
R.D.Co.	:	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni
R.D.L.	:	Real Decreto Ley
R.D.N.	:	Revista de Derecho Notarial
R.D.P.	:	Revista de Derecho Privado
R.D.Pat.	:	Revista de Derecho Patrimonial
ref.	:	referencia
R.J.	:	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
R.G.	:	Reichsgericht
R.I.D.C.	:	Revue International de droit comparé
Riv.dir.comm	:	Rivista del Diritto Commerciale
R.R.J.	:	Revue de Recherche juridique- Droit prospectif
R.T.D. civ.	:	Revue Trimestrielle de Droit Civil
R.T.D. com.	:	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
R.T.D.P.C.	:	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
S.	:	Sentencia
S.C.	:	Settimana della Cassazione
ss.	:	siguientes
T.G.I.	:	Tribunal de Grande instance
T.S.	:	Tribunal Supremo
U.T.S.A.	:	Law of Uniform Trade Secrets Act
vol.	:	volumen
Z.P.	:	Zeitschrift für europäisches Privatrecht

INTRODUCCIÓN

En el campo de la responsabilidad precontractual existen dos grandes supuestos que han configurado las hipótesis clásicas: los casos de no conclusión contractual, y los de anulación, nulidad o inexistencia de un contrato aparentemente válido. El presente trabajo se limitará a estudiar los asuntos en los que estando las partes en el curso de las negociaciones contractuales, una de ellas se aparta de las mismas, y como consecuencia de este actuar su contraparte siente que se le ha producido un daño, debido a que de la actitud y conducta del agresor se había inferido que las negociaciones iban a concluir en un acuerdo contractual, siendo el caso de la llamada “ruptura injustificada de las negociaciones”. Si bien es cierto que la responsabilidad precontractual abarca todo un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, que se extienden durante toda la etapa de formación contractual -esto es desde los tratos preliminares, hasta la emisión de la oferta y su correspondiente aceptación-, por ser la etapa de tratos preliminares una fase del *iter* contractual no regulada en el Código Civil español, ha hecho que de ella se construyan variadas teorías, alcances e implicaciones legales, las cuales no siempre han sido las más acertadas.

La presente investigación aborda el estudio de la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, ese período que está conformado por los primeros acercamientos y negociaciones que realizan las partes donde se comienza a estructurar un acuerdo de voluntad. Se pretende entonces a lo largo de la investigación resolver las siguientes preguntas: ¿Se pueden causar daños a las partes, por la no celebración de un contrato, aun cuando éstas en las negociaciones preliminares gozan de autonomía y libertad contractual? ¿Qué normas regulan las actividades que se llevan a cabo en la etapa de formación contractual, si el Código Civil español no contempla esta etapa del *iter* contractual? ¿La doctrina de la *culpa in contrahendo* tiene identidad legislativa en Europa? ¿Una vez entran en contacto social las partes, les asisten unos deberes especiales de conducta? ¿Durante la fase de los tratos preliminares, tiene el comportamiento una plena y relevante recepción al momento de calificar justa o injusta una ruptura de las negociaciones? ¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad precontractual por daños a la confianza?

La primera de las hipótesis del trabajo es que en la medida que las partes comienzan a remover todos esos obstáculos que surgen normalmente en los primeros acercamientos en los negocios, y empieza a generarse poco a poco un interés más cercano en la celebración del contrato, esa libertad con la que las partes se acercaron, empieza a desaparecer y el nivel de diligencia es exigible en mayor medida a los sujetos negociales. Así, si aparece una ruptura de las negociaciones, y por tanto una frustración frente a las expectativas creadas en las partes, puede surgir el daño. Por otra parte, España, así como otros países que tienen el origen de sus códigos civiles en el siglo XIX, no consagra regla alguna que logre fijar límites, alcance, naturaleza y características de los tratos preliminares. Por esto es necesario acudir a un proceso de integración tanto de las reglas contractuales, como de las normas que imponen modelos de conducta como la buena fe, la equidad y el tráfico jurídico. No obstante, dentro de los últimos movimientos codificadores europeos, la responsabilidad precontractual comienza a ser una preocupación de los legisladores, de tal forma que en los diferentes proyectos comienza a incluirse normativa sobre una materia no reglada hasta mediados del siglo pasado.

La buena fe *in contrahendo* le impone a las partes que han entrado en contacto un *estándar* de conducta, que a su vez implica el cumplimiento de unos deberes específicos, los cuales son reconocidos por la doctrina internacional y que han comenzado el proceso de inclusión legal en el ámbito europeo. El comportamiento de las partes tiene efectos jurídicos en el universo del Derecho, y durante la formación del contrato es justamente donde la legislación, normalmente presta o da más crédito, siendo éste un principio de la autonomía de la voluntad que se extiende durante toda la fase de génesis contractual.

De esta hipótesis, se deriva la última, según la cual de los daños producidos a la confianza, nace una naturaleza contractual aplicable a los casos de la ruptura por tratos preliminares, cuyo modo de reparación, se fundamenta en un resarcimiento de perjuicios como un medio de compensación efectivo, el cual no siempre está predeterminado por la cuantía de la prestación infringida.

Una vez expresadas las principales preocupaciones que nos acompañarán a lo largo de la investigación, *es preciso recordar* que en la historia de la responsabilidad precontractual, siempre ha existido un interrogante acerca de la confianza y de su

ingerencia en el período de formación contractual, de sus alcances, de su influencia al momento de generar expectativas válidas y objetivas, y de establecer con base en su fundamento el límite entre lo justo y lo injusto.

Las críticas de dicho concepto han enriquecido ampliamente la doctrina civil, especialmente en Europa, en la medida en que se han puesto de relieve tendencias, cada vez más fuertes por parte de los estudiosos italianos y últimamente los españoles, en dar un tratamiento totalmente opuesto al que mantienen, no solo los altos tribunales judiciales, sino la mayoría de los clásicos pensadores, inclinándose cada vez más hacia la postura alemana de carácter contractualista. Las necesidades del tráfico, y en general el normal proceso de adaptación del Derecho a las circunstancias circundantes del comercio europeo e internacional, han llevado a que en la actualidad se esté comenzando a gestar un inevitable cambio de visión y del concepto de la responsabilidad obligacional, lo que posibilita una armonización de las reglas jurídicas aplicables a la ruptura de las negociaciones, dentro de los sistemas jurídicos comunitarios.

El Derecho evoluciona, a veces con una trayectoria lenta, en otras ocasiones a pasos agigantados, pero esta evolución es evidente que marcha al compás de la vida de las sociedades y sería erróneo pensar que puede permanecer inalterable un solo instante, pues sobre él influyen poderosamente los más variados factores sociales, culturales y políticos y cada época imprime carácter propio.

En el caso español, la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, no ha logrado unificar criterios por parte de sus estudiosos. La inclusión dentro de la normativa civil, del art. 1902 (que se presenta como una cláusula general de reparación), ha hecho que se asuma su estudio desde la óptica aquiliana¹. No obstante, desde esa perspectiva, no se pueden justificar aspectos fundamentales, como que el daño que se produce en esta etapa, se genera entre conocidos; que los deberes accesorios o de conducta, tienen su fundamento en la orbita contractual estricta (porque de otra manera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1258 del C.c.); que

¹ En la actualidad, la doctrina del Tribunal Supremo mantiene su naturaleza delictal, así lo demuestran la S.T.S. de 16 de mayo de 1988 (R.J. 1988, 4308), la S.T.S. de 14 de junio de 1999 (R.J. 1999, 4105) y la S.T.S. de 16 de diciembre de 1999 (R.J. 1999, 8978). Aunque en la S.T.S. de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386) y de 19 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3802), el máximo Tribunal español sostiene una naturaleza contractual, en los casos de *culpa in contrahendo*.

la responsabilidad aquiliana presupone un acto antijurídico; que no puede encontrarse en el terreno en que las partes se mueven con libertad. Entre otros aspectos que, nos hicieron pensar que todavía había terreno para una investigación como la que hoy día se presenta.

Para la realización del presente trabajo se utilizaron fuentes europeas – particularmente francesas, belgas, españolas e italianas –, lo que conlleva que en muchos casos, para no perder la esencia y fidelidad tanto del pensamiento de los autores como de la jurisprudencia, no hayamos hecho traducción de los textos para así presentarle al lector una perspectiva más cercana y real de la visión jurídica continental, porque toda traducción no es más que una aproximación. En el caso de la jurisprudencia, se hace especial referencia al desarrollo judicial que se ha dado en Italia, ya que el estudio de la formación contractual ha sido objeto de diversos análisis -no siempre unificados-, lo que aporta un material potencialmente enriquecedor a la investigación. Con la reforma del Código Civil italiano de 1942, se incluyeron (art. 1337 y 1338) unos preceptos que regulan el comportamiento de las partes durante el período de las negociaciones contractuales. No obstante lo anterior, a pesar de que en el ámbito español, no existen dichos parámetros legales, no quiere decir que la experiencia italiana no deje de servirnos como referencia, y se nos presente como un ejemplo y guía de cómo se puede direccionar y cimentar la responsabilidad precontractual.

También es necesario hacer aquí referencia, al hecho de que el presente trabajo se fundamenta en gran parte en los estudios que realizó en los inicios de los años 70s, el hoy jubilado catedrático de la Universidad de Salamanca, el Doctor Don MARIANO ALONSO PÉREZ², escritos que sin duda comenzaron a gestar en España una nueva escuela, con influencia contractualista a la cual se pretende aportar esta investigación.

Se ponen, entonces, a consideración del lector seis capítulos que condensan la investigación realizada con fundamento en principios dogmáticos (deber ser), los cuales en muchas ocasiones se oponen a la realidad, al ser. No obstante, apostamos por contribuir con elementos válidos a las nuevas tendencias del Derecho de daños cuyos objetivos buscan acotar las desigualdades existentes entre las partes trabadas en *litis*, y

² ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *R.C.D.I.*, 1971, págs. 887 y ss.

ante todo proteger a la parte más vulnerable de la relación jurídica (*principio pro damnato*), con el fortaleciendo de la idea del crédito indemnizatorio.

El trabajo comienza con el análisis de la doctrina alemana, el caso de la *culpa in contrahendo* de IHERING y las consecuentes repercusiones que generaron sus estudios en la cultura jurídica europea de los siglos XIX y XX. Con posterioridad se presenta el rechazo a la tesis germánica por parte de FAGUELLA, quien aborda por primera vez el caso de los tratos preliminares como un supuesto de responsabilidad precontractual y las diferentes consideraciones que hizo al respecto la doctrina francesa. Se concluye el primer capítulo con un análisis del panorama actual de los tratos preliminares frente al proceso de armonización y unificación comunitario.

El segundo capítulo contiene el estudio y delimitación de los tratos preliminares, desde un enfoque histórico y doctrinal. A continuación se estudian conceptos como el inicio de las conversaciones, sus circunstancias y límites, los factores generadores de la *culpa in contrahendo*, el caso de la ruptura de las negociaciones, y las diferentes consideraciones para una adecuada calificación de retiro injustificado. Las diferencias y similitudes entre los tratos preliminares y otros actos jurídicos son estudiadas en la parte final del presente capítulo.

El tercer capítulo busca exponer y contextualizar al lector, sobre la influencia que tiene la buena fe como principio direccionador de todas las conductas humanas y en especial en el *iter* contractual, como una norma social y prejurídica. De igual forma se estudian los diferentes deberes que nacen de la buena fe y en concreto la *in contrahendo*, los llamados secundarios o de conducta por diferentes sectores doctrinales. Se abordan entonces el deber lealtad, de cooperación, de información, de secreto, de cuidado y de buen fin entre otros. Igual forma se estudia su fuente legal y obligatoriedad, así como la importancia que tiene el concepto de diligencia en los tratos preliminares.

El cuarto capítulo presenta un análisis sobre la teoría de la confianza y del comportamiento en el proceso de formación negocial. Hace especial énfasis, en la evolución del Derecho contractual y la idea de la libertad, como el pilar fundamental del Derecho de la contratación. A partir de la superación del dogma de la teoría de la

voluntad, se estudian los límites y las implicaciones que en la actualidad tiene la teoría de la declaración, la cual fundamenta la confianza, las expectativas legítimas y su vinculatoriedad. Paralelamente se estudia la teoría de la apariencia eficaz, como un supuesto que puede presentarse dentro de los tratos preliminares, y es susceptible de protección legal. Con posterioridad se enuncian los diferentes supuestos que permiten acrecentar e identificar la doctrina de la confianza dentro de las negociaciones contractuales. En la parte final de la unidad, se demuestra, como el principio de la confianza es de difícil apreciación para la jurisprudencia española, *contrario sensu* al panorama italo-germanico.

El quinto capítulo, estudia la ruptura de las negociaciones como un supuesto que, en sus orígenes, fue de difícil reconocimiento judicial, pero cuya aceptación, validez y existencia no se ponen en duda en la actualidad. A continuación se exponen los diferentes criterios y circunstancias que permiten calificar la ruptura de las negociaciones como injustificadas. Igualmente se abordarán las diferentes hipótesis de los casos de ruptura, no sólo aquellas que generan responsabilidad civil por actos propios, sino también aquellos actos ejecutados por otros, pero que el ordenamiento manda a ser reparados como si hubiesen sido cometidos por nosotros mismos. La práctica nos demuestra que cada vez son más frecuentes las negociaciones que se adelantan, no directamente con el propietario o titular del derecho sino con aquéllos auxiliares de los cuales cada uno se sirve, empleados, administradores, incluso representantes y apoderados, situación que por su propia particularidad requiere de un estudio detallado.

Se concluye la investigación con el estudio de la extensión resarcible dentro de los daños causados por la vulneración a la confianza en los tratos preliminares, y sus diferentes criterios de valoración. Se considera que el daño debe tener todo el protagonismo con ocasión a la previa calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones y como consecuencia se opta por un resarcimiento pleno del perjuicio causado. Se demostrará que dicho modo de reparación, incentiva a que las partes una vez se pongan en contacto deban adoptar reales medidas de precaución contractual adecuadas al conjunto y naturaleza de las negociaciones.

Con ocasión de la presente investigación, es importante establecer que no está todo dicho, y por tanto nos abstenemos de utilizar afirmaciones dogmáticas como “siempre” o “nunca”, sobre diferentes principios y en especial sobre la vinculación jurídica de los tratos preliminares. No obstante, tratamos de presentar una visión moderna y actual a las perspectivas de una eventual armonización del Derecho de los contratos en la Unión Europea adaptado a las necesidades del siglo XXI, el cual no se puede construir sobre la sola base de compromisos. Se requieren soluciones comunes sobre los diferentes sistemas jurídicos existentes, y sin duda éstas llaman a un toque de la razón, y al reexamen crítico de las clásicas posturas a la luz de nuevas formulaciones.

Finalmente, no resta más que decir que el autor es consciente de que el estudio aquí efectuado no es conforme con las posturas clásicas de la doctrina de la imputación y naturaleza del daño precontractual, debido entre otros, a la relevancia e importancia que le damos a la confianza y a los deberes secundarios de conducta -cuyo origen radica en la buena fe *in contrahendo*-, cuyos criterios consideramos como generadores de una vinculación jurídica defendible desde la responsabilidad contractual y por tanto, es posible que dicho estudio no sea compartido por algunos lectores. No obstante se considera que a buen seguro podrá ser origen de futuros estudios en este sector del Derecho civil, el cual permite ofrecer acentuadas improntas personales y que por tanto no se hacen incompatibles con otras opiniones académicas y doctrinales.

**1. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD
PRECONTRACTUAL**

1.1. EL NACIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

En la segunda mitad del siglo XIX, la doctrina jurídica alemana se encontraba en antagonismos y por tanto fragmentada, en torno al tema de la prioridad y eficacia en la manifestación de la voluntad al momento de adquirir obligaciones, acorde a lo preliminar, existía una fuerte disputa entre las teorías del acto volitivo de las personas y las teorías de la declaración. El análisis empírico planteaba si una persona, dueña de sus facultades intelectuales, libre y espontánea, presentaba divergencia entre lo querido y lo declarado, cuál de ellas (voluntad o declaración) debía prevalecer.

La teoría de la voluntad, defendida por SAVIGNY³, estaba influenciada por los principios individualistas de la filosofía liberal de los siglos XVII y XVIII, y divulgaba la primacía de la voluntad sobre lo declarado. Su concepto obedecía a la interpretación lógica de un elemento de manifestación exterior, extrovertida, sincera y espontánea, sin coacción o requerimiento acusativo sobre lo que se expresaba, y por tanto, si existía en algún momento diferencia entre lo manifestado y lo querido, debía primar la voluntad del sujeto contractual.

No obstante, el dogma defendido por el sistema declarativo, promulgaba que la voluntad interna era irrelevante y cuestionada frente a lo manifestado y declarado, por tanto debía prevalecer la confianza que ha depositado la contraparte en la realización del negocio, en el cual se ha manifestado la voluntad contractual desprovista de cualquier vicio. Para estos autores, no era relevante que no existiera concordancia entre la voluntad interna y la externa. Lo realmente importante era lo manifestado y los efectos jurídicos que emanaban de tal acto de disposición de derechos. Esta reacción contra el dogma de la voluntad se produjo por la necesidad de atender a problemas de orden práctico y de proteger la seguridad de los actos de negociación jurídica.

³ SAVIGNY, F., "Traité de droit romain", tomo III (Firmin Didot, París, 1858), págs. 249 y ss. Para el autor un contratante sólo debe quedar vinculado en los términos por él queridos, de modo que si lo expresado diverge de lo efectivamente deseado tal declaración es nula. Para SAVIGNY el error no tiene importancia a no ser que, la divergencia deba producirse ante la voluntad ya formada y lo manifestado. Consiguientemente y en principio será irrelevante el error que afecte al proceso de formación de la voluntad, debiendo el declarante en tal caso permanecer vinculado. Así sobre todo, PIETROBON, V., "El error en la doctrina del negocio jurídico", (Ed. R.D.P, Madrid, 1971), págs. 80 y ss. Donde se encuentra, una abundante bibliografía, especialmente alemana sobre los fundamentos de cada una de las anteriores escuelas, y la importancia que tuvieron las mismas para la civilística europea.

Con miras a apoyar la construcción jurídica del pensamiento de la voluntad, IHERING⁴ aborda la institución de la nulidad contractual cometida por el error, el cual afectaba la formación de la voluntad, desde el punto de vista del dañando. Para la época no existía en la legislación germana una acción para impetrar responsabilidad cuando los perjuicios se presentaban con la ocasión y la presencia de un vicio del consentimiento. El problema jurídico cuestionaba:

“¿La parte que ha cometido el error no es responsable de los daños causados a su contraparte? ¿No es acaso improcedente que él que causa una falta y en concurrencia de ella se produzcan uno o más perjuicios, su conducta quede indemne?⁵”.

Frente al ostensible vacío o laguna como la llamó el propio jurista alemán, buscó en las compilaciones y textos romanos del Digesto, una acción en la que se le concedía a la parte dañada la reparación de sus perjuicios causados con ocasión de una “supuesta idoneidad contractual”.

1.1.1. LA DOCTRINA DE IHERING⁶

La doctrina de IHERING tuvo un enorme impacto y pese a que ha transcurrido más de un siglo, y haber fluido reales ríos de tinta sobre la materia, hoy sigue constituyendo el punto de partida inevitable para profundizar en el tema de la responsabilidad

⁴ IHERING, R., "De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restées imparfaites", traducción francesa por DE MEULENAERE, *Ouvres choisies de R. VON IHERING*, tomo II (Marescq, París, 1893), pág. 1 a 100. El trabajo se compone de una introducción y tres capítulos que tratan los siguientes temas: Contenido de las fuentes, donde se analizan los textos romanos, justificación de la teoría y casuística de *la culpa in contrahendo*. Su titulación original fue: "*Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Jahrbucher für die Gomatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, tomo IV, 1861. IHERING, se ocupa del tema de la *culpa in contrahendo*, producto de su obra más famosa "Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung" ("El espíritu del Derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo"), siendo profesor de la Universidad de Giessen. Años más tarde, el romanista alemán, se apartaría del pensamiento de la escuela historicista presidida por su colega SAVIGNY, promulgando ideas sobre la influencia de la sociología en el derecho, vinculándose a una teoría evolucionista.

⁵ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 2.

⁶ En la actualidad, no hay claridad acerca de si el apellido debe ser escrito JHERING o IHERING. El propio IHERING no resulta una guía confiable al respecto, porque lo escribía indistintamente de una u otra forma. Por lo demás, el apellido ha subsistido hasta nuestros días en ambas variantes.

precontractual, como lo demuestra el hecho de que ninguno de los autores que abordaran el tema con posterioridad, han podido prescindir del análisis de sus valiosas aportaciones.

El punto de partida de IHERING⁷ fue el analizar algunos textos del Digesto donde se encontraba reglada la hipótesis que existe entre una cosa *locus sacer y religiosus ou publicus* sin que una parte comunique a la otra, la condición del bien como *extra commercium*⁸.

1.1.1.1. LAS FUENTES ROMANAS

A pesar que IHERING, no fue el primero en analizar el tema de la culpa *in contrahendo*, así como lo reconoce el mismo jurista, sí fue el primero que estructuró una sólida teoría al respecto y sin duda sentó las bases de un ordenamiento y unos principios de responsabilidad. Hoy tienen total vigencia en su natal Alemania, y son acogidos estos principios en Europa y América. Al respecto comenta BENNATI⁹, que a finales del siglo XVIII, DOMAT, abordó dicha problemática concluyendo que los contratos nulos por cualquier causa a pesar de su invalidez, tienen como efecto obligar al resarcimiento de los daños e intereses a la parte que los produjo, dicho estudio se fundamentó las normas del Digesto I. 3, 23.5.

El mismo maestro alemán puso de manifiesto que su construcción no era del todo original, porque el Código Civil Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Koniglichen Preussischen Staaten*) de 1794 estatuyó, para la fase preparatoria, los mismos deberes que en curso de cumplimiento. Lo mismo concluía sobre las normas del Código Civil austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1811, las cuales contemplaban la

⁷ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 12.

⁸ Según BENNATI, F., “A responsabilidade pré-contratual”, Trad Port., por VERA JARDIM, A., (Almedina, Coimbra, 1970), pág. 13. El problema ya había sido estudiado por DOMAT, J., “Les lois civiles dans leur ordre naturel”, tomo I, title I, sec. V, núm. 14, (Durand, París, 1777), pág. 44. Aquí el romanista francés sostiene: “*Les conventions qui se trouvent nulles par quelque cause dont un des contractants doive répondre, comme s’il a aliène une chose sacrée au publique ont cet effet, quoique nulles, d’obliger aux dommages et interest celui qui y donne lieu*”. De igual forma lo reconoce ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 888 y 892.

⁹ BENNATI, F., *op. cit.*, pág. 13. Afirma el italiano que, DOMAT, habiendo estudiado los textos romanos, no logró “descubrir” ni desarrollar teoría alguna aplicable al derecho civil de la época, ya que su sesgado positivismo le impidió extenderse sobre las normas existentes en su era. Citado también por ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 894.

obligación de indemnizar por actos en la etapa preparatoria del contrato al tenor de los párrafos 866, 248, 878, y 869¹⁰.

Tomando como referencia el principio de la *diligentia in contrahendo*, IHERING entra a estructurar la teoría de la *culpa in contrahendo* con base en las siguientes normas:

“L. 62 S 1 de contr. Emt. (18-1) (modestino): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur.

S 5 Instituta de emt. Et venit (3-23): loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens eruit quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei licebat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit¹¹”.

Encontró de igual forma en los edictos de los pretores, que existía en ese tiempo, una acción para el caso:

“L. 8 s1 de relig. (11-7) (ulpiano): si locus religiosus pro puro venisse dicitur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat”.

Lo anterior era aplicable para el caso de la tradición de dominio, o venta de la *res extra commercium*, o para la cesión de derechos herenciales inexistentes, sustentadas en las *L 8 y 9 de hered. Vend. (18-4)*.

“L 8 (javalenus)... si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, Pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur L.9 (Paulus) et si quid emptoris interest”.

Concluyó IHERING que el cumplimiento del contrato no produce simplemente una obligación de su ejecución plena a satisfacción de las partes, más cuando este efecto está excluido por cualquier obstáculo jurídico, determinando en ciertas circunstancias también

¹⁰ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 39.

¹¹ *Vid.*, IHERING, R., *op. cit.*, pág. 35.

el nacimiento de una obligación de resarcimiento del daño, o cuando se ha designado una nulidad, o en carencia de esos elementos se realice la venta de una *res extra commercium* que excluye la posibilidad de cumplimiento, pero no la obligación de resarcimiento, la cual está ligada siempre al contrato¹².

A partir de esta normatividad, IHERING consolida que en los casos concretos por él estudiados, existe una nulidad en la venta, por la inexistencia del objeto, y por tanto el vendedor debe garantizar los intereses de su contraparte por su falta directa. El comprador confiado e ignorante del vicio, y por tanto seguro en la legalidad de la compra tiene derecho a impetrar una acción por daños y perjuicios ya que el contrato es nulo.

Esta acción es competencia del comprador y se deduce que al ser nulo el contrato, tiene la facultad y el derecho de exigir el reintegro del precio, de lo pagado o pactado, todo lo anterior de conformidad con los principios de la “*Conditio sine causa*”. No obstante, para la procedencia de la acción, en el Derecho romano era necesario un “*actio empti*”¹³.

El fundamento de esta obligación sería la responsabilidad (*verschuldung*). El vendedor no puede alegar que ignoraba que el bien estaba fuera del comercio. Para el caso IHERING considera a la parte que realiza la venta, culpable, porque el que se prepara para celebrar un contrato debe asegurarse preventivamente, que se verifican todos los requisitos exigidos para su validez¹⁴. En ese sentido IHERING da nacimiento a la posibilidad de formular un principio general:

¹² IHERING, R., *op. cit.*, pág. 27.

¹³ Para llegar a la construcción de este principio, ya había estudiado la *actio doli*, llegando a la conclusión que era aplicable exclusivamente cuando mediaba una conducta dolosa del contratante, situación que escapaba a las diferentes hipótesis planteadas. Afirma ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 888, siguiendo a HELDRICH que: “Ya en la época clásica del Derecho Romano se concibió la responsabilidad precontractual como responsabilidad *ex delicto* sancionada por la *actio doli*. Es en esa época justiniana cuando la *actio doli* extracontractual fue sustituida por la *actio bonae fidei* contractual a causa de una extensión del *iudicium bonae fidei* a la etapa preparatoria del contrato”.

¹⁴ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 33. Con su posición el romanista alemán, aportaba a la teoría voluntarista, unos principios indemnizatorios, que permitían salvaguardar los intereses de las partes de la relación contractual, por un lado prevaleciendo la voluntad de lo querido y por la otra parte, salvaguardando su interés lesionado, frente al error.

“El deber de resarcimiento que recae sobre la venta de una *res extra commercium* se fundamenta en la culpa nacida antes de la conclusión del contrato, siempre que exista una *culpa in contrahendo* surgirá aquel deber”.

La relación inequívoca que existe entre los actos cometidos en el período precontractual y el contrato nulo o imperfecto, indica a juicio del maestro alemán, la verdadera dirección a seguir. Determinando el fundamento de la obligación de resarcir en caso de concurrir una responsabilidad precontractual en una culpa contractual. La de reclamación impetrando una acción contractual puede objetarse sin que exista contrato, pues la voluntad le aporta a la misma un valor absoluto. La declaración de nulidad del contrato o el hecho de que el mismo no haya podido ser perfeccionado *no invalida todos los efectos emergentes del pacto sino únicamente aquellos que se refieren a la ejecución de las obligaciones contractuales*. El contrato nulo o no perfeccionado sigue produciendo otras obligaciones no vinculadas, con la ejecución del convenio, como lo es, la restitución de las cosas entregadas a las partes, devolución de la señal o arras y el pago de indemnizaciones que correspondan, etc.

La razón por la cual el legislador impone la obligación de resarcir el daño causado por un acto realizado en el período de formación del consentimiento, no debe ser buscada en la buena fe¹⁵ de la parte damnificada. La contraparte puede haber obrado también de buena fe al realizar el hecho dañoso, en la culpa calificadora de la acción de esta última. El jurista alemán afirma:

“La *culpa in contrahendo* consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro. No es necesario que esa obligación o garantía de diligencia se estipule expresamente, pues la ley la presume¹⁶”.

Sin duda esta novedosa formulación reviste extraordinaria importancia. El acto de que un sujeto provoque o produzca un contrato nulo, por su indebida diligencia, y que

¹⁵ No obstante, afirma ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 888., que es menester la buena fe en el comprador que ignore (*nesciens*) las mencionadas situaciones.

¹⁶ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 37.

debido a este comportamiento ilícito tiene la obligación de resarcir el daño ocasionado a su contraparte (aquella que actuó confiadamente en la validez del contrato), se esgrimiría con el paso del tiempo uno de los principios básicos de la responsabilidad civil, originada en el período *in contrahendo*. Al respecto señala ALONSO PÉREZ¹⁷ que fue justamente la relación existente entre los actos cometidos en la etapa precontractual y la nulidad del contrato la que representó el hilo conductor para hallar el fundamento de la obligación de resarcir que identificó IHERING.

La naturaleza contractual, que el maestro alemán le reconoció a los casos de la *culpa in contrahendo*, la atribuyó partiendo de la premisa que dicho comportamiento, no es violatorio propiamente del principio *neminem laedere*, pero sí de la obligación de diligencia, siendo ésta propia y por demás exigible dentro del período precontractual¹⁸. Tal observación puede ser incompleta, por una parte, y, excesiva en su extensión si se mira opuestamente. El reconocimiento de un deber de diligencia y lealtad en los tratos preliminares serían aplicables, según su teoría, en los casos exclusivamente de invalidez, lo que sin duda deja por fuera la exigencia de tales comportamientos en los diferentes casos de formación contractual y en especial los de ruptura, y es excesiva, en la medida que presupone la aceptación de una premisa frente a la culpa como un requisito fundamental que originaría la *culpa in contrahendo*, sin llegar siquiera a comprobar la existencia real o presunta de la misma.

En materia resarcitoria, IHERING viene a diferenciar dos intereses que le asisten al comprador defraudado, un denominado interés de mantenimiento, que se conoce como *el interés positivo*, el cual le daría derecho al comprador a obtener todo el dinero equivalente en el caso de haberse celebrado el negocio, partiendo por tanto de la validez del contrato. Y el caso del *interés negativo*, o el interés a la no conclusión del contrato; en cuyo evento, la indemnización pretende reponer, en términos económicos, las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiando en su validez y en esta última contingencia, se fundamentaría la acción en la nulidad del mismo.

¹⁷ ALONSO PEREZ, M., *op. cit.*, pág. 893.

¹⁸ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 35. Además se planteaba el autor: ¿Cómo era posible que se otorgara una acción contractual, si éste resultaba nulo? La conclusión de un contrato no produce simplemente la obligación de cumplirlo. Si tal efecto se excluye por algún obstáculo, como la nulidad, puede surgir otros, por ejemplo, la obligación de resarcir.

Luego de este análisis, IHERING llega a la conclusión que el primer interés no puede entrar a ser exigido en la medida que la ejecución del contrato se da exclusivamente en los casos de validez de los mismos, y era claro que se estaba frente a un caso de nulidad absoluta del negocio, por tanto era aplicable exclusivamente el interés negativo.

1.1.1.2. DE LA CASUÍSTICA A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA

IHERING fundamenta su teoría en el estudio de tres casos específicos, de los cuales a su vez subclasificó algunos, estos fueron:

“La incapacidad de las partes (*unfähigkeit des subjects*), incapacidad del objeto (*unfähigkeit des objects*) y la inexactitud de la voluntad contractual de las partes (*unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*)¹⁹”.

Según el maestro alemán, se está frente a un caso de incapacidad de las partes, cuando uno de los sujetos, celebra el contrato mediando por parte del otro extremo contractual dolo o fraude. La incapacidad del objeto se hace presente cuando el fin del contrato, o su prestación principal es imposible o es ilícita, ya fuera porque se encuentra el bien fuera del comercio o porque pertenece a bienes que no se pueden transmitir. Para que pudiera ser alegada esta circunstancia por parte del perjudicado, debía existir un total desconocimiento de estas circunstancias. A cerca de las anomalías volitivas, estas fueron subdivididas en situaciones en las cuales el error se originaba en la inexactitud de la declaración (*der erkläung*) o de la propia voluntad interna de los contrayentes (*des willens selber*). Estas se presentaban básicamente frente la omisión de información sobre aspectos o puntos básicos del contrato, o información imperfecta o incompleta, cuyo fin era favorecer a uno de los sujetos, de tal forma que si alguien omitió comunicar a la otra parte

¹⁹ También son estudiados por ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 906. Afirma aquí el autor que gracias a la enumeración efectuada por IHERING, fueron múltiples los intentos doctrinales para seguir agrupando los diversos supuestos que originan la responsabilidad precontractual. Partiendo todos de los tres grupos originariamente clasificados por el alemán.

el desistimiento del contrato y esta lo cumple, responde quien no fue diligente en la información²⁰.

Nótese como el maestro alemán, comenzaba a estructurar, lo que hoy día reconoce ampliamente la doctrina internacional como los deberes precontractuales o secundarios de conducta, los cuales han comenzado un proceso de regulación masiva en especial en las materias de consumo y de comercio electrónico, tópicos sobre los que se profundizará en los capítulos venideros. No obstante, el mérito más destacable que hay que reconocerle a este romanista, es el hecho de haber advertido que durante la fase de formación contractual, las partes debían comportarse de un modo honesto, correcto y diligente, pilares fundamentales de la moderna doctrina de la *culpa in contrahendo*²¹.

Si bien es cierto que el punto de partida de la construcción teórica había sido la nulidad por falta de coincidencia entre lo querido y lo declarado, propone con posterioridad una ampliación de sus conclusiones para otros eventos de nulidad como la debida a la incapacidad jurídica de los sujetos, la no idoneidad del objeto o revocación de la oferta. Ayudados por el resumen que presenta IHERING al final de su exposición, y de conformidad con el análisis hecho a su escrito nos permitimos concretarlo así:

- a- De la *culpa in contrahendo* deviene una naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del período de formación del contrato). La conclusión de un contrato no crea solamente una obligación de ejecutar sino también según las circunstancias, una obligación de reparar el daño.
- b- El mismo grado de diligencia exigible durante el perfeccionamiento y ejecución contractual debe prestarse en el período de formación del contrato. De igual forma, las partes deberán comportarse de un modo honesto y correcto, en las negociaciones y en la celebración contractual.

²⁰ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 45.

²¹ En similares términos lo llama ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 894.

- c- La expresión nulidad de un contrato, designaría solamente la ausencia de este efecto y no la de todos los efectos en general, lo anterior para el caso de la naturaleza contractual de este tipo de responsabilidad originada.
- d- El daño causado está representado en la idea del interés negativo, en contraposición al interés positivo. El primero tendrá como base un contrato no realizado, mientras que el interés positivo representaría el cumplimiento contractual.
- e- Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros.
- f- Si el acto o cuya formación se pretende no es un contrato, no puede haber *culpa in contrahendo*.
- g- La acción fundada en la *culpa in contrahendo* se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual.
- h- Para que pueda haber *culpa in contrahendo* tiene que haber existido oferta, las negociaciones previas o anteriores a la promesa de contrato y no son susceptibles de originar responsabilidad civil basada en esa especie de culpa.

1.1.1.3 . LAS NECESIDADES HISTÓRICAS Y SU INFLUENCIA EN LA DOCTRINA EUROPEA

Los planteamientos de IHERING y su doctrina de la *culpa in contrahendo*²² representaron una novedad para la civilística del último tercio del siglo XIX e influyeron en la redacción del Código Civil Alemán en sus párrafos 122, 307, 309 y 179, apartado

²² La doctrina de *la culpa in contrahendo* es construida por IHERING luego de analizar el Digesto y las Institutas. Al respecto afirma ASÚA GONZÁLEZ, C., “*La culpa in contrahendo*” (Departamento de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989), págs. 54 a 66, que según estos textos, no se trata de una *culpa in contrahendo* sino de un *dolo in contrahendo*, observación que respaldamos en todo. El estudio efectuado por la Catedrática presenta un panorama exquisitamente descrito de la materia, tanto en Alemania, como en toda la Europa continental, por tanto es un texto de obligada consulta en la materia.

2. Estos fueron recibidos por la doctrina y jurisprudencia francesa a través de un trabajo de SALEILLES, penetraron en el Derecho italiano e inspiraron su reforma de 1942, propiamente en los artículos 1337 y 1338, e influyeron en las doctrinas científicas y jurisprudenciales española, portuguesa, francesa y belga, partiendo, naturalmente de otros presupuestos normativos ya reglados en Alemania²³. Sin embargo, su influencia no sólo se extendió en el ámbito del Derecho civil continental, sino que también sus efectos se hicieron visibles en el Derecho del *Common Law*, para suavizar el rigor de la teoría objetiva de los contratos²⁴.

En el *B.G.B.*, y de conformidad con la literatura jurídica propuesta por IHERING, se estableció una obligación de indemnizar en casos de invalidez debida a error y falta de seriedad en la declaración (parágrafo 122), en la imposibilidad originaria de la prestación y violación de una prohibición legal (parágrafo 307 y 309), representación sin poder ignorándolo el representante. Todos estos supuestos parten en que la época y de acuerdo a las ideas de su descubridor era imprescindible de la *culpa in contrahendo*: la validez del negocio²⁵.

La doctrina de IHERING no fue aceptada pasivamente por la doctrina alemana, y por la italiana (de hecho el *codice civile* de 1865, no incluyó ninguna de las reglas generales que disciplinasen el comportamiento dentro del transcurso de las *trattative* y durante la formación contractual), sus estudios fueron objeto de múltiples críticas, tanto el análisis hermenéutico que hizo a las fuentes del Digesto, como a su inclinación contractual desde el punto de vista de la naturaleza de la institución fueron ampliamente debatidas²⁶.

²³ PASCUAL ESTEVILL, L., "Derecho de daños", tomo II (Bosch, Barcelona, 1995), pág. 1026.

²⁴ KESSLER, F., Y FINE, E., "*Culpa in contrahendo*", Bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study, *Harvard Law Review*, Boston, 1964, vol. 77, núm. 3, págs. 406, 407 y 437.

²⁵ ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, pág. 31.

²⁶ Al respecto ver MEDICUS., "Zur entdeckungsgeschichte der *culpa in contrahendo*", festgabe für MAXKASER, zum 80 (Geburtstag, Wien-Köln-Graz 1986), pág. 23. DOLLE, H., "Aussergesetzliche Schuldlichkeiten", *Zges (Staats W)*, 1943, pág. 103. HELDRICH., "Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht", *Der späteren Rechtsentwicklung* (Leipzig, 1924), LARENZ, K., "*Culpa in contrahendo* Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt" (*M.D.R.*, 1954), y del mismo autor, "Lehrbuch des schuldrechts", *Allgemeiner Teil*. (13 ed., München, 1982), THUR Y PETER., "Allgemeiner teil des schweizerischen obligationenrechts" (3 ed., 1979). GHUL, T., Y MERZ, H., "Das Schweizerische obligationenrecht", (7 ed., 1980). BERG., "Vage mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation" (*Jus* 1977), pág. 363, HEINRICHS., "Palandt kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", comentario a los § 31, 145, 118, 179, 242, 276, 305, 306, 307, 309, 328 (München, 1989), y demás bibliografía citada en ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, págs. 29, 31-40. En la doctrina italiana, los escritos más famosos fueron: FAGGELLA,

1.1.2. LOS ESTUDIOS DE FAGGELLA Y LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA PRECONTRACTUAL EN EL *CODICE CIVILE*

En la Italia de finales del siglo XIX e inicios del XX, la mayoría de la doctrina partía del principio de la no vinculación de las tratativas, y por tanto, se defendía sin oposición alguna, que la ruptura de estas no configuraba responsabilidad alguna para la parte recedente²⁷. El dogma, en torno a cual doctrina debía aplicarse en el evento de la ruptura (contrario al caso alemán) debía ser la libertad de la voluntad de las partes. No obstante, existían minoritarias posiciones, que defendían una responsabilidad precontractual, que se configuraba ante hipótesis como *la rottura delle trattative, la revoca della proposta, la vendita di cose altrui, etc...*²⁸

Análogamente a lo previsto en el ordenamiento francés, ante los problemas que se suscitaban por un eventual daño ocurrido en la etapa de formación, la doctrina y la jurisprudencia italiana acudían, al recurso del artículo 1151 del Código Civil derogado, correspondiente al actual artículo 2043²⁹, norma que disciplina la hipótesis de la responsabilidad extracontractual. Con el paso del tiempo y ante la imposibilidad de reconducir especialmente la hipótesis de la *culpa in contrahendo* en el esquema del artículo 1151, en cuanto al concepto de la no violación de un derecho absoluto, y auspiciado por la interpretación cada vez más restrictiva del ilícito extracontractual llevó a

G., “Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed esatta costruzione scientifica”, *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, Napoli, 1906, tomo III, pág. 269. FAGGELLA, G., “Il periodo precontrattuale e la responsabilità precontrattuale”, Roma, 1918, pág. 36, siendo el texto monográfico más completo donde se dedicó a recopilar gran parte de todo lo construido en sus artículos en mención, o en otro texto del mismo autor: “Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali”, *Arch. Giur.*, 1909, pág. 128. Otros que también se ocuparon de la materia fueron: BENATTI, F., *op. cit.*, pág. 15-25., a ALBERICI, A., “Il dovere precontrattuale di buona fede”, *R.a.D.C.*, 1982, pág. 1901. ALBERTARIO, E., “Della responsabilità precontrattuale”, *Dir. Comm.*, 1910, págs. 48 y ss., entre otros. Además, era de esperarse la variedad de críticas, ya que la naturaleza contractual que le había dado IHERING a la responsabilidad era disconforme con el criterio de la invalidez anterior o con posterioridad al contrato, así lo afirman por ejemplo LOI, M, L., Y TESSITORE, T., “Buona fede e responsabilità precontrattuale” (Giuffrè, Milano, 1975), pág. 67 y ss. En el panorama Ibérico sin duda el estudio de ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 894., quien al respecto sostiene: “que gracias a la doctrina de IHERING se sentaron las bases definitivas de una institución que en mayor o menor grado la doctrina posterior se limitó a retocar y en algunos aspectos a desarrollar. Además su impronta se observa en aquellas normas positivas que consagraron la *culpa in contrahendo*, bien con carácter general o en manifestaciones concretas”.

²⁷ Así lo defendía CARRARA, G., “La formazione dei contratti” (Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1915), pág. 2 y ss.

²⁸ RUBINO, D., “La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari” (Giuffrè, Milano, 1939), pág. 45 y ss.

²⁹ Art. 2043 “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

que diferentes autores y a una parte de la jurisprudencia plantearan una nueva solución³⁰. Estas circunstancias incitaron a que FAGGELLA retomara los estudios alemanes y lograran hacer eco dentro del ordenamiento italiano, a pesar que más adelante, se vería la influencia del modelo francés siempre vigente en toda su obra.

Tomando como base los estudios de IHERING sobre la *culpa in contrahendo*, FAGGELLA³¹ rechaza en su totalidad la tesis desarrollada por el jurista alemán, y entra a estudiar, por primera vez en la doctrina civilista, el receso las negociaciones preliminares o acercamientos previos sin causa justificativa alguna; incluyendo como responsabilidad precontractual los simples tratos o negociaciones iniciales, los cuales son discutidos por las partes, donde preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, aportando análisis y síntesis de las mismas.

La teoría de FAGGELLA³², construye una responsabilidad precontractual *sui generis*. Hace un estudio muy profundo, sobre la formación psicológica, económica y jurídica, simultánea, de los interventores del acto jurídico. Divide su estudio en tres etapas: negociaciones preliminares, la preparación y elaboración de la oferta, y la oferta en firme³³. La primera comprende los acercamientos realizados por las partes antes de emitir la oferta; una segunda, que se da cuando las negociaciones comienzan a avanzar y las partes encuentran un interés mutuo, permitiendo acercarse a propuestas más serias; y la tercera, que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones por desacuerdo absoluto.

Para el maestro italiano, las partes, en el curso de sus conversaciones preliminares, llegan a ciertos acuerdos de voluntad, que sin ser de naturaleza obligatoria, no deben tener tampoco la consideración de simples proyectos en el aire. Estas pláticas engendran entre

³⁰ A pesar que autores como COVIELLO Y RUBINO, apelaban a la necesidad que se sancionaran los casos de la ruptura de las negociaciones, al dar informaciones inexactas, o de no esclarecimiento de las causas de invalidez del contrato, a finales del siglo XIX y comienzos del XX. Así lo afirma, CUFFARO, V., "Responsabilità precontrattuale", *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIX, (Giuffrè, Milano, 1988), pág. 1265.

³¹ FAGGELLA, G., "Dei periodi precontractuali...", cit., págs. 271 y ss. El maestro italiano, fue el primero que abordó la ruptura injustificada de los tratos preliminares, por tanto, nos detendremos con más detalle en sus textos, que el original estudio desarrollado por IHERING.

³² *Vid.*, FAGGELLA, G., "Dei periodi precontractuali...", cit., págs. 271 y ss.

³³ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 863. Nos recuerda estas tres fases del estudio emprendido por el autor italiano continúan siendo válidas, lo que hace que en la actualidad sea posible que se realice el elemento objetivo o *iter* formativo del contrato.

los interesados relaciones más concretas, relaciones que salen de la órbita de las conversaciones mundanas, entrando en el campo del Derecho, sin que por ello obliguen de tal manera, que las partes se vean privadas, a la opción de no concluir el contrato. Cuando el contrato no se finiquita, porque se retira la parte, cuyo consentimiento falta, no hay posibilidad de pedir la indemnización de daños y perjuicios, por la ruptura de las conversaciones preliminares si no existe falta culpable de parte del revocante³⁴.

Sucede generalmente que durante las conversaciones preliminares, concurren simples entrevistas verbales, o intercambio de cartas. Es posible que una de las partes, haya realizado gastos, desembolsos en dinero, o trabajos para la confección de planos, presupuestos, presentación de modelos, en fin que ha sufrido alguna pérdida patrimonial circunstancial. Aquí entonces, se colige, el problema de la responsabilidad de quien por su desistimiento ha hecho imposible el otorgamiento del contrato, y ha obrado de tal suerte que esta pérdida patrimonial provisional, se convirtió en perjuicio definitivo. Es posible, que las partes hayan realizado convenciones particulares sobre este punto, o que la persona que efectuó los desembolsos, puede reintegrarse, por toda razón jurídica, como la gestión de negocios ajenos, o el enriquecimiento injusto. En ambos casos, la responsabilidad se determina según las reglas especiales del contrato, o de estas instituciones jurídicas. Los trabajos preparatorios, llevados a cabo, en vista del otorgamiento de un proyecto de contrato, sin que exista convención especial, producen situaciones jurídicas más apremiantes y delicadas, que se determinan en gran parte, por el carácter de la ruptura de las conversaciones³⁵.

Es válido mencionar que en la época, en la es producida la obra de este famoso doctrinante italiano, no existía referencia alguna sobre la *correttezza contrattuale*, y mucho menos como ésta acompañaba todo el proceso de formación contractual. En la actualidad se resuelve definitivamente el problema sobre el receso de las negociaciones sin justa causa, por tanto aunque en parte hoy día la teoría de FAGGELLA no tiene sustento jurídico, no puede desconocerse que gracias a sus disertaciones se hizo un aporte valioso a la doctrina precontractual.

³⁴ FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 271 y ss.

³⁵ Vid., FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 274 y ss.

Para FAGGELLA era necesario examinar la manera cómo fueron rotas dichas conversaciones preliminares, para ver si hay medio de reclamar indemnización alguna. Clasificó las rupturas, en objetivas y subjetivas dependiendo de la motivación que impulsó a una de las partes a retirarse de las negociaciones:

“Se puede hablar de ruptura objetiva, si una de las partes recibe otra oferta más ventajosa de un tercero, o con mayores probabilidades de éxito, más amplias garantías de ejecución o mayor extensión en el mundo de los negocios. Si las conversaciones se rompen por razones distintas a las meras objetivas, nace una responsabilidad, que permite el reembolso de los gastos efectuados. Estos gastos reembolsables son solo aquellos que se realizan en interés del contrato, para facilitar su otorgamiento. Los trabajos efectuados antes que las partes se encuentren en el camino del contrato, evidentemente no son computables, cual ocurre con los planos, proyectos y cosas construidas para servir de modelo, en todo los contratos que una persona realice normalmente su profesión o con los trabajos efectuados para presentarse a un concurso³⁶”.

Según estas conclusiones, el famoso jurista italiano, descalificaba el interés protegido por IHERING, ya que limitaba estrictamente el daño aportando a la doctrina un nuevo criterio indemnizatorio, ya que excluía el “interés negativo” (indemnización que coloca a la parte lesionada en la misma situación patrimonial en que se encontraba antes de obligarse en el camino del contrato). Por tanto, sólo, se debía indemnizar todos aquellos gastos y desembolsos que realizaban las partes, para la conclusión del contrato. Incluso hablaba, ya en su época, del riesgo que debía asumir todo comerciante³⁷, al ejercer su oficio y por tanto solo era reembolsables los gastos efectuados en interés común del negocio proyectado, excluyendo completamente de su protección, los gastos que realiza una persona en su interés exclusivo, porque espera un gran beneficio al otorgamiento del contrato³⁸. Estos costes, quedan a su cargo, como riesgos de la especulación. En sus afamados escritos dedica innumerables líneas al riesgo del ejercicio de comercio y como se pueden entrar a clasificar los gastos efectuados en el transcurso de las negociaciones,

³⁶ Vid., FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., pág. 275.

³⁷ En Francia, se habla de la doctrina del riesgo dentro de los “pourparlers”, y al respecto existe un fuerte movimiento que avala, lo establecido aquí por el ilustre estudioso italiano. En derecho francés, para ver más, SCHMIDT, J., “La sanction de la faute précontractuelle”, *R.T.D.Civ.*, tomo 72, París, 1974, pág. 48. Habla aquí, la jurista que existen dentro de los negocios lo que normalmente se conoce como *le risque d'entreprise*. En el mismo sentido GUELFUCCI-THIBIERGE, C., “Nullité, restitutions et responsabilité” (*L.G.D.J.*, París, 1992), pág. 21.

³⁸ Criterio que será acogido en gran parte en el último capítulo cuando se aborde el tema del daño precontractual.

haciendo especial énfasis en aquellos que demandaba el normal ejercicio de la profesión y aquellos que se hacían con el único interés común del negocio por efectuar. Dicho fundamento se encuentra únicamente en las conversaciones preliminares, y para realizar durante ellas los gastos que sean necesarios, con el fin de otorgar el contrato, es el denominado interés común³⁹.

Según lo anterior, la clasificación de los gastos efectuados por las partes, radica en el consentimiento expreso y manifiesto de las partes, desde el punto de vista del interés resarcible, concluye FAGGELLA:

“Este consentimiento contiene una garantía tácita, en virtud de la cual, debe repararse el perjuicio causado por la ruptura brusca de las conversaciones, y especialmente el más palpable perjuicio que consiste en el importe de los gastos efectuados para llegar al acuerdo final. Más para esto, es absolutamente necesario, que las partes hayan manifestado su consentimiento y voluntad, de entrar en conversaciones. No es suficiente por tanto, que una de las partes, haga preparaciones costosas, para someter a la otra los proyectos, sin que esta sepa, que realiza en su interés, dichos trabajos. Hace falta una terminante declaración de voluntad, dirigida a comenzar las conversaciones preliminares⁴⁰”.

El decline de su teoría, sin duda recae sobre el tácito acuerdo precontractual⁴¹, y sobre el principio de la autonomía de la libertad, ya que, el solo hecho de consentir las negociaciones las partes quedaban vinculadas y por tanto se desconocía de tajo la frontera de la libertad contractual y de la auto-vinculación, principio que como se dijo con anterioridad, era profesado por la doctrina italiana casi con unanimidad y sobre el cual todavía no se han fijado límites concretos en la actualidad.

Finaliza su posición afirmando que hay una responsabilidad posible, desde el comienzo de los tratos fundada sobre el consentimiento de las partes, que concurren a la

³⁹ Vid., FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 276 y ss.

⁴⁰ Vid., FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 271 y ss.

⁴¹ Justamente sobre presunciones, o acuerdos inexistentes, es que se han sustentado los contradictores no solo de la teoría de FAGGELLA, sino también la misma doctrina de IHERING. La escuela francesa es la que más críticas ha presentado al respecto, al fundamentarse principalmente en que: “*il établit ainsi une présomption irréfragable de faute dans la conclusion du contrat de la part du vendeur, IHERING n'objecte rien*”. Como lo sostiene, ROUX, P., “Des dommages-intérêts pour nullité du contrat” (*L.G.D.J.*, París, 1901), pág. 31 y 32. ROUBIER, P., “Essai sur la responsabilité précontractuelle” (*L.G.D.J.*, París, 1911), pág. 63 y últimamente, GUELFUCCI-THIBIERGE, C., *op. cit.*, pág. 17 y ss. Quien rechaza también las presunciones, y cualquier tipo de existencia de obligaciones anteriores a la formación del contrato, y no duda de catalogar estas teorías como insuficientes o inútiles.

preparación del contrato, y sobre la posibilidad que se destruye un valor patrimonial, causando perjuicios a la parte que realizó los desembolsos. El consentimiento dirigido a ponerse en relación contractual, contiene la obligación tácita de indemnizar la partida de gastos, y trabajos precontractuales efectuados. Estos gastos, trabajos y desembolsos, deben haberse producido mediante el consentimiento, de llevar a cabo los tratos o compromisos, y no por la propia iniciativa de quien los realiza. Rechazando la doctrina de IHERING, afirma:

“La raíz de la responsabilidad, no está, ni en el vínculo contractual ni *en la culpa in contrahendo*, ni en el acto de asumir una garantía, ni en un mandato o gestión de negocios. Para completar la responsabilidad, se puede concebir una esperanza legítima truncada por la no conclusión del contrato. No obstante concluye, la voluntad de las partes puede aligerar la responsabilidad⁴²”.

Según la clasificación hecha de las fases que conformaban el proceso de formación contractual, FAGGELLA sostenía que en la primera etapa contractual tienen valor jurídico los hechos cometidos en esa ocasión siendo estos susceptibles de originar, modificar o extinguir derechos, variando en ellas la intensidad de la relación o vínculo que une a las partes. En el primer momento o de las tratativas propiamente dichas, las partes intentan llegar a un entendimiento sobre los puntos principales; generalmente ese período está compuesto de proposiciones y aceptaciones sucesivas que no crean todavía vínculos contractuales pero que apuntan hacia ese objetivo⁴³. Después de estas negociaciones preliminares, en el segundo momento de esa primera fase, cada una de las partes, enterada de la exigencia de la otra, hace su composición de lugar, realiza un balance de la situación pasando revista a los puntos sobre los que existe acuerdo, en principio y entonces, una de ellas, generalmente la que ha tomado la iniciativa de las negociaciones, se encarga de redactar una proposición u oferta definitiva.

Cuando la oferta se exterioriza, se entra en la segunda etapa, ya estudiada por IHERING. Para FAGGELLA este último período de la serie de relaciones precontractuales no se distingue jurídicamente por su naturaleza de los momentos que componen la fase anterior, excepto en la circunstancia ya señalada, que el lazo que une a las partes se ha

⁴² *Vid.*, FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 277 y ss.

⁴³ Supuesto que aceptamos en todo su contenido, y sobre el cual construiremos nuestra posición a lo largo de toda la investigación.

estrechado más aun y que, por ende, el grado eventual de responsabilidad por la ruptura de las negociaciones se hace más notorio. La diferencia entre ambas etapas o fases, es de carácter cuantitativo y no cualitativo. Su fundamento de la obligación resarcitoria no radica en la culpa como lo planteaba IHERING, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para originar negociaciones. La violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia: *“basta una separación arbitraria, sin motivo, de los tratos para que ello ocurra”*.

Si bien es cierto que todo individuo que consiente con otro, en iniciar conversaciones preliminares, con miras a la celebración de un contrato, se somete a un período de incertidumbre, de acercamiento, de conocimiento, situación por más que común, ya que son las incipientes aproximaciones que tienen las partes, no se puede afirmar como lo hizo el maestro italiano, que existe un acuerdo tácito, y en la medida en que los sujetos se aparten de las negociaciones están defraudando la confianza de aquel que ha creído en la celebración segura del contrato, por tanto si no se efectúa la misma se frustran las expectativas fundadas.

Como quedará clarificado en el presente trabajo, la protección de la vulneración de la confianza es un tema que en primo lugar no puede aplicarse a todos los casos de la ruptura de las negociaciones, y en segundo lugar se requieren supuestos muy concretos y determinados para que opere⁴⁴. Además no se puede olvidar que la esencial característica de los tratos preliminares es que las partes pueden actuar en ellos con total libertad e independencia, siendo por tanto más aventurado afirmar que en toda negociación existen etapas que siempre se cumplen. Se demostrará más adelante que cada negociación es un acto complejo, y dependiendo del grado de acercamiento o incluso de las circunstancias anteriores, las partes pueden prescindir o no de los tratos preliminares, por tanto no queda más que calificar como desafortunada dicha posición. Pero se comparte la idea que las partes al iniciar las conversaciones, están expuestas a asumir una especie de riesgo contractual, lo que puede implicar destrucción de valores patrimoniales que no siempre pueden ser exigibles a la contraparte.

⁴⁴ Se puede afirmar, que incluso para el famoso tratadista italiano, el tema de la imputabilidad pasaba a un segundo plano, pues como hasta aquí se ha dicho, todo se resumía en el tácito acuerdo, prescindiendo de la culpa o dolo como presupuestos de la imputación, sin importar que conducta había mediado para que se efectuara la ruptura.

El trabajo de FAGGELLA⁴⁵ con sus tinos y desaciertos, sin duda se constituyó en el primer gran trabajo doctrinario que abordó la problemática de la responsabilidad precontractual originaria en la ruptura de los tratos preparatorios⁴⁶. He aquí su importancia, y si bien sus estudios fueron duramente criticados, en especial su llamado “acuerdo tácito”, no se puede desconocer que su doctrina sigue teniendo aplicación en la realidad, especialmente en lo que corresponde con el principio de la *correttezza contractuale*⁴⁷, y la obligación resarcitoria frente a los daños causados. Sin duda, para la época en la que fue elaborado su estudio, era una teoría moderna, ambiciosa e innovadora⁴⁸.

Es destacable y meritorio que la doctrina construida por FAGGELLA, no fue producto de una elaboración rápida o carente de rigor científico, por el contrario este jurista italiano, duró edificando su doctrina casi una década, época en la cual se dedicó a refutar a sus detractores y críticos. En sus ensayos publicados en diversas revistas de estudios civiles italianos y en donde fue seguido por un grupo reducido de doctrinantes franceses que dieron la relevancia e importancia, que a nuestro juicio tenía. No obstante, contrariamente las doctrinas clásicas unánimemente disminuían la importancia de este tema. Por su parte debido a la razonabilidad de los escritos y su posterior acogida por la doctrina, la jurisprudencia italiana paulatinamente comenzó a reconocer la existencia de

⁴⁵ El primer trabajo elaborado por FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 277 y ss., fue recogido y modificado ampliamente por SALEILLES, R., “De la responsabilité précontractuelle”, *R.T.D.Civ.*, París, 1907, págs. 712 y ss., siendo el francés quien introdujo el tema dentro de la doctrina gala, ya que para la escuela civilista, el tema no había sido de mayor interés debido que se había sostenido hasta finales del siglo XVIII, que el consentimiento nacía entre el concurso de la oferta y la aceptación, desconociéndose hasta esa época los denominados “*pourparlers*”.

⁴⁶ La jurisprudencia italiana, acogió favorablemente la tesis del doctrinante, especialmente en el primer cuarto del siglo pasado. Así, *Trib. de Napoli*, 31 de marzo de 1909, *Dir. comm.*, 1910, tomo I, vol. II, pág. 48 con nota de ALBERTARIO, E., *op. cit.*, págs. 48 y ss. App. Napoli, 27 de marzo 1911, *Mov. Giur.*, 1911, 113; *Cass. Roma*, 23 de febrero de 1916, en *Giur. itl*, 1916, tomo I, pág. 475; *Cass. Napoli*, 9 mayo de 1916, *Dir. giur.*, 1917, pág. 89.

⁴⁷ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 895. Acude a ella el jurista italiano en la medida que rechaza como razones justificativas la equidad o la buena fe, tan alegadas siempre como elementos basilares de la responsabilidad precontractual, pues que se trata de criterios empíricos, variables de caso a caso y siempre dejados a la apreciación arbitraria del juez. Son factores elásticos y mudables según las personas, lugares, grado de educación y cultura.

⁴⁸ Recordemos que sólo hasta la reforma del Código Civil italiano de 1942, se incluyeron por primera vez normas que regulaban el período *in contrahendo*, ya que antes no existía ningún precepto que regulara esa fase del *iter* contractual.

las *trattative*, como una etapa⁴⁹ del *iter* contractual en la cual se podía causar daño a las partes que entraban en negociaciones. Pero la cúspide de la teoría no se daría sino hasta que el Código Civil de 1865, derogado en el año de 1942, promulgándose como el primero de los códigos modernos europeos, en el cual se consagraron normas propias que fundamentaron lo esbozado por FAGGELLA y también darían lugar a todo el movimiento doctrinario que precedió el concepto de la buena fe, la *correttezza*, y el deber de lealtad en la diferente normativa civil italiana.

1.1.3. LA DOCTRINA DE SALEILLES: LA INMERSIÓN DEL DERECHO FRANCÉS EN UNA DOCTRINA ITALIANA.

Mientras para los estudiosos del Derecho francés habían presentado gran interés los temas de la teoría general de las obligaciones, la cuestión de la formación contractual, no era vital. Prueba de ello es que los grandes pensadores de la escuela clásica gala, no mencionan esta etapa dentro del *iter* contractual. Estas teorías, como bien lo anota HILSENRAD⁵⁰, son producto de codificaciones modernas y avanzadas, por tanto no era de interés ocuparse en temas liberales a los conservadores y costumbristas franceses. Por lo anterior cuando SALEILLES, director de la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, publica en el año de 1907 su estudio, pasa en principio desapercibido.

La disertación de SALEILLES⁵¹, se produce al poco tiempo de las publicaciones de FAGGELLA, y en general respalda en su totalidad el trabajo de su colega extranjero. Su labor intelectual comienza con el análisis comparado de la situación normativa italiana, estudiando si al ordenamiento francés le son aplicables los principios y dogmas analizados. SALEILLES, inicia su tesis resaltando en primer término, el valor que tiene la investigación italiana, cuando incorpora al dominio de los hechos jurídicos el período de los tratos preliminares (*pourparlers*) anteriores a la formulación de la oferta y con un

⁴⁹ Por citar algunas, el caso de la sentencia de casación del 6 de enero de 1925, *R.D.C.o.*, 1925, pág. 428, donde el Tribunal manifestó: “*La parte che, senza giustificato motivo recede dalle trattative precontrattuali deve risarcire l’atra parte delle spense incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto comporti l’impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo*”. Conoce del anterior negocio la *Corte di Cassazione*, debido a recurso interpuesto contra sentencia proferida por el *Tribunale di Napoli*, quienes habían citado expresamente a FAGGELLA, G., Trib. Napoli 31.3.09, *D.C.*, 1910, tomo II, pág. 428.

⁵⁰ HILSENRAD, A., “Las obligaciones precontractuales”, trad, esp. de MENÉNDEZ PIDAL (Góngora, Madrid, 1932), pág. 8.

⁵¹ SALEILLES, R., “De la responsabilité précontractuelle...”, cit., págs. 697 a 751.

especial fundamento jurídico, acepta el retiro intempestivo de los tratos previos, el cual es violatorio del acuerdo expreso o tácito concluido entre las partes para entablar negociaciones. Después de sostener que ese retiro arbitrario o intempestivo de las negociaciones no configura un hecho culposo en los términos del art. 1382 del *code*, trata de caracterizar el concepto de retiro intempestivo, profundizando la investigación efectuada a ese mismo respecto por FAGGELLA.

Quizás lo más relevante y por tanto valorativo al momento de dimensionar la importancia del trabajo de este estudioso francés, radica en el estudio sistemático y holístico que realiza al momento de consolidar su teoría, puesto que no solo se fundamenta en la normativa concreta y existente (como lo habían hecho hasta su momento los estudiosos italianos y alemanes), sino que realza la importancia que tiene la buena fe, la equidad, el uso y tráfico de las relaciones negociales, encontrando entonces que son estas las normas violadas, por aquel que se retira abruptamente de las negociaciones en el caso de la responsabilidad precontractual cometiendo una *falta* (Recuérdese, como ya dijimos anteriormente, que los criterios de imputabilidad de la conducta, no fueron tenidos en cuenta al momento de establecer la ruptura como injustificada por parte de FAGGELLA).

Para SALEILLES⁵² las partes que se han puesto en intermediación para concluir un contrato tienen, desde el primer momento, la obligación de “obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe”, existiendo por tanto retiro intempestivo de las negociaciones cuando una de las partes viola los usos impuestos por la ecuanimidad comercial. Es esta violación, este ataque al uso –sigue diciendo- el hecho principal que debe dar su característica a la responsabilidad a la cual servirá el fundamento jurídico. Será esa violación y no la idea de culpa que determinará las condiciones y extensión del resarcimiento. Frente al retiro legítimo de los tratos, sostiene que existe justificación, sin que se dé lugar a daño, cuando la ruptura se da con ocasión a una divergencia económica, siendo el caso de una mejor propuesta en igualdad, y similitudes de condiciones tanto al objeto negociable, como al precio.

El jurista francés, afirmaba sobre los estudios de su homólogo italiano:

⁵² *Vid.*, SALEILLES, R., “De la responsabilité précontractuelle...”, cit., págs. 735 a 741.

“En Derecho francés, donde falta un texto preciso de la ley, solo podrá basarse la responsabilidad, en la culpa extracontractual, o en una obligación tácita. Es verdad, agrega, que en la mayor parte de los casos examinados por FAGGELLA, podrá hablarse de culpa; pero en la práctica, además surgirán para el juez dificultades graves, porque será casi imposible establecer, frente a determinado riesgo, cual es la persona que debe sufrir sus consecuencias⁵³”.

Respecto al interés resarcitorio, descarta también la indemnización del interés negativo, limitando el monto del resarcimiento a los gastos que efectivamente se produjeron a raíz de los tratos preliminares, al parecer allanándose a la idea de FAGGELLA, pero sin entrar a hacer un estudio pormenorizado al respecto. Donde sí se aleja de lo esbozado por el jurisconsulto italiano, es en lo concerniente a la oferta y su aceptación, ya que le reconoce efectos jurídicos a la oferta, denominándolo como un acto vinculante de naturaleza unilateral (cuando no existe los *pourparlers*) el cual tiene implicaciones jurídicas desde el momento en que se le hace conocer al destinatario, los elementos y condiciones de la oferta, al respecto manifiesta:

“Cuando la oferta ya ha sido emitida en ciertos casos particulares –por ejemplo, cuando el solicitante se compromete a mantenerla dentro de un plazo y la revoca antes de su vencimiento- el aceptante puede exigir el cumplimiento del contenido de la prestación objeto de la promesa de contrato, es decir su ejecución real, aun cuando el oferente quiera hacer jugar el *ius revocando*⁵⁴”.

Como era de esperarse, sus pensamientos no tuvieron mayor recibimiento en la conservadora postura francesa, y por el contrario fue duramente atacada su teoría en la consideración que era inaceptable entrar a aplicar un sistema fundamentado en una *fictio iuris*. Además por la enorme tradición jurídica existente, ni el mismo maestro francés, se planteó la posición de apartarse del ilícito consagrado en el art.1382 del *Code*. No obstante, gracias a la adopción de la teoría precontractual italiana por parte de SALEILLES, el tema de los *pourparlers*, hizo irrupción dentro del estudio de las obligaciones civiles

⁵³ SALEILLES, R., *op. cit.*, pág. 748.

⁵⁴ SALEILLES, R., *op. cit.*, pág. 749.

francesas, prueba de lo anterior es que maestros de la talla de JOSSERAND⁵⁵, ROUBIER⁵⁶, CARBONNIER⁵⁷, por nombrar algunos, se ocuparon con posterioridad de la materia, así fuera con una mínima atención, fundamentando sus orientaciones a través de la reconstrucción sistemática del principio de la buena fe, la equidad comercial y la *correttezza*, cimientos estudiados algunos e introducidos otros por SALEILLES.

1.2. LA DOCTRINA MODERNA DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*, UNA DOCTRINA EUROPEA

A pesar del razonamiento efectuado por el maestro alemán, que fue elaborado a mediados del siglo XIX, en la actualidad, continúa vigente parte de su teoría, y sin duda, los escritos de este pensador germano, defendidos y criticados por juristas de diversas nacionalidades, se encuentran dentro de los textos legales más estudiados y discutidos en Alemania, Francia e Italia en su momento, en cuyos ordenamientos legales han hecho asiduidad las teorías sobre la *culpa in contrahendo*.

Las tres doctrinas estudiadas anteriormente, presentaron múltiples objeciones, las principales basadas en inconsistencias y fragilidades que se fueron identificando desde sus inicios, y como quedó demostrado ya en su tiempo (siglo XIX y XX) hacían de estos fundamentos insostenibles e imprácticos desde el punto de vista probatorio y procedimental. Por eso los escritores estaban siempre en la tentativa de dar a la responsabilidad precontractual una nueva y más segura sistematización, acudían sucesivamente a otras tesis como *la actio doli*, *la actio legis aquiliae*, *à bona fides*, a un

⁵⁵ JOSSERAND, L., "De l'abus des droits" (2ª ed., Rousseau, París, 1905), pág. 39 y ss. El maestro francés, reconoció la importancia de los estudios de SALEILLES, R., a pesar de sostener su posición, - la cual consistía que la ruptura de los tratos preliminares sin justa causa- era una hipótesis de la teoría del abuso del derecho, y que la *ratio* de la obligación resarcitoria tenía su fundamento en la violación de la obligación de comportarse de acuerdo a los mandatos de la buena fe, durante la fase precontractual.

⁵⁶ A pesar que en su extensa obra sobre las obligaciones, sólo se hubiera ocupado de manera marginal sobre la naturaleza jurídica y los efectos de los *pourparlers*, dedicó con posterioridad un estudio un poco más detallado en ROUBIER, P., "Essai sur la responsabilité précontractuelle" (Rousseau, París, 1911).

⁵⁷ CARBONNIER, J., "Droit civil", *Théorie des obligations*, tomo IV (Presses Universitaires de France, París, 1963), pág. 104. Quien sostuvo, que en la etapa de los tratos preliminares no se crea una obligación relativa al futuro contrato, sino una obligación de comportamiento de la parte en el ámbito de dicha fase. Abstenerse de obrar indebidamente, informar de todas las circunstancias necesarias para la conclusión de un contrato, son conductas que se deben adoptar.

contrato tácito de garantía, al abuso del derecho, o al principio de ocasionalidad, según el cual, el que ocasiona un daño está siempre obligado al resarcimiento.

Como ya se explicó es improcedente retomar estas teorías porque ya en el tiempo de su presentación doctrinal, eran consideradas manifiestamente insostenibles. A pesar de que el pensamiento de IHERING, fue considerado como una mentalidad moderna superficial, era de entender tal concepción frente al contexto y clima cultural del siglo XIX. En síntesis las teorías a las que se solía acudir, ninguna podía sustentar el determinado problema, aunque la más cercana, era sin duda, la *actio legis aquiliae*, hipótesis que encontraba su aplicación relativa en un número limitado de casos y por consecuencia restringida que le era atribuida, el resto no eran más que principio vagos y genéricos, inaplicables⁵⁸.

Sobre todo se impuso una doctrina que no conseguía dar una solución satisfactoria al problema planteado por IHERING y los legisladores de varios países intentando superar cualquier disputa, formularon normas directas destinadas a imponer a quien cause culposamente o invalide un contrato, la obligación de resarcir el daño producido, para el caso normas del Código Civil alemán, del Código Civil Italiano 1942⁵⁹, y del Código checoslovaco de 1950. Perpetuando decisivamente en los ordenamientos modernos positivos, la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, introduciendo el primer límite importante al principio de libertad de las partes en las negociaciones⁶⁰. En otros panoramas (*Common Law*), donde el sistema jurídico es básicamente opuesto al Derecho continental, la concepción iherigiana tuvo una extraña recepción, con un desarrollo y adaptabilidad que en muchos sistemas continentales se hubiera querido tener, sobresaliendo la obligación y el deber de informar en la etapa de formación contractual.

Concluyendo, los estudios de estos tres maestros occidentales, sin duda condujeron a todo un debate que se propagó por la mayoría de los países de Europa continental e insular, y provocaron que grandes personalidades de la ciencia jurídica se dedicaran a estudiar esta etapa de formación contractual, destacándose entre otros los

⁵⁸ BENATTI, F., *op. cit.*, pág. 35.

⁵⁹ La teoría de IHERING y su no inclusión en el legislador italiano de 1865, -como ya se mencionó-, hizo que una extensa doctrina se hubiese desinteresado del problema limitándose simplemente a considerar algunas hipótesis de la responsabilidad precontractual.

⁶⁰ BENATTI, F., "*Culpa in contrahendo*" (Contratto e Impresa, Milano, 1987), pág. 30.

estudios de MARCUSEN⁶¹, TERCIER⁶², PIOTET⁶³, en el caso del Derecho suizo. En Francia fueron muy reputados los estudios de COHERIER⁶⁴. En Alemania como ya se mencionó el movimiento doctrinario fue masivo y productivo⁶⁵. En el caso italiano⁶⁶ son meritorios los trabajos de BENATTI, los de las escuelas de Pisa y Pavía entre otros. En el caso español, famoso el escrito de ALONSO PÉREZ⁶⁷ precursor de los de ASÚA GONZÁLEZ y otros.

Ya en América, este tema no fue abordado con tanta profundidad, y solo en Argentina⁶⁸ y Estados Unidos⁶⁹ se escribieron algunas obras de relevancia⁷⁰, manteniendo

⁶¹ MARCUSEN, W., “Das negative Vertragsinteresse in schwiz”, *Obligationenrecht, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 1890, núm. 26, págs. 121 y ss. Importante también fue en su momento el escrito de MELLIGER, C., “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen” (Zurich, 1896).

⁶² TERCIER, P., “La culpa in contrahendo en droit Suisse”, *Premières journées juridiques yugoslavo-suisse* (Publications de l’Institut Suisse de Droit Comparé), núm. 21984, pág. 229.

⁶³ PIOTET, P., “De la culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit prive suisse” (Stempfli, Berna, 1967).

⁶⁴ COHERIER, C., “Des obligations qui naissent des pourparlers préalables a la formation des contrats” (Publications Paris, París, 1939); SCHMIDT, J., “Negotiation et conclusion de contrats” (Daloz, París, 1982); HILSENRAD, A., *op. cit.*, pág. 65; SCHMIDT, J., “La sanction de la faute précontractuelle”, *R.T.D.Civ.*, París, 1974, pág. 46 y ss. Fue tan grande el impacto que causó dentro de la doctrina el estudio de SALEILLES, R., y de COHERIER, que a partir de sus exposiciones, la clásica escuela francesa, comenzó a preocuparse de la “faute précontractuelle”, a pesar que en casi la totalidad de las disertaciones recondujeran las mismas al artículo 1382 del Código Civil. Así entonces, MAZEAUD, H., “Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle”, *R.T.D.Civ.*, París, 1929, Donde afirma tajantemente: “*donc, pas de responsabilité contractuelle sans un contrat*”, pág. 579, y su famoso “Essai de classification des obligations”, *R.T.D.Civ.*, 1936, págs 1 y ss. ROUBIER, P., “Essai sur la responsabilité précontractuelle” (Rousseau, París, 1911). MEIGNIE., “Responsabilité et contrat” (thèse Lille, 1924), págs. 133 y ss. DURAND, P, J., “Des conventions d’irresponsabilité”, París, 1931. BAUDRY-LACANTINERIE, ET BARDE., “Obligations”, tomo I, núm. 68, págs. 362 y ss., citados todos por MAZEAUD, H., “Essai de classification des obligations”, pág. 4. y en la “Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle”, pág. 581.

⁶⁵ Ver cita, núm. 24 donde se detalla una bibliografía pormenorizada.

⁶⁶ En la cita núm. 20, se presenta al igual que la bibliografía alemana, una exhaustiva lista de los principales escritos italianos.

⁶⁷ En el caso español, existen escritos de una importancia destacada, los más relevantes son: ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 869. ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, pág. 29. GARCÍA RUBIO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho Español” (Tecnos, Madrid, 1991). MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *A.D.C.*, Madrid, 1985, pág. 979.

⁶⁸ En el país suramericano es de destacar dos trabajos el primero de BREBBIA, R., “La responsabilidad precontractual” (La roca, Rosario, 1957) y el excelente texto de STIGLITZ, R., Y STIGLITZ, G., “Responsabilidad precontractual” (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992).

⁶⁹ En la doctrina anglosajona, el tema no llamó notoriamente la atención hasta finales del los años 80’s del siglo anterior, más sin embargo es de destacar el trabajo de KESSLER, F., Y FINE, F., “Culpa in contrahendo. Bargaining in good faith and freedom of contract”, *Harvard law rev.*, 1964, vol. 77, núm. 3, págs. 404. y el de MIRMINA STEVEN, A., “A comparative survey or culpa in contrahendo, focusing on its origins in roman, german and french law as well as its application in American law”, *Connecticut journal of international law* (USA, 1992). Sobre el tema en derecho comparado se tiene el trabajo de GOODE, R., “Formation of contracts and precontractual liability”, *I.CC* 1990, París, núm. 440, págs. 169 y ss. FARNSWORTH, A., “Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations”, *Col. L. R.*, (USA, 1987), págs. 211 y ss. FURMSTON, M., “formation and letters of intent”, (Chichester, John Wiley and Sons, 1998), pág. 293.

⁷⁰ Llama especial atención, el caso colombiano, ya que es un país donde existe en su normatividad, el Art. 863 del C.co., (que es el mismo artículo 1337 del Código Civil italiano), así como la cláusula general de indemnización del *neminem laedere*. Y aun así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han mantenido las

en la actualidad ese estado del arte, lo cual nos permite aseverar, en lo que respecta al estudio de esta institución, que su temática aun se encuentra inexplorada y por sus antecedentes históricos es una doctrina cuyos principales resultados han sido producidos en Europa y que, poco a poco, se está implantando en América.

1.2.1. LA INTRODUCCIÓN DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EN EL SISTEMA DEL *COMMON LAW*.

La experiencia en el *Common Law* (inglés y norteamericano) constituye un modelo de vital interés dentro de la reciente “evolución” del principio de libertad contractual y de la exaltación del riesgo en el proceso de formación negociadora. No se puede negar que dentro de dicha doctrina, las ideas que se venían gestando en el territorio germano e italiano, no fueron recibidas a manos abiertas, por el contrario llegaron dichos pensamientos con el mayor de los pragmatismos y recatos, sobre todo en los años 20’s y con el paso del tiempo dichos conceptos fueron estableciéndose dentro de los sistemas. Por eso regularmente se afirma que en el *Common Law* no se conoce ni el concepto general de la *culpa in contrahendo* ni del principio general de los contratos. Estos son producto de una novísima evolución⁷¹.

La concepción de IHERING y de sus opositores, sin duda se propagó dentro del sistema del *Common Law*, de la forma como se dan los cambios dentro de un sistema conservador pero no hermético. Llegan las reformas, luego de múltiples debates y mutaciones, se adaptan pausadamente las doctrinas absolutistas sobre la libertad contractual. Así, el concepto de la buena fe, con el que se fundamentaba principalmente la responsabilidad precontractual en toda Europa, sin importar la naturaleza que se le atribuyera, vino a hacer *crisis* en la perspectiva tradicional, ya que las necesidades que presentaban los mercados en dichos países requerían urgentemente una nueva jurisprudencia que satisficiera las constantes necesidades de los grandes comerciantes. A su vez que se protegiera a los ciudadanos comunes. En principio el limitar la proclamada

clásicas posturas francesas, sosteniendo que todo daño ocurrido en la fase de formación contractual debe ser reconducido a supuestos de la responsabilidad aquiliana.

⁷¹ GOODE, R., *op. cit.*, pág. 59.

libertad contractual, era algo impensable. Con el transcurso del tiempo se construyó lo que hoy día se conoce como la *sanctity of contract*⁷².

En efecto comenzaron a aceptarse obligaciones precontractuales, en los diferentes períodos de las negociaciones, entre ellas la más importante el derecho de información, conforme a él, cada parte se encuentra obligada a tener con la otra comunicación esencial. Existen sanciones para aquella parte que oculta elementos que puedan influir sobre las decisiones de concluir el acuerdo o carencia de comunicación de un elemento existente como una causa de invalidez, o en un posible error en que hubiese incurrido a la otra. En fin vino la *culpa in contrahendo*, a ser una doctrina protectora de las legítimas expectativas del contratante y en especial de aquellos que no tienen posiciones dominantes en el mercado⁷³.

Al respecto señala BENATTI⁷⁴ que la rigidez de principios del *Common Law* es atenuada en dos casos. Los llamados contratos *uberrimae fidei*⁷⁵ (Por ejemplo el contrato de seguro de sociedad, etc.), en los cuales el silencio sobre circunstancias esenciales determina la invalidez del negocio. Y la segunda excepción es respecto a la venta de mercancía *by description*, donde la no correspondencia a descripciones hechas y acordadas por el adquirente tiene por objeto una acción por daños.

También es importante tener en cuenta la doctrina de la *misrepresentation*⁷⁶, o sobre el *estoppel*⁷⁷, siendo estas elaboradas sobre la responsabilidad que se genera al romper la confianza que ha sido depositada en otra persona por su comportamiento

⁷² ZIMMERMANN, R., "The law of obligations: Roman Foundations of the civilian Tradition" (Oxford University Press, Oxford, 1996), págs. 90 y ss.

⁷³ ALPA, G., "Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica", *Responsabilità civile e previdenza*, Torino, 1981, pág. 535 y ss. En similar posición, DE MAURO, A., Y FORTINGUERRA, F., "La responsabilità precontrattuale" (Cedam, Padova, 2002), pág. 30.

⁷⁴ Vid., BENATTI, F., "*Culpa in contrahendo*...", cit., pág. 303.

⁷⁵ Son aquellos contratos que exigen un nivel más alto sobre el grado y concepto de buena fe. En el que por ejemplo el "*promisee*" debe informar al "*promissor*" de todos los actos y circunstancias susceptibles de determinar su real y verdadera voluntad de contratar.

⁷⁶ Conforme a esta doctrina aquel, que ha sufrido una actitud o comportamiento doloso del su contraparte y que pese a emplear su debida diligencia, le fue imposible identificar su intención dañosa, le es procedente la "*actionable tort*".

⁷⁷ Citado también por ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual...", cit., pág. 887. En su escrito hace alusión el famoso Catedrático, a la naturaleza del *estoppel*, y su significado, lo cual impide el *venire contra factum proprium*, de tal forma que hace a la parte considerada como no digna de protección, la posibilidad de utilizar un material probatorio en su propio provecho, cuando su contraparte haya confiado en una situación aparente, y por tanto debe ser protegida.

adoptado, y por tanto, conforme a ese vínculo, surge una obligación de indemnizar y responder por los perjuicios causados, puesto que no le es lícito al que ha creado la falsa confianza, aprovecharse de está en su propio interés⁷⁸. También es una práctica judicial para resolver los daños causados en la formación contractual, acudir a principios generales del *law of torts*, y otras fuentes como la *equity*, la adopción de *implied warranties*⁷⁹, y de la doctrina de *la unilateral mistake*⁸⁰, las *tortius interferente with prospective contractual relations*⁸¹ y el *unjust enrichment*⁸². Pero en definitiva, con la inclusión de la buena fe, y de las doctrinas en mención, la consolidación de la *precontractual liability*, ayudada además de la fractura de principios individualistas que caracterizaron el contrato, dieron paso en la mitad del siglo a la formación de un nuevo concepto de contrato con claras inclinaciones sociales, económicas y políticas que se dispersaron dentro de las instituciones más importantes del Derecho europeo y posteriormente mundial.

Ya la consolidación definitiva de la *precontractual liability*, vino con el incremento de la doctrina económico-política neoliberalista, que demandaba un fortalecimiento y protección de las prácticas consumistas y de mercados. Situación que fue atendida por los tribunales en decisiones que lograron introducir la exigencia de comportarse de acuerdo a los mandatos y preceptos de la buena fe, de la lealtad y la

⁷⁸ Con fundamento en el *estoppel*, una parte podrá ser protegida por el derecho aún en ausencia de un contrato, cuyo fundamento se da en una representación ambigua de hechos, que hacen que se presente una apariencia diferente a la realidad circundante, Así lo fundamenta FURMSTON, M. P., “CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON’S Law of Contract” (Butterworths, London, 1996), pág. 101. Afirma en el texto que existe una diferencia entre la “*promissory stoppel*”, inglesa y la americana, así por medio de esa noción se puede dar efectos jurídicos obligatorios a la promesa hecha a un contratante, mientras que la segunda, tiene su fundamento en el art. 90 del “Restatement, Second, of Contracts: *A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach of the promise may be limited as justice requires*”.

⁷⁹ En la actualidad la regla del *caveat emptor*, es reconocida como el canon fundamental de la formación contractual, según la cual existe con la contraparte un deber de información relativo al bien objeto del contrato. Su ambito de aplicación se ha ido extendiendo ostensiblemente, haciendo que se llegue a hablar incluso de las normas de protección para el comprador (*counterrules*).

⁸⁰ Es la hipótesis más frecuente de la responsabilidad precontractual, ocurre por la omisión de información a la contraparte en circunstancias que se induce a error.

⁸¹ Prevista en el “*Restatement (second) of torts*”, consiste en la interferencia ilícita de una de las partes o de un tercero en los tratos preliminares, con el fin de impedir la conclusión de un contrato “*in fieri*”.

⁸² El enriquecimiento injusto se basa sobre los mismos supuestos del derecho continental, así se defiende que a nadie le es justo enriquecerse a expensas de otro, lo cual da derecho a la restitución de los bienes que ingresan al patrimonio del enriquecido a favor del empobrecido (*law of restitution*). No obstante, en la práctica judicial, los Tribunales americanos en escasas ocasiones reconocen un enriquecimiento de dicha naturaleza, al partir del supuesto que cada parte asume un riesgo en las negociaciones y por tanto debe ser soportado por cada una de ellas.

transparencia como parámetros de comportamiento dentro del período de formación contractual. Producto de este reconocimiento jurisprudencial, aparece en la *equidad* el fundamento de unas obligaciones de información en las negociaciones, así será por ejemplo reprochable aquella parte que no guarde confidencialidad de todo aquello que se le ha confiado en el seno de la negociación. El incumplimiento de esta obligación se reconoce con el nombre de *breach of confidence*. Esta obligación existe en vías de formación contractual y se extiende durante todo el proceso de conclusión y ejecución, y no puede ser utilizada dicha información sin el consentimiento de su autor⁸³, no obstante el fundamento no es una base contractual, sino la existencia de una obligación implícita (*implied obligation*) que se da entre las partes, cuyo fundamento es la promesa de respeto de la confidencialidad dada al otro⁸⁴.

No obstante, la doctrina mayoritaria se inclina por dar un doble tratamiento a los casos de la *precontractual liability*. Por una parte, los gastos hechos con anterioridad al contrato son considerados como actos de especulación. Partiendo del supuesto, que los gastos que se efectúan con anterioridad al contrato se hacen, en provecho propio y también bajo la contingencia incierta de ganancia o pérdida. Esto es, que estos desembolsos puedan recuperarse a través de la celebración del contrato que se proyecta o bien perderse por el fracaso de lo pactado. Siendo el catalizador de esta doctrina como ya se enunció la inclusión de los principios de la buena fe, lealtad, transparencia y sobretodo la palabra dada⁸⁵.

Frente al panorama descrito, consideramos que el *Common Law*, nos hace un llamado a la más grande prudencia y cautela, ya que existen doctrinas arraigadas en la actualidad. La materia no presenta en general una sistematización, por tanto en un régimen en el que impera el criterio del precedente y de la casuística en la formulación de toda norma, no es conveniente afirmar que en dicho ordenamiento existe una aceptación

⁸³ DE CONINCK, B., "Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles", *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002), págs. 76 y ss.

⁸⁴ DE CONINCK, B., *op. cit.*, pág. 76. En términos generales, es un deber de la confianza que surge cuando la información confidencial llega a conocimiento de una de las personas (incluidas las autoridades públicas), en circunstancias en las que sería injusto que se divulgara a otros, por tanto no es exclusivo de la fase de las negociaciones preliminares.

⁸⁵ Así, lo resalta ZIMMERMANN, R., *op. cit.*, págs. 35 y ss. En el mismo sentido. *Vid.*, DE CONINCK, B., *op. cit.*, pág. 74.

generalizada sobre los postulados aquí presentados y menos en los casos de la ruptura de las negociaciones. No obstante no se puede negar la preponderancia que tuvo y que ha seguido teniendo la *culpa in contrahendo*.

1.2.2. LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EN SU ACTUAL CONCEPCIÓN

En la actualidad, son muy pocas las normatividades europeas que incluyen dentro de sus marcos legales, normas precisas que prevean reglas generales que disciplinen esta materia, y las actividades de los sujetos durante la “etapa” de formación contractual, salvo el caso del Código Civil Griego de 1940, en su artículo 197 y el Código Civil Italiano en sus artículos 1337 y 1338, el novísimo Código Civil Portugués, en su artículo 227 y el Código Civil Alemán, en el cual no se contemplaba en su texto original de 1896, tras la reforma introducida por la ley de modernización del Derecho de obligaciones del 26 de noviembre de 2001, la contiene en el párrafo 311.2.

El Código Civil Griego, la trata en los artículos 197 y 198:

“Art. 197 : Au tours des négociations, pour la conclusion d’un contrat, les parties se doivent mutuellement la conduite dictée par la bonne foi et les usages dans le rapports d’affaires.

Art. 198 : Celui qui a cause, par sa faute, un préjudice à l’autre partie, au cours des négociations, pour la conclusion d’un contrat, est tenu a réparation même si le contrat n’a pas été conclu. La disposition relative à la prescription des réclamations nées d’actes illicites s’applique par analogie à la prescription de cette réclamation⁸⁶”.

Por su parte el *Codice* la consagra en los artículos 1337 y 1338:

“Art. 1337: Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

Art. 1338: “Conoscenza delle cause d’invalidità La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto, non ne ha dato notizia

⁸⁶ Nótese que el plazo de prescripción que se aplica, es el de los actos ilícitos extracontractuales por directa referencia del artículo en mención, siendo procedente el término de 5 años y no el general del los 20 años (art. 249).

all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”.

La incursión de estas normas en el Código Civil Italiano, a pesar de existir una ley general que protegía al dañado por otro, se debe a una tendencia destinada a dar relevo a las llamadas cláusulas generales. Esto conlleva a denominar, con más ahínco, al Código Civil Italiano, como un código moderno, ya que según las palabras de BENATTI:

“como es sabido, la valorización de los comportamientos humanos a la sombra de la buena fe, anda de la mano con el progreso del Derecho (es posible hablar de progreso cuanto al derecho como cuanto a otra expresión del espíritu humano)⁸⁷”.

El moderno Código Civil de Portugal⁸⁸, no escapó a la influencia que tuvo la compilación legal italiana en las nacientes codificaciones europeas⁸⁹, y debido a lo anterior, el contenido del artículo 227º consagra:

“Art. 227: (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte⁹⁰”.

El precepto establece un deber de actuación según los parámetros de la buena fe, tal como lo planteó el proyecto de las lecciones tomadas del derecho comparado, especialmente el italiano, y de la jurisprudencia alemana⁹¹. Aquí la buena fe surge en sentido objetivo, como regla de conducta, al clasificar el comportamiento humano de

⁸⁷ Vid., BENATTI, F., “Culpa in contrahendo...”, cit., pág. 306.

⁸⁸ Código de 1966, la norma sobre la *culpa in contrahendo*, se encuentra regulada expresamente en una disposición colocada en el libro I, a propósito de la formación de los negocios jurídicos.

⁸⁹ No obstante aún, en la vigencia del Código Civil de 1867, ya algunos autores se habían interesado en el tema, MOREIRA, G., quien afirma que *expressis verbis* que en el *B.G.B.*, la *culpa in contrahendo* estaría prevista en el parágrafo 307, citado por MENEZES CORDEIRO, A., “Da boa Fé no Direito Civil”, tomo I (Almedina, Coimbra 1984), pág. 571. Otro autor que se interesó en la materia fue, MOTA PINTO, C., “A responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, supl. XIV (Coimbra, 1966), pág. 143 y ss.

⁹⁰ Quien negocia con otro para la conclusión de un contrato, debe tanto en las conversaciones preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra.

⁹¹ Así, lo reconoce MOTA PINTO, C., *op. cit.*, pág. 343.

honesto, correcto y leal (actuar de acuerdo con la buena fe)⁹². Así, la actuación de compromiso con la buena fe, es independiente que las partes lleguen o no a concluir el contrato.

Si bien es cierto, son los únicos códigos que regulan propiamente la materia de los tratos preliminares o formación precontractual, no quiere decir esto que los diferentes casos de la *culpa in contrahendo* no sean regulados, o hayan sido valorados al momento de moldear y estructurar sus cuerpos normativos. Y estas novísimas inclusiones legales, nos hacen pensar, que existe dentro de la doctrina jurídica europea⁹³ un naciente interés para codificar e intervenir las actividades de las partes en la etapa negociadora. Este movimiento se reflejó en el caso del *B.G.B.*⁹⁴, en el cual no se consagraron normas específicas, pero existían múltiples artículos donde se normalizaba sobre la *culpa in contrahendo*. No obstante hasta antes de la reforma en mención, dicha doctrina fue desarrollada por un intensivo movimiento judicial, lo que la constituyó con el paso del tiempo como parte del sistema jurídico alemán⁹⁵.

Con la reforma del 2001⁹⁶, se avaló todo el movimiento jurisprudencial y doctrinal que se había venido cimentando y arraigando en torno a los estudios de IHERING, y en especial a su teoría para instituir normas sobre la responsabilidad originada por vicios

⁹² SOBRAL DO NACIMENTO, P., “A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doctor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES*, vol. IV (Almedina, Coimbra 2003), pág. 234.

⁹³ Ver más adelante, 1.2.3. Frente a los procesos de unificación y armonización de la Unión Europea, donde se aborda esta situación, y donde se hace un análisis sobre cuales son las nuevas tendencias en los proyectos abanderados por las principales escuelas del pensamiento jurídico europeo en el tema de los tratos preliminares.

⁹⁴ Bürgerliches Gesetzbuch.

⁹⁵ De igual forma sucedió con algunas figuras de total relevancia para el derecho de obligaciones alemán como la desaparición de la base del negocio jurídico, la lesión positiva de la pretensión contractual y el desistimiento de relación obligatorias duraderas por causa importante. Fue tanta su relevancia, que a los redactores de la reforma les parecía inevitable su inserción en el sistema legal, como efectivamente ocurrió. Existiendo diferentes peligros como lo apunta DAUNER-LIEB., “Die geplante Schuldrechts modernisierung-Burchbruch oder SchnellschuB”, *J.Z.*, 2001, págs. 18 y ss. Que la articulación legal contenga normas vacías de contenido (*normhülsen*), no hacen otra cosa que seguir cayendo en el peligro de la interpretación judicial. Según el autor bávaro, a pesar del esfuerzo del legislador alemán, no se logró la transparencia y la seguridad jurídica que se pretendía con la reforma de la codificación.

⁹⁶ La reforma del *B.G.B.*, es por un lado, expresión de una recodificación, y por el otro, de un fenómeno de europeización del derecho, según las palabras del profesor EBERS, M., “La reforma y Europeización del derecho alemán de obligaciones”, *La Armonización del derecho de obligaciones en Europa* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), pág. 43.

cuando se está en presencia de un contrato válido⁹⁷. Además cada vez y con perseverancia se daba una mayor categoría por parte de la mayoritaria opinión, a la salvaguardia de quienes entraban en las negociaciones, sin que por ello tengan que concluir un contrato. La lesión de ciertos deberes, en particular los de comportamiento (así, por ejemplo, el deber de lealtad, que a su vez se concreta en deberes de información, secreto y discreción como se verá más adelante), pueden causar daños al otro negociador (representado muchas veces incluso por otra persona), debiendo responder en este caso, de los mismos quien haya lesionado los deberes de la negociación⁹⁸.

Con la reforma de la ley de modernización del derecho de obligaciones, del 26 de noviembre de 2001, se incluyó en el párrafo 311.2 el siguiente texto:

“311.2 Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach 241 abs. 2 entsteht auch durch [...], 2. die Andahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewahrt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte⁹⁹”.

Como se puede observar, a partir de la reforma, el *B.G.B.* centra las relaciones obligatorias no solo en el contrato sino también en otras relaciones de “contacto social”, las cuales también crean deberes. Por lo anterior, tanto el párrafo 311.2, como todo el título que la dirige, omiten referencia al contrato (en la redacción anterior los entonces

⁹⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, pág. 32. Aquí la afamada catedrática afirma que en los materiales que reflejan las distintas etapas de elaboración del *B.G.B.*, se puede constatar como fue esa la denominación que se dio en primer lugar a la responsabilidad originada por vicios en los contratos válidos.

⁹⁸ Así, entonces se fue dejando atrás las dos grandes categorizaciones que se hacían en el plano de las relaciones especiales precontractuales, siendo la primera las obligaciones de protección y la segunda, las obligaciones de respeto a la confianza del otro. Panorama perfectamente demarcados en diferentes estudios de derecho comparado para ver más, TEGETHOFF, M., “*Culpa in contrahendo* in German and Dutch Law- a comparison of Precontractual Liability”, *Maastricht Journal of European of European and Comparative Law*, Maastricht, 1998, pág. 357 y ss. MARKESINIS, B., LORENZ, W Y DANNEMANN, G., “The German Law of obligations”, *The law of contract and restitution: a comparative introduction*, vol. I (Oxford, Calrendon Press, 1997), págs. 64 y ss. Aunque los últimos proponen una clasificación tripartita siendo en esencia la misma. En la actualidad, no es que ya no tenga vigencia, por el contrario su ámbito de aplicación se han extendido, y dentro de las obligaciones de protección como ya se enunciaba se reconoce el derecho y la obligación de información, pero ya no como una condición de aquellos casos en los que el contrato es concluido, sino como una obligación independiente y exigible durante todo el período de contacto.

⁹⁹ Si una parte proporciona a la otra la posibilidad de incidir sobre sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o se los confía, con la intención de crear una relación contractual, o similares contactos negociales, puede surgir una obligación de las previstas en el párrafo 241.2 del *B.G.B.*

parágrafos 305 y ss., anunciaban: relaciones obligatorias derivadas del contrato) hoy, anunciándose “relaciones obligatorias negociales” (*Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse*). En la actualidad, su primer apartado transcribe no solo literalmente el pretérito 305. La doctrina actual lo llama una relación jurídica de la negociación contractual (*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*), de la que origina deberes y por tanto constituye una concordancia obligatoria en los términos del párrafo 241.2¹⁰⁰.

Según el apartado segundo del párrafo 311, se consideran como casos encuadrados en la *culpa in contrahendo*, los que se originan en una relación jurídica que nace en la formación contractual, y más concretamente en la preparación de un contrato, la negociación potencial, y los contactos negociales análogos. El primero de los supuestos puede concluir en un contrato o no. El segundo conjetura una simple invitación a contratar. Los demás que no tienen cabida en los ambos mencionados, pueden tener encaje en el tercero, siempre y cuando el contacto sobre un negocio genere una relación obligatoria. Circunstancia, deseable, que no deja de aportar oscuridad, frente a su amplitud e inconcreción, además su más que difícil aplicabilidad práctica¹⁰¹.

De igual forma es menester, resaltar la inclusión de la *culpa in contrahendo* de los terceros, la cual se consagra legalmente en el párrafo 311, en su último apartado. Se reconoce que estos pueden ser responsables cuando utilizan la confianza para influir en otros para que contraten. Es tal la amplitud de esta norma que daría lugar a la legitimación pasiva y activa de nacimientos de la relación jurídica obligatoria, por tanto, es una norma que por su generalidad, muy seguramente debe tener un desarrollo en una línea jurisprudencial.

En diferentes partes se estableció una obligación de indemnizar en casos de invalidez debida a error y falta de seriedad en la declaración. Tal es el caso del 122, el 523, I, y 524 del *B.G.B.*, disponen que, si el deudor encubre dolosamente los vicios de la

¹⁰⁰ Con la reforma el texto anterior, pasa a ser el apartado 1., y forma novedosa se introduce el apartado 2, el cual consagra: “El contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”. Según lo anterior, de los contactos precontractuales, pueden existir obligaciones de similiar naturaleza a las contractuales, cuya lesión incluso pueden causar daños a la otra parte. En el último caso al perjudicado, le asistirá el derecho de exigir de conformidad con el párrafo 280, la correspondiente indemnización por lesión del deber.

¹⁰¹ Así lo reconoce, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del *B.G.B.*”, *A.D.C.*, 2002, Julio-Septiembre, pág. 1192 y con quien estamos en total acuerdo.

cosa dada, él está obligado a resarcir el daño causado al otro contratante, o la norma del 600 del mismo código que establece que, si la parte omite, dolosamente, los vicios de cosa, está obligado a indemnizar por el daño causado al otro contratante, en similares circunstancias se plantea la norma del 694 del *B.G.B.*

En Alemania, pese a existir una norma como la que se contempla en el 823 del *B.G.B.*, según la cual está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno o bien jurídico, para el caso de los tratos preliminares, no se acudía a ella, por tratarse de daños primariamente patrimoniales o económicos. Y conforme a esta aplicación legal múltiples estudiosos rechazaban la aplicabilidad de la teoría de la *culpa in contrahendo* dentro de los diferentes ordenamientos legales europeos. Debate que en la actualidad queda superado con la novísima reforma del Código Civil Alemán, ya que al incluirse una norma concreta y armonizadora con la naturaleza contractual de la teoría, no da lugar a aplicaciones extensivas de una responsabilidad, criterio que era la cuestión debatida por la mayoría de los opositores cuyos pensamientos estaban influenciados por las doctrinas más clásicas y conservadoras del Derecho civil europeo e incluso llegaron a defender a ultranza las cláusulas generales de indemnización, que en el derecho alemán no existían y cuya ausencia se percata aun en la actualidad¹⁰².

Es de destacar de igual forma que aún antes de la modernización del *B.G.B.*, ya se tenían antecedentes legales sobre la existencia de la *culpa in contrahendo* en la legislación bávara, al respecto, la ley sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (*AGB-Gesetz*) de 9 de diciembre de 1976, reconocía con carácter general la existencia de una responsabilidad surgida de la violación de deberes precontractuales, considerando ineficaz la cláusula que excluya o limite la responsabilidad derivada de los daños producidos si concurre culpa grave.

¹⁰² No obstante, por la influencia y obligatoriedad del derecho comunitario, hoy se reconoce por parte de la doctrina la existencia de dichas reglas, como puede ser el caso del párrafo 276, también reformado, y consagra que el deudor responde por dolo y por culpa, incluso precisando algunos supuestos que pueden constituir excepciones a la regla de la responsabilidad por culpa. En lo demás, la norma, sigue siendo referencia el cuidado que normalmente es exigible al deudor en el tráfico jurídico, y excluye cualquier pacto anticipado de exención de responsabilidad por dolo.

Por otra parte, y continuando con el repaso de los antecedentes legales de la responsabilidad precontractual en el panorama europeo, el Código de las Obligaciones Suizo, menciona en los artículos 26 y 27 el caso de invalidez por *culpa in contrahendo*, sin abordar propiamente la responsabilidad por tratos preliminares.

“Art. 26. Erreur commise par négligence ¹ La partie qui invoque son erreur pour se soustraire à l’effet du contrat est tenue de réparer le dommage résultant de l’invalidité de la convention si l’erreur provient de sa propre faute, à moins que l’autre partie n’ait connu ou dû connaître l’erreur. ² Le juge peut, si l’équité l’exige, allouer des dommages intérêts plus considérables à la partie lésée.

Art. 27 5. Erreur d’un intermédiaire. Les règles concernant l’erreur s’appliquent par analogie, lorsque la volonté d’une des parties a été inexactement transmise par un messager ou quelque autre intermédiaire”.

Fuera de contexto europeo, no podemos dejar de mencionar la ley israelí sobre contratos (Ley del *Knesset* 1973-5733) contentiva de una norma muy acorde al panorama ya estudiado. Consignó una norma específica sobre el comportamiento en la fase de la formación contractual. El precepto consagra:

*“Art. 12. a) Los sujetos que adelantan las negociaciones de un contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe (*tom lev*) y de conformidad con los usos (*bederech mekubélet*). B) La parte que no se comporte de acuerdo a la buena fe y a los usos, está obligada a compensar a la otra parte de los daños causados en virtud de las negociaciones”.*

La anterior norma, es fruto de la codificación que paulatinamente fue instituida en el Estado de Israel, y estuvo considerada en su momento como “el más revolucionario artículo sobre los contratos¹⁰³”. En general el objeto de estudio tanto de la jurisprudencia como de la doctrina en el novísimo estado, se ha constituido con base en la legislación y la doctrina extranjera. Por esto es que la institución en la *culpa in contrahendo*, se estructura sobre las homogéneas bases europeas de la buena fe y la confianza. De ahí, la importancia en la inclusión de esta norma con sus especiales características¹⁰⁴.

¹⁰³ RABELLO, A., “La théorie de la *culpa in contrahendo*, et la loi Israélienne sur les contrats 1973”, *R.I.D.C.*, 1997, año 49, núm. 1, Jan-Mar, pág. 42 y ss.

¹⁰⁴ Es de resaltar que la norma israelí, conjuga según nuestro parecer dos preceptos claves de la doctrina italiana y alemana. Incluye novedosamente el concepto de la buena fe y los usos (figura propia de la escuela

Ya en el plano de los estados que no cuentan con una legislación específica, se encuentran, por ejemplo, Francia en donde para regular la institución acude a la norma del 1382 del Código Napoleónico, que consagra:

“Tout fait quelconque de l’homme, qui cause autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Lo que ha conllevado a mantener una de las posiciones más ortodoxas como en muchas de las materias del Derecho civil. Así, si el contrato se concluye, pero concurren daños que tienen su origen en la etapa de formación contractual, la responsabilidad que se origina es de naturaleza contractual, de tal forma que la ruptura injustificada de los *pourparlers*, serán de naturaleza aquiliana. En consecuencia, impera el principio de libertad contractual. En los eventos que haya aceptación de un daño precontractual son escasos. Al respecto celebre la frase de CARBONNIER¹⁰⁵, que nos resume el panorama francés: *“pas de contrat vaut mieux qu’un mauvais contrat”*

En España, existe una única norma que regula la materia de la *culpa in contrahendo*, y propiamente es en el Derecho público, donde se contempla la responsabilidad precontractual en el reglamento general de contratación del Estado. Aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975 en el artículo 47, con referencia a los actos previos al contrato. Impone a la parte que haya sido culpable de la anulación el deber de indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido la otra. Esto en lo referente con los tratos preliminares, y los casos generales de responsabilidad originados en la fase de formación contractual se acude a la norma general de los artículos 1902 y 7.1.

germánica). Según RABELLO, A., *op. cit.*, pág. 43 y ss., la distinción se hace por lo útil que resulta el elemento accesorio (usos) para poder establecer si se está frente a la buena fe o no, en una circunstancia específica. En general la temática de las rupturas de las negociaciones fue abordada por la jurisprudencia israelí, y se entiende que dicho artículo no impone a los negociadores la obligación de contratar, pero somete a estos a no interrumpir injustamente las negociaciones, de igual forma consideran la existencia de los deberes de información en la fase precontractual.

¹⁰⁵ CARBONNIER, J., “Droit civil...”, *cit.*, pág. 104.

“Art.1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado,

Artículo 7. 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Como queda visto, en el caso de España y Francia¹⁰⁶, se aborda el tema de las rupturas precontractuales, desde la fórmula general de la responsabilidad aquiliana, por su postulado general. Se reconoce la responsabilidad de indemnizar los detrimentos causados en las negociaciones o actos precontractuales, ya que al no existir preceptos concretos, hace que la problemática se plantee con presupuestos muy distintos a los que se dan en Alemania, Italia, Portugal, y Suiza, lo que ha conducido también a talantes y resultados muy heterogéneos por parte de los operadores jurídicos.

A pesar que existe una limitada regulación en la materia en el panorama europeo, no se puede negar que los modernos ordenamientos jurídicos (en particular encaminados a dar respuesta a la exigencia de una justicia sustancial), los sistemas judiciales reconocen la importancia que tiene la protección de la parte más débil de la relación contractual, así como la imperiosa necesidad de salvaguardar a aquel que actúa conforme a los mandatos de la buena fe, de la lealtad comercial. Entonces es de destacar como desde los despachos judiciales, la mayoría de veces, por interpretaciones extensivas e integradoras logran *solidarizar* el Derecho privado en el ámbito europeo, divisando una notable evolución frente a tan importante cuestión.

1.2.2.1. LA INFLUENCIA EN EL DERECHO HISPANOAMERICANO

Si bien son escasas las referencias bibliográficas que se encuentran sobre la materia en el derecho hispanoamericano, no se traduce en que la doctrina de la *culpa in*

¹⁰⁶ Dentro de las diferentes posturas que puedan tomar tanto la doctrina como la jurisprudencia en la materia objeto de estudio, es importante precisar desde ahora, que son los franceses los más rígidos al momento de entrar a reconocer la *culpa in contrahendo* y por tanto, una obligación indemnizatoria frente a los casos de la ruptura de los “*pourparlers*”. El panorama galo, no sólo carece de antecedentes legales en la materia como ya se anotó, sino que carece también de disposiciones que regulen lo referente a la emisión y validez de la oferta en su normativa civil. No obstante, lo anterior no ha impedido a la doctrina sentar como premisa el principio de la responsabilidad de las partes por los hechos dañosos generados durante el período de formación del consentimiento.

contrahendo este desincorporada en algunas normativas nacionales. Al respecto es importante resaltar, como producto de las nuevas tendencias reformadoras de la legislación civil y comercial que Hispanoamérica goza de una reciente codificación que denota la influencia de la normatividad italiana y alemana en lo que tiene que ver con la responsabilidad precontractual. En varias naciones esta presencia es notoria, limitándose a transcribir las cláusulas clásicas de esta institución como ocurre en Paraguay, Colombia, y en otras naciones vecinas que redactan normas precisas y limitadoras en lo corresponde a materias hasta ahora irregladas. Tal es el caso del *quantum indemnizatorio*, en Cuba y Bolivia. No obstante, en el panorama de los países con grandes tradiciones legales civilistas como Chile y Argentina, se mantiene su ausencia normativa en este factor. Allí se sigue evidenciando la influencia clásica del Código Napoleónico, y por tanto, son exiguas las reformas de consideración sobre este aspecto.

Colombia, consagra en el Código del Comercio en su artículo 863:

“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Paraguay por su parte regula la institución en la ley N° 1.183/85 Código Civil en los artículos 689 y 690:

“Art. 689.-En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe.

Art. 690.- La parte que conociendo, o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiere dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir a ésta el daño que sufriese por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”.

Bolivia, tiene consagrada la responsabilidad precontractual, en el art. 465 de su actual Código Civil:

“En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe, debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato”.

En otros países, se hace referencia a esta materia en diferentes leyes. De reciente promulgación es el caso del decreto ley “De la contratación económica y comercial (Diciembre de 2003) promulgado en la isla de Cuba, en sus artículos 5 al 8:

“Art. 5: Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. Las partes pueden establecer negociaciones o tratos preliminares, que tiendan a la concertación de un futuro contrato, sin que ello constituya una oferta. Cualquiera de las partes, es libre de romper unilateralmente los tratos preliminares y no incurre en responsabilidad. No obstante la parte que ha negociado o ha interrumpido la negociación o tratos preliminares con mala fe, es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte por la frustración del contrato no concertado e incluso por la pérdida de la mejor oferta de contrato que durante esta etapa previa hay podido esta última aceptar.

Se considera mala fe, el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a la concertación del contrato”.

Como se mencionó anteriormente, el Código Civil Argentino de DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD (1869), no la contiene, pero sí su proyecto de Código Civil de 1998, al establecer en su artículo 920:

“Deber de buena fe. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo”.

Compendiando, se puede establecer que son novedosas las normas o los proyectos que en la actualidad conllevan la responsabilidad precontractual al ámbito hispanoamericano. Denota gran influencia de la doctrina bávara y latina. La mayoría de los países que la reglamentan no se limitaron exclusivamente a transcribir las normas europeas, sino que intentaron superar el inconveniente que han tenido por el arraigo general en sus países de origen. Por tanto, hoy día, su construcción y técnica jurídica está decantada en mejor forma¹⁰⁷, en procura de confeccionar normas menos generales y más

¹⁰⁷ De las normas citadas, nos apartamos de lo regulado en el Estado Cubano, ya que a juicio propio es un artículo que no sólo adolece de técnica jurídica (en cuanto a su redacción), sino que además, el legislador yerra al limitar los casos de responsabilidad precontractual a las conductas de mala fe. Nos apartamos de su contenido no sólo porque excluye las conductas negligentes, lo que en la práctica limita ya de gran manera las posibilidades de acudir a los tribunales, sino porque además, se consagra una pésima delimitación en

específicas en temas fundamentales de dicha institución. En especial en lo concerniente al comportamiento contractual, los límites resarcitorios, el período aplicable, los criterios de imputación y diferentes enumeraciones de comportamientos desleales. Lo que muy seguramente nos lleva a afirmar que en cuanto a la temática de estudio, el derecho hispanoamericano ha mostrado más dinamismo y avances que el derecho europeo. Denota especial atención el hecho, que gozando de sendos marcos normativos, la responsabilidad precontractual y en especial el tema de los tratos preliminares, no tenga mucha ingerencia o interés tanto en la doctrina como en la jurisprudencia pues son escasas sus referencias en la práctica.

1.2.2.2. SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Finalizando el repaso por el derecho comparado, es necesario hacer un análisis para establecer el panorama jurídico que se presenta frente a las novísimas creaciones legales y doctrinales en los principales operadores jurídicos europeos. Es fundamental retomar los trabajos desarrollados por los eximios grupos de estudiosos que conforman la nueva Escuela Jurídica Civil europea. Igualmente sobre los últimos tratados celebrados que regulan la contratación internacional en lo referente a los tratos preliminares y su régimen legal a aplicar.

Dentro de las modernas corrientes de armonización y unificación del Derecho privado como una de las políticas de la Unión Europea, existen unos cuerpos legisladores que pretenden la elaboración de un marco común de referencia, siendo estos productos el centro de debates jurídicos, políticos y inevitablemente académicos.

Existen catedráticos y mentores de universidades europeas que han contribuido a la reflexión sobre la armonización. Cabe citar en este sentido a la comisión LANDO, creada en 1980, que elaboró los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, la academia de los privatistas del viejo continente, creada a iniciativas del profesor

cuanto al contenido del concepto (la mala fe), sustrayendo aún mas las escasas situaciones en las que procedería la responsabilidad precontractual.

GANDOLFI, que publicó un Código Europeo de Contratos en el año 2001 y por último es menester resaltar el simultáneo proyecto del Código Civil Europeo, dirigido por el profesor VON BAR que comenzó sus labores en 1999¹⁰⁸.

El grupo LANDO¹⁰⁹ que tiene a su cargo la *Commission Europa Contract Law C.E.C.L.*, es una comisión privada de trabajo, que inició sus investigaciones en el año de 1982, tuvo su primera publicación en 1995¹¹⁰, la segunda en el año 2000¹¹¹, luego de la presentación en Bruselas en 1989. Se hizo pública su última investigación en el 2002, y producto de todos sus trabajos investigativos, se conocen los famosos “Principios Del Derecho Europeo De Los Contratos”¹¹². Al estudiar el texto se encuentran una cantidad de normas que protegen e institucionalizan la dogmática de la responsabilidad precontractual entre las partes que hayan acordado someterlos a estos principios o cuando hayan sido incorporados en el contenido contractual¹¹³.

¹⁰⁸ El grupo se encuentra conformado, por prestigiosos profesores de las más importantes Universidades europeas, dirigidos por CHRISTIAN VON BAR, Catedrático de Derecho Internacional privado, de la Universidad alemana de Osnabruck. Como su propio nombre lo indica el grupo aspira a unificar la legislación civil y comercial en un solo cuerpo el cual denominan: “Proyecto de Código Civil europeo”, su principal documento es: “*Paper on the structure of the material presented by study group on a European civil code*”. Se puede ver más sobre este grupo en VON BAR, C., “Die study group on a European civil code Fs Fur”, (Dieter Henrich, Bielefeld Giesecking, 2000), págs. 1-11 y del mismo autor: “le groupe d’études sur une code civil Européen”, *R.I.D.C.*, 2001, págs. 127-139.

¹⁰⁹ Recibió este nombre, debido a que quien inició los estudios sobre la creación y estructuración de unos principios que permitieran un proceso de unificación y armonización europea en el ámbito contractual, fue el famoso profesor LANDO, O., de la Universidad de Copenhague, Dinamarca, quien ha abanderado las investigaciones en la comisión Europa sobre “*contract law*” desde la época de su fundación hasta la actualidad.

¹¹⁰ LANDO, O., “Principles of European contract law”, Performance, Nonperformance and remedies, vol. I (Martinus, Nijhoff, 1995).

¹¹¹ LANDO, O., “Principles of European contract law”, vol. I - II (London, kluwer, 2000). En castellano existe una traducción hecha, por DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., Y ROCA TRIAS., “Los principios del Derecho Europeo de contratos” (Civitas, Madrid, 2002).

¹¹² Estos Principios tienen como objetivo no tanto formular el Derecho vigente sino el extraer o inducir, a partir de los diferentes sistemas jurídicos vigentes, una serie de reglas o normas comunes. Reglas generales como el deber de actuar de buena fe o el deber de cooperación en el contrato. En estos Principios se ha notado que las diferencias entre los sistemas insular y continental no son tan grandes como se podría pensar en un principio. Los resultados a que han arribado los juristas de los Estados miembros, por ejemplo en el tema de la buena fe contractual, no presentan divergencias demasiado profundas. Así mismo ese trabajo ha ofrecido resultados concretos, en lo que se refiere a normas comunes en defensa del consumidor. Al igual que los principios UNIDROIT, cada artículo viene acompañado de unas notas o comentarios con el fin que sean utilizados extrayendo el real contenido de las normas, que en la mayoría de casos se presentan como verdaderas sintaxis.

¹¹³ Los principios de los derechos de los contratos, tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea y serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos.

(3) También podrán aplicarse cuando las partes:

(a) Hayan convenido que su contrato se rija por los Principios Generales del Derecho, “*la lex mercatoria*” o hayan utilizado expresiones similares.

(b) No hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato.

Por tanto es frecuente encontrar dentro de su cuerpo legal, normas sobre libertad contractual y el respeto a la buena fe y a su favorabilidad en la seguridad de las relaciones contractuales y la consonancia de aplicación (Artículo 1:102 y Artículo 1:106:) se consagran los deberes generales de los contratantes de conformidad con la buena fe contractual (Artículo 1:201)¹¹⁴. De igual forma se establecen que las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas (Artículo 1:105), se dedica todo un capítulo a la formación contractual (Artículo 2:301), y se establecen disposiciones generales para la conclusión contractual¹¹⁵, los denominados acuerdos suficientes¹¹⁶ son reglados de igual forma, y una norma que a juicio propio consolida un sistema de responsabilidad precontractual, frente a la intencionalidad de las partes es el artículo 2:102 el cual consagra:

“Artículo 2:102: Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”.

El anterior es un texto, a juicio propio, que no solo aborda la formación contractual sino que también propone unos nuevos y modernos principios que se ajustan al contexto histórico y por tanto de las realidades de los usos y tráficos que demandan las novedosas formas contractuales. También reviste una importancia trascendental la norma del artículo 2:301 sobre las negociaciones en donde se pretende conjugar la libertad

(4) Los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable.

¹¹⁴ (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

(2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Artículo 1:202: Deber de colaboración.

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

¹¹⁵ Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato

(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando

(a) Las partes tienen la intención de obligarse legalmente y

(b) Alcanzan un acuerdo suficiente.

(2) El contrato no necesariamente se debe concluir, ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.

¹¹⁶ Artículo 2:103: Un acuerdo se considera suficiente:

(a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse.

(b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios.

(2) No obstante, si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto.

negociadora con la adecuada forma de hacer este tipo de actos de voluntad acordes a los mandatos de la buena fe. La norma en comento reza:

“Artículo 2:102: Negociaciones contrarias a la buena fe: 1. Las partes son libres de negociar y no se puede reclamar responsabilidad por no celebrarse un acuerdo. 2. De todas formas, la parte que rompe las negociaciones contrariando las exigencias de la buena fe, es responsable del perjuicio que ella cause a su contraparte. 3. Es contrario a las exigencias de la buena fe, iniciar o continuar las negociaciones sin tener la verdadera intención de concluir un acuerdo con la contraparte”.

Sin duda la anterior norma, es un texto que se aproxima en todo al precepto del artículo 2.15 de los principios UNIDROIT, que profundizaremos más adelante. No obstante es meritorio reconocer que la norma presenta un avance significativo en la materia de la responsabilidad precontractual, ya que al reconocer la buena fe como un estándar de comportamiento objetivo exigible en el período de formación se dota del instrumento que hasta la fecha ha tenido que ser integrado por vía de interpretaciones jurisprudenciales al *iter* formativo en los diferentes ordenamientos europeos como es el caso español, francés y belga. El valor de esta norma radica en la hábil manera como se intenta acallar el debate que se ha suscitado siempre en la doctrina internacional sobre el tema de la responsabilidad precontractual al entrar en fricción el derecho a la libertad negociadora y el derecho de amparar la legítima confianza.

Por su parte, el grupo GANDOLFI¹¹⁷ que trabaja en la Universidad de Pavía, presentó sus primeras publicaciones en 1991, las cuales consistían en un proyecto respectivo a la perspectiva de una codificación europea, y que está compuesto por juristas (abogados, magistrados y profesores universitarios) de Alemania, Austria, España, Francia, Inglaterra, Italia, Portugal y Suiza. Este grupo se basa en principios opuestos a los de la organización LANDO. Los primeros creen que la promoción de un conjunto de principios comunes entre los ordenamientos nacionales, no puedan llegar a resolver el problema de un derecho en los contratos. Solo la elaboración de una nueva y virtuosa legislación a nivel comunitario permite, según sus especialistas, resolver las exigencias de

¹¹⁷ Se encuentra dirigido por el profesor, GANDOLFI, G., y sus publicaciones se encuentran en italiano, y francés, las más relevantes son: “Code European des contrats avant- projets”, tomo I (Giuffrè, Milano, 2001). “Sul progetto di un codice europeo dei contratti”, *R.D.C.*, 2001, pág. 455-473. El grupo también es conocido como Proyecto de Pavía (por tener en la bella ciudad su sede la Academia de Jusprivatistas Europeos que lo ha patrocinado y gestado).

un mercado interno y de disipar el problema de un Derecho Europeo en los Contratos¹¹⁸. Ellos justifican la idea que una adecuada la codificación es el más óptimo camino para conseguir la integración europea.

En ese código, es trascendental mencionar que se incluye todo un capítulo de normas que regulan la formación contractual, estudiando, los tratos precontractuales¹¹⁹, y los deberes que se originan de los mismos, resaltando entre otros el deber de protección¹²⁰, de información¹²¹ y de reserva¹²². Se regula novedosamente, un acápite correspondiente al resguardo con el que goza el consumidor en los tratos previos, así como un articulado sobre los tratos preliminares en la contratación internacional. Existe un seriado de artículos sobre la oferta y la aceptación. Pero quizás la norma más novedosa que incluye este proyecto es la que consagra el art. 6.4, sobre el interés resarcitorio. Se registra aquí que una vez se esté frente a casos de responsabilidad precontractual se deberá reparar el “*id quod interest contractum in initum non fuisse*”, es decir, no las ganancias dejadas de obtener por la no celebración del contrato, sino la restitución de los

¹¹⁸ DE LOS MOZOS, J. L., “El anteproyecto de código europeo de los contratos de la academia de Pavía”, *la ley*, núm. 5629. Se encuentra en castellano de igual forma una traducción de GARCÍA CANTERO, G., “La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos”, *R.J.N.*, 2002, núm. 44, págs. 299-396.

¹¹⁹ En el capítulo, sólo se enuncian los tratos preliminares, pero lastimosamente no se define ¿Cuál es su ámbito de implicación? ¿En qué consisten? ¿Qué se puede considerar como tales? o incluso ¿Cuál es su límite?, lastimosamente sólo se dedica a enunciar los deberes que están normalmente aceptados por la doctrina.

¹²⁰ Art. 6. Deber de corrección. 1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe. 2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue los tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato. 3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado. 4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por la última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

¹²¹ Art. 7. Deber de información. 1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración. 2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el art. 6º, apartado 4º. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error.

¹²² Art. 8. Deber de reserva. 1. Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares. 2. La parte que no respete el deber estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si además ha obtenido una ventaja indebida con la información confidencial, deberá indemnizar, en la medida de su propio enriquecimiento.

gastos efectivamente realizados con vistas al mismo y también la pérdida que representa no haber podido contratar con un tercero, de conformidad con lo defendido por la doctrina italiana, sobre la cual se analizará posteriormente.

Si bien es una norma, que a juicio propio, no garantiza una indemnización plena e integral acorde a las realidades que se puedan presentar frente a un suceso dañoso, no es prudente desconocer que es un intento por dinamizar y evolucionar el derecho europeo.

Cabe resaltar, como la situación de desprotección en la que se ha operado, normativamente hablando, respecto a los tratos preliminares, comienza a comportarse una preocupación que se afana en aparecer dentro de los ambiciosos textos comunitarios. Su inclusión, como una parte fundamental del *iter* contractual, permite analizar los tres proyectos en mención. Se encuentra que este trío de proyectos reconocen la infracción de los deberes emanados de la buena fe, en la etapa de tratos preliminares y que genera una responsabilidad precontractual¹²³. Estas infracciones de los deberes antes señalados podrían mencionarse como¹²⁴: *el entrar en negociaciones sin tener la intención real de acabar celebrando un contrato, o continuarlas después de haber decidido no celebrarlo, o interrumpirlas bruscamente y de forma unilateral, o no proporcionar la información necesaria a la contraparte o falsearla, o divulgar o aplicar a usos propios la que es confidencial*.

Por carecer de fuerza coercitiva estos textos, no quedan más que en la intención de investigaciones científicas y jurisprudenciales. Si bien existe en la actualidad, todas las anteriores directrices, elaboradas por dichas comisiones de juristas o por las diferentes organizaciones de académicos, sigue siendo voluntaria su jurisdicción y competencia para las partes y por tanto están desprovistas de cualquier elemento legal definitivo. Son elementos de la llamada *lex mercatoria* suplementaria que pretende ser útil para los jueces y para las partes. Pero en la Europa de hoy, se sigue planteando el problema del

¹²³ Art. 2.15 Principios sobre los contratos comerciales internacionales, UNIDROIT, Art. 2:301 de Principios Europeos de Derecho Contractual (LANDO), art. 6.1 y 7.2, 8.2, 10.2 del Código Europeo de los Contratos (Academia de Pavía).

¹²⁴ Art. 2.15, 2.16 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, UNIDROIT, Art. 2:301, Art. 2:302 de Principios Europeos de Derecho contractual (LANDO), art. 6.2 y 7.8 del Código Europeo de los Contratos (Academia de Pavía). Según las anteriores normas es responsable no solo quien negocia de mala fe, sino aquel también que defrauda la confianza depositada en la conclusión del contrato por parte de su contraparte.

reconocimiento del juez nacional y la aplicabilidad de los códigos privados en la interpretación de las cláusulas de los contratos, o cuándo se debe aclarar la voluntad de las partes, o resolver una controversia.

A pesar de ser documentos de largos y concienzudos años de pragmáticas investigaciones, hasta el momento son instrumentos de potestad acreditada, ya que algunos de sus textos fueron “oficializados” por los organismos europeos¹²⁵, pero no fueron adoptados por su máximo órgano y por tanto carecen de toda fuerza normativa, como ya se mencionó. Los grupos LANDO y GANDOLFI– si bien han coincidido sobre las raíces románicas del derecho europeo, se muestran de acuerdo en la existencia de algunas dificultades para armonizar los derechos nacionales, debido a la concurrencia de dos sistemas jurídicos: el continental y el insular. Podría decirse que esta unificación que se pretende no es imposible, requerirá un cierto tiempo. Es importante acotar, que las investigaciones adelantadas por estos grupos no han arrojado los resultados esperados dentro del derecho comunitario. Pero, su influencia es más que notoria dentro de los procesos de modernización en algunos de los estados miembros con ocasión al desarrollo discrecional de la comunidad, como fue el caso del derecho alemán cuyas comisiones LANDO Y PAPPER, realizaron diversos informes sobre las necesidades de la *europaización* del *B.G.B.*, conceptos que fueron tenidos en cuenta en grandes apartes del reformado Código Alemán.

Existe también otro instrumento de orden internacional como lo es la Convención de Viena de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ratificada por un gran número de estados, incluidos todos los países miembros de la Unión Europea, salvo, Reino Unido, Irlanda, y Portugal. Constituye este tratado una referencia muy completa de índole suplementaria, que puede reemplazar a los ordenamientos jurídicos nacionales, si las partes la eligen para regular sus relaciones, siendo su uso una práctica extendida dentro del comercio mundial de mercaderías. Lo anterior siempre y cuando se esté frente a un problema de Derecho internacional privado. Más, sin embargo en la convención, la formación del contrato no contempla la fase precontractual¹²⁶, y los estados que la ratifican pueden excluir la aplicación de algunas partes, haciendo uso de las

¹²⁵ Los dos Proyectos aparecen mencionados en la Comunicación de 11 julio 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeos.

¹²⁶ Solo se incluyen artículos referentes a la oferta y la aceptación (16, núm. 2, b).

reservas a diferentes articulados o incluso a capítulos completos, como podría ser el caso de la formación del contrato, efectos o consecuencias del mismo etc.¹²⁷.

De igual forma en el panorama internacional se tiene de referencia los principios sobre contratos comerciales internacionales UNIDROIT¹²⁸. Se encuentra que en ellos se consagran normativas que regulan los tratos previos, en especial haciendo alusión a la buena fe¹²⁹, se regulan de igual manera formulas para reprochar las conductas desleales en las negociaciones, de acuerdo a este principio que gobierna según el instituto, todo el proceso de formación contractual. En similares circunstancias se consagra también el deber de confidencialidad. Lo anterior revela que ante la necesidad imperante, de reglamentar las nuevas formas contractuales, con miras a unificar y establecer los principios del nuevo tráfico mercantil internacional, es una necesidad más que latente su regulación¹³⁰. A pesar que estos principios no son fuente primaria que irroga el derecho de los contratos, cada día tienen más importancia y más fuerza dentro de los operadores jurídicos difundidos por su vocación global.

A pesar que los tratos previos fueron objeto de someros estudios y análisis en el siglo XIX y XX, con desolación se constata, como esta institución presenta en la actualidad un panorama carente de protección y vinculación jurídica tanto en la normativa clásica (los ordenamientos civiles privados de cada estado, producto de los movimientos codificadores) así como en los nuevos marcos legales existentes, pues sin menoscabo a los importantes avances en la materia, a juicio personal, consideramos que se hubieran aprovechado más estos instrumentos entrando a legislar la naturaleza de la responsabilidad precontractual, el interés resarcible y los deberes secundarios de conducta

¹²⁷ Hoy día, la elaboración de un código de comercio internacional, de aplicación universal, cuyo alcance supere los ordenamientos jurídicos y las diferentes culturas sigue siendo un mito. Los bajos índices de ratificación de los instrumentos internacionales, relativos al derecho contractual así lo reflejan. Pero se siente la necesidad, por parte de los operadores de conformar un marco general y útil, que fomente seguridad y legalidad de las operaciones.

¹²⁸ UNIDROIT, Principes relatifs aux contrats du commerce international. Adoptes par le conseil de direction d'UNIDROIT, à sa 83 eme session tenue à Rome (Italie) les 19-21 avril 2004. Se encuentran reguladas estas instituciones principalmente en los artículos, 1.1, 2.1.15, y 2.1.16.

¹²⁹ 2.1.15. « *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. 2. toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. 3. ces, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir a un accord* ».

¹³⁰ En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, M., "Hacia un derecho europeo de contratos", *Estudios de Derecho Mercantil Europeo* (Marcial Pons, Madrid, 2005), págs. 84 y ss.

de una forma más detallada y otros aspectos. Existe por tanto un singular contraste entre la ausencia de textos legales y la atención creciente que suscita la problemática precontractual. Sin duda los actuales legislaciones que pretenden hacer frente a las nuevas y más apremiantes necesidades reflejadas en los actuales mercados y los modernos caracteres de la contratación mundial, deben ajustarse a las realidades circundantes, como la globalización mercantil y el aumento de las desigualdades entre contratantes económicas, siendo estas cada vez más evidentes. Se requiere no solo acudir a procesos ingeniosos para interpretar e integrar la ley, sino una notoria y marcada necesidad de crear ya sea de forma comunitaria, normas que regulen la institución precontractual, puesto que las actuales reglamentaciones se han basado en los escasos pronunciamientos jurisprudenciales no siempre afortunados debido a ocasiones en que el fenómeno ha sido abordado desde el acerbo insuficiente de la ley o disímiles construcciones jurisprudenciales provocando que sobre el tema no exista un criterio uniforme y consolidado.

Fundamentado en el estudio histórico, hasta aquí efectuado, se considera oportuno y necesario, entrar a cultivar los elementos que fluyen en ese primer instante de intermediación entre los futuros contratantes. El concepto y contenido de esta primera fase del *iter* contractual, las obligaciones y derechos nacientes, el alcance de la noción de la buena fe y la teoría de la confianza, estableciendo un fundamento dogmático ajustado a las nuevas necesidades del devenir jurídico.

1.3. LAS HIPÓTESIS AGRUPADAS BAJO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En el bastimento de la dogmática de responsabilidad precontractual, son múltiples las hipótesis que se ha generado conforme a esta doctrina, sus características han evidenciado su heterogeneidad y su dinámica, las cuales si bien parten con los análisis de los supuestos de *la culpa in contrahendo* en los casos de nulidad, hoy día, abarcan eventos que van desde las conductas dolosas hasta los comportamientos negligentes, abordan así, situaciones de ruptura en las negociaciones y la violación de los deberes dimanantes de buena fe.

Siguiendo la agrupación elaborada por DÍEZ PICAZO¹³¹ de estos condicionales, se enunciarán simplemente para centrarnos en el estudio de la ruptura injustificada de las negociaciones en la fase de formación del contrato denominada, tratos preliminares.

- 1- La primera de ellas es la clásica y la que originó la teoría. Se concierta un contrato nulo, pero una de las partes era conocedora del obstáculo que se oponía a la validez y lo había ocultado a la otra parte faltando al deber de prestar información, como es el caso de la *res extra commercium*.
- 2- Un supuesto diferente del anterior se produce cuando se ha alcanzado entre las partes un acuerdo verbal, que por imperio de la ley, de la voluntad de las propias partes o de los usos debe quedar documentado, cuando antes de la suscripción del documento una de las partes desiste del contrato (siendo este un supuesto general de ruptura injustificada de negociaciones).
- 3- Un tercer supuesto es el caso en que las negociaciones fueron iniciadas de mala fe, sin propósito leal de concluir el contrato en ningún momento, sino buscando un beneficio propio o de un tercero, al tratar de desviar a la otra parte de otras posibilidades de negociaciones.
- 4- Se ha situado en el campo de la responsabilidad precontractual la hipótesis de daños personales o accidentes sufridos en el momento de los tratos.
- 5- Resta la cuestión de la ruptura de las negociaciones iniciadas y proseguidas de buena fe, que requiere una razonable confianza y donde se da un retiro injustificado.

En el presente estudio centraremos nuestros esfuerzos en abordar todas las hipótesis anteriormente mencionadas, salvo la primera ya que nuestro trabajo académico se ajustará en los supuestos que todavía no ha existido un acuerdo de voluntades y por tanto no hay

¹³¹ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, *Introducción a la teoría del contrato*, tomo I (Civitas, Madrid, 1996), pág. 276.

lugar al nacimiento de un contrato. También es importante precisar al lector que la anterior enumeración será completada en la medida que vayamos profundizando en nuestra investigación, de acuerdo a los criterios que se clarifiquen en la protección a la confianza y en el juicio de ponderación o elemento cognoscitivo realizado para establecer si existe una ruptura injustificada o fundada de las negociaciones.

2. LA IMPORTANCIA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS

La celebración del contrato no se logra de un sólo golpe, sino que está precedida de una serie de aproximaciones, encuentros e intercambios de opiniones y de consultas entre las partes (lo que autoriza a afirmar metafóricamente que el contrato es, desde esa perspectiva, el punto final de los desacuerdos¹³²), por tanto, es natural que en dicha fase se puedan presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, si es que no ajustan su conducta al secular principio de la buena fe.

Se considera enfáticamente la negociación como un momento esencial del *iter* formativo del contrato, en cuanto direcciona a iniciar, mantener, proseguir un contacto entre las partes, a fijar varios puntos que de vez en vez van a estar en discusión, a solucionar los obstáculos que se puedan presentar y a determinar aquellos que podrían ser los requisitos de la cláusula del contrato¹³³. Las negociaciones precontractuales constituyen entonces, un período fundamental en la génesis del contrato, puesto que ellas condicionan el contenido y por tanto la ejecución de las obligaciones que nacen entre las partes.

Hoy día los negocios jurídicos *inter vivos* de contenido patrimonial, son susceptibles de negociaciones preliminares. Cada vez y con más frecuencia en el tráfico jurídico se presenta un número creciente de negocios que ostentan una considerable complejidad, cuya gestación y formación se realiza a costa de incluso largas y complejas negociaciones. Salvo los contratos de contenido recepticio como la donación, esta etapa de formación no se surte, por tanto el tema que se pretenden aquí desarrollar es un tema fundamental de todos aquellos actos de movilización de valores patrimoniales¹³⁴. Lo anterior quiere decir que no todos los contratos son susceptibles de negociaciones, existen un buen número, que muchas veces por sus contenidos predispuestos (típicos de la

¹³² No es aplicable el anterior enunciado a todos los contratos general, razón tiene ALONSO PÉREZ M, *op. cit.*, pág. 860, cuando afirma que no necesariamente dentro de la formación contractual los intereses de las partes son antagónicos, por ejemplo piénsese en un contrato de sociedad.

¹³³ TAMBURRINO, C., “Il vincoli unilaterali nella formazioni progressiva del contratto” (Giuffrè, Milano, 1954), págs. 5 y ss.

¹³⁴ BENNATTI, F., *op. cit.*, pág. 23.

contratación en masa), no permiten que se agote esta etapa previa¹³⁵. No obstante, para el estudio aquí propuesto, necesariamente tomaremos aquellos que sí requieren o permiten unas negociaciones previas, y cuyo inicio se da dentro de lo que la doctrina reconoce como los tratos preliminares.

2.2 LOS TRATOS PRELIMINARES

2.2.1. IMPORTANCIA

Hasta hace algunos años, los tratos preliminares, no tenían relevancia jurídica, de hecho con frecuencia grandes tratadistas civiles, ni siquiera los enunciaban al momento de redactar sus afamados tratados sobre las obligaciones¹³⁶. Estos resurgieron con la nueva contratación moderna y con el proceso de declinación del formalismo de los códigos civiles¹³⁷; prueba de ello es el interés que han generado en los doctrinantes italianos, franceses y españoles del siglo XX, para quienes si bien es cierto lo consideran como tema fundamental al momento de abordar la teoría de la formación contractual, no se ha logrado en la actualidad, consolidar una dogmática y por tanto una doctrina frente a sus

¹³⁵ No obstante los tratos preliminares, se podrían presentar en condiciones particulares entre los extremos negociales, cuando entre las partes surge por un interés recíproco acordar o modificar, elementos esenciales, como podrían ser el precio, elementos suspensivos como el plazo, condiciones de pago o incluso, cláusulas generales, situación que no ocurre con frecuencia pero no por tanto, se debe descartar.

¹³⁶ Son los seguidores de la escuela clásica quienes, incluso manifiestan que el consentimiento nace entre el concurso de la oferta y la aceptación, olvidando el período de formación propiamente el de *los tratos preparatorios*. Entre quienes defienden esta línea se encuentran exponentes en su gran mayoría procedentes de la ortodoxa y codificadora escuela francesa a PLANIOL, M., Y RIPERT, G., “Tratado práctico de Derecho civil Francés”, tomo VI (Cultural S.A, La Habana, 1945); RIPERT, G., Y BOULANGER, J., “Traité de droit civil”, tomo II (L.G.D.J. París, 1957); GAUDEMET, E., “Théorie générale des obligations”, tomo I (Daloz, París, 1965); JOSSERAND L., “Derecho Civil”, *Teoría general de las obligaciones*, tomo II, vol. I (Bosch, Buenos Aires), pág. 40, entre otros.

¹³⁷ En todas legislaciones formalistas hasta el siglo XVIII en Europa, la voluntad manifestada no tenía efectos jurídicos, si no se expresaba de conformidad con las solemnidades contractuales establecidas. En las legislaciones europeas, donde la forma era indispensable para que nacieran las obligaciones a cargo de las partes, no era concebible que en las negociaciones de un contrato, se produjeran vínculos jurídicos para los sujetos negociales. El panorama cambia sustancialmente con la aparición de los códigos civiles, ya que en aquellos cuerpos legales se buscaba en todo proteger, a las partes y a sus intereses, de tal forma que comienzan a desaparecer formalismos donde a pesar de no subsistir los contratos, podían originarse obligaciones resarcitorias. Con la entrada y aplicación de los nuevos cuerpos legales comienza el proceso de declinación de las solemnidades mantenidas gracias a la costumbre y a las prácticas comerciales y sociales de los siglos XVIII.

límites, alcances, naturaleza jurídica y características¹³⁸. Por tanto, frente a tan variados criterios, que presenta esta amalgama jurídica se encuentra un campo lo suficientemente atractivo para centrar la investigación en esa etapa del *iter contractual*.

La gran importancia jurídica del consentimiento y la certeza que obliga, determinan a las partes a tomar las más grandes precauciones, a reflexionar ampliamente¹³⁹ antes de pronunciarse por la aceptación de un contrato. Esta reflexión ofrece gran interés para quienes desean concluir el negocio propuesto, obliga a las partes a examinar en detalle las proposiciones, a proponer modificaciones y condiciones que satisfagan sus intereses. Las conversaciones que así preceden a la conclusión de un contrato, mediante la emisión del consentimiento definitivo, constituyen la fase preparatoria, la fase preliminar.

Si el legislador ha previsto la ejecución de los contratos, mediante una rica reglamentación, ha descuidado (por el contrario) su preparación, sin duda porque en la época codificadora del Derecho ésta cuestión no había interesado a los jurisconsultos¹⁴⁰. No es de extrañar, debido entre otras razones a que el Código Civil napoleónico, no la contemplaba y así, en idéntica situación lo hicieron aquellos que tomaron su cuerpo legal como modelo para construir sus cuerpos normativos, como el caso, Italiano, Español, Portugués, y la totalidad de los primeros códigos civiles Latinoamericanos entre otros. En su momento, de la etapa de formación contractual hablaron los códigos más adelantados, como el federal suizo de las obligaciones y el alemán, y con posterioridad se ha venido incluyendo en aquellos cuerpos que han sido modificados especialmente en el transcurso del siglo XX. Lo que denota, que con el tiempo los tratos preliminares comienzan a ganar protagonismo y por tanto su incorporación en las reglamentaciones comienza a ser una constante, frente a la ausencia de sus articulados en los códigos decimocanónicos.

¹³⁸ Para la mayoritaria doctrina italiana, los tratos preliminares son: “*una fattispecie ulteriore rispetto a quelle del contratto preliminare (mancata stipula del contratto definitivo) e della revoca intempestiva della proposta e dell’ accettazione*”.

¹³⁹ En la actualidad, es incluso la ley la que en muchos casos, ya comienza a limitar la libertad para celebrar inmediatamente el contrato, como es el caso de las leyes francesas de 1971 sobre enseñanza a distancia donde se prohíbe la aceptación de la oferta, si se hace antes de seis días de efectuada la misma, y la ley de 1979 sobre crédito inmobiliario, donde se le impone un plazo de “reflexión” de 10 días para constituir la obligación.

¹⁴⁰ Dicha justificación la encuentra ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 861, en el mismo concepto de los tratos, al faltar en ellos una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se debate y al existir perspectivas incompletas, acuerdo, en todo caso sobre aspectos parciales. De ahí, que como puso de relieve CARRARA, los tratadistas del Derecho común, pensaron unánimemente que las negociaciones preliminares no vinculan, por eso su no reglamentación”.

La importancia que han adquirido las negociaciones o tratos en el tráfico moderno enviste de una relevancia indiscutible la fase preliminar del contrato. A pesar que nos encontramos ante una sociedad en la cual imperan los contratos de adhesión y las cláusulas generales, la etapa no ha perdido vigencia, por el contrario entre los comerciantes en general y en especial entre los grandes operadores, la fase es considerada como vital para una eventual conformidad de las partes. Ante la complejidad con la que se presenta el tráfico jurídico, hoy día sin temor a equivocarnos esta fase es prácticamente ingénita en general a los contratos más importantes en materias civiles, comerciales y financieras. Por otra parte, es necesario resaltar como en la actual sociedad en donde fluye la información constantemente (lo que permite que los medios de comunicación y la publicidad, faciliten cada vez y con más frecuencia que las partes se adentren en las negociaciones con una simplicidad impensable), es casi necesaria una progresión lenta y reflexiva del acuerdo contractual sobre la formación definitiva.

Como bien lo anota el profesor ALONSO PÉREZ, los negocios más complejos que implican gravosos vínculos contractuales, tienen a menudo prolongados y laboriosos períodos preparatorios en los que se discute, proyecta y se busca un entendimiento común¹⁴¹. El tráfico jurídico de nuestros días, evidencia la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos, lo que implica a su vez la protección a quien confía en la honorabilidad ajena. Por tanto, existen intereses que deben protegerse con independencia que el contrato se celebre o no.

El fundamento que ha hecho que frente a los tratos preliminares no existan doctrinas consolidadas o unitarias, es la conjunción existente de derechos (en el instante en el cual comienzan los acercamientos entre las partes negociadoras) de vital importancia que articulan el derecho privado, como lo son la libertad contractual y la protección del que confía. De igual forma y ya desde la teoría de la responsabilidad civil, las diferencias se presentan conforme a la existencia de las famosas cláusulas generales de indemnización dentro de los cuerpos codificados, que determinan a conducir la responsabilidad a la naturaleza aquiliana, sumado lo anterior a la renuencia de los Tribunales al reconocimiento

¹⁴¹ *Vid.*, ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 859 y 885.

de daños precontractuales en la etapa de formación (temas que serán abordados en los capítulos V y VI de la presente investigación).

Aún frente a lo anterior, la doctrina en general y cada vez con mayor fuerza, reconoce que la trascendencia que pueden llegar a tener los tratos preliminares se manifiesta *prima facie* en una doble vertiente: “de un lado como un elemento de interpretación del contrato¹⁴² y de otro, como generador, de la llamada *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual¹⁴³”. Pero antes de abordar estos contenidos, considero que es importante, en primer lugar delimitar y por tanto definir que son los tratos preliminares y que debemos comprender por esas dos características que se derivan de ellos.

2. 2. 2. DEFINICIÓN

La doctrina¹⁴⁴ ha venido distinguiendo tres períodos en la vida de los contratos: la generación, la perfección¹⁴⁵ y la consumación¹⁴⁶.

De la primera fase, es que aquí vamos a ocuparnos. La fase de generación, es esa fase previa a la celebración del contrato, es aquella que está conformada por un período de preparación o la de simples tratativas¹⁴⁷, o tratos preliminares. Se trata de un período preparatorio, que da como resultado una serie de actos, de los cuales surge el consentimiento contractual¹⁴⁸.

¹⁴² Así lo reconoce ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 867 y DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 253. El último afirma que para elaborar una correcta interpretación de los actos a los que hace referencia el art. 1282 del Código Civil, hay que tener en cuenta el comportamiento de las partes en la fase (interpretación histórica del contrato).

¹⁴³ LASARTE ÁLVAREZ, C., “Principios de Derecho Civil”, *contratos*, tomo III (Trivium, Madrid, 1994), pág. 65.

¹⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” (Civitas, Madrid, 1996), pág. 267; en los mismos términos CASTAN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español, común y foral”, tomo III (Madrid, 1967), pág. 463, y PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de Derecho Civil”, *Doctrina general del contrato*, tomo II, vol. I (Bosch, Barcelona, 1978), pág. 173, entre otros. Así también quedó establecido por vía jurisprudencial en la S.T.S. de 18 de enero de 1964 (R.J. 1964, 204).

¹⁴⁵ La cual se basa en el nacimiento del contrato, al quedar perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación.

¹⁴⁶ Se fundamenta en el cumplimiento del fin para el cual fue creado el contrato, es decir, la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del negocio jurídico celebrado.

¹⁴⁷ Castellanzado así por la doctrina y cuya raíz es *trattative*, como lo denomina la doctrina italiana.

¹⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, págs. 271 y ss.

La llamada fase de perfección es la conformada por el concurso de voluntades entre las partes, y por tanto donde se da nacimiento al contrato, es esa etapa donde se produce la oferta y su aceptación. Debido a los objetivos y fines propuestos, nos centraremos en la presente investigación en la primera etapa de *iter* formativo, esa etapa donde las partes proyectan y comienza a presentar propuestas sobre un futuro contrato, no obstante lo anterior para realizar un análisis integral y sistemático de la problemática precontractual se hará una especial referencia pero desde el punto de vista conceptual a la oferta y aceptación.

La primera etapa del proceso de preparación contractual a la que se ha venido haciendo referencia, se denomina con el nombre de tratos, negociaciones o conversaciones preliminares. Si se hace un estudio en el derecho comparado es frecuente encontrar que a ellos se les reconoce como *trattative* en la terminología italiana, *vertragsverhandlungen* en la alemana, *pourparlers* en la francesa, *negociações preparatórias* en la portuguesa y *pre-contractual dealings* en la anglosajona.

2.2.3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La referencia más antigua que se tiene de los tratos preliminares, aparece en los escritos de la época de la república romana, por ese entonces, entre los antiguos autores, y bajo el nombre de *tractus*, se concebía. CLAUDER SALOMON AUGUSTUS, delimitó los tratos preliminares como las proposiciones precedentes al acuerdo, con las cuales las partes, sin intención de obligarse, se comunicaban recíprocamente el propósito de contratar¹⁴⁹. Nótese entonces, como desde sus orígenes, el concepto hoy día estudiado, ha mantenido su estructura básica, la cual salvo con algunas extensiones conceptuales, nos lleva en la actualidad a conformar lo que denomina la doctrina como la relación jurídica precontractual (la cual será abordada más adelante).

¹⁴⁹ Según CARRARA, G., “La formazione dei contratti” (Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1915), pág. 3, nota 3, la palabra *tractatus*, viene de *tractativus*, que eran aquellas manifestaciones o actos simples, las cuales fueron empleadas por los ciudadanos romanos, al momento de negociar la *res commercium*, en los grandes mercados. Aquí CARRARA, cita a CLAUDER SALOMON, AUGUSTUS., “De tractatibus, von Handlungs-vorschlagen, vulgo tractaten” (Jena, Gollnerianis, 1680).

En general, sobre el concepto de los tratos preliminares, se tienen pocas referencias dentro de la literatura jurídica, y, los pocos estudiosos que han abordado el tema, han sido demasiado cautos al momento de tratar de presentar una delimitación conceptual. A continuación presentaremos las más representativas descripciones por parte de la doctrina más autorizada.

Afirma DÍEZ PICAZO:

“Es en esta fase donde se elabora en torno a la determinación del contenido de un posible contrato, estando conformada por los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato¹⁵⁰”.

Para HILSENAD, no siempre es fácil llegar a la conclusión de los contratos, y por ende, siempre preceden a los mismos numerosos actos de naturaleza preparatoria, pero que pueden producir un cierto efecto jurídico. En suma defiende, que:

“Toda la serie de cuestiones que se derivan desde el momento que dos o más personas, se ponen en relación para contratar, son estudiadas bajo el concepto de negocios jurídicos preparatorios¹⁵¹”.

DE CASTRO, tras examinar las teorías de las consecuencias jurídicas (*Rechtsfolgentheorie*) y del resultado social o económico (*grundfolgentheorie*), señala que:

“El ordenamiento jurídico, en materia de derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones. Por ello piénsese que los tratos preliminares en si mismos, son actos jurídicos simples y no actos en sentido estricto, entendiendo por tales aquellos a los que el ordenamiento jurídico apareja unos concretos y determinados efectos¹⁵²”.

¹⁵⁰ DÍEZ PICAZO, L., “Derecho civil”, tomo II, vol. I (Bosch, Barcelona, 1970), pág. 271.

¹⁵¹ HILSENAD, A., “Las obligaciones precontractuales”. Trad, esp. De MENÉNDEZ PIDAL (Góngora, Madrid, 1932), pág. 18. Es importante clarificar que si bien, el autor hace un estudio sobre la responsabilidad precontractual en general, se centra principalmente desde la fase de la oferta, ya que para él las conversaciones preliminares comienzan con la oferta que hace una parte a otra. Es de consideración, el análisis que hace desde la casuística, tomando las principales sentencias proferidas por los Tribunales franceses de la época.

¹⁵² DE CASTRO, F., “El negocio jurídico” (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971), págs. 27 y ss.

Para el ilustre Catedrático de la Universidad de Salamanca, ALONSO PÉREZ¹⁵³, los tratos preliminares son:

“Las propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista comunicados, etc., que integran el sustrato de la fase preliminar con las miras puestas en un contrato diseñado por las partes¹⁵⁴”.

Nótese entonces, que para este jurista, no sólo se incluyen dentro de su conceptualización aquellos actos discutidos o que hacen parte de esa fase de negociaciones, sino que también los conforman los actos unilaterales y las propuestas. Hacen parte de igual forma, incluso aquellas manifestaciones consignadas por escrito, aún cuando el contrato se concluya verbalmente.

Al respecto planteaba CALUSI:

“Las negociaciones preliminares suponen un diseño o proyecto de contrato, no hay en ellas voluntad de traducirlas en fuente de relaciones jurídicas obligatorias¹⁵⁵”.

De acuerdo con lo anterior, señalemos además que los tratos preliminares que se encaminan, objetivamente, a la contratación son como ha puesto de manifiesto la doctrina alemana, una relación social que presupone la confianza de las personas entre quienes se establecen¹⁵⁶ y sobre la que se estructura el fundamento de la responsabilidad precontractual, que se desarrollará en el presente trabajo, en especial el capítulo IV.

¹⁵³ Para ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 867 y ss. Esos documentos expresan el curso y circunstancias de las negociaciones, los cuales pueden ser objeto de valoración probatoria y como criterios auxiliares de interpretación contractual. En los mismos términos, DÍEZ PICAZO, L., “Derecho civil...”, *cit.*, pág. 253. Quien reconoce que los tratos preliminares son un criterio de interpretación histórica del contrato. Haciendo parte de ese período, los borradores, minutas, discusiones y en general, todos los actos preliminares que pueden ser decisivos para una adecuada hermenéutica.

¹⁵⁴ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 860. La obra sin duda se convirtió en un verdadero ícono en la doctrina española, y por ende es de obligatorio estudio para aquel que quiera desarrollar el tema que hoy nos hemos propuesto. Es de recalcar, que el artículo del maestro ALONSO carecía de antecedentes dentro de la literatura jurídica española, es por esto su importancia. En la actualidad cuando han cursado más de tres décadas desde su publicación, sus análisis y aciertos no han podido ser superados, por tanto será una obra de citada referencia en el transcurso de toda la investigación.

¹⁵⁵ CALUSI, V., “Tema di trattative e responsabilità precontrattuale”, *R.T.D.C.*, 1956, tomo I, págs. 470 y ss.

¹⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de Derecho Civil”, *Parte general, teoría general del contrato*, tomo II, vol. I (Bosch, Barcelona, 1994), pág. 120.

Para nosotros, las conversaciones preliminares tienen por objeto preparar el consentimiento de las partes para la conclusión del contrato, son en ellas cuando se decide la suerte del contrato¹⁵⁷. Por tanto, las primeras manifestaciones de voluntad emitidas son provisionales, imprecisas y débiles, no tienen el poder de formar el contrato proyectado, y tienen como objetivo único comenzar progresivamente a manifestar los puntos de sus diferentes elementos¹⁵⁸, que conllevan a encontrarse en ese estado común de las negociaciones a las partes. Ésta primera fase es generalmente inconsistente, se mueve poco a poco en una oferta de manifestaciones contractuales de una manera cerrada y precisa, la voluntad de las partes se encuentra en discusión, y por tanto siempre serán iniciativas para concluir eventualmente unas condiciones determinadas.

Así, la fase previa o precontractual es ante todo, preparatoria, esencialmente destinada a remover obstáculos. Implica debate en torno al contenido del posible contrato, y esto supone aproximación de puntos de vista entre los eventuales contratantes, inicialmente distantes y opuestos¹⁵⁹. En ocasiones incluso, esos acercamientos se hacen no por los comerciantes directamente, sino por intermedio de sus auxiliares o dependientes. Los tratos pueden desarrollarse de modo verbal o por escrito, con independencia que luego el contrato se estipule documentalmente o no. Por medio de los tratos, se intenta alcanzar finalmente una regulación que satisfaga las exigencias de ambas partes, que en muchas ocasiones es solo factible cuando se ha renunciado recíprocamente a diferentes factores. Ante las modernas formas de contratación, es incluso muy común que en la actualidad se adelanten los acercamientos o negociaciones por vía telefónica, por fax o por internet, sin decir lo anterior, que pueden consagrar o albergar en principio verdaderas declaraciones de voluntad.

La mayoría de la doctrina italiana¹⁶⁰ y en especial aquella que se ocupó del tema luego de la promulgación del código de 1942, defiende que los tratos preliminares por

¹⁵⁷ HILSENRAD, A., *op. cit.*, pág. 6.

¹⁵⁸ SCHMIDT, J., *op. cit.*, pág. 48.

¹⁵⁹ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 859 y ss.

¹⁶⁰ Movimiento en cabeza de CALUSI, V., *op. cit.*, pág. 471. TAMBURRINO, C., *op. cit.*, pág. 12, y SANTORO, P, F., "Dottrine generali del diritto civile" (Jovene, Napoli, 1954), pág. 178. Quienes no dudan en reconocer la existencia de la autonomía de las *trattative*, y a su vez se niegan a aceptar cualquier daño en esta etapa de formación contractual. Al respecto no se puede negar la influencia que sobre ellos ejerció el estudio realizado por FAGGELLA, quien clasificó en tres períodos la fase de formación contractual, dándole la misma valoración jurídica a la primera fase por estudiada.

tener una finalidad preparatoria, y en principio no vinculante, (esto quiere decir que se puede mover con total libertad en la conclusión o no del contrato), hacen a estos una fase autónoma del proceso de formación contractual, la cual es claramente diferenciable de la etapa en la que existe un vínculo jurídico entre las partes, y por tanto es aquí donde existe el derecho a la preparación y a la conclusión del contrato definitivo. Si bien se comparte dicho posicionamiento, nos apartamos al establecer una división tan clara como lo tratan de presentar los diferentes letrados italianos entre la existencia o no del vínculo jurídico en la fase de negociaciones, ya que como quedará visto más adelante, existen diferentes circunstancias que permiten la valoración y existencia del *vinculus juris*. Según, lo anterior consideramos más adecuado, no generalizar, ni emitir formulas intangibles, sino como en las mayorías de las cuestiones jurídicas, es necesario el estudio en concreto de cada conjunto de actos, de acercamientos, de manifestaciones de las partes, para establecer estándares legales y divisorios en la etapa de formación contractual.

Debido a la dificultad, que representa el establecimiento de una línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito, y ante la creencia generalizada hasta hace unos años, de la supremacía de la libertad contractual sobre otros valores, es que durante décadas se ha defendido la tesis que los tratos preliminares no tienen efectos jurídicos puesto que adolecen de una intencionalidad vinculante, afirmando entre otras razones, que las partes aquí desposeen el ánimo de contratar y por tanto no producen efectos el tratar de compelerlas a concluir el contrato. Nosotros creemos lo contrario, a lo que se ha manifestado por parte de ilustres estudiosos del derecho privado¹⁶¹, y de conformidad con la tesis del profesor ALONSO PÉREZ¹⁶², que existe una relación jurídica entre las partes en la fase de tratos “*en el evento en el cual las negociaciones han llegado a un punto en el cual nacen expectativas recíprocas en las partes, las cuales tienen su fundamento en la confianza determinada por*

¹⁶¹ Posición defendida principalmente por MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato” (Nereo, Barcelona, 1963), DÍEZ PICAZO, L., “*Fundamentos...*”, cit., pág. 271. GARCÍA RUBIO, M., *op. cit.*, pág. 8 y ss. ROCA SASTRE, R., Y PUIG BRUTAU, J., “Función de la voluntad en la creación del negocio jurídico”, *Estudios de derecho privado*, tomo I (Barcelona, 1948), págs. 43 y ss; DE CASTRO, F., *op. cit.*, págs. 29 y 30. LARENZ, K., “Derecho de obligaciones”, tomo I (*Ed. R.D.P.*, Madrid 1959). TORRALVA, V., “Lecciones de Derecho civil”, vol. II (Publicaciones Universitaria, Barcelona, 1984), pág. 559. LOBATO DE BLAS, J. M., “Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares”, *R.G.L.J.*, 1976, págs. 570 y ss. Aquí el autor incluso afirma que no existe verdadera relación jurídica cuando se dan supuestos de mero contacto social entre personas, cuyos efectos jurídicos son fugaces y desconectados, que lo existente es una relación social, desprovista de cualquier característica jurídica.

¹⁶² ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 860 y así también lo sigue, LLAMAS POMBO, E., “La responsabilidad civil del médico” (Trivium, Madrid, 1988), pág. 166.

la buena fe in contrahendo, que en todo momento debe inspirar estos tratos preparatorios en relación al futuro negocio”.

En su momento fue el mismo profesor ALONSO PÉREZ, quien se percató, sobre la necesidad de configurar adecuadamente esta relación jurídica y en establecer unas consideraciones necesarias entre los tratos preliminares y la confianza; trataremos de acercarnos a una posible elaboración de ésta dogmática que adolece de referencias por lo menos en la doctrina española en el capítulo IV, donde de igual manera, presentaremos un estudio sobre la teoría de la confianza, sus implicaciones y naturaleza, por tanto consideramos que hasta entonces no será necesario profundizar al respecto.

En la actualidad, y gracias al estudio de BAGOLINI¹⁶³, se habla de *la relación jurídica precontractual*, aquella que se encuentra conformada por los contactos efectuados por los componentes del núcleo social, los cuales se hallan acotados por el ordenamiento jurídico (relación de derecho) y gracias a esa sistematización se imponen derechos, se cumplen deberes jurídicos correlativos y se ven las partes afectadas por limitaciones.

En los tratos preliminares (como toda relación jurídica), se requiere de una conexión de situaciones en las que se desenvuelven los sujetos portadores de sus respectivos intereses, y a los que el ordenamiento jurídico impone deberes correlativos. Diríamos entonces que la relación jurídica precontractual se halla integrada por un elemento objetivo y otro subjetivo. El elemento subjetivo lo constituyen el conjunto de actos, conversaciones, contactos etcétera, que forman la etapa *in contrahendo*. Y el objetivo viene siendo la buena fe *in contrahendo*, aquella que exige que las partes actúen de conformidad a la buena fe. Toda esta actividad o proceso que no es puramente fáctico, forma lo que en la técnica germánica se denomina como *contacto social*, el cual se instaura entre las partes durante la preparación del contenido del eventual negocio¹⁶⁴. Pertenecen a esa relación jurídica prenegocial, solo aquellos actos que hayan sido discutidos y por tanto

¹⁶³ BAGOLINI, L., “Notas acerca de la relación jurídica”, *A.D.C.*, 1950, tomo I, págs, 7 y ss. A quien cita también ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 862, y recalca, que dicha relación jurídica implica zonas de competencia donde la persona despliega sus titularidades y observa los deberes que para satisfacción de sus intereses establece la norma.

¹⁶⁴ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 888. La relación social que forma el esqueleto de la negociaciones precontractuales hacen parte del elemento subjetivo, de la relación jurídica precontractual.

conocidos mutuamente por los sujetos negociales, excluyéndose cualquier unilateralidad, debido a que en esencia esta relación jurídica prenegocial es bilateral.

La llamada relación jurídica prenegocial, de la que habla ALONSO PÉREZ¹⁶⁵, se encuentra integrada por todo el procedimiento formativo al que se ha hecho alusión, el cual a su vez conforma en sí, un acto jurídico, integrado desde las conversaciones preliminares hasta la oferta hecha en firme. Tal relación, se preside por el principio de la buena fe que se prolonga a la etapa de perfección y conclusión del contrato.

Hace ya unas décadas, VON THUR¹⁶⁶, dimensionaba en alguna forma (aunque de forma desbordada), la anterior situación. Sostenía que por el simple hecho de entrar en negociaciones se producía entre los futuros contratantes una relación jurídica, de la cual se derivaban –ciertos deberes, que no efectos jurídicos-, deberes que no hacían regencia, precisamente, sobre el cumplimiento normal, anormal o defectuoso del contrato o acerca de la mora del deudor, ya que dicha convención todavía no existía, sino sobre su conducta mutua, durante y mientras las negociaciones preliminares.

LOBATO DE BLAS¹⁶⁷, tratando de establecer divisiones entre las manifestaciones jurídicas y las no jurídicas, afirma que existen dos tipos de actos constitutivos en principio de los tratos, “de un lado, aquellos tratos preparatorios de un contrato que posteriormente se celebra y de otro, aquellos tratos que agotándose en si mismo, no conducen a la celebración de contrato alguno”. Para el tratadista solo los primeros hacen parte de la *prima* fase de la vida del contrato. Situación que se comparte en todo si se hace un análisis a lo antes dicho desde una posición estrictamente contractual, cuya valoración solo es posible realizar *a posteriori*.

¹⁶⁵ ALONSO PÉREZ, M., Anotaciones y concordancias, a la obra de PIETROBON V., “El error en la doctrina del negocio jurídico” (Ed. R.D.P., Madrid, 1971), pág. 166.

¹⁶⁶ VON THUR, A., “Tratado de las obligaciones”, tomo I (Madrid, 1934), pág. 142.

¹⁶⁷ LOBATO DE BLAS, J. M., *op. cit.*, págs. 545 y ss. Existen dos clases de tratos preliminares que desembocan en la celebración de un contrato: Los tratos *stricto sensu*, y los tratos preliminares *lato sensu*, aquellos que se agotan en si mismos. Al respecto se considera que la clasificación efectuada, en nada modifica lo hasta aquí dicho. No compartimos cuando el autor descalifica la importancia de los que el denomina *lato sensu*, a los cuales se refiere como anteriores a nada, y cuya relevancia es insignificativa para el derecho. Nos apartamos de dicha definición, pues como quedará demostrado a lo largo de la investigación, en la actualidad los modernos principios resarcitorios le dan todo el protagonismo al daño y por ende a su víctima, sin importar que clase de vinculación haya precedido u originado dicho desenlace.

Recapitulando, se deben considerar los tratos preliminares como la primera fase o etapa de un complejo negocio que, aunque debe valorarse jurídicamente como un todo unitario, hace parte (como ya se dijo) de una de las tres etapas estacionales del acuerdo jurídico (la formación, la generación y la consumación), las cuales suponen que con el inicio de la etapa de formación, nace toda una cadena denominada como el “*iter contractual*”. Esa fase se encuentra conformada y caracterizada por todos esos elementos que van naciendo en cada una de sus etapas por las que se va agotando y que sin duda, representa el acuerdo de intencionalidad de las partes, al cual en ocasiones se llega no fácilmente, sino por medio de una verdadera construcción.

Para el establecimiento o no de la vinculación jurídica en las negociaciones, no existen reglas perfectas, o verdades absolutas como quedará demostrado más adelante, no obstante presentaremos en el capítulo IV y siguientes, una postura sobre la cual se hará especial referencia en que será siempre necesaria la valoración conjunta de todos los elementos que hasta ese momento afluyan, y por tanto, creemos que el mejor modo de aproximarnos a una adecuada calificación jurídica, será efectuar una correcta interpretación de la intención de las partes, de una valoración sobre los intereses jurídicos por tutelar, estableciendo así, su prevalencia, la cual sin duda nos arrojará elementos de juicio que nos permitan determinar una caracterización vinculante de esta fase del *iter contractual*.

Al iniciar las negociaciones, se deriva para ambas partes la necesidad de actuar conforme a la equidad comercial y la buena fe. Esos principios implican que las negociaciones una vez iniciadas por lo general concluyen en una oferta definitiva, a menos de un desacuerdo previo, justificado por la divergencia de intereses económicos, tal como resultaría de las proposiciones parciales en el supuesto de que estas se supusiesen mantenidas o por otros elementos que ya se estudiarán los capítulos venideros. Salvo esta divergencia económica así caracterizada, la reticencia deducida de las negociaciones mismas, sigue siendo posible, ya que la voluntad es en ese caso sigue siendo libre¹⁶⁸. Sin

¹⁶⁸ No se puede olvidar, que en principio los tratos preliminares son ese conjunto de primeros actos y acercamientos que nos permiten hacer una valoración frente a lo querido y lo pretendido, por tanto las partes dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad están en total libertad para iniciar y abandonar a su criterio las negociaciones. El momento delicado y frágil por denominarlo de alguna manera, se manifiesta, en el instante del retiro de las negociaciones, ya que una vez (y esto cuando las negociaciones se encuentran avanzadas en la mayoría de los casos, o en circunstancias muy concretas que se desarrollaran, en el capítulo

embargo, en tanto que se contravenga la buena fe (que debe presidir y regir durante las relaciones contractuales), las partes ya no pueden ejercer su libre voluntad, ya que ella siempre determina los actos, y por lo tanto, las partes deben ajustarse a la lealtad y rectitud, al momento de ejercer cualquier acto dentro de las negociaciones. *Así, lo que siempre debe prevalecer es que en el ejercicio de la disposición de una de las partes a no contratar, ese acto sea totalmente funcional y no importe un abuso o un perjuicio a su contraparte.*

El problema de los tratos preparatorios del contrato ha de ser enfocado por tanto, como una cuestión de hecho, ya que este es talvez el único criterio seguro para aproximarnos a su calificación en la práctica jurídica. Y ante la imposibilidad de describir una categoría general típica de los mismos que pueda servirnos como base de partida en su estudio, es conveniente optar por la distinción en los casos concretos del determinado grado de vinculación, o de simple contacto que une a las partes de acuerdo con el examen o interpretación de las intenciones desenvueltas en los mismos, lo cual sin duda nos conllevará al reconocimiento o no de un perjuicio ocasionado por uno de los negociantes en detrimento de su contraparte.

Luego del anterior repaso por la escasa doctrina española sobre la materia, nos permitiremos presentar una definición, que sin duda recoge apartes de lo hasta aquí dicho, pero que a su vez delimita, los excesos de algunas y extiende las brevedades de otros conceptos. Para nosotros los tratos preliminares comprenden, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante y no solamente la oferta), siendo esta la etapa de mayor acercamiento entre los interesados, la cual siempre acota la normatividad, la buena fe y la costumbre. A su vez la etapa se encuentra conformada por todos aquellos actos que preceden al concurso de la oferta y la aceptación y donde las partes proyectan y discuten la conveniencia de la celebración de un eventual negocio jurídico.

Clarificado el concepto de los tratos preliminares, es necesario abordar la doble vertiente que trasciende conforme a sus implicaciones jurídicas, por tanto estudiaremos la

IV), aparece una fundada y legítima confianza entre una de las partes, la libertad, se encuentra totalmente Diezmada, y por tanto, si se causa un perjuicio en el confiado, su patrimonio siempre debe ser protegido. Sobre este particular se profundizará más adelante.

importancia de la fase, dentro de la interpretación del contrato y como generador de la llamada *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual¹⁶⁹.

2. 2. 3. 1. COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Dicha caracterización parte de un supuesto que corresponde a la existencia de un contrato, y por tanto al desviarse de nuestro norte fijado, será un tema sobre el que no ahondaremos en gran medida, no obstante al fundamentarse en una norma expresa -y ante la escasa regulación en la materia-, nos vemos en la obligación de hacer unas precisiones al respecto.

La primera implicación jurídica se da por expreso mandato de la ley civil, así el art. 1282 manda:

“Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.

La norma en mención nos referencia la importancia que tienen los tratos preliminares como un criterio de interpretación contractual, que no es otra cosa, que una actividad encaminada a indagar y reconstruir el significado que haya de atribuirse a una declaración o a un comportamiento dentro de la órbita social en que se expresa¹⁷⁰. Como podrá observar el lector, nos fundamentamos en esa definición ya que consideramos la más acorde a las actuales tendencias en materia de obligaciones, ya que atiende a la idea de la importancia del ambiente social en el que se desarrollan las negociaciones y al comportamiento que adoptan las partes. (Postura muy acorde a la posición que se

¹⁶⁹ Últimamente llamada responsabilidad “prenegocial” por la doctrina portuguesa, puesto que los presupuestos de su instituto pueden estar presentes en la formación de negocios jurídicos unilaterales, prefiriendo por tanto una designación *pré-negocial*. SOBRAL DO NACIMENTO, P., “A responsabilidade Pre-contratual pela Ruptura das Negociações”, *Estudos em homenagem ao Prof. DOCTOR INOCÊNCIO GALVÃO TELLES*, vol. IV (Almedina, Coimbra 2003), pág 182. En el mismo sentido, MOTA PINTO, C., “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão do contrato”, supl. XIV (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1966), págs. 162 y ss., y PRATA, A., “Notas sobre responsabilidade pré-contratual” (Almedina, Coimbra, 2002), págs. 35 y ss.

¹⁷⁰ Así, define la labor interpretativa en BETTI, E, “Teoría general del negocio jurídico” (Ed. R.D.P., Madrid, 1930), pág. 240.

mantendrá en toda la investigación). La anterior visión de la labor interpretativa, se aparta de la clásica hermenéutica que defiende las expresiones puras, que tiende a la reconstrucción de lo teórico, y cuyo fundamento se basa en los documentos contractuales. Nótese, como la norma en estudio, le da total relevancia a esos actos preliminares, y reconoce la importancia que tienen las declaraciones o comportamientos de carácter preceptivo en toda la fase del *iter* contractual.

Sin duda el art. 1282, contiene como fundamento de la interpretación, no sólo el contrato, sino también la declaración y el comportamiento contractual. Sobre el último nos detendremos, puesto, que en gran parte, en él, es que se consolidan las mayores acciones de responsabilidad patrimonial precontractual. El comportamiento debe ser considerado como un marco de circunstancias que tienen significado y valor jurídico, y que puede constituir en el representado que la declaración emitida o la conducta seguida pudo haber tenido en su momento una manifestación clara y abierta de continuar con las negociaciones, lo que conlleva que se puedan inferir daños en aquel que ha confiado en estas formas externas. Al respecto, es vital, entre otros factores tener en cuenta la naturaleza de los negocios, para una correcta interpretación sistemática, como bien lo anota BETTI¹⁷¹.

La norma del Código Civil, nos presenta la importancia que tienen los tratos preliminares dentro del proceso de formación contractual, siendo un criterio imperativo de observación judicial, cuya inobservancia por parte del funcionario jurisdiccional puede ser impugnada por las partes (incluso por vía de casación)¹⁷², quienes en primer lugar son los destinatarios principales y tienen la precisión y el deber de hacerse cargo exactamente de los vínculos que contraen, para saber como arreglárselas, en las diferentes fases de formación y en especial en la de ejecución contractual. Según la doctrina¹⁷³, la regla del art. 1282, consagra la primacía de la intención sobre el sentido literal, al señalar el deber de no limitarse a lo declarado, para reconocer el real espíritu y favorecer el criterio legislativo, sobre la responsabilidad negocial, pues no protege a quien hubiese ocasionado

¹⁷¹ Vid., BETTI, E., *op. cit.*, pág. 246.

¹⁷² Así, lo reconoce por ejemplo DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 80, BETTI, E., *op. cit.*, pág. 240. Por otra parte, DORAL, J. A., "El negocio jurídico" (Trivium, Madrid, 1982), pág. 119. Quien afirma que solo será susceptible de casación, salvo que la interpretación sea ilógica, irracional o absurda.

¹⁷³ En especial DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 81.

una oscuridad, al momento de redactar el negocio jurídico¹⁷⁴. Así, por ejemplo el Tribunal Supremo¹⁷⁵ en múltiples sentencias ha señalado, que el cometido de la interpretación es una “*Exégesis de los textos interpretados, y de la conducta de las partes con ellos relacionados*”. Si bien, la doctrina del Tribunal Supremo, no hace mención concreta a los casos de responsabilidad precontractual, no vemos impedimento alguno, para aplicar estas mismas orientaciones, al momento de establecer si existe una ruptura injustificada o no en una negociación fallida.

El negocio constituye un todo orgánico unitario, entre cuyas singulares fases – formación, perfección y ejecución- no es admisible una separación, y así lo quiere dejar claro, la normativa. Una escisión tajante entre declaración conclusiva y negociaciones preliminares no está justificada, incluso cuando existe un documento completo que contenga un contrato, de lo contrario se caería en un marcado formalismo excesivo al darle tal importancia a la declaración documental, de igual forma sería improcedente el considerar que los tratos preliminares solo tienen relevancia jurídica al ser considerados exclusivamente como criterios interpretativos.

Partiendo de la premisa de las negociaciones como un acto estrictamente bilateral, el objeto de la interpretación solo debe recaer en las actitudes exteriormente reconocibles, y en especial aquellas que integran la relación jurídica prenegocial. En los tratos preliminares se le impone a cada una de las partes la carga de estar atenta a las declaraciones de la parte contraria, y solo dentro de estos límites que gobiernan la relación jurídica prenegocial, es justo que le afecte el riesgo de no haber tomado todas las medidas del caso. En el capítulo IV, numerales 4.1 y ss., dedicaremos un estudio pormenorizado al comportamiento contractual, y a la diligencia debida y exigible a cada una de las partes, por ahora finalizaremos con una visión sobre la importancia de las mencionadas instituciones en la fase de las negociaciones que compartimos en todo. Para BETTI los comportamientos tienen relevancia, pero no todos entran en el ámbito de lo jurídico, así:

¹⁷⁴ En hermenéutica jurídica tradicionalmente juega un gran papel la máxima que proclama que en la interpretación contractual la formulación equivoca en principio, va en perjuicio de quien ha elaborado el contrato o de quien deriven derechos de una determinada manera de entender el negocio.

¹⁷⁵ S.T.S. del 2 de marzo de 1959.

“Que lo sean, se entiende, no a cualquiera, donde quiera y como quiera, sino donde y como ellas ofrezcan trascendencia jurídica frente a la otra parte interesada, y en conformidad con la índole típica del negocio en cuestión... Influyente es lo que se haya dicho o hecho en el momento de las negociaciones, en el ámbito de ellas y en el acto de su conclusión, dentro de las relaciones entre las partes y en forma que fuera para ellas recíprocamente advertible¹⁷⁶”.

2. 2. 3. 2. COMO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En el campo español como hasta ahora ha quedado claro, no existe norma alguna que regule la responsabilidad precontractual, no obstante es doctrina ya consolidada, el hecho de reconocer la existencia de este tipo de responsabilidad. El Tribunal Supremo en múltiples ocasiones se ha manifestado al respecto afirmando:

“Sobre la posibilidad de una culpa *"in contrahendo"* por ruptura injustificada de negociaciones, la misma viene a fundarse de una parte, en el quebranto de la confianza generada en la etapa preparatoria de un contrato, generadora de expectativas cuyo fracaso resulta perjudicial para los intereses de la reclamante¹⁷⁷”.

En igual sentido se pronuncia la S.T.S. de 26 de febrero de 1994, al señalar que:

"El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto que, en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la culpa *"in contrahendo"*”.

¹⁷⁶ BETTI, E., *op. cit.*, pág. 253

¹⁷⁷ Así, S.T.S. de 16 de mayo de 1988 (R.J. 1988, 4308), 26 de febrero de 1994 (R.J. 1994, 1198), 5 de abril de 1999 (R.J. 1999, 1873) y 16 de diciembre de 1999 (R.J. 1999, 8978), de 12 de diciembre de 1976 (R.J. 1977, 433) y 30 de octubre de 1988 (R.J. 1988, 8182). Donde la posibilidad de una culpa *«in contrahendo»* por ruptura injustificada de negociaciones, viene a fundarse, de una parte, en el quebranto de la confianza generada en la etapa preparatoria de un contrato, generadora de expectativas cuyo fracaso resulta perjudicial para los intereses de la reclamante, o como dice la S.T.S. de 5 de abril de 1999 (R.J. 1999, 1873) , cuando «se actuase desoyendo la recta actuación que en cualquier fase del *"Iter"* negocial, debe presidir la teleología *"ad stipulationem"*, esto es, obrando bajo los principios de la diligencia y la buena fe, base de la confianza recíproca entre los interesados», y de otra, en la ausencia de justa causa para tal ruptura por parte de la demandada, «esto es, que haya actuado maliciosamente, o de mala fe, o lo que es igual, que con su conducta no justificativa, se apartase, sin razón alguna, o caprichosamente, del *"Iter"* negocial así iniciado», según la sentencia antes citada. En igual sentido se pronuncia la S.T.S. de 26 de febrero de 1994 (R.J. 1994, 1198), al señalar que «el prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto de que, en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la culpa *"in contrahendo"*».

La jurisprudencia italiana, considera que para que exista este tipo de responsabilidad, es necesario el concurso de tres requisitos: Confianza de una de las partes en la conclusión del contrato, receso sin justa causa del otro contratante, y el respectivo daño¹⁷⁸.

En los últimos años, la corte de Casación italiana ha mantenido uniformemente una línea jurisprudencial, donde se denota un claro posicionamiento sobre las características de la *interruzione delle trattative* y sobre la *violazione del principio di buona fede*. Al respecto se considera que:

“Nel caso di interruzione delle trattative contrattuali, la violazione del principio di buona fede e la conseguente responsabilità per culpa in contrahendo si realizzano quando l’interruzione è priva di giustificazione, così da sacrificare arbitrariamente l’affidamento che la controparte abbia ragionevolmente fatto sulla conclusione del contratto, avendo riguardo al modo, alla durata ed allo statu di esse¹⁷⁹”.

Concebir la confianza, como un principio, no es tarea fácil, ni en la actualidad, ni en el pasado ha gozado de una aceptación pacífica, ya que como quedó estudiado en el primer capítulo, la doctrina de la *culpa in contrahendo*, es una escuela, que siempre ha estado en construcción, y por tanto nunca ha alcanzado unas directivas unívocas, por el contrario siempre se ha destacado por la *in certezza y generalidad* de sus alcances y limitaciones, las cuales todavía continúan en una constante evolución.

No obstante lo anterior, la práctica contractual cotidiana, ha demostrado cuan difícil puede ser llegar a demostrar los supuestos para que una de las partes pueda entrar a exigir el resarcimiento de un daño en vía de formación contractual, ya que sin duda los tribunales y en especial los españoles, han mantenido posturas clásicas y al respecto sus sentencias se

¹⁷⁸ Así lo denotan la sentencia de *Cass.* 12.6.59, núm. 1789, *G.C.*, 1959, tomo I, pág. 1707; *Cass.* 26.1.85, núm. 399, *M.F.I.*, 1985, pág. 90.

¹⁷⁹ Sentencia de *Cass.* Sez. U. 9.5.83, núm. 3152, *R.a.D.S.*, 1983, tomo I, pág. 90; *Cass.* 17.1.81, núm. 430, *M.F.I.*, 1981, pág. 101.

han basado en la rigidez de principios, y por tanto, la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones siempre ha sido de difícil prueba¹⁸⁰.

De ahí que en esa dirección F. MENENDEZ PIDAL estimare que para la correcta determinación de la responsabilidad que generan estas obligaciones precontractuales haya de aplicarse un sistema objetivo fundamentado en el riesgo dimanante del propio período de formación contractual¹⁸¹ a que nos estamos refiriendo. Lo que ocurrirá es que como ha puesto de relieve acertadamente, DE COSSIO resultaría difícil mantener su doctrina en nuestro derecho ya que en él, generalmente se aparte del concepto de culpa y no de la idea de riesgo. Además, a su juicio, el modo de entender la responsabilidad precontractual produciría soluciones contradictorias, ya que de una parte se reconoce la posibilidad y el derecho de quien inicia unos tratos precontractuales de apartarse libremente y en cualquier momento de ellos imponiéndose, de otra parte el deber de resarcimiento en los referidos términos.

Sin duda en el plano español, resulta dificultosa la noción y el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual, al no tener en ese sentido, una base de apoyo legal como ocurre en el derecho Italiano (art. 1337 del Código Civil) en la que se determina, que el daño que una parte ocasione a la otra, durante la etapa preparatoria de un contrato es resarcible en los casos en que se demuestre que el daño se ha ocasionado por vulnerar los mandatos de la buena fe. La búsqueda del sustento legal ibérico, se oscurece, máxime que tampoco en la codificación, se cuenta con el auxilio de unas normas generales que reglamenten la responsabilidad por culpa, antes y al celebrarse el contrato como las que contiene el *B.G.B.* (normas a las que acudía la doctrina hasta antes de la reforma del año 2001). Y de ahí que se haya llegado a ese sentido, a la única conclusión posible, aceptada casi unánimemente por la doctrina; *que la valoración de la responsabilidad precontractual debe hacerse analizando las consecuencias que dimanen del quebrantamiento de los intereses y de la confianza determinada por la buena fe in contrahendo, que en todo*

¹⁸⁰ Así, también lo estima en sus diferentes obras BESSONE, M., “Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza”, *R.T.D.P.C.*, Roma, 1972, vol. I, págs. 962 y ss., “Adempimento e rischi contrattuale” (Giuffrè, Milano, 1969). “Unilateral Mistake e teoria del contratto nell’esperienza nord-americana”, *R.D.C.o.*, tomo I, 1970, págs. 252 y ss., “Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno ingiusto”, *G.M.*, 1978, págs. 1162 y ss., “Trattato di diritto privato”, tomo XII, vol. II (Giappichelli, Torino, 2000).

¹⁸¹ MENÉNDEZ PIDAL, F., Anotaciones y concordancias, a la obra de HILSENRAD, A., “Las obligaciones precontractuales” (Góngora, Madrid, 1932), págs. 188 y 189.

*momento debe inspirar los tratos preparatorios en relación al futuro negocio*¹⁸², labor que es reconocida por la doctrina como un ejercicio de sistemática integradora.

A la falta de disposiciones que puedan orientar la materia, hay que sumar que la jurisprudencia cuando ha tenido de manifestarse lo ha hecho con pronunciamientos totalmente clásicos y tradicionales, situación que no debe extrañar, ya que el tema aquí abordado no ha sido de mayor interés para la escuela civilista. No obstante una aparente claridad de criterios, es importante manifestar que los pronunciamientos del Tribunal Supremo¹⁸³ no han logrado adoptar una doctrina uniforme, ya que existen sentencias totalmente contradictorias y opuestas no solo frente a la naturaleza de esta responsabilidad originada, sino también frente a los alcances e importancia de los tratos preliminares.

2.2.4. EL INICIO DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

Por su misma caracterización y naturaleza, la fase de los tratos preliminares, puede comenzar por variadas circunstancias. Normalmente se inician por la invitación que hace una parte a otra para eventualmente celebrar un contrato. De igual forma pueden iniciarse con una oferta a la cual precede una contraoferta o contrapropuesta por parte del otro extremo negocial, dando lugar a un verdadero intercambio de fórmulas y posiciones que propenden por la eventual celebración contractual.

¹⁸² LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de enero de 1977)”, *R.D.P.*, 1980, núm. 64, mes 1, págs. 50 a 78.

¹⁸³ La *S.T.S.* de 19 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3812), habla sobre la naturaleza contractual de las relaciones con contacto social, que se da en los tratos preliminares. De igual forma, la *S.T.S.* de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386), establece que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino, de otra clase, como una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, de tal forma que si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del 1902 C.c. Lo anterior, debido a que la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual, existiendo obligación derivada de contrato o de relación jurídica previa existente. La *S.T.S.* de 9 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3802), sostiene que es suficiente con que los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea expreso o sea tácito, o incluso presunto, o por otra relación basada por ejemplo, en un supuesto jurídico-reales como la comunidad de bienes. Ya en la *S.T.S.* de 16 de mayo de 1988 (R.J. 1988, 4308), se presentan posiciones aquilianas, frente a la culpa *in contrahendo*. En iguales términos la *S.T.S.* de 6 de mayo de 1998 (R.J. 1998, 2934) y la *S.T.S.* de 14 de junio de 1999 (R.J. 1999, 4105) y 16 de Diciembre de 1999 (R.J. 1999, 8978), frente a la culpa *in contrahendo*.

Así, cuando una de las partes hubiese recibido una oferta de contrato y su contraparte no la acepte totalmente, y acto seguido, se formule una proposición o planteamiento diferente a lo ofertado en primer lugar, de igual forma se estará frente a “los tratos preliminares”; sin importar si haya mediado una invitación u oferta perfecta. Coincidimos con SANTOS BRIZ¹⁸⁴ al considerar que en el línea general, y hablando de la contratación en masa, cuando el empresario ofrece al público sus mercancías o servicios, integran solo propuestas, que solo con la adhesión de estas se da un verdadero negocio jurídico. Por tanto su simple ofrecimiento no es otra cosa, que la iniciación de los tratos preliminares, siempre y cuando se acuse una contrapropuesta o formulación posterior de aquel que la hace suya en los casos de la oferta de contratación masiva.

Al respecto señala MORENO QUESADA:

“Normalmente la iniciación de esta fase, suele realizarse en el instante en que por primera vez las partes toman contacto, siempre que ese contacto no se haya establecido a través de la formulación de una oferta, dado que lo que se caracteriza la actuación de las partes en este período, es que su actividad no se encamina directamente ala creación de relaciones obligatorias entre ellas, sino a la elaboración de una oferta que, una vez aceptada constituirá el contrato¹⁸⁵”.

Posición jurídica, que no se comparte, ya que si bien puede existir una oferta en firme por parte de un predisponente, hasta que no se de su aceptación por parte del destinatario de ella, no se refuta perfecta, por tanto las contraofertas y las negociaciones que de ellas se derivan en todo pueden ser consideradas como tratos preliminares al no existir un acuerdo entre los elementos que la estructuran.

La mayoritaria doctrina francesa¹⁸⁶, al momento de delimitar el problema de los *pourparlers* sólo reconoce su existencia en los denominados contratos de empresa. Por el contrario, en aquellos contratos caracterizados por ofertas al público, esta responsabilidad no se origina ya que en ese tipo de negocios, no existe elaboración alguna, y la responsabilidad precontractual es propia de aquellos donde diverge la voluntad de las

¹⁸⁴ SANTOS BRIZ, J., “La contratación privada” (Montecorvo, Madrid, 1966), pág. 101.

¹⁸⁵ MORENO QUESADA, B., *op. cit.*, pág. 20.

¹⁸⁶ BARCHA M, H., “Les obligations naissant des pourparlers” (Daloz, París, 1990), pág. 123.

partes y esta se va formando paso a paso, de tal forma que se pueda estructurar un acuerdo. Posición que en la práctica se comparte, pero no descartamos la posibilidad que el público, al que se encuentra dirigida la oferta pueda presentar una proposición diferente a la ofertada. Recordemos que en el proceso de contratación, y propiamente en su formación, existe una natural libertad de autoderminación, situación reconocida en el comercio jurídico contractual de carácter mundial, por tanto no se considera conveniente excluir unos contratos de la posibilidad de la existencia de dicho período.

Para nosotros, en la actualidad, la fase del *iter contractual* puede ser propia en cualquier tipo de contrato (salvo en los de contenido recepticio), incluso en los de consumo. Ahora, situación muy diferente es la que se da en la práctica, y más en los contratos en masa, donde las posibilidades de renegociar o llegar a acuerdos se ve bastante limitada por la esencia del contrato y por las cada vez más notorias diferencias de dominio entre las partes.

Como puede verse el inicio de las negociaciones tiene variados orígenes, y son múltiples las situaciones por medio de las cuales las partes comienzan sus conversaciones. En la actualidad es frecuente el uso de las nuevas formas de comunicación, (piénsese que se puede formar un contrato por un intercambio de correos electrónicos), siendo incluso en ocasiones el mutuo interés de las partes que conlleva en primera instancia al acercamiento (y el cual perdurará en toda la fase de formación contractual, si las partes logran ponerse de acuerdo en los elementos y estructura de los fines perseguidos, interés que se consagrará posteriormente en la celebración del contrato), o por la clásica invitación que hace una a otra.

La relevancia jurídica de los acercamientos, no está en establecer quien o quienes los iniciaron, sino la “conexión” que pueden llegar a tener los sujetos quienes se encuentran con un interés y es el de sentar las bases y estructurar un futuro negocio jurídico. No quiere decir lo anterior, que en la fase de tratos, las partes no gocen de libertad negocial, que en primer lugar fue la que los motivó a iniciarlos, por el contrario, en todo ese proceso de negociaciones las partes tienen la función o labor de conocer más aspectos sobre la eventual o futura conformación del contrato y optar por continuar o suspender las negociaciones sin hacer crear falsas expectativas en su contraparte. En esa fase (por lo

general coincidente con los primeros acercamientos) les es totalmente lícito a los sujetos apartarse, pues como hasta aquí se ha dicho, en este estado todavía no existe una vinculación jurídica que permita crear y exigir obligación alguna. Así, las cosas entonces coincidimos en todo con el principio de libertad contractual que defiende el derecho francés y belga en los siguientes términos:

“Chaque partenaire à la négociation jouit de la liberté de conclure ou de ne pas conclure le contrat envisagé¹⁸⁷”.

Parece claro que durante los primeros contactos, las partes actúen con libertad luego que sus conductas se traduce en acercamientos, fijación de puntos de vista, remoción de obstáculos y determinación, en suma de aquellos que pueden ser todos y cada uno de los elementos del futuro contrato. En los tratos falta una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se debate, solamente existen perspectivas incompletas, y si existen acuerdos, en todo caso estos serán sobre aspectos parciales. Los contratantes están animados, recuerda CALUSI¹⁸⁸ por una voluntad de discutir y no necesariamente de contratar.

2.3. LOS LÍMITES DEL PERÍODO PRECONTRACTUAL

Para una adecuada estructuración se debe tener en cuenta la idea integradora de la relación jurídica prenegocial, en la que se comprende el procedimiento formativo del acto jurídico desde las conversaciones preliminares hasta la oferta hecha en firme. Tal relación, presidida por el principio de la buena fe, que se prolonga a la etapa de perfección y conclusión (art. 1258 C.c) puede ser violada, bien negándose infundadamente a contratar, o comportándose con indebida diligencia, o consintiendo intencionadamente anomalías de los que después serán elementos negociales. Más en todo caso el daño injusto que una parte ha ocasionado a la otra durante la etapa preparatoria de un contrato origina la

¹⁸⁷ FONTAINE, M., “Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002), pág. 21. Afirma el autor que es un principio común no solo del derecho continental sino anglosajón.

¹⁸⁸ CALUSI, V., *op. cit.*, págs. 470 y ss.

obligación de indemnizar si se realizó defraudando intencionadamente la confianza depositada¹⁸⁹.

No observamos impedimento alguno, para hacer una aplicación extensiva de los principios generales rectores de la contratación en los tratos previos. Vemos más que coherente y conveniente aplicar la buena fe negocial a todo su proceso tanto de gestación, perfeccionamiento y ejecución obligacional. En realidad al basarse en el quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*, de contenido idéntico a la exigida para los contratos en el artículo 1258, nos hallamos ante una responsabilidad originada en la etapa preparatoria de un contrato, causada en el proceso de formación, y apoyada en la un criterio de imputabilidad de dolo o culpa *in contrahendo*.

Del estudio hecho en el primer capítulo, no puede debatirse con fundamentos serios la mayoría de las conclusiones de FAGGELLA y por tanto el período precontractual, calificado como su nombre lo indica por la realización de negociaciones o tratativas tendientes a la formalización de un contrato, comienza en el momento en que una de las partes trata de ponerse en contacto con la otra y dura hasta que el acuerdo se perfecciona o se pone término de manera definitiva a las tratativas (por ruptura unilateral o abandono de ambas partes)¹⁹⁰.

En cuanto a la terminación del período, es decir, el momento en el cual se debe estimar que se han finiquitado las negociaciones o tratos preliminares entre los interesados, puede darse por la presencia de diferentes circunstancias, dependiendo en la mayoría de casos por la complejidad y el contenido del negocio. En algunos casos cuando se haya formulado una oferta y se haya consentido su aceptación, o por el contrario, incluso cuando no se haya cumplido la misión de establecer una oferta para el futuro contrato. Por tanto la duración de los tratos dependerá siempre de las circunstancias que los rodean.

Cuando a consecuencia de los tratos previos, las partes logran establecer ciertos acuerdos que permitan a una de ellas formular una oferta concreta de contrato, en el

¹⁸⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 916.

¹⁹⁰ Recordemos las palabras de ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 863, donde afirma: “que en la actualidad la estructuración del elemento objetivo o *iter* formativo del contrato efectuado por FAGGELLA continúa siendo válida”.

instante en que la misma se exterioriza la fase de tratos termina por quedar su contenido subsumido en ella. En el anterior caso las conversaciones preliminares han logrado su finalidad y por ello hay que darlas por terminadas, sin que pueda afirmarse que desaparecen. Recordemos que la contemplación de la forma en que se han desarrollado y las fases de su desenvolvimiento, pueden ser de capital importancia a la hora de interpretar los términos de la oferta o del contrato que sobre ella se forme¹⁹¹.

Es necesario diferenciar la fase preliminar con otros estadios de formación. En los tratos, las partes por medio de los acercamientos, negociaciones y proyectos comienzan a estructurar los elementos necesarios para la constitución de la oferta perfecta (componentes que ya fueron mencionados y estudiados), elementos que conducirán a la celebración del posterior contrato. Y es que en la fase de formación de la oferta, el *iter voluntatis* (correspondiendo al contenido de esa voluntad que solo de modo mediato quiere la conclusión del negocio), si no se interrumpe antes de la exteriorización de la oferta, por el desistimiento, fundado o no, de una de las partes o el común acuerdo de las dos, queda plenamente realizado en el momento que dicha exteriorización se comunica y se recibe por parte de su otro extremo negocial, evento en el que se pone de nuevo el camino de la voluntad para cumplir otra etapa, cualitativamente distinta, en la formación del contrato; aquí la voluntad ha pasado del estadio de querer tratar y elaborar una oferta, al estadio de deliberarla¹⁹².

Otra sería la situación del retiro de las negociaciones, donde las partes se alejan de lo que en principio conllevó a su acercamiento. Ya sea porque no lograron ponerse de acuerdo en los elementos esenciales, o porque una de ellas se aparta intempestivamente de las negociaciones declarando su terminación, o porque ambas, por mutuo acuerdo deciden desistir de sus primarias intenciones.

En el primer caso de estudio y conforme a la libertad que le asiste a cada uno de los sujetos para retirarse de las negociaciones, hablaríamos aquí de una situación que no genera una obligación resarcitoria, ya que son las partes quienes por común acuerdo deciden apartarse de los tratos. Caso contrario, será la terminación unilateral, en las

¹⁹¹ *Vid.*, MORENO QUESADA, B., “La oferta de Contrato...”, cit., pág. 120.

¹⁹² MORENO QUESADA, B., “La oferta de Contrato...”, cit., pág. 120.

situaciones particulares de cada caso y con los postulados que se estudiarán y que darán lugar a una obligación reparatoria cuando ésta se ha hecho de una forma injustificada e intempestiva. Para estimar la ruptura como injusta, es necesaria una calificación de la conducta de aquel que se aparta de las negociaciones, donde será necesaria una valoración de sus diferentes motivaciones, analizar así mismo el estado en el que se encuentren las negociaciones, los términos, la existencia de negocios precedentes entre otros elementos, con miras a estimar la mayor cantidad de circunstancias que permitan una interpretación objetiva sobre el acto lesivo que se le imputa al dañador. En caso de finalizar las negociaciones por mutuo acuerdo, no es relevante su interés jurídico, puesto que son las partes quienes deciden dar por terminadas las negociaciones, y por tanto no hay lugar a entrar a establecer obligaciones resarcitorias al respecto.

Recapitulando y siguiendo el pensamiento de LOBATO DE BLAS¹⁹³ el fin de los tratos preliminares, no sólo es el de conclusión de la formulación de la oferta, como se ha dicho hasta ahora, sino la obtención de un auténtico acuerdo de voluntades creador de un contrato, al cual se llega en el momento en que existe una concordancia entre la oferta y la aceptación. Es justo en ese instante en el que se materializan todas las intenciones y actos que se vienen gestando desde el inicio del proceso de gestación contractual¹⁹⁴.

2.4. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS TRATOS PRELIMINARES Y OTROS ACTOS JURIDICOS

Es importante entrar a establecer la diferencia existente entre la figura de los tratos preliminares y otros actos jurídicos que, por su aparente afinidad con ellos, podrían en principio presentar complicaciones. A continuación se estudiarán solo aquellos conceptos que pueden generar mayor confusión como lo son: “los precontratos, antecontratos, la

¹⁹³ LOBATO DE BLAS, J. M., *op. cit.*, págs. 545 y ss.

¹⁹⁴ En la misma dirección se puede consultar a ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” *cit.*, pág. 864. Quien matiza que la vinculación jurídica del oferente no es otra cosa que la simple transformación o metabolismos de la -vinculación social- preliminar en vinculación jurídica.

oferta contractual, la no conocida pero no menos importante teoría de la *punktualizacion* y por último el pacto de intenciones o *letter of intent* propios del sistema anglosajón¹⁹⁵.

La necesidad de considerar dicha temática, es con el ánimo de diferenciar supuestos jurídicos, que si bien cierto son de naturaleza totalmente distinta, muchas veces por la homonimia en la utilización de los términos, o por una supuesta vinculación, son proclives a exabruptos jurídicos. En la actualidad la práctica judicial nos presenta, que al juez llegan diversos documentos que contienen múltiples formas lo que hace que frente a la no existencia de una clasificación suficiente y exhaustiva de acuerdos, o de comportamientos intervinientes en la fase de las negociaciones sea necesaria una delimitación para determinar con exactitud frente a que negocios jurídicos nos encontramos en cada caso.

De antemano le adelantamos al lector, que en definitiva, es necesario efectuar un análisis de los documentos y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que se presenten en cada negociación –situación que en la mayoría de los casos es más que compleja, puesto que como quedará demostrado, en algunos contactos ni siquiera su contenido se logra plasmar materialmente-, para poder determinar la naturaleza y vinculación jurídica para las partes. Labor compleja, ya que en múltiples ocasiones la delimitación y distinción entre unos y otros se presenta con una marcada abstracción¹⁹⁶, de ahí, que en la mayoría de las sentencias que se estudiarán durante toda la investigación, se establece que no solo las partes, sino el mismo juez, no tiene claro frente a que situación jurídica se encuentran. Como herramienta facilitadora ante tan ambiciosa tarea, propondremos el juicio de reconocibilidad (control de legalidad y vinculación, temas que serán abordados en el capítulo IV) como un instrumento eficaz que junto con el correcto establecimiento de cada uno de los elementos y características de los actos jurídicos a estudiar, el que a su vez permitirá una correcta y adecuada identificación de cada uno de los negocios.

¹⁹⁵ En la actualidad los pactos de intención, revisten de total importancia dentro del proceso de unificación y armonización de la legislación civil europea, puesto que están incluidos en todos los proyectos europeos ya abordados en la primera unidad.

¹⁹⁶ En el mismo sentido se puede consultar a LABARTHE, FR., “La notion de document contractuel” (*L.G.D.J.*, París, 1994), págs. 134 y ss. Donde realiza un interesante estudio sobre el alcance y extensión de la libertad contractual como un derecho que permite acordar a las partes obligaciones y derechos especialmente en negocios jurídicos sobre los que no se tienen antecedentes legales al ser atípicos.

2.4.1. CON EL PRECONTRATO

Dentro del desarrollo de la libertad contractual, las partes pueden decidir mediante una regulación, la incorporación de cláusulas o directrices que direccionen sus relaciones en negociaciones futuras. Aparece entonces el precontrato como un *contrato* por el que ambas partes se obligan a concluir en breve otro contrato obligatorio, el llamado *contrato principal*. Por consiguiente, el precontrato fundamenta directamente un deber de concluir un posterior contrato (principal), otorgando a cada una de las partes un derecho actual a exigir su conclusión y con ello indirectamente la potestad a obtener una vez concluido el contrato principal, la prestación convenida en el mismo¹⁹⁷.

Teniendo su delimitación conceptual, podemos afirmar que, son claras las diferencias que surgen entre los tratos preliminares y el llamado precontrato. La divergencia más evidente y notoria, es la que respecta con el acuerdo de voluntades entre las partes, ya que en el precontrato, los extremos negociales, se encuentran en total acuerdo y su voluntad no es otra que la del nacimiento de un negocio jurídico, mientras que en los tratos preliminares, las partes están en contacto, discutiendo posibilidades y viabilidades de celebrar en un futuro, un contrato y su vinculación jurídica aparece en la medida en que las negociaciones se aproximan a la tan anhelada voluntad contractual.

MORENO QUESADA¹⁹⁸ (quien en este extremo sigue las apreciaciones S. MORO), entiende que tanto el precontrato como los tratos preparatorios del contrato están desarrollando una finalidad común que, a su modo de ver las cosas, sería la preparación de un contrato futuro. La diferenciación radicaría en la finalidad o intencionalidad de los sujetos en uno y otro caso, ya que en el precontrato habría una voluntad de las partes de quedar obligadas jurídicamente, mientras que en los tratos sólo se buscarían soluciones armónicas, intercambiándose unos acuerdos parciales o formulándose aportaciones básicas que sirvan para allanar obstáculos y dificultades, y posibilitando de manera más sencilla, el acuerdo de voluntades que generará posteriormente el contrato. Además los autores afirman que mientras el precontrato obliga a las partes a la conclusión de un contrato

¹⁹⁷ LARENZ, K., *op. cit.*, pág. 98.

¹⁹⁸ MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato cuarenta años después”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor AURELIO MELÉNDEZ*, tomo IV (Civitas, Madrid, 1996), págs. 4979 y ss.

futuro, los tratos preparatorios en principio no crean entre las partes ningún vínculo estrictamente jurídico que les obligue posteriormente a contratar, y o bien podrán seguir avanzando y concluirán con la formación de un acuerdo de voluntades o podrán ser interrumpidos sin que a partir de ellos se pueda derivar otra consecuencia que una responsabilidad precontractual.

En esa misma dirección, conciente que actualmente aparece superada la tesis de MORO en cuanto a la explicación, desenvolvimiento y naturaleza jurídica del precontrato, y, como ya hemos dicho, constituye una fase de un complejo *iter* negocial de formación sucesiva y progresiva con una unidad de función, de manera que el precontrato deberá reunir todos los requisitos esenciales del contrato principal proyectado, es necesario enfocar la cuestión partiendo de la idea, que la moderna concepción de los efectos jurídicos en el desenvolvimiento del mismo, representa además una mayor radicalización de las diferencias básicas que existen entre los precontratos y los tratos preparatorios, puesto que los últimos no tienen la fuerza vinculante que asiste al precontrato, y no representan un *iuris vinculum* entre las partes¹⁹⁹.

En conclusión la gran diferencia estriba en que en los precontratos, las partes han llegado al tan anhelado acuerdo contractual (por tanto existe un contrato) y en los tratos preliminares las partes todavía están discutiendo la conveniencia o no de la celebración de un futuro negocio, situación que en principio permite a las partes apartarse de las negociaciones sin inferir en la esfera jurídica de su extremo negocial.

2.4.2. CON LOS ANTECONTRATOS

Existe una semejanza muy grande entre los simples negocios preparatorios que nacen durante la elaboración del contrato, y el negocio ya avanzado, que se llama antecontrato, o como son conocidos en la doctrina francesa como *avant-contrats*, el cual en definitiva es también un acto preparatorio de naturaleza especial.

¹⁹⁹ ROMAN GARCIA, A., “El precontrato” (Montecorvo, Madrid, 1982), pág. 165.

Por una causa cualquiera, una de las partes no puede o no quiere concluir el contrato, se reserva el derecho de dar su consentimiento, y la otra parte se obliga a esperar el consentimiento. Situación, que nos permite afirmar, que es un negocio jurídico, en el que falta el consentimiento de una de las partes. Es un derecho eventual, que representa un valor patrimonial para sus titulares, porque a pesar de la voluntad contraria del deudor, podrán llegar a ser acreedores puros y simples. La sola traba de la libertad de disposición del deudor, se encuentra en la amenaza, de verse obligado a resarcir daños y perjuicios, si hace imposible la ejecución del antecontrato.

Para LEDUC²⁰⁰ los ante contratos reúnen todas las exigencias del contrato definitivo, el objeto, la capacidad de las partes salvo uno... El consentimiento de una de las partes. Por el único hecho de dar el consentimiento, todos los elementos constitutivos se podrán reunir. Pero aun así, no se puede negar la naturaleza contractual de tan especial figura, la cual sin duda es preparatoria del contrato principal proyectado. Es el contrato preparatorio más antiguo y por tanto más conocido en el derecho francés²⁰¹.

Difícil resulta expresar en una fórmula concreta, cual es el ámbito propio de los tratos preliminares, pues es una cuestión de carácter básicamente casuística, como se ha afirmado en las líneas precedentes. Tal complejidad presenta la institución, que es posible incluso que en un mismo tipo de contrato y una negociación económica de similar entidad pueda dar lugar a la existencia de tratos preliminares o, por el contrario excluirlos, porque en definitiva depende de las circunstancias de hecho, y en particular de la urgencia no que (a juicio de ambas partes o de una de ellas) exista en la celebración del contrato. Por lo común, los tratos preliminares brillan por su ausencia en los contratos instantáneos, en los actos contractuales en masa y sometidos a condiciones generales, en la mayor parte de los contratos normativos y en general, en todos aquellos supuestos en que (por la circunstancia que sea) el contenido del contrato se encuentra virtualmente predeterminado y deja escaso margen de negociación entre las partes.

²⁰⁰ LEDUC, E., "Des avant-contrats" (Th. Dr., París, 1909), pág. 31., citado por ROMÁN GARCÍA., *op. cit.*, pág. 167.

²⁰¹ Así es catalogado por SCHMIDT, J., *op. cit.*, pág. 48.

2.4.3. CON LOS ACUERDOS PRECARIOS O LA PUNKTUALIZACION.

La *punktualizacion*, es producto de la escuela Alemana²⁰², y sus teorías aparte de estar recogidas en el *B.G.B.*, hoy día también hacen parte del código de obligaciones Suizo art. 2²⁰³. En el derecho italiano, a pesar de no existir norma que regule la “minuta” como allí se le reconoce, tiene aceptación y validez, coincidiendo en todo, con la esencia y los requisitos aplicables tanto en Alemania, como en Suiza. También tiene pleno reconocimiento en países como Austria²⁰⁴ (parágrafo 885), Polonia (art. 61 C.O.), así como también en países con una distinta tradición jurídica como el caso de China en su art. 153. Por tanto estamos frente a un negocio jurídico que si bien no tiene difusión o reconocimiento en la doctrina francesa o ibérica, amplios son sus precedentes en la cultura bávara y todas aquellas que de sus preceptos se han servido.

Suele ocurrir con frecuencia que las partes durante el curso de las negociaciones preliminares llegan a una conformidad provisoria sobre algunos de los puntos del contrato propuesto por una de ellas, difiriendo la consideración de los temas restantes a un acuerdo posterior. El documento en el que, por lo común se hace constar ese acuerdo precario, toma el nombre de minuta o *punktualizacion*. Su característica esencial por tanto es que en el documento sólo se consagra el punto sobre el cual versa el acuerdo, diferenciándose por tanto de cualquier otro acto.

Se ha dicho que los tratos preparatorios del contrato producen una serie de acuerdos parciales sobre elementos y aspectos diversos en relación a un proyecto de contrato, distinguiéndose así de los llamados acuerdos precarios o simples *punktualizaciones*, porque estos últimos exigen una conformidad sobre una serie de cláusulas esenciales,

²⁰² Para ver más sobre el tema MESSINEO, F., “Manual de derecho civil y comercial” (Buenos Aires, 1955), pág. 98. LAFAILLE, H., “Derecho civil, obligaciones” (Ediar, Buenos aires, 1950), pág. 120.

²⁰³ Art. 2. 2. « *Points secondaires réservés. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. Sont réservés les dispositions qui régissent la forme des contrats* ».

²⁰⁴ No se tiene conocimiento de una traducción al español, del *A.B.G.B.*, § 885. “*Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet und von den Parteien unterfertigt worden (Punktation), so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind*“. En castellano, el texto traduciría: sí no existe un acto formal, pero si existe un acuerdo sobre los principales puntos (*punktation*) en una negociación, esos acuerdos establecen derechos y obligaciones para las partes.

faltando únicamente el acuerdo sobre algunos requisitos más accesorios, pero sin que ello en ningún caso signifique la posibilidad, que a partir de esos pactos preparatorios quede asegurada la celebración del contrato²⁰⁵. Y en todo caso ni los unos ni los otros, deben ser confundidos con los precontratos ya que ellos suponen el desenvolvimiento de una fase superior que se desarrolla como primera etapa de la formación progresiva de un único negocio, siendo la fase precontractual que tiene trascendencia jurídica puesto que determina una autentica vinculación de las partes conducente a la posterior conclusión del contrato definitivo.

Hay que tener en cuenta que por lo general, los tratos preparatorios tienen por objeto llegar a la eventual celebración de un contrato, pero también cabría imaginar una serie de situaciones jurídicas en las cuales por medio del procedimiento se puede desembocar en una autentica vinculación de naturaleza contractual que obligue a las partes a sostener de buena fe estos tratos o negociaciones. Esos acuerdos preliminares quedarían cumplidos por el simple hecho de haber negociado con lealtad y honradez, aunque el resultado final de esa negociación sea estéril²⁰⁶. Estos acuerdos preparatorios del contrato, que son vinculaciones de naturaleza contractual ciertamente se encuentran muy próximos a la idea que hemos avanzado sobre el precontrato.

En el transcurso de los tratos previos las partes pueden haber coincidido sobre una serie de aspectos y concretar acuerdos parciales dándoles incluso forma escrita, son apuntes, minutas, borradores o proyectos que, o bien pueden recoger puntos esenciales del futuro contrato, o derivaciones puramente accidentales representando en todo caso, por si

²⁰⁵ Así lo reconoce, la sentencia de *Cass.* 25.3.59, núm. 929, *R.G.C.*, 1959, *Obbligazioni e contratti*, pág. 89, últimamente la sentencia de *Cass.* 22.8.97, núm. 7857, *Contr.*, 1998, pág. 113.

²⁰⁶ PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de derecho civil" tomo II, vol. II (Bosch, Barcelona, 1982), págs. 11 y 12. Plantea el autor que hablar de precontrato es una impresión muy grande sobre todo en el ámbito del Derecho privado, ya que los tratos preparatorios que producen acuerdos preliminares aunque se asemejen al precontrato, no gozan a su juicio, de eficacia jurídica ni autonomía negocial. De todos modos en opinión del ilustre jurista, los acuerdos preliminares, así concebidos aparecerán con mayor frecuencia en el ámbito del Derecho internacional público, ya que en las negociaciones realizadas entre los distintos Estados soberanos se producirán con cierta solemnidad precontractual con independencia del resultado final al que se llegue en la propia negociación. De ahí que como dice el autor, el acuerdo de celebración de una conferencia internacional exija o debiera exigir una garantía de trato leal, con independencia de los resultados a que posteriormente se pueda llegar. De otra parte los intereses de los intervinientes en los tratos preparatorios encontrarán suficiente protección acudiendo a la doctrina de la *culpa in contrahendo*, si bien, a su entender, la interpretación constructiva de los Tribunales en algunos casos pueda llevar a la admisión de la existencia de un precontrato en esos supuestos, cuyo perfeccionamiento se hubiere operado de forma tácita o presunta.

mismo la continuación de la etapa preparatoria, del contrato hincada con los tratos preliminares²⁰⁷.

Por evidente que ello sea, no siempre será fácil determinar en la práctica sí el acuerdo llegado por las partes constituye o no una verdadera convención, sobre todo cuando en el documento que la transcribe no se ha tenido el cuidado de precisar el carácter del referido pacto²⁰⁸. Para determinar en los casos dudosos si existe contrato perfeccionado o mero acuerdo precario deberá tenerse en cuenta primordialmente la intención de las partes y no exigirse que el acuerdo contemple todos los puntos susceptibles de ser materia de la declaración de voluntad común, en razón que puede haber contrato perfeccionado y no encontrarse insertos en el mismo, todos los elementos que habitualmente componen ese tipo de convención²⁰⁹.

Recuérdese que la omisión en el contrato de algunos de los puntos considerados como importantes o esenciales es suplida en muchas ocasiones en forma automática por la ley civil conforme a las cláusulas o elementos naturales de los contratos, como lo reconoce la doctrina del negocio jurídico, y en otras por la intervención judicial. En la generalidad de los casos, para determinar si existe contrato perfeccionado o acuerdo parcial, deberá efectuarse una comparación entre la propuesta de contrato efectuada por una de las partes y el acuerdo cuya naturaleza se pretende desentrañar, la coincidente entre ambos actos demostrará de manera cabal el perfeccionamiento del contrato. En otros términos:

“La oferta constituirá siempre el mejor punto de referencia para apreciar la existencia de una conformidad sobre todos los puntos del contrato, ya que este, es el resultado de la conjunción de la oferta con la aceptación, la cual deberá necesariamente contener por fuerza todos y los mismos elementos que la promesa de contrato²¹⁰”.

En los casos en que existe acuerdo completo sobre la propuesta de contrato pero no se han llenado las formas que la ley exige “*ad probationem*” para que el pacto surta

²⁰⁷ Es la posición jurisprudencial de la Corte de Casación Italiana, *Cass.* 24.4.70, núm. 11790, *F.I.*, 1970, tomo I, pág. 1566; *Cass.* 7.3.63, núm. 543, *R.F.I.*, *Obbligazioni e contr.*, pág. 93; *Cass.* 20.8.80, núm. 4942, *M.G.I.*, 1980, pág. 1218.

²⁰⁸ BREBBIA, R., *op. cit.*, pág. 92.

²⁰⁹ MESSINEO, F., *op. cit.*, pág. 98.

²¹⁰ *Vid.*, BREBBIA, R., *op. cit.*, pág. 92.

efectos, no constituirá por ello un acuerdo preliminar, sino que se estará frente a una convención, la cual obliga a las partes a realizar el contrato en la forma estipulada por la legislación.

El sistema de la *punktualizacion*, se fundamenta, en el establecimiento y distinción de las cláusulas esenciales y secundarias de los contratos. En caso de la existencia de un acuerdo sobre las cláusulas esenciales, aunque todavía no exista un acuerdo definitivo respecto a los demás asuntos, el contrato se reputa perfeccionado. La distinción entre los puntos esenciales y secundarios, que constituye la base del sistema de *punktualizacion*, no encuentran apoyo alguno en el Código Civil español, donde no se consagra diferenciar entre las cláusulas de una convención en aras a su importancia, por el contrario si tratamos de encontrar alguna asociación con los articulados existentes encontraríamos por ejemplo que cualquier modificación que se hiciera a la oferta principal, se refutará como una contraoferta, y en el caso se estaría incluso en materia de tratos preliminares.

Si bien en el caso español, no se puede hablar de la validez de ese tipo de negocios *per se*, de manera general, se puede concluir que una vez más nos encontramos con que, en definitiva, no existe una línea clara de separación a nivel teórico, entre lo que denominamos genéricamente tratos preparatorios del contrato, y lo que conocemos bajo la categoría jurídica de precontrato, sino que más bien las situaciones reales que puedan aparecer en la práctica solo nos parecen susceptibles de ser calificadas exactamente atendiendo al grado de vinculación concreto, si se ha producido, en cada caso determinado. Es tal el grado de complejidad que incluso algún autor denominó a la *punktualizacion* como “*una forma contractual de los pourparlers*”²¹¹. Por lo que otra vez se pone de relieve que los problemas de calificación jurídica se reconducen en estos supuestos a los resultados de la resolución de los problemas de interpretación de la intención de las partes.

²¹¹ Denominado así por MOUSSERON, J., “La durée dans la formation des contrats” (Mélanges offerts à Jauffret, París, 1974), pág. 518.

2.4.4. CON EL PACTO DE INTENCIONES O *LETTER OF INTENT*

Los *letter of intent*²¹², son propios del ámbito del *Common Law*²¹³, por tanto la primera impresión que se tiene es que son totalmente ajenos a aquellas legislaciones de gran tradición o arraigo latino, pero cuando se profundiza sobre la institución se denota, que las diferencias no son tantas, y que por el contrario haciendo un estudio de ellos, nos pueden aportar elementos de juicio que nos permiten relacionarlo con los tratos preliminares. Ahora si se avoca el tema desde la perspectiva de los principios Europeos del Derecho Contractual, el distanciamiento con estos, no es tan amplio, y conforme a los diferentes proyectos de unificación del derecho privado europeo es necesario un estudio y reflexión.

Los pactos de intenciones, hacen referencia a toda clase de documentos precontractuales, dentro de los cuales pueden englobarse: los documentos que plasman una invitación a negociar, los documentos que reflejan los tratos preliminares llevados a cabo por las partes (pactos de intenciones) y acuerdos preliminares vinculantes (precontrato). Dicho con más precisión, en el *Common Law* se habla de dos posibles figuras que pueden englobarse bajo el término *letter of intent*. Por una parte, acuerdos precontractuales (*precontractual agreement*) que obligan a negociar un futuro contrato, el cual es una mera formalidad; y, por otra parte, pactos de intenciones (*agreement to agree o subject to contract*) los cuales indican que el asunto está en fase de negociación, por tanto, es incompleto e inejecutable y el contrato futuro no es más que un simple supuesto²¹⁴.

²¹² Las cartas de intenciones en el lenguaje angloamericano se conocen también con el nombre de *letters of intent, memorando of intent, letters of understanding, o memorando of intent*.

²¹³ VIGURI PEREA, A., “Los tratos preliminares: Las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales” (*P.P.U.*, Barcelona, 1994), pág. 13 y ss. Sostiene el autor, que las cartas de intenciones son los más importantes instrumentos legales precontractuales en el tráfico jurídico angloamericano actual, y cuya denominación se remonta a un litigio entre *Chicago Inv. Corp v. Dolins*, 481 N.E. 2d 712 1985, donde una Corte americana calificó al primer documento en una serie de escritos preliminares como “Carta de intenciones y a los siguientes como acuerdos” (de venta y memorando de acuerdos).

²¹⁴ Para profundizar en la materia, en la doctrina española, existen dos juristas que han estudiado los *Letter of intent*, son LLODRÀ GRIMALT, F., “Reflexiones en torno a los PECL y la fase preliminar del contrato. *Letters of intent*: pactos de intenciones, precontrato”, *El Dret civil català en el context europeu*. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002 (Girona, 2002), págs. 321 a 348. Y los dos estudios de VIGURI PEREA, A., “En pro del estudio de un desconocido, los tratos preliminares”, *Homenaje al profesor BERNARDO MORENO Q.*, vol. III (Almería, 2000), pág. 1864, y “Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales” (*P.P.U.*, Barcelona, 1994).

El primer concepto, el que corresponde a una invitación a negociar comprende todos aquellos documentos o escritos sobre las conversaciones que se adelantan con la contraparte durante la fase de las negociaciones. La mayor importancia que pueden tener así los pactos de intenciones, se ve probatoriamente, pues desde el punto de vista de su contenido o cuerpo, el pacto de intenciones no tiene en principio elementos esenciales del contrato, sólo contiene los diferentes puntos de vista de las partes, que propenden por la celebración de un contrato, no obstante es importante precisar que *no es un acuerdo para negociar*. Según esta definición existe una gran similitud con los tratos preliminares estudiados, diferenciándose la exigencia de plasmarse por escrito estos acercamientos, situación que no es requisito *sine qua non*, en el derecho continental europeo²¹⁵.

La figura se confunde, con los acuerdos que contienen una oferta y como bien lo anota LLODRÀ GRIMALT²¹⁶ cuya confusión se agrava a medida que ha ido flexibilizando la exigencia que una oferta contractual contenga los elementos esenciales del futuro contrato y la valoración de cuándo se ha producido una intención seria de obligarse. No obstante, en la actualidad, tanto los Principios Europeos de Derecho contractual²¹⁷, como por parte del *Common Law*, se ha establecido que se produce la intención de obligarse, en la medida que el acuerdo contenga los elementos esenciales. De lo contrario el hecho que un acuerdo sea incompleto es clara muestra que no se ha producido una auténtica voluntad de obligarse.

La segunda definición, hace referencia a lo que se reconoce como un precontrato (también ya estudiado anteriormente), pues aquí ya se ha consagrado un acuerdo de voluntades recíproco, el que ambas partes se obligan a concluir en breve otro contrato obligatorio, el contrato principal. El segundo negocio es claramente diferenciador tanto de los tratos preliminares propiamente dichos como del mismo acuerdo de intenciones estudiado en primer lugar, pues basta revisar sus contenidos, para denotar, que existe una

²¹⁵ Para una visión más detallada puede servir de ayuda, el modelo de carta de intenciones, que consagra VIGURI PEREA, A., “Los tratos preliminares...”, cit., págs. 17 y ss.

²¹⁶ LLODRÀ GRIMALT, F., *op. cit.*, págs. 323 y ss.

²¹⁷ Ya en el primer capítulo se abordaron los Principios Europeos de Derecho Contractual, y se clarificó cual es la tendencia en la actualidad de los tratos preliminares al momento de la formación contractual. Así, en los artículos 2:101 y 2:103 *P.E.C.L.*, se señala que para concluir un contrato, basta que se alcance un “acuerdo suficiente” (*sufficient agreement*), el cual se origina si los términos del contrato han sido suficientemente definidos o lo pueden ser con base en los mismos principios del *P.E.C.L.* (artículos 1:105, 6:102 y 6:104-6:108). Igualmente, el artículo 2:201 habla de propuesta y señala que ella equivale a una oferta, si existe intención (finalidad) de que la propuesta se convierta en contrato en caso de aceptación y los términos del contrato son suficientemente precisos.

amplia diferencia en lo que tiene que ver con la no existencia de un acuerdo de voluntades acorde.

Los contenidos tan opuestos, nos llevan a hacer una sintaxis sobre la figura jurídica estudiada, la cual en primer lugar destaca por su diversidad en contenidos, en segundo lugar su gran diferencia radica entre ellas, en cuanto a su elemento vinculante y subjetivo, ya que en uno la intención de obligarse en primer lugar no es evidente, mientras que el segundo, es clara y notoria la intención de quedar atados a un vínculo *juris*.

Estudiada la doble significación de los pactos de intenciones o *Letters of intent*, no queda más que tratar de establecer cual es la trascendencia que pueden tener cada una, en el momento en el que se presente un daño. Como el lector podrá imaginarse, debido a las particulares características que tienen los dos negocios, los efectos jurídicos naturalmente son muy diversos. Así las cosas, si estamos ante el acto que consagra las negociaciones llevadas a cabo por las partes (*agreement to agree o subject to contract*), y se presenta algún tipo de perjuicio estaremos sin duda frente a un caso de responsabilidad precontractual, situación contraria en caso de los (*precontractual agreement*), pues por sus propias características se hablaría de responsabilidad contractual. En la práctica, en el sistema del *Common Law* es difícil fundamentar la responsabilidad precontractual de las *letters of intent* porque no se mencionan en sus leyes los deberes inherentes a la buena fe en la fase preliminar. Por tanto, los tribunales acuden al campo contractual para sancionar la trasgresión de las cartas o los pactos de intenciones.

2.4.5. LA OFERTA CONTRACTUAL

La oferta es aquella declaración de voluntad unilateral y recepticia, mediante la que se propone la celebración de una determinado contrato a otra persona. La aceptación de la misma (art. 1.262 C.c.) produce la perfección del contrato, la vinculación entre las partes y el nacimiento de las obligaciones. (Art. 1258).

Los requisitos para que la oferta se refute perfecta son²¹⁸:

- 1- Que sea completa, es decir que contenga todos los extremos esenciales del contrato a celebrar, de manera tal que sea suficiente que la otra parte acepte (diga si) para que se entienda formado el contrato.
- 2- Que se presente por el oferente como su propia declaración de voluntad contractual o sea, que se refleje en la misma la intención de quedar obligado si la otra parte acepta.
- 3- Que se dirija y sea dada a conocerá a la persona que, en su caso, quedara vinculada mediante la aceptación (art. 1262 C.c.). Es la oferta una declaración de voluntad recepticia que se dirige a un destinatario concreto (el aceptante).
- 4- Se cumpla el requisito de la forma exigido en su caso, lo que ocurrirá cuando sea necesario cumplimentar determinada forma para el contrato (bien por disposición de la ley, bien por acuerdo) o solo para la oferta.

Debido a los objetivos propuestos en el presente trabajo, consideramos que no es menester entrar a profundizar sobre estos apartes, contrario a lo que corresponde a las semejanzas e importancia que tienen los tratos preliminares con la oferta y su relación en el *iter* contractual. No obstante es importante establecer que la oferta, hace parte de lo que se denomina por parte de la doctrina como las *declaraciones de voluntad vinculantes*²¹⁹, llamadas así por cuanto obligan, según sus diferentes supuestos, y por tanto hacen que se deba mantener o no sus supuestos dados en la declaración de voluntad con respecto a sus destinatarios.

²¹⁸ GETE-ALONSO, M., “Manual de derecho civil”, *Derecho de obligaciones, responsabilidad civil Teoría general del contrato*, tomo II (Marcial Pons, Madrid, 1996), pág. 553. Requisitos reconocidos por la S.T.S. de 26 de marzo de 1993 (R.J. 1993, 2395).

²¹⁹ Se clasifican por lo general, en simples ofertas, ofertas irrevocables y promesas vinculantes, siendo todos distintos tipos de manifestaciones de voluntad.

2.4.5.1. LA OFERTA Y LOS TRATOS, SEMEJANZAS E IMPORTANCIA

Durante las negociaciones los sujetos procuran formar una idea sobre el contenido del contrato que está por estipular. La manera de controlarlo exige correspondencia entre el resultado práctico que esperan conseguir y aquel que se realizaría si concluyeran el determinado negocio. Cuando se convencen con base en la maduración desarrollada durante las negociaciones, que el futuro contrato se presenta como instrumento idóneo para conseguir el fin perseguido, deciden estipularlo en el negocio concreto. Es en ese estado en el cual aparece la oferta contractual en firme, (aquella que posee todos los elementos esenciales del futuro contrato por celebrar), y la aceptación como producto del acuerdo de voluntades gestado; pero como hasta ahora ha quedado establecido, el consentimiento, en muchas ocasiones no se puede alcanzar sin unas negociaciones o acercamientos previos, y es aquí justamente donde fluyen o se encuentran estas dos etapas del *iter* formativo del contrato. Tanto la oferta como los tratos preliminares preceden al nacimiento contractual, teniendo en común que en ellos es donde se estructura y se forma con una visión objetiva del contrato. Estas dos fases del *iter* formativo hacen parte de la relación jurídica precontractual, cuya extinción tiene lugar, o por desistimiento de alguna de las partes, o por desembocar en el fin perseguido: La conclusión del contrato²²⁰.

La oferta como los tratos preparatorios preceden en el tiempo al contrato, presentándonos ambas figuras en la fase de formación del contrato, aunque ciertamente con una eficacia y un valor jurídico muy distintos, pero existen además, múltiples situaciones que son aplicables a las dos fases de la formación contractual²²¹, al respecto afirma LARENZ:

“Tanto en el período *in contrahendo* como en el momento de la perfección del contrato los intervinientes están obligados a conducirse con la corrección y buena fe que la cooperación entre miembros de la comunidad social exige, siendo así que en menor

²²⁰ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 866.

²²¹ Sobre las diferencias entre los tratos preliminares y la oferta contractual ver por todos. MARTÍNEZ GALLEGU, E, M., “La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación” (Marcial Pons, Madrid 2000), págs. 41 a 46; MENÉNDEZ MATO, J, C., “La oferta contractual” (Arazandi, Pamplona, 1998), pág. 23 a 32. Presenta una moderna división de las etapas de formación contractual. MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato...”, *cit.*, pág. 146; LOBATO DE BLAS, J, M., *op. cit.*, pág. 548; DE COSSIO, A., “Instituciones de derecho civil...”, *cit.*, pág. 258.

medida será aceptable que una de las partes intervinientes en la relación defraude la confianza que la otra parte tienen en la conclusión del contrato²²²”.

De igual forma, el principio de la buena fe, se presenta dentro de las negociaciones con dos componentes perfectamente definidos (y sobre los que se profundizará en el capítulo III): a) como criterio regulador del ejercicio de toda clase de derechos y b) como criterio para atribuir determinados derechos. Por tanto, el principio deviene en requisito de obligada presencia en toda clase de relaciones y obligaciones aún en su fase preparatoria, pues se trata esencialmente de una actitud de cooperación mutua *inter partes*, vinculándoles a poner las energías propias al servicio de los intereses ajenos en la formación de la voluntad contractual o bien en la fase de ejecución de dicho contrato.

Como lo afirmamos en líneas anteriores, en los tratos preliminares una vez, en las actuaciones de las partes se ha fundado con seguridad la concepción de confianza, justo en ese momento se puede hablar de una vinculación jurídica, ésta que también surge en el período de perfeccionamiento del contrato, en ese instante justo donde se encuentran en concurso la oferta y la aceptación. Reconoce CASTAN:

“Que cuando la proposición y la aceptación, se hallan separadas, por un período de tiempo se suscitan cuestiones que encierran alguna dificultad. En otra cuestión añade, que de pronto, se ha de tener en cuenta, que no es el consentimiento perfecto de las partes la única vía que puede conducir a la creación del vínculo obligatorio. Aun sin existir ese consentimiento se ha de reconocer la obligatoriedad durante un corto plazo de las ofertas de contrato, como una exigencia del principio de seguridad dinámica característico del derecho civil en el porvenir. La tutela de las legítimas expectativas de las personas a las cuales va dirigida la declaración de voluntad, las exigencias de la buena fe y en una palabra, la solidaridad humana, imponen que el derecho expresamente reconozca que la oferta es vinculante, y como tal productiva de consecuencias jurídicas²²³”.

Ya THOL cuyo tratado de derecho comercial gozó de gran autoridad en Alemania durante la segunda mitad de siglo pasado, afirmaba que el oferente que retira su oferta, y causa daños a su destinatario, debe reparar el daño sufrido por este, porque así lo exige un

²²² LARENZ, K., *op. cit.*, pág. 108.

²²³ CASTAN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español, común y foral”, tomo II (Reus, Madrid, 1925), pág. 101.

derecho de honor, y la lealtad según la buena fe. Sobre este tema, es doctrina aceptada el hecho de reconocer una causa indemnizatoria a aquel que confiando en una oferta, se le causan diversos daños, y no solo por costumbre jurídica, sino porque por expresa disposición legal, se incluye en diversos textos legales el mencionado precepto.

Por su lado VIVANTE²²⁴ explica ampliamente, los principios de la buena fe, que deben regir las relaciones comerciales. En interés general de los negocios, la ley le protege en esta empresa, cuando obra de buena fe, no porque el proponente sea culpable, ya que en general no hay falta cuando se ejercita un derecho que nos pertenece, sino porque es preciso proteger la buena fe de quien recibe las ofertas y las toma en serio. El proponente que revoca su proposición, debe poner a la otra parte, en las mismas condiciones, en que debió encontrarse, si su confianza en la propuesta no hubiera sido quebrada. Por consecuencia, tiene derecho al reembolso tanto de lo desembolsos efectuados, como de los actos realizados y de las ganancias perdidas, por no haber comprado o vendido, al precio más favorable corriente en la época de la proposición.

Tanto en la oferta como en los tratos preliminares, las partes actúan con total libertad²²⁵, y por tanto ellas en el ejercicio de su autonomía privada, pueden apartarse o revocar ya que el proponente es libre de retirarla en cualquier momento, si no se ha fijado un plazo o no haya renuncia a la facultad de revocar²²⁶. Ahora lo que sucede es que si en el ejercicio de su acto discrecional causan daños a su contraparte en las dos instituciones (tratos como oferta) se esta llamado a indemnizar²²⁷. En los tratos preliminares esta

²²⁴ VIVANTE, C., “Traité de droit commercial”, tomo IV (Giard, París, 1911), págs. 456 y ss.

²²⁵ Es reconocido pacíficamente por la doctrina internacional, que la libertad negocial integra, conjuntamente la facultad que tienen las partes para contratar o no, así como para fijar el contenido contractual, principios todos de la autonomía de la voluntad. Así las personas tienen la facultad de autorregular sus intereses libremente dentro del marco que determinan las leyes imperativas y por tanto es la misma ley la que impone límites al derecho autónomo de la voluntad, como lo son la buena fe, la costumbre, la lealtad, la corrección y la costumbre, principios que serán desarrollados más adelante.

²²⁶ No obstante hay casos en los que implícitamente existe la obligación de contratar, situación que si bien es cierto es más que problemática, en la actualidad, los diferentes doctrinantes comienzan a plantearse esta posibilidad. En el ámbito argentino, se tiene la referencia de un autor que incluso hace un breve listado de algunos casos, para ver más, BREBBIA, R., “La responsabilidad precontractual” (Ediciones la Roca, Buenos Aires, 1987), págs. 108 y ss. Así entre otros: Ofrecimientos de servicios al público, cuando no revistan el carácter de *intuitu personae*, cuando se constituyan servicios de interés para las personas en general en cuanto satisfagan aspiraciones de carácter material, intelectual, artístico, deportivo etc.

²²⁷ También así lo sugiere ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 864. Según el autor a pesar que la doctrina mayoritariamente en el panorama ibérico (cita especialmente a MORENO QUESADA), reconozca que la responsabilidad precontractual es exclusiva de la ruptura injustificada de las negociaciones. La realidad es

obligación resarcitoria, nace cuando se ha fundado en la contraparte una confianza legítima que le ha conllevado a considerar como una realidad inminente la conclusión de las negociaciones en un contrato; en el caso de la oferta, siguiendo al Maestro COSSIO²²⁸, si con la revocación se ha causado un daño al destinatario este no puede quedar impune, pues obrar de tal forma es en contra del principio general de la buena fe, y por tanto ese actuar dará siempre el nacimiento a una obligación de indemnizar.

Concluyendo, entonces, se puede afirmar que los actos o manifestaciones que se desarrollen dentro de la etapa de formación contractual (se pueden presentar desde el mismo momento en el cual las partes se ponen en contacto, o en el transcurso de las negociaciones o con la ruptura injustificada de las mismas o incluso dentro de una oferta en firme), pueden causar daños frustrando las expectativas legítimas, perjuicios que el derecho llama a su reparación.

2.4.5.2. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA OFERTA DE CONTRATO Y LOS TRATOS PRELIMINARES

Como hasta ahora ha quedado clarificado, de todos los negocios estudiados sin duda con el que más propensión se puede confundir los tratos preliminares, es con la oferta de contrato, puesto que en la práctica una y otros preceden en el tiempo, siendo base para su formación puesto que en ellos se va a acordar el contenido del futuro negocio jurídico. Ante tan similares características, consideramos que es necesaria presentar en que se distancian cada una de ellas.

La oferta formal de un contrato resulta un elemento esencial para la formación de la relación contractual, mientras que los tratos a diferencia de la oferta, en principio no son susceptibles de producir efectos jurídicos puesto que en muchos casos son intrascendentes en el orden jurídico, o en el mejor de los supuestos intervienen como un dato más a tener en cuenta en la formación de la voluntad de los contratantes, sirviendo para determinar sus auténticas intenciones en la fase de interpretación contractual, como ya se estipuló.

otra y por el contrario las técnicas diferencias existentes entre los tratos y la oferta de contrato, desaparecen en cuanto a que en las dos fases existe una etapa precontractual.

²²⁸ DE COSSIO, A., "El dolo en el derecho civil" (Ed., R.D.P., Madrid, 1955), pág. 297.

Sin embargo, como afirmaba PÉREZ Y ALGUER²²⁹ la oferta debe distinguirse rigurosamente de las simples comunicaciones de estar inclinado o dispuesto a concertar contratos de cierto contenido, como asimismo de la invitación a hacer ofertas. Así los tratos preliminares, que pueden consistir en toda una amplia variedad de manifestaciones: conversaciones, negociaciones escritas mediante borradores, proyectos... No constituyen *per se*, ningún acto jurídico en sentido estricto, pues no despliegan efectos jurídicos de modo inmediato aunque si debemos reconocerles cierta trascendencia en orden a la formación del contrato.

Y es que hay que considerar la diversa finalidad que persiguen las partes al formalizar la oferta contractual y al realizar los tratos preparatorios, ya que mediante la oferta se emite la voluntad de formar un contrato y de hecho, contiene todos los elementos esenciales del futuro contrato, y por consecuencia, de ellas derivan una serie de derechos y obligaciones, por el contrario en los tratos preliminares las partes intervienen simplemente para concretar unas relaciones de hecho, además en los tratos preparatorios en principio no existe una intención de obligarse jurídicamente, sino que solo se pretende ir concretando resultados, articulando proyectos, exponiéndose una serie de circunstancias, o reflexionando sobre eventuales iniciativas en relación al contrato futuro.

No obstante tan notorias diferencias, comienzan a dízarse y transformarse sustancialmente en la medida en la cual, con ocasión a las negociaciones, se genera el *vinculum iuris* entre las partes, y esto hace desaparecer sustancialmente estos parámetros diferenciadores, ya que la confianza razonablemente fundada, permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y celebración de un *contractus*. *Por tanto no puede existir una radical separación entre las fases de tratos y oferta contractual y sobre todo entre la diferenciación entre la responsabilidad in contrahendo*. Al respecto sostiene ALONSO PÉREZ de hacerlo:

“Tal criterio pugna con la estructura interna de la relación jurídica precontractual, con las enseñanzas de la doctrina tradicional y moderna en torno a la figura genérica de la *culpa in contrahendo*, que se apoya en la comprensión de la problemática

²²⁹ ENNECERUS, L., KIPP, T., Y WOLF, M., “Tratado de derecho civil”, tomo II, vol. I (Bosch, Barcelona, 1981), págs. 837 a 840.

engendrada por lesionar la confianza y buena fe con ocasión de preparar un contrato²³⁰”.

La última diferencia a referenciar consiste, en que para la validez de la oferta de contrato se requiere que contenga todos los elementos esenciales del contrato que se pretende realizar de tal manera que con la simple aceptación, el contrato quede perfectamente perfilado y determinado en todos sus puntos o aspectos fundamentales, lo cual evidentemente no se da en los tratos preparatorios del contrato, que normalmente solo se ocuparan de llegar a conclusiones parciales más o menos completas, las cuales están en total dinamismo y evolución.

Como es obvio no es absolutamente posible establecer un criterio distintivo que logre diferenciar radicalmente las dos figuras jurídicas y más cuando las partes avanzan en las negociaciones, y por eso lo que hasta aquí se ha hecho es presentar las diferencias que en principio son mas notorias, no obstante sus similitudes también pueden llegar a ser palmarias y en especial en que en ambas se puede originar la *culpa in contrahendo*. Debido a lo anterior, como en muchas de las instituciones que se abordaran alrededor del tema propuesto, nosotros somos prudentes y no compartimos los límites absolutos, ni los conceptos inamovibles, ya que dichas fronteras son fácilmente franqueables, en la medida que en las partes nace una confianza legítima.

²³⁰ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pág. 864.

3. LA INFLUENCIA DE LA BUENA FE EN EL *ITER* CONTRACTUAL

3.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA BUENA FE Y LA BUENA FE IN CONTRAHENDO

El ordenamiento jurídico reconoce o admite que la autonomía privada sea el punto de partida de la conformación del contrato; pero no hasta el punto de considerar que, sí las negociaciones preliminares permiten la concreción de un contrato este tenga un sistema propio o autónomo, que se encuentre sujeto a los términos incluidos en el texto negocial. Por el contrario las reglas generales del juego siguen siendo las establecidas por la legislación en su conjunto y por tanto comparten una necesaria adecuación del acuerdo contractual (*lex privata*,) a las mismas. Dicha adecuación no cabe entenderla limitada al momento germinal del contrato, con preterición de su posterior desenvolvimiento y ejecución. Esto es, que resulta inacabable reducir la cuestión a la existencia de los requisitos esenciales o estructurales del contrato regulado en los art. 1261 y ss., del C.c., propugnando que a partir de tal momento, el ordenamiento jurídico se declara sometido y sojuzgado a la autonomía privada. El contrato es por tanto, un acuerdo de sus genitores en busca del *idem placitum*, reglamentación de intereses concluyentes, contrastantes o divergentes (*lex privata*), y a su vez un conjunto de obligaciones que manan de la buena fe o de la razón y la equidad²³¹.

El derecho como sistema regulador de las conductas humanas siempre va a direccionar los actos y hechos que gobiernan la convivencia dentro de un ente social. Ésta regulación se hace por medio del ordenamiento legal y en especial de las llamadas prescripciones o clausulados generales. Debido al valor supremo de estas normas, siempre serán aplicadas, no sólo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamadas a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución. La buena fe como una norma general por tanto es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, ya que es por expresa disposición legal art. 1258 C.c., que se reconoce su carácter heterónimo tanto del contrato como de todo el ordenamiento legal. De tal forma que se podría afirmar que los acuerdos a los que llegan los sujetos contractuales, son reglas si bien autónomas, son incompletas. Dentro de esa tendencia,

²³¹ VALES DUQUE, P., “La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *Libro-Homenaje al Profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA* (Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006), pág. 714.

aparece el principio de la buena fe, como un horizonte orientador para las operaciones jurídicas en cuanto que a la misma naturaleza del derecho, la ayuda, la suple y la corrigen.

El concepto general del principio de buena fe, presente en todo el ordenamiento jurídico, se extiende de igual forma, en el contenido de eticidad de cada acto que deba examinarse a la luz de las circunstancias particulares, como toda figura jurídica, la buena fe no es un fin en si mismo, sino un medio para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales²³². La buena fe, en cuanto, principio general del derecho, no puede resultar extraña a la propia conformación de los usos y al mandato legislativo se ha de presuponer, por tanto, inserta en ambos o al menos, teóricamente es inspiradora de los mismos. Pero, al mismo tiempo, su virtualidad de principio general del derecho comporta por definición que su plasmación no puede reducirse a lo establecido en la ley o las reglas usuales²³³.

No obstante, la buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas y siguiendo a DÍEZ PICAZO²³⁴ podemos destacar las siguientes:

- La Buena fe considerada como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelada por el derecho. El caso mas frecuente, es en el cual, la conducta de la persona es antijurídica, pero honrada y justa teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba (arts. 69, 361, 382, 383, 433, 451, 1487, 1488, 1529, 1778, 1897, y 1899), aquí la buena fe es considerada como una causa de exclusión de la culpabilidad o por lo menos de atenuación de la misma, en un acto formalmente ilícito.

²³² GODREAU, M, J., “Lealtad y buena fe contractual”, *R.C.D.I.*, 1992, núm. 609, pág. 292. En el mismo sentido MIGUEL GONZALEZ, J., “Observaciones en torno a la buena fe”, *Homenaje al profesor JUAN ROCA JUAN* (Universidad de Murcia, secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989), pág. 497 y ss.

²³³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 50 y ss. MOLLEDA FERNÁNDEZ, A., “La presunción de buena fe”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I (Madrid, 1962), págs. 194 y ss. En los mismos términos DE ANGEL YÁGÜEZ, R., “Una expresión de lo que no es Buena Fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia Española de las dos últimas decadas”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 2002, vol. 50, núm. 2, pág. 12.

²³⁴ DÍEZ PICAZO, L., “La doctrina de los propios actos” (Bosch, Barcelona, 1952), págs. 145 y ss. En su múltiple y prolífera producción el maestro ha elaborado dos clasificaciones, la primera en la anterior obra citada, y la segunda, un poco más completa en el prólogo de la obra de WIEACKER, F, “El principio general de la buena fe” (Civitas, Madrid, 1977), pág. 19. En la última sin duda, el Catedrático se encuentra influenciado por el estudio de la obra del ilustre alemán, y además sigue también la agrupación de BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones”, tomo I, (Ed. R.D.P., Madrid, 1969), págs. 86-100.

- La Buena fe es tenida en cuenta como una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente aquello que determina el texto legal, sino todo aquello que en cada situación impone el principio. Arts. 1258, 1688, 1705., aquí la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez en el trato. Supone un certero comportamiento o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.

- La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico²³⁵. En contraposición, se actúa de mala fe, no sólo cuando se ejerce un derecho dándole una función económica social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejerce de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico.

De los tres conceptos anteriormente estudiados, nos fundamentaremos en el que la buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ‘ejecución continuada’, desde la etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)²³⁶, ya que como se ha dicho en las páginas anteriores, es esta característica de la buena fe junto al concepto de la confianza la que inspiran, guían y acompañan, la conducta de las partes en los tratos preliminares.

²³⁵ Afirma Díez PICAZO, L., En el prólogo del libro de WIEACKER F., “El principio general de la Buena fe”, (Civitas, Madrid, 1982) págs. 21 y ss., Que la doctrina moderna, sobre todo la doctrina alemana, ha elaborado, con base en la jurisprudencia emanada de los Tribunales, una serie de supuestos típicos a los cuales parece aplicable la idea, que la buena fe opera como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos. Entre otros, los casos pueden enumerarse así: “*Venire contra factum proprium*, el retraso desleal, el abuso de la nulidad por motivos formales, el cumplimiento parcial la moderación de los plazos contractuales y el *dolo facit qui petit quad statim redditurus esset*”.

²³⁶ STIGLITZ, R, S., “Contratos civiles y comerciales”, *Parte general*, tomo I (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998), pág. 440.

Se habla por tanto de *buena fe in contrahendo* a aquel criterio de reciprocidad, que debe ser observado mutuamente en las relaciones entre los sujetos del mismo grado, en el período *in contrahendo*, y cuyas condiciones nos permiten afirmar que tienen una igual dignidad moral²³⁷. Reciprocidad en que se manifiesta la solidaridad que liga a uno y a otro de los participantes en una relación de contacto social, a comportarse con fidelidad en el cumplimiento de la expectativa ajena aun independientemente de la palabra que haya sido dada, o del acuerdo que haya sido concluido, asumiendo entonces un significado de regla de comportamiento fundamental en todo el proceso de formación contractual²³⁸.

De una forma clara ALONSO PÉREZ (siguiendo a BETTI) nos explica como opera la buena *in contrahendo*. Al respecto afirma:

“Las partes que no son todavía deudor y acreedor, pero que están en camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad en las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta²³⁹”.

Concluyendo, si se hace un análisis del concepto del principio general de la buena fe y la buena *fe in contrahendo*, se identifican que ambos se relacionan en el actuar correcto que debe presidir todas las conductas humanas, exigencia que hace referencia al principio ético de no causar daño a otro. El concepto de la buena fe en general es uno solo, ya sea *in contrahendo o post contactum*. Es un comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza, y al mismo tiempo exigencia imprescindible en la conducta preparatoria del negocio²⁴⁰.

²³⁷ GODREAU, M, J., *op. cit.*, pág. 296.

²³⁸ En el mismo sentido, COSTANZA, M., “Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede” (Giuffrè, Milano, 1989), pág. 28.

²³⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 868.

²⁴⁰ *Vid.*, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 888 a 890.

3.1.1. EL DESARROLLO HISTÓRICO Y SU CLASIFICACIÓN

Como ya se mencionó, el concepto de buena fe, en la actualidad se relaciona con múltiples situaciones, y matices, contexto que se ha venido presentando incluso desde sus propios inicios u orígenes. Aunque la buena fe aparece en el derecho romano, como una exigencia que las normas clásicas imponían a la usucapión²⁴¹, no era un concepto exclusivo de estas ni de la prescripción:

“Esta encierra un comportamiento leal en todas las circunstancias de la vida, y en especial, cuando las relaciones interceden entre desiguales, *fides* es comportamiento del de arriba a la que corresponde el *obsequium* en el subordinado. En las relaciones entre iguales la *fides* recibe el calificativo de *bona*: esto no añade bondad a la *fides*, sólo significa reciprocidad de la misma²⁴².”

Pero como se verá más adelante, este concepto de *bona* que se aplica en la actualidad, no aparece sino siglos después de evolución en el imperio²⁴³. El derecho romano clásico, muy atento a la realidad fue formalmente casuista y se abstuvo de formular conceptos o normas generales que sin duda juegan como *substratum* de esas soluciones, de tal forma que profundizar en el concepto de buena fe y cual sea su naturaleza, sus presupuestos, y su relación con sus diferentes momentos en los que ésta es exigible es una tarea más que compleja. El primer dato técnico que se tiene de la *fides*, se presenta en la institución jurídica romana, la cual esta contenida en una antiquísima norma “*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*²⁴⁴”.

Este concepto es el que normalmente se conoce como la *fides- sacra*²⁴⁵, no era otra cosa que una sanción que se le imponía a aquel que defraudaba la *fides* del cliente.

²⁴¹ Antes del derecho clásico romano, cualquier poseedor podía hacer suya la cosa con la sola limitación de no ser cosa hurtada. Pronto los romanos se avergonzaron de los términos de la institución e introdujeron la buena fe, como un elemento necesario para exigirla, siendo el anterior, el primer paso de una lenta evolución a lo largo de la cual, la buena fe adquiere un papel preponderante en la institución, para ver más, DE MIERVÉLEZ, A., “La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV” (Universidad de Navarra, Navarra, 1966), pág. 42.

²⁴² DE MIERVÉLEZ, A., *op. cit.*, pág. 42.

²⁴³ Propiamente en el siglo II, después de la muerte de CICERÓN. Así, lo referencia, SCHERMAIER, M, F., “Bona fides in Roman contract law”, *Good faith in European Contract law* (Cambridges University Press, Cambridges, 2000), págs. 71 y ss.

²⁴⁴ Norma que fue formulada en la ley de las doce tablas 8, 21: *Serv ad Aen.* 6, 609, como producto de la tradición de la regla de DIONIGI DI ALICARNASSO (2,10). Para ver más FREZZA, P., “Studi sulla buona fede” (Giuffrè, Milano, 1975), págs. 4 y ss.

²⁴⁵ DA ROCHA E MENEZES, A, M., “Da boa fe no direito civil” (Almedina, Lisboa, 2001), pág. 55.

Entonces se presentaba el *fraus* como una violación de la *fides*, aquella que era sinónimo de lealtad y aquella que limitaba el ejercicio de las acciones. Por otra parte, existen otros antiquísimos referentes históricos, que por el contrario otorgan el nacimiento la palabra *fides* ya no a relaciones internas y personales, sino a relaciones externas, su origen se da en el fundamento de una obligación naciente en el contrato de derecho privado, y propiamente en un contrato internacional entre Roma y Cartago, del cual informa POLIBIO (3, 22, 9). Aquí se hacía referencia a que la *fides* significaba respeto a lo pactado, siendo ese respeto público, y de conformidad al mismo, los ciudadanos debían respetar y cumplir con la “*conventioni liberamente stipulate*”²⁴⁶.

Las manifestaciones concretas de la *fides*, sin duda se presentan como dos factores opuestos y por que no, divergentes y desconcertantes. Ya que por un lado surge una *fides* propia de las relaciones internas, en donde impera la desigualdad de las situaciones jurídicas, pero a su vez no tiene la suficiente fuerza para imponer limitaciones legales, y por otra parte, ya en el ámbito externo, de conformidad con los grandes objetivos del imperio este respeto de las *conventioni*, eran fácilmente violentados, ya que la misión expansionista romana, no admitía límites. En este sentido la *fides* traducía el poder discrecional del Estado Imperial²⁴⁷.

No obstante, tan compleja evolución y con la falta de precisión en las utilidades jurídicas, y ante la violación sistemática de su significado tanto en el concepto interno (pues era aplicado a un reducido grupo los ciudadanos romanos), como en el externo, el concepto entra en decadencia, y aun así, logra conservar una connotación mística susceptible de provocar en las personas reacciones afectivas²⁴⁸. La *fides*, con sus

²⁴⁶ “*I negozi del mercante cartaginese in zona di influenza romana, e del mercante romano in zona di influenza carteginese, escono dalla sfera dei rapporti ignorati dal diritto dello statu, per entrare in quella dei rapporti che l'autorita dello statu rende coercibili*”. Para ver más, CORRADINI, D., “Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato” (Giuffrè, Milano, 1970), págs. 21 y ss., quien cita a POLIBIO (3, 22, 9).

²⁴⁷ En principio estos acuerdos eran cumplidos mientras se consolidaban las instituciones romanas en los territorios ocupados, puesto que recuerdese que no todo el expansionismo romano se debió a conquistas, en muchas ocasiones la ocupación se dio por medio de reales transacciones. En la medida que el imperio tenía más fuerza política y militar que la de sus pueblos ocupados, las buenas relaciones, y los acuerdos pactados pasaban a un segundo plano imperando la fuerza de los ejércitos. Para ver más, CORRADINI, D., *op. cit.*, págs. 22 y ss.

²⁴⁸ THOMAS, Y., “La langue du droit Roman. Problèmes et méthodes” (Librairie de jurisprudence ancienne & moderne, París, 1974), págs. 102 y ss.

transformaciones y mutaciones, siempre logró ser relacionada con las novedades jurídicas de la época y con un lenguaje justificador de pacificación, y de vocación política romana.

El originario concepto de *fides*, se fue transformando al de *fides bona* y posteriormente al de *bona fides*. Concepto que nace de los contratos consensuales, ya que al no existir solemnidades preestablecidas que presidieran las formas contractuales, las necesidades del tráfico jurídico y sobretodo las necesidades de contratar con los *peregrini*, (quienes no eran destinatarios de las normas del *ius civile*), construyeron la *fides* como un elemento objetivo llamándola *bona*. Así, La *fides* objetiva (= *fides bona*) funcionaría como norma jurídica, en sentido doble, por un lado, dominaría el deber de cumplir una obligación, según el sentido simple del respeto a lo estipulado, y de acuerdo a su contenido sería igualmente interpretado, también para permitir la inclusión junto al deber principal de otras convenciones laterales integrando las lagunas del negocio. Por otra parte como fuente de exigibilidad judicial de la figuras de *ex fide bona*, cuyo reconocimiento legal carecía de base jurídica. Por tanto dado su origen extralegal en principio se tendría que reconducir el concepto al *ius gentium*, siendo más tarde recibido por el *ius civile*, y aceptadas y generalizadas en los períodos preclásicos y clásicos del desarrollo romano²⁴⁹.

Desde la inclusión del concepto de *fides bona*, en el ordenamiento romano, la norma ha conservado su naturaleza jurídica hasta nuestros días²⁵⁰, la cual siempre ha inducido un comportamiento honesto y correcto con el cual se busca respetar la lealtad y las costumbres del normal tráfico jurídico, no en vano gracias a ella el *vinculum iuris*²⁵¹, es una conquista de las más lentas, pero también más importantes de la edad contemporánea. En todo, el concepto siempre ha implicado acalorados debates y

²⁴⁹ THOMAS, Y., *op. cit.*, págs. 102 y ss. El primer estudio hecho a profundidad sobre la *bonae fidei iudicia* pertenece a KRUGER H, "Zür Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia", *SZRom* 11, págs. 1890 y ss. El romanista alemán, analizó toda la literatura correspondiente al tema formando las bases sobre la cual han trabajado los modernos juristas sentando los actuales principios del *B.G.B.*, En el texto se puede encontrar una nutrida bibliografía especialmente bávara.

²⁵⁰ SCHERMAIER, M, F., "*Bona fides* in Roman contract law"...*cit.*, pág. 89. Afirma, que en la actualidad tal y como está el panorama del derecho de los contratos en Europa, existe una tendencia a renacer los principios éticos básicos de la noción de la *bona fides* romana, incluso es frecuente como la jurisprudencia alemana –especialmente- recuerda cual era el rol que la regla tenía en la época de CICERÓN, ver página citada, donde se referencia abundante jurisprudencia.

²⁵¹ Se basa en la validez, que le puedan dar los hombres a la palabra de otro. Para ver más, GONZÁLEZ PORRAS, J., "La obligación de información y protección al consumidor a través de la publicidad registral", *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), pág. 4.

revisiones de valores éticos extrajurídicos, jurídicos, religiosos y psicológicos, no obstante lo anterior no se puede negar que la *fides* romana, es la base lingüística y conceptual de la buena fe, la cual a pesar de presentar diferentes y diversos prismas semánticos siempre conllevará un modelo de conducta exigible a todos los miembros de una comunidad.

3.1.2. LA BUENA FE OBJETIVA Y SUBJETIVA

Cuando se habla de buena fe se suele distinguir entre buena fe subjetiva y objetiva²⁵². Por una parte, haciendo una primera aproximación al concepto, nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto, de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento. La buena fe objetiva, en cambio, se refiere a la honradez moral de una conducta, de acuerdo con el tipo de negocio de que se trate y lo que resulte de las características sociales, económicas y jurídicas en las que se inserte aquella, lo que equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico. Es decir, se comporta con buena fe objetiva la persona que procede en la forma acostumbrada, según el negocio de que se trate y los parámetros fijados por los usos negociales (art. 1258 C.c) lo que implica admitir la existencia de unos modelos *estándar* de conducta en el tráfico jurídico.

Conforme a su conocido significado originario, la palabra latina *fides* expresa una cualidad objetiva que se atribuye a todo aquello sobre lo que se puede confiar con certeza. *Fides* es la atendibilidad que compete y que se debe reconocer a una cosa en cuanto es digna de fe²⁵³.

Nótese que lo que contrapone a ésta antigua clasificación de la buena fe, sin duda es el carácter psicológico que se nos presenta bastante claro. El concepto subjetivo, basa su delimitación en un modo de comportamiento en la vida de relación, capaz de generar

²⁵² Ver todos BRECCIA, U., “Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio” (Giuffrè, Milano, 1968), págs. 3-53. DE LOS MOZOS, J, L., “El principio de la Buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español” (Bosch, Barcelona, 1965), págs. 40-60; CASTRO LUCINI, F., “Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor DE CASTRO F”, A.D.C., 1983, págs. 1230 y ss., DÍEZ PICAZO, L., “La doctrina de los actos propios...”, cit., pág. 135 y LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 75 y ss.

²⁵³ BETTI, E., *op. cit.*, pág. 85.

fundadamente una segura confianza. Un modo de comportamiento en el cual se manifiesta un hábito moral de la persona, un estilo de su carácter, tal que otros pueden confiar en él. Ya la *fides* en su caracterización objetiva, es una acepción que bajo un cierto aspecto, parece más amplia pero que, en realidad, tiene una aplicación más restringida, *fides*, como también *bona fides*, indica una fidelidad en el cumplimiento de la expectativa ajena, aún independiente de la palabra que haya sido dada, o del acuerdo que haya sido concluido. En este sentido se utiliza la expresión *fides*, como una actitud de fidelidad, de confianza personal y de íntima solidaridad²⁵⁴.

Las dos clases de buena fe, difieren en la forma en que ellas son aplicadas o por la manera como ellas funcionan: “una extiende o aplica una regla de conducta; la otra facilita una legitimación o configura una titularidad con base en aquella conducta (valorando la *intención* del sujeto, o su *creencia* o error), con lo que su *función* es distinta, a pesar de su unidad de origen y, por ello, difieren también en la forma de su instrumentación, presentando aspectos diferentes que se compaginan con las dos formas que tiene de presentarse el derecho: como normativa y como facultad²⁵⁵.

De tal forma que tomaremos el concepto de la buena fe objetiva, el cual es el que se ajusta hasta lo aquí expresado, para seguir fundamentando nuestro posicionamiento jurídico. Este concepto técnico jurídico considera que la conducta o comportamiento que deben emprender las partes en las relaciones que los particulares establecen, debe ser de conformidad con la corrección y lealtad en el tráfico jurídico.

Conforme a la lealtad en los tratos encontramos en la normatividad civil europea, diferentes cuerpos articulados que la regulan y contemplan, siendo la buena fe una expresión frecuente en lo que atañe a la formación y conclusión de los contratos. El concepto de buena fe contractual, se fundamenta en la creencia de una legitimación ajena (así, sea aparente), siendo a su vez, una aplicación de aquel criterio de corrección que deben observar recíprocamente entre sí el deudor y el acreedor en su relaciones.

²⁵⁴ BETTI, E., *op. cit.*, págs. 86 y ss.

²⁵⁵ DE LOS MOZOS, J. L., “Derecho civil. Método, sistema...”, cit., pág. 231.

La buena fe en los tratos preparatorios, y en concreto en el contacto social impone unos deberes negativos (y positivos), reunidos principalmente en el deber de abstenerse de una injerencia incorrecta, y dañosa para la contraparte. En esa dirección, están encaminadas las escasas normas que la consagran a nivel europeo. Basta estudiar los artículos 1337 Código Civil italiano y el 227 del Código Civil portugués, y podrá establecerse que este concepto no puede tomarse como la buena fe exigida en el activo cumplimiento de las expectativas ajenas (ya que aquí todavía no ha nacido la obligación, el contrato no se ha perfeccionado, puesto que se esta todavía en las negociaciones o tratativas previas a la contratación). Lo que regulan esas normas son las actitudes leales que deben adoptar las partes, en cuanto a sus deberes y comportamientos, presentándose entre ellas situaciones reales y cognoscibles. La inobservancia del criterio de la buena fe en la fase de tratos preliminares da lugar a la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. En este mismo sentido, indica RAVAZZONI²⁵⁶ que resulta suficientemente claro, en una primera consideración, que una voluntad de tratar por parte de quien en realidad, no había tenido intención de concluir el contrato, parece decididamente contraria a la norma legal.

Debemos observar aquí, que en la buena fe contractual a la que modernamente se refiere la ley, sea con respecto a la conclusión o a la interpretación del contrato, o sobre el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, se relaciona también el concepto de la *fides* y de la *bona fides*, teniendo *una identidad en su contenido, como fidelidad en el acuerdo celebrado o como compromiso de un cabal y obligatorio cumplimiento, así como en el sentido de cooperación mutua*.

3.2. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Son múltiples los apartes en los que se encuentra el concepto de buena fe en los diferentes articulados de los códigos civiles en occidente, no obstante lo anterior, es necesario entrar a establecer que existe una diferencia entre el concepto lato, técnico de la buena fe y el principio general de la buena fe. Principio que ha tenido trascendencia en

²⁵⁶ RAVAZZONI, A., *op. cit.*, págs. 47 y ss.

todas las normatividades civiles, y que en ocasiones ha sido denominado como supremo y absoluto²⁵⁷ o como paradigma²⁵⁸ del ordenamiento.

Siguiendo el pensamiento de DÍEZ PICAZO²⁵⁹ existe una diferencia muy marcada entre estos dos términos, la buena fe es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas legales para describir o delimitar un supuesto de hecho y en el principio general, aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa que además se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho, y por tanto todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus reciprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (*diligencia in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos.

El principio general de la buena fe, es *un valor* de reconocimiento universal, el cual ante los nuevos movimientos armonizadores europeos, ha retomado aún más fuerza frente a su importancia, alcance e irrenunciabilidad. Hoy por hoy, se habla incluso de un reconocimiento en el ámbito comunitario como un principio que gobierna todas las relaciones contractuales²⁶⁰, que es autónomo e independiente y a su vez fundamentador de obligaciones y derechos²⁶¹. Su universalidad se debe entre otras razones, a que los principios generales constituyen fuente de inspiración en la creación de la norma. Por lo tanto, son verdades fundamentales que sirven para crear derecho, integrarlo e interpretarlo en los vacíos que la norma no haya cubierto. No se limitan a un territorio o Estado, sino que tienden a ser ecuménicos. Además, su fundamento es la equidad, aplicable a las circunstancias de tiempo y lugar de cada caso. En fin, se basan en lo que pensarían personas honradas y conscientes.

²⁵⁷ ENNECCERUS, L., KIPP, T., Y WOLF, M., “Tratado de derecho civil...”, cit., págs. 16 a 25.

²⁵⁸ DE LOS MOZOS, J, L., “Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato”, *Estudios de Responsabilidad civil, en homenaje al profesor ROBERTO LÓPEZ CABANA* (Dikynson, Madrid, 2001), pág. 176. Al respecto afirma el ilustre Maestro: “Que en toda la materia procede un nuevo *ius gentium* que hace de la buena fe su paradigma, florece en el mundo de los negocios, aparece en los convenios internaciones y está comenzando a instalarse en los códigos, con mayor o peor fortuna”.

²⁵⁹ DÍEZ PICAZO, L., En el prólogo del WIEACKER, F., “El principio general de la...”, cit., pág. 11.

²⁶⁰ Directiva 93-13 CEC, sobre cláusulas abusivas.

²⁶¹ En los mismos términos, JOURDAIN, P., “Rapport français, la bonne foi”, *Journées Louisianaises Travaux de l'Association HENRI CAPITANT*, tomo XLIII (Litec, París, 1992), págs. 132 y ss.

Estos principios informan todo el derecho positivo y le sirven de base. Pueden inferirse por medio de inducción o de generalización periódica, incluso se llega a afirmar, que no es necesario interrogarse sobre la conducta que debe adoptar una persona en la fase de las negociaciones²⁶², puesto que por ser un principio de estas características, nos irroga no sólo la fase de negociaciones sino todas las conductas humanas.

En otras dimensiones GHESTIN²⁶³ reconoce la buena fe como un principio general de naturaleza jurídica y no solamente de orden moral, constituyendo una directiva de interpretación en el contenido y siendo de igual forma una exigencia de la lealtad en las relaciones contractuales. No obstante existen también detractores de esa caracterización, (por fortuna minoritarios), quienes afirman que “no se puede considerar a la buena fe como un principio general, porque el postulado sólo contiene correctivos, que aportan en ciertos casos al funcionamiento de las reglas jurídicas, y en especial para descender su rigor, cuando por alguna razón estas son excesivas²⁶⁴.”

Los principios generales del derecho poseen carácter normativo llegando a considerarse como derecho mismo, es decir normas, no factores de normas, bien que preceptos generales, susceptibles de asumir las más variadas especificaciones y en tal sentido, de aparecer incluso como fuentes de otras normas²⁶⁵. En realidad, ellos no son otra cosa que normas²⁶⁶, y se podrían definir *como el conjunto normativo no formulado*²⁶⁷, constituyendo verdaderos principios operantes y no simples declaraciones de intención, si bien en su forma externa no presenta la formulación típica de las normas jurídicas, poseen un valor y vigencia idéntica a otra fuente normativa²⁶⁸. La buena fe es una norma de

²⁶² Así lo pone de manifiesto, VAN OMMESLAGHE, P., “L’exécution de bonne foi, principe général de droit ?”, *R.G.D.C.*, 1987, págs. 101 y ss.

²⁶³ GHESTIN, J., “La formation du contrat...”, cit., pág. 237.

²⁶⁴ GORPHE, FR., “Le principe de la bonne foi” (Dalloz, París, 1928), págs. 243 y 244. Sostiene el autor, que es una simple directiva, que nos permite aplicar las reglas de derecho.

²⁶⁵ Frente a la fuerza normativa del principio, nuestra postura es considerar que la buena fe, así como los demás principios generales, no requieren de una formulación expresa para su eficacia. En la medida en que ellos encarnan los valores fundamentales que les sirven de base a la organización de la comunidad, su fuerza vinculante reside en su función. No obstante lo anterior, y frente a los movimientos positivistas, el debate en la actualidad prácticamente ha sido superado, pues como se afirmaba, hoy día, la mayoría de los ordenamientos civiles consagran en sus textos el principio fundamental.

²⁶⁶ BARBERO, D., “Derecho privado”, vol I (3° ed., EJE, Buenos Aires, 1967), pág. 104.

²⁶⁷ TORRALBA, V., *op. cit.*, pág., 104.

²⁶⁸ Los principios generales son una quiebra al formalismo jurídico, puesto que son instrumentos de integración de los ordenamientos positivos. Se ha evidenciado como últimamente en los sistemas jurídicos

carácter general dirigida a prevenir y sancionar los actos abusivos producidos en ejercicio de derechos y libertades, cuando el resultado de ese ejercicio contradice las exigencias impuestas por dicho principio general²⁶⁹.

Como se dijo en las líneas anteriores, el fundamento jurídico de la buena fe es doble, y así ha sido reconocido por la moderna doctrina civil española²⁷⁰: Opera como principio general del derecho, y no sólo por declaración de la doctrina, sino por reconocimiento jurisprudencial en sendas sentencias emanadas del Tribunal Supremo, y como norma, al tenor de los artículos 7.1 y 1258 del C.c. *Por tanto el contenido legal de los deberes emanados de los principios generales son fuente subsidiaria e informadora del ordenamiento jurídico*, así la buena fe puede considerarse uno de ellos, de donde se colige su carácter de fuente subsidiaria. Son los principios generales del derecho los que imponen la reparación del daño ocasionado al patrimonio ajeno²⁷¹, tanto por la retirada de tratos como por otras actuaciones ilícitas durante la gestación del acuerdo.

El carácter subsidiario permite a la buena fe cubrir las lagunas de la ley y prevenir y sancionar actos abusivos producidos en el ejercicio de derechos y libertades, cuando el resultado de ese ejercicio contradice las exigencias impuestas por dicho principio general. No obstante una formulación general del principio no está en conflicto con la tipificación existente o futura de conductas constitutivas de buena o de mala fe. Lo importante es que el principio como tal, conserve una formulación lo suficientemente general e impersonal y por consecuente lo suficientemente amplia que permita seguir direccionando y guiando los progresos históricos que experimenten nuestras concepciones sobre la convivencia²⁷².

contemporáneos, se muestran como sistemas más plurales, complejos que han revalorado los valores dentro de sus ordenamientos jurídicos, llegando a casos en los que comienzan a materializarse e incluso constitucionalizarse en los Estados modernos de Derecho. Para ver más, MARÍN CASTAN, M., “Algunas reflexiones sobre los principios generales del derecho”, *libro-Homenaje al profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA* (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006), págs. 161 y ss.

²⁶⁹ REYES CORRIPIO, M., “El deber de información precontractual” (Editorial Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999), págs. 150 y ss.

²⁷⁰ Así es reconocido por DÍEZ PICAZO, L., en el prólogo de la genial obra de WIEACKER, F., “El principio general...”, cit., págs. 11-15, de igual forma es aceptado por ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad...”, cit., págs. 888 a 890 entre otros.

²⁷¹ ALONSO PÉREZ, M., “la responsabilidad...”, cit., pág. 897.

²⁷² Al respecto afirma GODREAU, M, J., *op. cit.*, pág. 304. Que no existe contradicción entre el carácter aparentemente inmutable de un principio general y las variaciones históricas que se observan en su interpretación. Lo inmutable, lo universal, es esa formulación general que ordena – en todos los tiempos y en todos los países- que los seres humanos nos comportemos en forma leal y honesta, no sólo en todo el ámbito del comportamiento social, sino también en el jurídico.

3. 3. LA BUENA FE COMO UNA NORMA SOCIAL Y PREJURÍDICA

El tema de la buena fe, no sólo fue estudiado por los juristas sino también, y debido a su vital importancia por otras ciencias, fue abordado también por filósofos como KANT, ENGELS y otros, quienes coincidían en afirmar que era un concepto que se nos presentaba como una exigencia ético-social, que propendía por el respeto a la personalidad ajena y de colaboración con los demás. Determinaba KANT que a cada integrante de la comunidad le esta asignado un precepto:

“Compórtate de manera tal que la norma de tu obrar pueda llegar a ser parte integrante de una legislación universal²⁷³”.

Sin duda, una armónica correlación entre los hombres se hace necesaria para una eficaz cooperación en las relaciones en todos los campos, cual sea el orden de referencia que se quiera tomar. Ello presupone, por parte de cada uno de los miembros del cuerpo social, una actitud de comprensión en beneficio mutuo, para entender los recíprocos mensajes. Esto no sería posible sin la coincidente regencia a los presupuestos comunes y sin una equivalente actitud natural de entendimiento, lo que plantea una interpelación ético-social²⁷⁴.

La ley ofrece un criterio elástico de valoración de conducta de un sujeto, esto significa que es necesaria la referencia a un momento prejurídico como índice de mediación de las actuaciones de las partes en las negociaciones. Como en efecto la buena fe, mentalmente exige la honestidad, la transparencia, la coherencia y rectitud en la conciencia y la fe en la palabra dada “*a dictorum conventunque constancia ac veritas*” (tal era el significado originario de la buena fe romana, que designaba a la persona prudente y diligente, completamente determinada en el cumplimiento de la expectativa del otro)²⁷⁵.

²⁷³ Citado por PASCUAL ESTEVIL, L., *op. cit.*, pág. 1026.

²⁷⁴ PASCUAL ESTEVIL, L., *op. cit.*, pág. 1026.

²⁷⁵ Así lo referencia BENNATI, F, “A responsabilidade pré-contratual...”, cit., pág. 79.

Como valor la buena fe, no solo puede ser invocada para reprimir conductas abiertamente maliciosas o fraudulentas, sino también para imponer un modelo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación²⁷⁶. De tal forma que *el concepto no viene a sancionar una conducta específica, sino que su naturaleza y razón de ser es eminentemente prefijada no por el ordenamiento legal sino por unas expectativas sociales de comportamiento ejemplar y leal.*

La admisión del principio no supone introducir moldes acabados que puedan fácilmente formular esquemas normativos de validez general sino líneas, directrices de la conducta social que deben ser ajustadas a cada caso²⁷⁷, eso sí, sustentada en un principio universal del cual se ha venido hablando, que impone a las partes que negocian un arquetipo de conducta social, de lealtad y de fidelidad²⁷⁸.

Debe existir la buena fe como una norma social y como una expresión de exigencia insuprimible, deviniendo necesariamente de la coexistencia y armonía con la libre y autónoma actividad de todos los negociantes. Se observa que el principio de la buena fe viene en definitiva, a constituirse en uno de los límites impuestos por el ordenamiento a la explicación de la autonomía privada. Existe entonces no una libertad indiscriminada sino que la libertad debe estar inspirada en el principio de la buena fe²⁷⁹. Es por tanto una norma jurídica *que obliga a todo sujeto a que actúa en el tráfico a un deber objetivo de fidelidad y crédito*²⁸⁰, *y constituye en nuestro ordenamiento, un concepto abierto que permite concretar los deberes de conducta de los contratantes durante la formación, celebración y el desarrollo del contrato.*

Lo anterior, es compatible con las exigencias de la convivencia y de la solidaridad social, las cuales se presentan bajo un doble aspecto cuya naturaleza puede imponer obligaciones positivas y negativas como bien lo señala BETTI siguiendo las normas del digesto 1, 1, 10, 1.:

²⁷⁶ GOMEZ CALLE, E., “Los deberes precontractuales de información” (La ley, Madrid, 1994), pág. 14.

²⁷⁷ WIEACKER, F., *op. cit.*, pág. 37.

²⁷⁸ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad...”, *cit.*, pág. 888.

²⁷⁹ Para ver más, GALOPPINI, C., “Appunti sulla rilevanza Della regola di buona fe”, pág. 1402, citado por Loi, M, L., Y Tessitore, T., *op. cit.*, pág. 31. MIQUEL GONZALEZ, J., “Observaciones en torno a la buena fe”, *Homenaje al profesor JUAN ROCA JUAN* (Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 1989), pág 499.

²⁸⁰ DE LOS MOZOS, J, L., “El principio de Buena fe...”, *cit.*, pág. 34.

“Las cuales se deben distinguir claramente: a) bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima romana del “*Alterum non laedere*” y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. B) Bajo un aspecto positivo que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto sino una activa de colaboración con los demás, encaminadas a promover su interés²⁸¹”.

De igual forma, se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes cuando están en negociaciones. Por una parte absteniendo de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su contraparte, y a su vez ejercitando todos aquellos eventos necesarios para la satisfacción de sus mutuas necesidades, lo que nos conlleva a concluir que tanto en el ejercicio de sus intereses legítimamente protegidos, las partes deben actuar de conformidad con la buena fe. *La lealtad exigible impone normalmente obligaciones de carácter negativo, y la buena fe impone obligaciones de carácter positivo*. De todos modos debe tenerse presente desde ahora, que el criterio de la corrección o de la lealtad, se identifican con el criterio de la buena fe, por tanto se habla de respeto a las relaciones de obligación, como criterio de conducta que deudor y acreedor deben observar en sus relaciones recíprocas (desde un inicio en la fase de los tratos preliminares).

3.4. LA BUENA FE COMO UN PRINCIPIO DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO PRIVADO

Dejamos de un lado el conflicto que se ha suscitado de siempre entre los dogmáticos conforme a las nociones del interés general en el derecho privado, y partimos de la premisa, que el interés general es el fundamento común de la esfera privada y de la esfera pública. Él condiciona toda la vida en sociedad y legitima el derecho del Estado, siendo este fruto de la colaboración entre la sociedad civil, y sus diferentes formas de interrelacionarse (relaciones contractuales). Así, se presenta el interés general como una idea del contratante racional.

²⁸¹ BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones...”, cit., págs. 71 y ss.

Tradicionalmente el interés general recubre una naturaleza pública y política y por tales circunstancias podríamos decir que tiene un carácter trascendente. Hablar de interés general es ocuparse de mantener el orden social y asegurar el respeto a los valores sociales dominantes. En ese orden de ideas puede, hablarse entonces de la existencia de una jerarquía de intereses considerados como valores esenciales, que deben prevalecer sobre cualquier otra disposición y cuyo criterio nos servirá para resolver conflictos de intereses. En ese contexto, la integración jurídica del contrato al interés general nos lleva a establecer que el acuerdo de voluntades esta sujeto a criterios de imperatividad y sumisión²⁸².

El contrato como soporte y cimiento de derechos fundamentales, se convierte en uno de los vehículos que permiten una realización y disfrute material de los mismos. Debe integrar el orden social preexistente y el orden jurídico que presuponga, realizando los derechos que en él se desarrollan, siempre y cuando no se vulnere el orden de los principios y los valores. Así entonces, la buena fe se nos presenta como un valor dominante de carácter superior cuya imperatividad y sumisión hacen que cedan a ella, frente a sus propios intereses²⁸³, esto se materializa en que cada parte de las negociaciones debe ajustar su conducta al ideal común, debiendo cada una respetar y asegurar el equilibrio contractual.

Hay aspectos y valores en el derecho, que no pueden ser negociados (*tout n'est pas contractuel dans le contrat*), por que le pertenecen a la sociedad. En la deontología del contrato, siempre existirán unos valores mínimos que regirán la órbita negocial, así la buena fe, y el respecto al principio *pacta sunt servanda* (por citar algunas). Su caracterización y justificación, no solo dirige los intereses particulares, sino también un

²⁸² En el mismo sentido, MEKKI, M., “L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé” (L.G.D.J., París, 2004), págs. 72 y ss. MIQUEL GONZÁLEZ, J., “La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil”, *Anales de la academia Matritense del Notariado*, 1990, núm. 29, págs. 10 y ss.

²⁸³ La jerarquía de las normas en derecho español, y básicamente todos los que tienen tradición latina, se fundamentan en el fabuloso texto de KELSEN, H., “Teoría pura del derecho” (Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981), págs. 132 y ss. En el cual el jurista alemán, defiende que no existe en el orden jurídico, un sistema de normas del mismo rango, así, se puede concebir el ordenamiento entonces, como un edificio de varios pisos superpuestos, como una pirámide, o jerarquía formal en cuya cúspide se encuentran los valores superiores de mayor validez.

bien inmaterial que soporta toda la estructura del derecho, *la seguridad jurídica*²⁸⁴. La instauración de reglas es una necesidad, debido a que gracias a ellas, se pueden garantizar y materializar los derechos y libertades de las partes. Así la deontología del contrato busca establecer unas reglas justas para favorecer un resultado justo.

3.5. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CONSTITUCIONAL

Siguiendo a ZAGREBELSKY²⁸⁵ el Estado constitucional contemporáneo es un Estado al derecho por principios, cuya principal característica (entre otras) es la inclusión los principios dentro de sus cuerpos legales, lo cual supone ya no una jerarquía que postulaba el estado de derecho legislativo de otro tiempo, sino una equiparación de igualdad, entre el derecho y los principios jurídicos, por tanto estamos frente a una realidad dogmática jurídica, líquida, fluida o dúctil. Dicha descripción sin duda corresponde a la realidad española, donde, los principios generales son Derecho, los cuales establecen obligaciones jurídicas, y en consecuencia, su cumplimiento puede exigirse ante los órganos encargados de la aplicación del mismo²⁸⁶. En los siguientes párrafos nos dedicaremos a abordar desde el punto de vista de la Constitución española, ¿Cómo? la actual concepción del principio de solidaridad sostiene en gran medida el concepto de Estado.

Hasta aquí, se ha tratado de fundamentar en diferentes perspectivas, la incidencia de la buena fe, en distintos ámbitos, sociales, filosóficos, morales y legales, ángulos que en algún momento se pueden entrelazar desde una transversalidad de la regla como norma y como modelo de conducta. Si auscultamos en el ámbito constitucional, podemos considerar la Buena fe como un filtro sobre el cual se pueden desarrollar los principios

²⁸⁴ A pesar que más adelante estudiaremos el concepto a profundidad, es importante aquí anotar que la Constitución española la consagra en el apartado 3 del artículo 9 donde declara que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

²⁸⁵ ZAGREBELSKY, G., “El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia” (2ª ed., Trotta, Madrid, 1997), págs. 112 y ss.

²⁸⁶ MARÍN CASTAN, M., *op. cit.*, págs. 162 y ss.

constitucionales de solidaridad económico- social²⁸⁷, y además de unidad²⁸⁸ española. En esta misma vía, se consagra en el art. 138²⁸⁹ de la Carta Magna, la solidaridad como un principio fundamental y estabilizador del equilibrio económico en todo el territorio Nacional. Para que la anterior ponderación sea adecuada, exige la concordancia con el modelo económico abierto de la constitución que se deriva del art. 38 y de todo el capítulo III del Título I, de la norma fundamental (art. 39 a 52). Además, como bien lo anota CANO MOTA:

“El equilibrio ha de ser justo, lo que obliga a combinar armónicamente, principios socioeconómicos y formulas jurídicas que permitan una utilización colectiva de la riqueza mediante su apropiada distribución²⁹⁰”.

En el ámbito Italiano²⁹¹ (y manteniendo la misma orientación Española), este principio se fundamenta con los pilares fundamentales del Estado moderno, reconociendo que dicho precepto enriquece y desarrolla la solidaridad en particular, refiriéndose al criterio de igualdad, de dignidad social y humana. En los mismos términos, RASI lo reconoce como:

“Un criterio relevante en orden a la responsabilidad precontractual, en el ámbito del cual el deber de diligencia, de aviso y en general de *correttezza*, son principios de exaltación del ámbito constitucional: ya que si bien son propios de la auto reglamentación privada, pero esta a su vez esta sujeta al interés prevalentemente voluntacional, y superior que es el interés de la colectividad²⁹²”.

²⁸⁷ Aquí la solidaridad se presenta como un referente para el uso de los recursos en *pro* de la calidad de vida, el Art. 45.2, se refiere a: “Los poderes públicos velaran por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

²⁸⁸ Art. 2. La constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

²⁸⁹ El art. 2 se desarrolla en el art. 138 el cual consagra: 1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art. 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

²⁹⁰ CANO MATA, A., “El principio jurídico de solidaridad”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. D JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO*, vol. I (Bochs, Barcelona, 1992), pág. 223.

²⁹¹ Así, DE MAURO, A., Y FORTINGUERRA, F., “La responsabilità precontrattuale” (Cedam, Padova, 2002), págs. 73 y ss.

²⁹² RASI, S, A., “Tema di responsabilità precontrattuale”, *Giur.it.*, tomo I, vol. 1, Roma, 1972, págs. 1315 y ss.

El principio de solidaridad encuentra aplicación en el campo de las obligaciones y del contrato, lo que equivale a que es aplicable, tanto de las relaciones en general como en las interindividuales. Además no se puede negar que la responsabilidad civil, descansa sobre una *ratio* económico-social. Este principio constitucional impone el deber inderogable al ciudadano, que incide en la situación jurídica subjetiva en la disposición de derechos patrimoniales. Un principio por tanto que opera no solo en la hipótesis, de la responsabilidad precontractual, sino que se hace extensible, a todos los comportamientos humanos que el hombre desarrolle en sociedad. Si cada instituto jurídico de nuestro ordenamiento debe conformar tal principio, la responsabilidad precontractual esta sometida a la realización de valores superiores, debe por tanto asumir los nuevos e instrumentales tonos de la propensión por la eliminación de la disparidad de hecho, del desequilibrio económico-social existente especialmente en relaciones contractuales entre sujetos con evidentes diferencias.

La solidaridad es un principio fundamental²⁹³ del actual ordenamiento jurídico moderno, y por tanto no es cierto y no pueda ser considerada como propia de determinados regímenes políticos en especial²⁹⁴. En el pasado, lo que sucedió fue, que su valorización se realizó en diferentes grados, de acuerdo a las necesidades de cada momento histórico por los que han atravesado las sociedades, de tal forma que hoy incluso algunos Estados no tienen su reconocimiento expreso en su ordenamiento, más sin embargo se acude a él, al momento de paliar los distanciamientos que a veces se puedan presentar entre el derecho, la justicia y equidad.

²⁹³ Así lo reconoce CANO MATA, A, "El principio jurídico de solidaridad...", cit., págs. 219 y ss. Sostiene el autor que la solidaridad permite una convivencia que posibilita el desarrollo en plenitud de todos los valores humanos, puesto que es un principio social.

²⁹⁴ No se puede negar que tal principio toma relevancia internacional y social, con la llegada de un nuevo régimen en la Europa del este y Rusia, con la incorporación de pensamientos políticos comunistas, y posteriormente asumidos y transformados por el socialismo, componente que es extraído y adoptado por la actual tendencia constitucionalista, que ha venido construyendo desde la mitad del siglo pasado una nueva doctrina constitucional con fundamento en principios como la solidaridad, la prevalencia del interés general sobre el particular, entre otros principios que tienen en la actualidad un fuerte arraigo y reconocimiento mundial. Para ver más, ACKERMAN, B., "Constitucional law constitucional politics", *Yale law Journal*, 1989, vol. 99, núm. 3, págs. 466 y ss., BÖKENFÖRDE, E, W., "Escritos sobre el Estado de Derecho y la Democracia" (Trotta, Madrid, 2000). BUSTOS GISBERT, R., "La Constitución Red: Un estudio sobre estabilidad y constitución" (Oñate, 2005).

El descubrimiento de la solidaridad como valor jurídico de primera magnitud no ha sido fácil ni mucho menos pacífica, ha sido necesario superar la concepción antropocentrista del hombre y del Derecho, dejando atrás las ideas de aquel sujeto dotado de plenos poderes, soberanos y absolutos con prescindencia del interés comunitario, con total rechazo del contexto social en el cual estaba inmerso en su desarrollo. Hoy por fortuna se concibe el Derecho desde otra óptica, se afirma que la persona tiene el deber social de cooperar a la consecución del bien común, del cual obviamente participa. La vivencia de los valores de solidaridad y cooperación, generalmente olvidada o preterida por los juristas, debe presidir su actividad, dirigiendo su cotidiano quehacer. *Ello obliga al ciudadano a colaborar en la realización de quienes lo rodean, para lo cual debe también abstenerse de toda acción contraria a ese propósito.*

Dichos principios han transformado sustancialmente el Derecho y sus instituciones, especialmente las que se desarrollan en el ejercicio de los derechos subjetivos y en especial las que tiene que ver con la disposición de derechos patrimoniales²⁹⁵, por tanto hoy se habla de un contrato equilibrado, socialmente aceptable y cuyo contenido puede ser intervenido y controlado por la labor judicial en la medida en que dichos pilares se socaven o sean ampliamente beneficiosos e irregulares a una de las partes, situación que será ahondada en los capítulos venideros.

La solidaridad, implica una dinámica social y constata la necesidad de una adecuación constante de las normas jurídicas, las cuales se caracterizan en algunos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia por su inamovilidad, siendo ésta una abstracción del propio fundamento base de la igualdad. Hablando en casos concretos, y recordando a NANNI²⁹⁶, el demostrativo conflicto de intereses denota una marcada y acentuada disparidad sustancial, expresada en la constante tensión entre el Derecho y la dignidad humana.

En otros términos, se asegura una mejor calidad en la circulación de bienes, con la garantía de la posible intervención del sistema judicial para verificar la congruencia y la

²⁹⁵ Así también MIQUEL GONZÁLEZ, J., “Acción de división de cosa común. Buena fe y abuso del derecho. Presunción de buena fe”, *C.C.J.C.*, 1986, pág. 4061.

²⁹⁶ NANNI, L., “La buona fede contrattuale nella giurisprudenza”, *C.I.*, 1986, pág. 557.

justificación económica del contrato. Así se presenta la buena fe, y en especial la objetiva, como una idea fundamental de la *nueva legislación*²⁹⁷, la cual se integra en el deber de solidaridad social consagrado en el moderno constitucionalismo europeo.

3.6. LOS DEBERES EMANADOS DE LA BUENA FE

La doctrina moderna sustenta que los deberes precontractuales encuentran su fuente en la relación (en el contacto social) que nace entre las partes con el fin de preparar el contenido del futuro contrato. De tal forma que hoy la literatura jurídica germánica, habla que todo se resume al significado de una ecuación: “Relación precontractual = relación de confianza²⁹⁸”. La relevancia de la confianza como elemento esencial no sólo del período de formación negocial, sino de todo el proceso contractual, está orientada en el propio concepto de la buena fe objetiva, reconocida expresamente como norma dirigida a la tutela de confianza y la lealtad en correlación al otro, con quien primero se entra en relaciones negociales.

La anterior idea, que en la ley ha hallado solamente defectuosa expresión en algunas disposiciones particulares como ya se mencionó anteriormente, ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia en un instituto de Derecho vigente que actualmente tiene fuerza de norma consuetudinaria a consecuencia de su ejercicio durante

²⁹⁷ Denominada así, por PATTI, S., “Responsabilità precontrattuale e contratti standard” (Giuffrè, Milan, 1993), pág. 15. Donde el autor sigue a RODOTÀ, S., “Appunti sul principio di buona fede...”, cit., pág. 78 y ss. No podemos olvidar como es en el seno del mismo Instituto Internacional por la Unificación del Derecho Privado, que se ha consagrado en los principios UNIDROIT, que la buena fe constituye una de las ideas fundamentales en la base de los principios de la contratación internacional y como esta se difunde durante todo el proceso de negociación, ver. Art. 1.7 y 2.15. Según los comentarios explicativos que normalmente suelen acompañar los artículos de estos principios, es la buena fe la que conlleva a limitar la libertad negocial, de acuerdo con el art. 1.7, así las cosas, tanto el art. 2.15 y el art. 1.7 se deben interpretar conjuntamente, puesto que los dos se integran y complementan, entonces la buena fe como principio fundamental del comercio internacional tiene una función limitadora e integradora, debido a lo anterior, no le es lícito a las partes excluirla y siempre deberán comportarse en el comercio internacional de acuerdo a sus estándares de conducta que ella demanda.

²⁹⁸ Así lo consagran diferentes autores de la talla de STÖLL, H., “Die Lehre von den Leistungsstörungen”, (Tübingen, 1936), pág. 26, de igual forma EICHLER., “Rie rechtslehre vom vertrauen” (Tübingen, 1950), pág. 11 ss y ENNECCERUS-LEHMANN., “Recht der schuldverhältnisse”, vol. XV, tomo I (Tübingen, 1958), citados por BENNATI, F., “Culpa in contrahendo, contratto e impresa...”, cit., pág. 245, y en “A Responsabilidade pre...”, cit., pág. 140, y ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad...”, cit., pág. 849. Cuando afirma en su escrito, que la doctrina alemana establece casi unánimemente la siguiente ecuación: *vertragsverhandlungen = vertrauensverhältnis* (es decir, relación precontractual = relación de confianza).

muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general²⁹⁹. Además es importante anotar, que dentro de los modernos movimientos de armonización y unificación del Derecho privado como una de la perspectiva de las políticas de la Unión Europea, existen en la actualidad unos proyectos que pretenden la elaboración de un marco común de referencia, donde se reconozca expresamente que las partes en la etapa de negociación, están sujetas al cumplimiento de unos deberes precontractuales que tienen sus fundamento en la buena fe contractual³⁰⁰.

Esta conciencia jurídica general es reconocida por ASÚA GONZÁLEZ³⁰¹ quien afirma que las bases teóricas, de estos deberes fueron sentadas y consolidadas durante las décadas de los años 20 y 30's del siglo pasado, y son las que aportan los conceptos fundamentales a los que hoy todavía se recurre. Así la existencia de deberes precontractuales que derivan de una relación vinculante de carácter legal, surgida de las conversaciones y cuya vulneración se sanciona, ha venido siendo, y lo es en la actualidad, un lugar común de la doctrina y la jurisprudencia, reconociéndose a este principio el carácter de costumbre jurídica.

²⁹⁹ LARENZ, K., "Derecho de Obligaciones...", cit., pág. 108. De conformidad con lo aquí afirmado por LARENZ, se tiene que ya desde inicios del siglo pasado la idea de unos deberes generadores de responsabilidad la encontramos en la S.T.S. de 26 de abril de 1912.

³⁰⁰ En los Principios Del Derecho Europeo De Los Contratos, proyecto abanderado por el grupo LANDO que tiene a su cargo la Commission Europa Contract Law C.E.C.L., consagró en diversidad de normas todo un conjunto de fundamentos dogmáticos de responsabilidad precontractual, por tanto es frecuente encontrar dentro de su cuerpo legal, preceptos sobre libertad contractual y el respeto a la buena fe y su favorecimiento en la seguridad de las relaciones contractuales y la uniformidad de su aplicación (Artículo 1:102 y Artículo 1:106:), de igual forma se consagran los deberes generales de los contratantes de conformidad con la buena fe contractual (Artículo 1:201). Así mismo, se establece que las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas, (Artículo 1:105). Se dedica todo un capítulo a la formación contractual y se establecen disposiciones generales, para la conclusión negocial. Por último es de destacar, una norma (que a juicio propio consolida un sistema de responsabilidad precontractual frente a la intencionalidad de las partes), la cual consagra: "Artículo 2:102: Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte". En todo el proyecto, es frecuente encontrar artículos sobre los denominados acuerdos suficientes; como podrá observar el lector, es un texto que no sólo aborda la formación contractual sino que también propone unos nuevos y modernos principios que se ajustan a las necesidades históricas y por tanto de las realidades de los usos y tráficicos que demandan las novísimas formas contractuales. También reconoce los deberes precontractuales el Código Europeo de los contratos de la academia de Pavía artículos 6, 7, y 8. Para ver más, capítulo I, de la presente investigación. LASARTE ÁLVAREZ, C., "La protección del consumidor como principio general del derecho", *Estudios sobre consumo*, 2005, núm. 73, págs. 60 y del mismo autor: "La protección del consumidor como principio general del derecho", *Libro homenaje al profesor MANUEL ALBALADEJO GARCÍA*, tomo II (Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 2004), pág. 2620.

³⁰¹ ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, pág. 49. Posición ratificada últimamente por VALES DUQUE, P., *op. cit.*, pág. 722.

De la buena fe, nace un modelo de comportamiento no formulado legalmente (y de imposible formulación legal), que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales³⁰². Se puede por tanto, hablar de deberes de conducta del hombre en el prólogo negocial susceptibles de generar una responsabilidad precontractual³⁰³, los cuales tienen su fundamento en el concepto de la fe *in contrahendo*, aquella que tiene su asidero en el valor general de la buena fe objetiva. Recuérdese, es aquella que le es exigible única y exclusivamente a las partes cuando se entra en negociaciones, y se origina por el contacto social. En la fase de negociaciones, los sujetos negociales tienen la obligación de cumplir con los deberes secundarios de conducta, y es evidente que la violación de estas obligaciones es fuente de responsabilidad, independientemente del acto ulterior de un acuerdo, razón tenía BENATTI cuando sostuvo que estos deberes:

“Se presentan como consecuencia directa de los valores que la buena fe pretende tutelar, la lealtad, la honestidad, la coherencia, la conciencia, la rectitud y la confianza en la palabra dada, características del sujeto prudente y diligente del derecho romano, exclusivamente empeñado en la satisfacción de la expectativa ajena³⁰⁴”.

Por lo general los deberes al no proceder de una voluntad expresa o tácita y venir exclusivamente justificados por la teoría general de obligaciones y contratos y en particular por la buena fe, constituyen únicamente unos deberes de conducta (en la medida exigida por la buena fe)³⁰⁵ derivados de las nociones vecinas de los vicios ocultos, de la evicción o incluso, de la teoría de los vicios de la voluntad. Sin embargo ésta afirmación puede a veces ser desacertada pues muchas ocasiones se nos presenta como una verdadera obligación, por tanto consideramos que es pertinente entrar a clarificar las diferencias existentes entre los deberes naturales y jurídicos.

Pero antes es necesario, recapitular afirmando, que en la actualidad, los deberes de conducta, que en otrora estuvo en entredicho su existencia, hoy por hoy gozan del todo

³⁰² DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de Derecho...”, cit., pág. 49.

³⁰³ El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto que, en otro caso, se puede producir situaciones de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, S.T.S. de 26 de febrero de 1994 (R.J.1994, 1198).

³⁰⁴ BENATTI, F., *op. cit.*, pág. 48.

³⁰⁵ SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, pág. 100.

de un reconocimiento continental. Debido a lo anterior, es que poco a poco los deberes secundarios de conducta, se han ido incluyendo en las diferentes leyes, en especial las que regulan el derecho de consumo. Su importancia y relevancia es tal, que no se puede olvidar lo estudiado en el primer capítulo en lo referente al creciente y moderno proceso de unificación y uniformidad del derecho europeo de los contratos y del ordenamiento civil, donde los deberes de conducta gozan de una amplia y especial protección y reconocen su origen en la buena fe contractual, lo cual sin duda da fin al debate suscitado especialmente entre los seguidores de la doctrina aquiliana (que desconocía la existencia de estos deberes como unos deberes específicos que llegan a la esfera negocial cuando las partes comienzan las negociaciones) y los de la contractualista. Aún así, consideramos que es necesario entrar a hacer un análisis sobre la naturaleza de los deberes emanados de la buena fe, para respaldar con un mayor fundamento nuestra posición sobre la naturaleza obligacional.

3.6.1. COMO DEBER NATURAL

La consagración y reconocimiento de la existencia de las obligaciones naturales en los códigos civiles europeos, es una excepción frente a la regla general de su concreción. El código español, va en la misma dirección, y no consagra en su ordenamiento este tipo de deberes, y de ahí han deducido algunos su desconocimiento. En la actualidad la importancia y relevancia de esta categoría jurídica va en aumento; en la jurisprudencia francesa, a través de una multitud de casos, ha logrado introducir con ella, una notable cantidad de savia moral en el campo del Derecho. El nuevo Código Civil italiano le ha dado franca acogida, y el *B.G.B.* la consagra expresamente y el *Z.G.B.* la alude sin nombrarla³⁰⁶.

Para establecer si la característica de estos deberes se basa en el concepto de un deber natural, es pertinente remitirnos a los conceptos de los ilustres Maestros del derecho civil francés PLANIOL Y RIPERT, y COLIN CAPITANT, quienes coincidieron en sus delimitaciones, al considerar que:

³⁰⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., "Estudio de derecho privado común y foral", tomo II (Bosch, Barcelona, 1992), págs. 3 y ss.

“Son obligaciones imperfectas, son obligaciones en las que sólo somos responsables ante Dios y que no dan a persona alguna derecho de exigir su cumplimiento³⁰⁷”.

“Constituyen una obligación jurídica distinta de la civil, la diferencia radica en que al no ser civiles no disponen de una acción que las hagan coercibles³⁰⁸”.

En la antigüedad los deberes naturales, tenían relación con la voluntariedad, de tal forma que ni el Derecho civil romano, ni el *pretor*³⁰⁹ contemplaba la posibilidad de impetrar acciones para hacer cumplir, una obligación natural. Más sin embargo operaba la “*solutio retentio*” o retención del pago.

Frente a las actuales tendencias, hoy día el criterio se nos presenta con mucha más claridad, cuando intentamos ajustar los deberes emanados de la buena fe a las relaciones precontractuales, ya que como se explicaba en líneas anteriores, diversos ordenamientos recogen diferentes normas sobre su contenido alcance y sobretodo sobre su exigibilidad. Por tanto es improcedente cualquier intento de ajustar la buena fe frente al concepto de las obligaciones naturales; más sin embargo es interesante el estudio que hace GARCÍA RUBIO³¹⁰ al respecto, considera: “si bien estos deberes no pueden ser configurados como obligaciones en sentido técnico si presentan importantes peculiaridades con respecto al genérico *naeminem laedere*”, por tanto es vital continuar con la diferenciación.

3.6.2. COMO DEBER JURÍDICO

El deber jurídico se concibe como la necesidad conforme a un ordenamiento jurídico dado, que un determinado comportamiento se adopte o se realice³¹¹, mientras que

³⁰⁷ PLANIOL, M., Y RIPERT, J., “Tratado práctico de Derecho civil Francés”, *De las obligaciones*, tomo VII (Cultural, La Habana), pág. 291 y ss.

³⁰⁸ COLIN, A., Y CAPITANT, H., “Curso elemental de Derecho civil”, tomo III (*R.G.L.J.*, Reus, Madrid, 1960), pág. 109.

³⁰⁹ En virtud de las “*Leges Liciniae Sextiae*” se les atribuía la “*iurisdictio*” (jurisdicción), que no era otra cosa que la función de administrar justicia.

³¹⁰ GARCÍA RUBIO, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 22.

³¹¹ Díez PICAZO, L., “Fundamentos de derecho civil patrimonial...”, cit., pág. 48. Existe en la bibliografía española, un texto de MONTORO BALLESTEROS, A., “El deber jurídico” (Universidad de Murcia, Murcia, 1993), pág. 8 y ss. Donde el autor hace un estudio detallado del deber jurídico, de su noción y naturaleza, así como sus diferentes aproximaciones desde disciplinas jurídicas, filosóficas y sociológicas. Aquí, se define el deber jurídico como: “Un comportamiento preceptivo de un deber ser, entrañando una dimensión de obligatoriedad, en virtud de la cual se exige a sus destinatarios ajustar su conducta a lo prescrito por sus

la obligación puede incluir varios deberes jurídicos, incluso, ser contemplada como la suma de un deber jurídico y un derecho subjetivo. La distinción entre ambos conceptos concuerda con la distinción entre derechos reales y de crédito, se reserva la denominación técnica de obligaciones para el grupo de los deberes jurídicos que se desarrollan fuera del ámbito de la familia y no se presentan como una consecuencia de los llamados derechos reales³¹².

Sin embargo toda diferenciación puede ser superada conceptualmente, puesto que no existe una diferencia de carácter sustancial entre deber jurídico y obligación³¹³. El deber jurídico que nace de los derechos reales, no tiene un contenido positivo, puesto que el ejercicio del derecho real no necesita de la colaboración de los demás hombres, basta con que se abstengan de entorpecer sus actuaciones de ejercicio y disfrute. Por el contrario, el derecho de crédito tiene como contenido, no poderes directos sobre una cosa, sino cierto comportamiento de determinada persona. Esta concepción del deber jurídico como consecuencia lógica de los derechos reales nos lleva a ubicar los deberes precontractuales mayormente en el ámbito de la *obligatio*, pues nacen de una vinculación particular en el ámbito de las relaciones económico-patrimoniales entre dos sujetos, vinculación que se da con ocasión al concepto de la buena fe.

Por otra parte, cuando hablamos de un deber jurídico, también estamos asociando el concepto a un comportamiento moral o ético que viene impuesto por la sociedad para regular las relaciones económicas. Así la buena fe aparece como fórmula que sintetiza y comprende el complejo de deberes de conducta que se reconducen a la idea de corrección en el tráfico³¹⁴. Por el hecho de relacionarse o de entrar en contacto las partes asumen unos determinados deberes, quedando obligadas a comportarse de acuerdo a los cánones

normas. El deber jurídico consiste en la exigencia que el derecho dirige al destinatario de la norma imponiéndole la observancia, de un determinado comportamiento. Afirma el autor que el comportamiento que constituye el objeto del deber jurídico puede consistir en: Dar o entregar alguna cosa, en llevar a cabo una determinada conducta (*locatio operarum*) o producir un concreto resultado, omitir determinados comportamientos y tolerar o soportar ciertas cargas”.

³¹² CORRIPIO GIL-DELGADO, M, R., “Los contratos informáticos, el deber de información precontractual” (Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999), pág. 198. En ese mismo sentido MONTORO BALLESTEROS, A., *op. cit.*, pág. 9. Afirma: “En el ámbito doctrina se han llevado a cabo esfuerzos orientados a poner de relieve las notas o rasgos diferenciadores del deber jurídico y la obligación jurídica, sin embargo, frente a esos intentos que no han cristalizado conclusiones muy convincentes, más razonable nos parece la posición de preferir utilizarlos como sinónimos”, situación que compartimos en todo.

³¹³ ARIAS RAMOS, J, A., “Derecho Romano”, tomo II (18ª ed., Ed. R.D.P., Madrid, 1986), pág. 558.

³¹⁴ PRATA, A., “Notas sobre responsabilidad pré-contratual” (Almedina, Coimbra, 2002), págs. 34 y ss.

que demanda la buena fe y a observar en los tratos, la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes. Los deberes de veracidad y de buena fe pueden tener un alcance muy diverso. Por ejemplo: Veracidad de las informaciones que se suministran, diligencia en responder, el secreto³¹⁵, etc.

Desde el momento en que entran en contacto, las partes están sujetas al cumplimiento de una serie de obligaciones y deberes, los cuales han intentado ser clasificados durante muchos años, por los diferentes estudiosos³¹⁶ que se han ocupado del tema. En la actualidad, existe una media unificación al respecto siendo los más aceptados: “*el deber de información, de secreto y de conservación o custodia*”. Los tres deberes, además, están contenidos en los proyectos adelantados por la academia en los procesos de uniformidad y unificación del derecho europeo, al cual ya se ha hecho alusión en el capítulo I³¹⁷.

³¹⁵ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de derecho civil patrimonial...”, cit., pág. 271.

³¹⁶ Puede estudiarse al principal representante del derecho suizo, en los casos de responsabilidad precontractual el profesor PIOTET, P., “*Culpa in contrahendo* et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse” (Stempfli, Berne, 1963), págs. 100 y ss. En diferentes apartes del texto, se encuentra el reconocimiento de la existencia de obligaciones que nacen con ocasión a las negociaciones, destacándose las positivas y las negativas, que surge entre los “*partenaires*”. A su juicio el principal deber de hacer, es el de la obligación de declaración, que tienen las partes en el momento de las negociaciones o acercamiento contractual. De conformidad con esa principal obligación, las partes deben comunicarse y transmitirse todo lo que conozcan y esté a su alcance frente al objeto negociado. En cuanto a los deberes negativos, el autor, manifiesta que las partes se encuentran obligadas a abstenerse de ejecutar cualquier acto que pueda entorpecer, las negociaciones o a crear errores o apariencias falsas en la contraparte. En la doctrina italiana, es de resaltar, la clasificación que hace de los deberes BENNATI, F., “A responsabilità pré-contratual...”, cit., págs. 47 a 96. Donde los fundamenta en el art. 1337 el cual consagra la obligación de comportarse de buena fe, siendo ésta la que surge en el período de formación del contrato. Remata el autor, que no puede ser considerado como tal, el momento meramente interior, en el cual el sujeto se decide a contratar. La correcta interpretación de la disposición será en sentido, que por la fuente del deber de buena fe se debe entender la propuesta hecha con aquellas características, de idoneidad la cual justifica una confianza en el destinatario en relación con el declarante. Y en su fundamento se hayan los deberes de confidencia o secreto, deberes de aviso y de custodia. Es también de resaltar la clasificación que hace CARRESI, I., *op. cit.*, págs. 440 y ss. Ya en el campo del derecho español, se podría citar la clasificación que al respecto hace ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad...”, cit., pág. 909. Donde afirma que son tres las obligaciones y derechos que tienen las partes; un deber de comunicación o información, un deber de secreto y un deber de custodia o conservación. También los aborda, ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, pág. 63. Afirma la Catedrática, que la relación de confianza se basa en la exigencia de determinados deberes precontractuales, entre personas conocidas quienes tienen una relación más profunda que la del simple trato, situación contraria a la de la responsabilidad. Quien hace un especial análisis al deber de información, en el plano americano es BREBBIA, R., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 93. Recoge los tres deberes normalmente reconocidos por la doctrina internacional (información, secreto, custodia) y suma el deber de abstenerse de la realización de actos antifuncionales, entendiéndose por tales aquellos que no son idóneos para avanzar la negociación, y al mismo tiempo son susceptibles de producir perjuicio al otro precontrayente. En el mismo sentido también los enumera COSTANZA, M., *op. cit.*, pág. 71. Afirmando que la buena fe es una fuente de deberes de comportamiento, de ahí que derive la existencia de la obligación de colaboración, de información, de custodia, y cualquier trasgresión de los deberes, genera una responsabilidad resarcitoria.

³¹⁷ Es de resaltar como por ejemplo el proyecto del Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, los enuncia expresamente en los artículos, 6, 7, y 8. También el proyecto, de los Principios Del

3.6.3. LA FUENTE LEGAL DE LOS DEBERES DE CONDUCTA

Los deberes de conducta a los que hemos dedicado nuestras últimas líneas tuvieron sus inicios en interesantes estudios realizados a finales del siglo XIX y principios del XX por la doctrina liderada por la escuela alemana³¹⁸, la cual logró unificar sus criterios integradores respecto al alcance y naturaleza de los mismos, fundamentando que las partes desde el mismo momento en que comienzan las negociaciones hasta cuando logran concretar sus acuerdos mediante la manifestación de su voluntad, gozan de un interés común el cual fundamenta un acuerdo final.

Razón tenía COSSIO cuando afirmaba que:

“La exigencia de la buena fe se constituye como una fuente de las obligaciones y de los límites impuestos a la conducta humana, estimando que como principio debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, así como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie³¹⁹”.

Señalemos también que los deberes secundarios de conducta no se presentan en exclusiva en la ejecución del contrato como complemento de las obligaciones nucleares, sino que tales deberes también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa post contractual. Toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya producido, incluso después de su “consumación³²⁰”.

Derecho Europeo de los Contratos consagran los deberes generales de los contratantes de conformidad con la buena fe contractual (Artículo 1:201).

³¹⁸ Ver cita número 26, donde se reseña una amplia bibliografía alemana.

³¹⁹ DE COSSIO, A., *op. cit.*, pág. 247.

³²⁰ MORELLO, A. M., “Indemnización del daño contractual” (2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974), pág. 76. En el mismo sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J., “Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual”, *Libro-Homenaje al Profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA* (Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006), págs. 763 y ss.

Se tendría un panorama sustancialmente diferente en el caso de la ruptura de los tratos preliminares, ya que en este caso, no podríamos acudir a que los derechos y deberes se fundamentan en fuentes contractualistas, sino que tendríamos que decir que existe una norma dispositiva de carácter superior y es el principio de la buena fe; el cual gobierna absolutamente todas las relaciones negociales existentes y es el creador de preceptos de conductas sociales y prejurídicas. Siendo la verdadera fuente de la obligación en la relación social (que se origina en la preparación del contenido del contrato)³²¹. Posición que ya quedó explicada en líneas anteriores.

Por tanto no es exagerado afirmar que las consecuencias conformes a la buena fe a que obliga el contrato según el artículo 1258, son extensibles, ante una *eadem ratio* que se ofrece evidente, aún con mayor intensidad a la etapa precontractual. En un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas, los elementos engaño, fraude, falacia, como tipificadores del dolo son por si mismo opuestos a la buena fe "*fides bona contraria est fraude et dolo*".

El valor social que recoge el principio de la buena fe, hace que contenga en el ordenamiento fuerza suficiente como para imponer un comportamiento positivo y negativo a las partes del *iter* contractual. Entendemos que el legislador ha dejado abiertas vías de comunicación entre las normas formuladas (el orden moral, encarnadas por los valores humanos y culturales) y ese gran entramado de hechos, creencias, necesidades, aspiraciones y problemas integrantes de la realidad social³²². Sin embargo el problema perdura a la hora de fijar la responsabilidad por incumplimiento de los deberes, en tanto que aquella nace incluso cuando el contrato ha sido ejecutado de la forma prevista.

Luego de estudiar, la naturaleza y fuente de los deberes secundarios de conducta, es necesario abordar su alcance, su exigibilidad y ámbito de aplicación, de tal forma que durante los tratos preliminares la buena fe impone obligaciones a las partes (las dos primeras de tradición alemana y la última de tradición italiana), el deber de información, secreto y conservación, deberes que como ya se explicó, hoy día hacen parte de la

³²¹ Ya en la S.T.S. de 29 de enero de 1965 (R.J., 1965, 262), el Tribunal Supremo a razón de analogía, dio aplicación extensiva del art. 1258 del Código Civil diciendo que: "En los tratos preliminares ha de actuarse de buena fe y comportarse como exigen las convicciones éticas imperantes en la comunidad".

³²² HERNÁNDEZ GIL, A., "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la Buena fe" (Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 1979), pág. 12.

doctrina³²³ y de la costumbre válidamente aceptada, así como de los nuevos proyectos de unificación y armonización de la normatividad europea.

3. 6. 3. 1. EL DEBER DE LEALTAD Y COOPERACIÓN

Antes de entrar a estudiar los deberes genéricos o secundarios de conducta a los cuales se ha venido haciendo relación, es imprescindible clarificar que existe un deber básico y a juicio propio el más importante que le incumbe a las partes, es el deber de lealtad, ese concepto general cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma leal frente al otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza, pues es sabido que en este principio se fundamenta el contrato justo³²⁴.

El principio de lealtad se impone como un punto cardinal de una auténtica ética del desarrollo contractual. Lealtad viene del latín *legalis*, que significa *en sentido estricto de conformidad con la ley*. Desde un punto de vista menos formal se asocia con la palabra sinceridad³²⁵, como sinceridad contractual (en la formación del contrato). El principio de

³²³ Así lo corrobora, el creciente movimiento jurisprudencial y las nuevas tendencias unificadoras estudiadas en el primer capítulo, ver por todos, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., Y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Codificación de la *culpa in contrahendo* en el derecho alemán”, *Estudios homenaje al profesor Díez PICAZO*, tomo II, Derecho civil, Derecho de obligaciones (Thomson-Civitas, Madrid, 2003), págs. 1425 y ss.

³²⁴ El principio de la lealtad, no ha sido una preocupación exclusiva de los juristas, por el contrario es en la discusión filosófica donde se ha ahondado profundamente al respecto. Sobre el tema existen tres grandes escuelas que abanderan distintas teorías son: Por una parte quienes afirman que los principios individuales de la equidad son los que originan la lealtad, otros por su parte, defiende la teoría de la regla de la justa conducta, y por último, la escuela de mas renombre, aquella que defiende la teoría de la etica de la discusión. Para ver más, RAWLS, J., “La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique” (Seuil, coll. Politique, París, 1988), págs. 279-317. Según el autor, en el desarrollo de los pueblos se va creando un orden justo de cooperación y descubrimiento, que se va extendiendo en la conciencia de todos los individuos y a su vez va afectando a otros. HAYEK, A., “Procéduralisation du droit et négociation collective”, *Democratie et procéduralisation du droit*, travaux des XVIe d’études juridiques DABIN J, organisées par le centre de Philosophie du Droit, (Bruylant, Université catholique de Louvain, Bruxelles, 1996), págs. 171-196, y la teoría de la ética de la discusión de HABERMAS, M., “De l’éthique de la discussion” (Cerf, París, 1992), págs. 115 y ss. Para muchos es el fundamento ético de la democracia moderna, según el autor, a cada comunidad y propiamente a sus miembros les corresponde discutir, dialogar y comunicarse, y así reglarse sobre las cuestiones morales, es decir las reglas básicas de su coexistencia. La anterior doctrina se fundamenta en dos principios la discusión y la universalización.

³²⁵ CORNU, G., “Vocabulaire juridique”, pág. 490, Louyaté : *Droiture, désigne plus spécialement soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l’exécution du contrat)*.

lealtad es un principio de acción que guía la actividad contractual a fin que el acuerdo de voluntad sea concluido en condiciones justas y equilibradas³²⁶.

Para otros, la lealtad es la *main invisible*³²⁷ en el derecho de los contratos, ella no necesita formulación, puesto que ella debe ser inculcada. La lealtad consiste en cambiar un comportamiento que no quiere que se le cause a otro ni a uno mismo. Estamos en total acuerdo con la anterior valoración, ya que la lealtad aparece como un instrumento privilegiado del fenómeno de cooperación, de trascendencia del interés individual al general, y en la medida que se realice el interés de las partes, de una forma justa ecuánime y equilibrada sin duda se estará realizando también el objetivo de los contratos como instrumentos de interrelación social.

Justamente en ese deber, se fundamenta el derecho a la competencia, cuyo dogma se soporta en que: “El deber de lealtad entre todos los que intervienen en la vida económica direccionará su comportamiento de tal forma que todos participarán de los mercados en igualdad de condiciones, haciéndolos más competitivos con mejores prestaciones, a precios más bajos y con mejores calidades³²⁸”.

La confianza es el soporte de cualquier vínculo obligacional que pueda regir las conductas humanas, de hecho es el fundamento del derecho de los negocios. Desde los inicios de las mismas negociaciones de conformidad con el tráfico normal, las partes interactúan y comienzan a cimentar las bases de un futuro acuerdo basado en los actuares leales y correctos, y justo en ese estado de la negociación es cuando las partes se entregan confiadamente a la concreción de unas expectativas legítimas que se puedan tener y por tanto se justifica en todo la imposición del deber de lealtad. Razón tiene FAGES, cuando afirma que:

³²⁶ Sobre la lealtad en el derecho francés existe un excelente artículo, desarrollado por LEBORGNE, A., “L’impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d’un grand principe”, *R.T.D. civ.*, 1996, págs. 535- 550.

³²⁷ Denominada así por BOURSIER, M., “Le principe de loyauté en droit processuel” (Daloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, París, 2003).

³²⁸ LASHERAS, M., “La regulación económica de los servicios públicos” (Ariel, Barcelona, 1999), págs. 15 y ss.

“En la práctica la buena fe implica la fe de un comportamiento leal, y de un comportamiento cooperativo³²⁹”.

El deber de lealtad, emprende para las partes un actuar de cooperación permanente y constante, valorando siempre las expectativas legítimas de la contraparte, ello incluso puede representar la obligación de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira la otra parte. En las negociaciones, no basta con actuar conforme a Derecho o no ejercer conductas fraudulentas, sino por el contrario es fundamental emprender actuaciones positivas y negativas, con tal de satisfacer las necesidades que le incumben a los extremos negociales, en unos intereses que en principio se presentan como antagónicos, y que terminarán siendo siempre armónicos³³⁰. En el mismo sentido se pronuncia GHESTIN afirma que:

“La exigencia de la buena fe es clara, y que comprende unas actuaciones concretas de comportamiento³³¹”.

La buena fe entonces tiene un aspecto que a nuestro juicio la hace exigible, la *cooperación*, la cual implica de manera positiva, las actitudes y comportamientos convergentes al servicio del interés contractual común. Así las partes están obligadas a ser transparentes y a presentarle a su contraparte las reales posibilidades de alcanzar la tan anhelada conclusión del contrato, ya que como bien se dijo, a ella no se llega de una forma espontánea, plausible o incluso tranquila; si no que por el contrario hay que superar toda una cantidad de obstáculos y de tiempo, lo que sin duda representa circunstancias de valoración económica, por tanto si se actúa de buena fe se tendrá una actitud transparente y constructiva.

Son claramente repudiables los comportamientos maliciosos y las segundas intenciones, pues la buena fe comprende una exigencia perceptible cada vez más notoria

³²⁹ FAGES, B., “Le comportement du contractant” (Institut de Droit des Affaires, Université Aix-Marseille, Marseille, 1997), pág. 300.

³³⁰ Para profundizar más en el tema se puede consultar a GODREAU, M., *op. cit.*, pág. 315 y a LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 50 y ss.

³³¹ GHESTIN, J., “La formation du contrat...”, *cit.*, núm. 264. Define la buena fe como una exigencia de comportamiento para las partes, en algunos momentos impone conductas activas y omisivas.

en el moderno derecho de los contratos. Es “la autenticidad de los comportamientos³³²”, además no se debe olvidar que la expresión buena fe es una regla que disciplina las acciones de los individuos en sociedad. Ya en el plano contractual, por su parte la buena fe *in contrahendo*, direcciona a los sujetos negociales a un accionar con el modelo del normal operador económico³³³, como es reconocido por la doctrina italiana. El estándar de conducta, se encuentra esencialmente unido y coordinado con el concepto de *correttezza* y lealtad, por tanto hoy día y retomando, las palabras de ALONSO PÉREZ *la relación precontractual no solo se baza en la confianza sino en un trinomio conformado por la buena fe, la lealtad y la confianza*. De ahí por ejemplo que afirme:

“Es opinión difundida que del deber precontractual de lealtad deriva la obligación de no apartarse de los tratos sin justa causa³³⁴”.

Como lo enunciamos en líneas anteriores, el tema de la lealtad no es un tema exclusivo de los juristas, por el contrario desde la filosofía del derecho se han desarrollado diferentes teorías. Al respecto por su importancia y por versar exclusivamente sobre nuestra materia de estudio nos detendremos en la teoría de la ética de la discusión desarrollada por HABERMAS³³⁵ pues sin duda nos aporta bastantes luces y alternativas desde una teoría comunicativa y discursiva.

a) El principio de lealtad y la ética de la discusión

El autor parte de un principio: “Cada uno de los individuos de una comunidad discute, dialoga y se comunica, de tal forma que cada uno decide las reglas sobre las cuales quiere su coexistencia. El dialogo y la discusión deben intervenir en cada regla, incluso en los contratos, por tanto existen dos principios básicos, el principio de discusión

³³² Denominado así, por MESTRE, J., “La transparence en droit des contrats”, *R.J. com.* 1993, La transparence, núm. spécial, pág. 82.

³³³ Así fue, incorporado en 1972, por BESSONE, M., “Rapporto precontrattuale e doveri...”, cit., pág. 1023.

³³⁴ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 912.

³³⁵ HABERMAS, M., *op. cit.*, págs. 115 y ss.

y el principio de universalización³³⁶”. Aquí HABERMAS no pretende describir las negociaciones como unos datos empíricos, pero idealiza un derecho de la negociación.

“El principio de discusión consiste en afirmar que sólo puede pretender a la validez las normas que podrían reunir el acuerdo de todas las partes de una discusión³³⁷”.

La discusión es un principio de validación y de legitimación. Es un fundamento en la búsqueda de lo justo en validar y legitimar aquellos acuerdos que reúnan como necesarios dos elementos. Así, la discusión es:

“Un procedimiento que sólo garantiza un intercambio de argumentos y de razones pertinentes. El principio de discusión supone un derecho igualdad de palabra para todo sujeto capaz de hablar y de discutir, porque cada uno tiene una precomprensión de lo que es justo... La ética de la discusión se fundamenta en un mundo impregnado de valores esenciales juzgados, en un momento y en un espacio específico. Así las cosas, la justicia procesal debe combinarse con la justicia sustancial o material porque la lealtad es todo tanto como un principio procesal como un principio moral³³⁸”.

Para el autor, las partes llegan a la conclusión del contrato cuando existe una superioridad de argumentos. Todo el anterior proceso eso sí, debe estar gobernado por la transparencia y sinceridad. Respecto al principio de universalización se fundamenta en la idea del acuerdo-ley. No obstante al :

“Consensus n'est possible que sur une norme que tous peuvent vouloir, c'est-à-dire dont chacun puisse accepter les conséquences directes et indirectes au regard de la satisfaction des besoins de chacun”.

Según la ética de la discusión, la lealtad es a la vez un elemento del principio de discusión y el fundamento moral legitimante del acuerdo al que se llega por medio del debate. Por esto HABERMAS exige transparencia en la información como un deber de sinceridad en las propuestas y en las motivaciones de cada una de las intenciones que

³³⁶ Vid., HABERMAS, M., *op. cit.*, págs. 115 y ss.

³³⁷ Vid., HABERMAS, M., *op. cit.*, págs. 116 y ss.

³³⁸ Vid., HABERMAS, M., *op. cit.*, págs. 117 y ss.

tengan las partes³³⁹. El principio de lealtad toma aquí la estructura del principio de sinceridad en tanto que es el fundamento moral, es el reenvío que se hace a la idea del respeto de la palabra dada porque las condiciones del principio de discusión deben ser respetadas. El principio de lealtad toma igualmente el fundamento del principio de fidelidad.

De los anteriores argumentos, sin duda valoramos con mayor relevancia la primera parte de la teoría, ya que consideramos acertado el considerar que lo que se ha querido al momento de entrar en las negociaciones debe respetarse. Por el resto, el ánimo no es contradecir al Maestro alemán, pero es un postulado que parte de idealismos como bien lo anotamos anteriormente, que en la práctica no dejan más que ser sofismas, pues igualdad *per se* no existe entre los contratantes, y la idea de concebir que las partes tienen un preconcepto sobre lo que significa el justo equilibrio de la relación contractual, dista de un mercado individualista, agreste y desproporcionado como es al que se enfrentan día a día los negociadores. No obstante es de resaltar la valoración que hace HABERMAS, a la fase de las negociaciones como una etapa fundamental del acuerdo-ley, y como los sujetos deben comportarse de acuerdo a la transparencia y sinceridad que demanda cada comportamiento, principios que en todo satisfacen la materia contractual. Sin duda aparte de la ética de la discusión gobiernan en la actualidad el derecho privado de los contratos, sobre todo la fase de las negociaciones, y sobre dicha teoría podría fundarse una verdadera ética de las relaciones contractuales.

Para gran parte de la doctrina belga y francesa³⁴⁰, la lealtad no sólo se estructura en lo anterior, sino también en el derecho de las obligaciones siendo considerada incluso

³³⁹ HABERMAS, M., "Morale et communication. Conscience morale et activité communicationnelle" (Cert, París, 1986), págs. 110 y 111. Sostiene el autor que : "Tout sujet capable de parler et d'agir doit pouvoir prendre part à des discussions. Chacun doit pouvoir problématiser toute affirmation. Chacun doit pouvoir faire admettre dans la discussion toute affirmation. Chacun doit pouvoir exprimer ses points de vue, ses désirs et ses besoins. Aucun ne doit être empêché par une pression autoritaire, qu'elle s'exerce à l'intérieur ou à l'extérieur de la discussion, de mettre à profit ses droits tels qu'ils sont établis".

³⁴⁰ FRYDMAN, B., "Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation. Droit négocié, droit imposé" (Facultés universitaires Saint-Louis, núm. 72, Bruxelles, 1996), págs. 231-252, PICOD, Y., "Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat" (L.G.D.J., París, 1989), págs. 84 y ss. BECHILLON, M., "La notion de principe général en droit privé" (P.U.A.M., Coll. du laboratoire de Théorie juridique, Aix Marseille, 1998), págs. 34 y ss. MORAND, A., "Le droit néo-moderne des politiques publiques" (L.G.D.J., Coll. Droit et Société, París, 1999). BOULANGER, J., "Principes généraux du droit et Droit positif", *Le Droit privé au milieu du XXe siècle*, tomo I (L.G.D.J., París, 1950), págs. 51 y ss. GRIDEL, J. P., "La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé" (Dalloz, París, 2002), págs.

como un principio general y unificador. Frente a la fuerza que cada día van adquiriendo estos contenidos, consideramos que es digna de revisión esta dinámica obligacional.

b) La lealtad, como principio general y como principio unificador de los contratos

La escuela en su mayoría francesa que defiende el anterior precepto, parte de la idea que la consagración de un principio general³⁴¹ es una obra axiológica, siendo la expresión formal del espíritu de un sistema y de un conjunto de valores, en otras palabras es la traducción jurídica de un auténtico derecho natural de indefinida aplicación³⁴². Para ellos, la lealtad se sustenta sobre similares postulados, sobre ideas generales que a su vez se encuentran limitadas por una relación lógica en torno al concepto de la buena fe (siendo la base común de todas las reglas que formula el derecho de obligaciones). Mediante la aplicación de la *technique*³⁴³, se identifica claramente múltiples disposiciones que la consagran³⁴⁴ como un principio general del derecho en cada una de las esferas que le es propia, incluso aplicable a múltiples situaciones que la ley misma no contempla. Al hacer un estudio pormenorizado de los distintos textos de derecho interno e internacional se puede corroborar tanto su existencia y materialización. Según lo anterior, los

228 y ss. MAZEAUD, D, “Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle?”, *L’avenir du droit* (Daloz, P.U.F., Ed. Juris-classeur, París, 1999), págs. 603-634.

³⁴¹ Siendo un principio general : “*Une idée générale (...) dégagé(e) d’un ensemble de règles liées entre elles par une certaine relation logique, et c’est l’idée commune qui est à la base de toutes ces règles qu’on formule en principe, caractérise pour l’abstraction*”. BECHILLON, M., *op. cit.*, págs. 230 y ss. El autor sostiene que la fuente de los principios puede ser múltiple, así pueden estar enunciados en la constitución, en la ley, o incluso en la jurisprudencia. De igual forma se puede hablar de principios, o de principios generales del derecho, o de principios fundamentales siendo todos términos intercambiables, y por tanto no tienen un contenido propio en el derecho privado. Se caracterizan por tener máximas latinas y por tanto no es clara la diferenciación con las reglas de derecho.

³⁴² BOULANGER, J., *op. cit.*, págs. 51 y ss.

³⁴³ Una vez identificados los elementos esenciales de un postulado, por medio de una *technique*, que es un método, que permite establecer la existencia de un principio general, llegan los doctrinantes a la conclusión que dicha denominación corresponde con la lealtad. Específicamente el método se fundamenta en : “*Identifier plusieurs dispositions légales consacrant, chacune dans la sphère qui lui est propre, une solution semblable, pour conclure ensuite à l’existence sous-jacente d’une règle générale non écrite, applicable en tant que telle à d’autres situations dont la loi n’a pas spécifiquement traité*”.

³⁴⁴ Coinciden los autores, en precisar que en el plano internacional, la buena fe es el fundamento de la *lex mercatoria*, y que así lo corroboran múltiples sentencias de la Corte de Casación francés y decisiones de Tribunales de arbitramento. Para un ejemplo ver *Cass. 2ª civ.*, 9 de diciembre 1981, *Bull. Civ. II*, núm. 212. Sobre este punto también GHESTIN, J., “La formation...”, *cit.*, págs. 235 a 236. En donde se encontraran, variadas referencias bibliograficas, así como un resumen detallado de sentencias. De igual forma la buena fe se consagra en los principios UNIDROIT, art. 1.7, 1, donde se reconoce su característica de “*principio imperativo*”. En los mismos términos en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, de la comisión LANDO, art. 1.106,1, y en la convención de Viena (1969), art. 26, y el art. 10 de la C.E.

postulados inmersos en el derecho francés en nada rechazan la caracterización (como principio), por el contrario estaría acorde con el tratamiento que se da en diferentes normas de derecho comparado³⁴⁵.

La existencia de los principios deviene de tener en cuenta el pluralismo de los órdenes legales y de la evolución del derecho, como una necesidad. Los principios permiten la coexistencia de múltiples ordenamientos (incluso de diferentes jerarquías, derecho interno, con el internacional), protegiendo los valores y los intereses diversos³⁴⁶. Ellos son la señal de un progreso concedido al derecho común en detrimento del derecho especial y contribuyen a la relativización de la dicotomía del derecho público y el derecho privado³⁴⁷.

Para la mencionada doctrina, el principio de lealtad es una virtud sobre el plano sociológico, es el fundamento del lazo fidedigno en el que se tejen los lazos sociales³⁴⁸. En el plano jurídico, la lealtad es un deber moral, una norma general de comportamiento³⁴⁹. Sobre el plano contractual, especialmente, el principio se presenta como un valor ético que contribuye a la moralización a la seguridad jurídica y a la eficacia económica del contrato³⁵⁰. El valor se encuentra por otra parte reforzado en el

³⁴⁵ Razón tienen, puesto que vasta con hacer una revisión en el ámbito del derecho internacional privado para encontrar múltiples normas así: El Código Civil suizo art.2. al 1. "*Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*", el Código Civil holandés, art. 6 :2 : 1. "*Le créancier et le débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de la raison et de la équité*". 2. *La règle à laquelle leur rapport est soumis en vertu de la loi, de l'usage ou d'un acte juridique ne s'applique pas dans la mesure ou, en la circonstance, cela serait inacceptable d'après les critères de la raison et de l'équité*". La razón y la equidad nos reenvían al antiguo art. 1374 de este código, que era la copia exacta del art. 1134.3 del *code*. El Código Civil de Québec en su art. 1375 consagra: "*La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction*". En Alemania el parágrafo 242 del *B.G.B.*, consagra: El deudor de una obligación debe ejecutar su prestación, como lo exige la confianza y la fidelidad (buena fe), y los usos. La ley USA Section 205: "*Duty of good faith and fair dealing. Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*".

³⁴⁶ MORAND, A., "Le droit néo-moderne des politiques publiques" (*L.G.D.J.*, Coll. Droit et Société, Tome 26, París, 1999) págs. 205 y ss.

³⁴⁷ DIEUX, X., "Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit. Bruylant Bruxelles" (*L.G.D.J.*, París, 1995), págs. 17 y ss. Señala que en los principios generales del derecho privado hay una parte de creación y otra de jerarquización de las reglas, existiendo por tanto una perfecta integración entre las ramas del derecho.

³⁴⁸ BOURRICAUD, CH., "loyauté", Enciclopedia Universales, 1990, págs. 1195- 1197. En el plano sociológico, para el autor, la lealtad implica el interrogarse sobre las condiciones sobre las cuales un grupo es coherente y sobre las cuales los miembros de un grupo puede hacer nacer la confianza.

³⁴⁹ CHAZAL, J, P., "Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?", *La nouvelle crise du contrat* (Daloz, Lille, 2003), págs. 99-133.

³⁵⁰ CHAZAL, J, P., *op. cit.*, págs. 115 y ss.

ceno de los contratos cuyas relaciones reposan en una lealtad vigorizada, signo de la personalización de las relaciones contractuales y de seguridad jurídica³⁵¹.

Justifican lo anterior en antecedentes históricos del derecho romano, porque resaltan que el declive de la forma en los contratos ha sido restaurado con el concepto de *fides* el cual ha reparado con cierta dosis de estabilidad y de previsibilidad las negociaciones contractuales. La lealtad viene igualmente instaurando una cierta previsibilidad en el “*no man’s land*” de los *pourparlers*, de igual forma permite regular de una manera más flexible los contratos de larga duración suponiendo una negociación permanente, puesto que seguridad es sinónimo de flexibilidad³⁵². Así, la lealtad puede contribuir a la eficacia económica del contrato.

Por otra parte, la lealtad –según la escuela³⁵³- opera también como un principio unificador, ya que por su misma naturaleza de principio general, reúne en su concepto la base y estructura de la ética de la relación contractual. A su vez, permite aportar una cierta coherencia a un derecho de los contratos, que ante la multiplicación de los instrumentos creados por la ley, se han ido relegando poco a poco, haciendo la labor dogmática compleja (tanto para la doctrina como para el juzgador). En la lealtad entonces, se concentran otros deberes, principalmente el de sinceridad, y el fidelidad, deberes a los que ya se ha hecho alusión y sobre los que se harán unas precisiones finales en las líneas que a continuación se presentan.

Para concluir, consideramos que pretender que la lealtad alcance el valor de un principio general de los contratos, no deja de ser una tarea ambiciosa y loable, aplaudimos en general la extensión e importancia que tienen sus deberes dentro de la ética de la relación contractual, y más propiamente en el proceso de formación, pero consideramos que la construcción se hace fundamentalmente sobre el principio general de la buena fe, y por tanto pretender abordarla como una institución perfectamente identificable, nos parece

³⁵¹ Sobre las interacciones entre seguridad jurídica y el principio de lealtad. BOURSIER, M, E., *op. cit.*, págs. 457-459. Según el autor, se tiene seguridad jurídica cuando se conocen las reglas aplicables : “*à la sécurité juridique certitude de la poursuite loyale de la finalité du procès équitable dans l’application de ces règles. Le principe général de loyauté pondère l’exigence de connaissance par la recherche de la finalité et permet de ne pas obérer la applicable, par sa faculté auto-immune de régulation de ses applications iniques en apportant une certaine caution morale*”.

³⁵² MAZEAUD, D., *op. cit.*, págs. 613 y ss.

³⁵³ CHAZAL, J, P., *op. cit.*, págs. 116 y ss.

una labor de difícil realización, disentimos por tanto *delimitar la buena fe como un efecto o creencia legítima sobre la cual reposa exclusivamente la teoría de la apariencia*³⁵⁴, sería en general negar la esencia objetivadora y extensible, no sólo al momento de manifestar la voluntad, sino también como ese estándar de conducta al cual se ha hecho alusión en las páginas precedentes. Una visión así, olvida que desde el derecho romano es una costumbre considerar la buena fe, como un estándar de conducta, como un límite de los derechos y como una fuente de obligaciones reales y exigibles, que se manifiesta en dos vertientes perfectamente identificables (objetiva y subjetiva).

Dejando de un lado la discusión, y la forma como se aborde la lealtad y la buena fe (como principio o como dogma), lo importante aquí es que sin duda los deberes tanto para la doctrina francófona, como para la italiana y últimamente para la española, se constituyen como garantías de la relación precontractual, que aportan un control directo frente a los tratos preliminares contribuyendo así un reforzamiento a la seguridad jurídica de las transacciones. Es indudable que se debe acudir a ellos al momento de catalogar una conducta justa o no, frente a la ruptura de las negociaciones.

A continuación desarrollaremos con detalle, los demás deberes de conducta exigibles y por tanto aplicables, a todo el proceso de formación contractual haciendo especial énfasis en el deber de información, de secreto, de custodia y cuidado.

3.6.3.2. EL DEBER DE INFORMACIÓN

La admisión de deberes precontractuales de información como una categoría específica es el fruto de una evolución tardía y ligada a los cambios sociales y al objeto del comercio³⁵⁵. En el derecho Romano, se tenía la creencia que a cada una de las partes le correspondía informarse y adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato, ya que de conformidad con la máxima “*cavaet emptor*”, o bien “*emptor debet esse curiosus*”, era a cada una de las partes a la que le incumbía satisfacer sus intereses con el objeto a negociar.

³⁵⁴ Al mismo recurso acude por ejemplo MEKKI, M., *op. cit.*, pág. 772, para diferenciar la buena fe, de la lealtad.

³⁵⁵ En el mismo sentido GRISI, G., *op. cit.*, pág. 1.

La situación se mantuvo durante el derecho clásico y moderno³⁵⁶, y sólo hasta cuando se comenzó a estructurar la responsabilidad precontractual, por vía de los estudios de la doctrina italiana y alemana, se comenzó a dar el reconocimiento paulatino que conllevó a introducir en los diferentes marcos legales, este deber precontractual de información³⁵⁷. No quiere decir lo anterior, que nadie se hubiese ocupado de la materia, por el contrario, maestros como POTHIER ya hablaban del deber de informar, como una obligación emanada de la buena fe, la cual obligaba sólo en el fuero de la conciencia³⁵⁸. La obligación de informar que se asumió en esa época, no era por mimetismo del Digesto, sino en consideración a las enseñanzas de los iusnaturalistas, pero de igual forma no dejaba de dársele tratamiento de obligaciones naturales.

Aún, siendo una institución no lejana a los redactores del *code*, muy seguramente por su clasificación y concepción, no se incluyó ni en los proyectos, ni el resultado final, y como consecuencia lógica de lo anterior, ni el código español, ni los códigos latinoamericanos la recogen dentro de sus apartados normativos. Fue sólo en los últimos años debido entre otras cosas, a la aparición de deberes precontractuales de origen legal y ante la necesidad de garantizar la buena fe durante los tratos como un mecanismo efectivo de contención y equiparamiento entre las notorias desigualdades contractuales, que se ha despertado un interés por estudiar la figura con carácter autónomo, es decir, sin necesidad de referirlos a los vicios del consentimiento o a la obligación de saneamiento, y es en esa autonomía donde es procedente el estudio del deber de información en los tratos preliminares y por tanto donde centraremos nuestros mayores esfuerzos.

³⁵⁶ GÓMEZ CALLE, E., “Los deberes precontractuales de información” (La Ley, Madrid, 1994), pág. 12. Solo se reconocía el deber de información aquel que nacía de conformidad con las exigencias de la buena fe o de los vicios del consentimiento (error y dolo).

³⁵⁷ Es importante aquí, clarificar que fue justamente IHERING, con fundamento en los derechos de información (o algo muy aproximado), que dio lugar al nacimiento de la doctrina de la *culpa in contrahendo*, deberes que tuvieron sus inicios a mediados del siglo pasado y que en la actualidad continúan su desarrollo. Recuérdese como ya bien se ilustró en el primer capítulo, que la *culpa in contrahendo* nace para situaciones de resarcimiento de daños causados en virtud de contratos inválidos por error o dolo (cuyos vicios se fundamentaron en la falta de información). En la legislación española, propiamente el código de comercio, el maestro ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 917. Identificó con acierto la existencia de unos deberes precontractuales, en el art. 95. Señala como obligaciones de los agentes comerciales proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes. (número 2) Guardar secreto en todo lo que concierne a las negociaciones que hicieren y no revelar los nombres de las personas que se las encarguen. (número 3) Se impone, por tanto, el deber de comunicar sin reticencias y de guardar secreto mientras se prepara el negocio encargado. Es de destacar que el código es del 24 de noviembre de 1885.

³⁵⁸ POTHIER, R. J., “Oeuvres de Pothier”, *Traité des Obligations*, tomo I (París, 1825) núm. 234.

La información es un tema sensible tanto para los juristas³⁵⁹ como para los economistas, puesto que ella es una de las condiciones del buen funcionamiento del mercado. Al igual que en el derecho en ciencias económicas la información es sinónimo de transparencia. Es un tema tan sensible, que ya desde la teoría económica desde inicios del siglo pasado, se hablaba de la información asimétrica³⁶⁰, como un fallo del mercado³⁶¹ que genera una asignación de recursos ineficientes. Se sostiene que es el público en general (no experto) el que no tienen una información perfecta o suficiente que los lleve a tomar decisiones correctas, por tal circunstancia se presenta un problema de imperfección económica, que ha sido integrado y abordado desde la regulación, legislando diferentes materias en especial las de consumo y competencia (producto del nuevo modelo de Estado orientado por las políticas económicas europeas, de libertad de mercado y de libre iniciativa empresarial³⁶²).

Lo anterior nos permite establecer que las nuevas tendencias de la ciencia jurídica, no sólo son producto del avance de las nuevas y celéricas formas de celebrar negocios,

³⁵⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, *Cuadernos de Valoración del Daño Corporal*, Madrid, núm. 18, 2003, págs. 9-13. Afirma aquí el Catedrático que no existe extremo que no esté plagado de cuestiones y problemas: sobre quién debe informar, a quien se debe dar la información y sobre el qué, el cuándo, el cuánto, y el cómo de su objeto.

³⁶⁰ La información asimétrica es una situación en la que el comprador y el vendedor tienen información diferente sobre una transacción. En una economía en libre competencia, se considera que los mercados actúan con información perfecta. Toda la información relevante se transmite a través de los precios, y las distorsiones, si aparecen, tendrán una incidencia temporal e irrelevante, ya que el libre juego del mercado conllevará la eficiencia productiva. Con todo, muy frecuentemente la hipótesis no se cumple en la realidad, ya que en la mayoría de transacciones económicas existen diferencias en la cantidad y la calidad de información de que disponen los agentes, lo que comporta que los precios no transmitan toda la información significativa de ahí, entonces, que se dé un fallo del mercado. Así, la información juega un rol crucial porque ella es esencial en la racionalidad del comportamiento. En este mismo sentido. FONTAINE, M., “Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002) págs. 856 y ss. Aquí el famoso jurista, aborda la hipótesis de la armonización del derecho obligacional belga, francés y alemán (en especial el proceso de formación contractual), desde un análisis de la teoría económica del derecho.

³⁶¹ Concepto que sirve para designar las situaciones en que el mercado no alcanza a proveer ciertos bienes o lo hace de un modo imperfecto. Los fallos del mercado derivan generalmente de algunas características de los bienes públicos, como la no exclusión, y han sido utilizados como argumentos para promover nacionalizaciones o defender un amplio sector público de la economía. Para explicar las ineficiencias que se producen cuando el Estado asume la provisión de bienes y servicios se ha acuñado también otro concepto, el del fallo del sector público (*public failure*), que está siendo tomado en cuenta cada vez más por los economistas.

³⁶² En la economía, se parte de la hipótesis, que todos aquellos que participan en una actividad económica, lo hacen de diferentes formas, porque sus comportamientos se ejecutan con fundamento en una información que es siempre diferente entre los diversos agentes que intervienen en un mercado (entiéndase aquí agentes a los industriales, comerciantes, consumidores, en fin todos en algún momento de nuestras vidas siempre participamos y participaremos de un mercado específico).

sino también producto de las modernas teorías económicas, que se fusionan en el derecho, el cual se presenta como una verdadera herramienta del desarrollo social, cultural y económico, pues al imponer unos deberes de transmisión de información se corrigen los mercados ineficaces.

El problema de reforzamiento y transformación de la legislación (tanto desde el punto de vista de la teoría económica como desde el punto de vista contractual), se ha centrado entonces en la fase de los tratos preliminares, estableciendo la etapa como una fase de precontrol que deber ir en una línea clara de imponer un prototipo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación³⁶³, así, el modelo de comportamiento se suele concretar en un deber de información³⁶⁴ cuya aceptación es de amplio reconocimiento por parte de los máximos tribunales de la justicia ordinaria en Europa³⁶⁵, y que garantiza a su vez un eficaz y veraz consentimiento³⁶⁶. De igual forma los más importantes doctrinantes que se han ocupado de la materia en Italia, no dudan en reconocer su existencia y su íntima conexión con la confianza. Por ejemplo ALBERICI sostiene:

³⁶³ GÓMEZ CALLE, E., *op. cit.*, pág. 14.

³⁶⁴ De la buena fe deriva el no adoptar una actitud meramente pasiva durante los tratos, de forma que se permita o induzca el error en la otra parte, porque hay ocasiones en las que el que calla debe hablar y no adoptar una actitud meramente negativa en el curso de las relaciones jurídicas que le ligan con la otra parte pues de tal forma se induce al error. En el mismo sentido se pueden consultar las S.T.S. de 21 de noviembre de 1988 (R.J., 1988, 7595); la S.T.S. de 23 de diciembre de 1991 (R.J.1991, 9476), la S.T.S. de 23 de febrero de 1988 (R.J.1988, 1278).

³⁶⁵ El 9 de octubre de 2001, la sala primera civil de la Corte de Casación francesa, informó que el deber de información del médico con su paciente antes de cualquier intervención, se fundamenta en la exigencia del respeto del principio constitucional de salvaguardia de la dignidad de la persona humana.

³⁶⁶ GARCÍA RUBIO, M. P., “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo I (La ley, Las rozas, 2006), pág. 803. Donde nos recuerda, la Catedrática, que son clásicas ya las S.T.S. (Sala Primera) de 12 de enero 2001 *AranzadiWestlaw, RJ 2001\3*, y de 11 de mayo 2001 *AranzadiWestlaw, RJ 2001\6197*; en la primera de ellas se dice “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”. Más adelante afirma pág. 804, que la literatura jurídica subraya que el consentimiento informado tiene su fundamento en los derechos de autonomía y autodeterminación personal de los seres humanos. En los mismos términos, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Consentimiento informado...”, *cit.*, pág. 11, donde el autor afirma que: “Estamos ante el último hito de un proceso (breve en el tiempo) en el que, desde la total ausencia en mención a los derechos del paciente (lo característico de los códigos deontológicos), se ha llegado al momento en que el consentimiento informado se erige como un derecho humano”, no obstante hace la salvedad el Catedrático que resolver problemas de consentimiento informado por la vía argumental del derecho humano puede ser innecesario y hasta peligroso.

“Si en los tratos preliminares, surge en una de las partes un cambio de voluntad y ya no desea continuar con las negociaciones, según la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe, la parte está en la obligación de comunicar a su contraparte dicha situación, ya que este es un ejemplo concreto del deber de comunicar los elementos o circunstancias que la otra parte interesada debe conocer, teniendo cuidado no en el deber de no interrumpir sino de comunicar, a no ser que existan elementos que permitan objetivamente establecer la existencia de la confianza, en tal caso, se estaría frente al bien jurídico protegido del art. 1337 del *codice*³⁶⁷”.

Si bien la doctrina Europea reconoce tres deberes básicos emanados de la buena fe, en la etapa de tratos o negociaciones preliminares, es el deber el de informar el que ha sido mayormente estudiado y desarrollado por las Directivas comunitarias³⁶⁸ hablando del derecho europeo propiamente, hoy por hoy es el deber más exigible y el más tutelado en lo que tiene que ver con las relaciones comerciales³⁶⁹ (sobresalen aquellas que se hacen a través del comercio electrónico), en las manifestaciones del mercado y en especial en la protección del consumidor por ser la parte más vulnerable dentro de la relación

³⁶⁷ ALBERICI, G., “Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)”, *R.a.D.C.*, Roma, 1982, pág. 1062. En los mismos términos MENGOLI, L., “Sulla natura Della...”, cit., pág. 369. Donde sostiene que la obligación de comunicación es inherente a la fase de las tratativas y de la formación del contrato, de conformidad con el principio de la buena fe, consagrado en la norma del art. 1337 y 1338, preceptos que en todo momento deben ser interpretados como unidad de materia puesto que devienen de una misma construcción jurídica.

³⁶⁸ El desarrollo legislativo en el plano de la Unión Europea se ha centrado básicamente en el derecho de consumo, al considerar los intereses económicos de los consumidores como prevalentes frente a todos aquellos que participen en el mercado interior. Así entonces, y desde la publicidad comercial, se pretende proteger a los consumidores ante las prácticas desleales de las empresas (principio de proporcionalidad, hacia las prácticas desleales y perjudiciales a los intereses económicos de los consumidores, y por ende, indirectamente perjudiciales para los competidores legítimos). En especial la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE y el reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Concretamente la Directiva desarrolla los requisitos relativos a la información y normas sobre la manera en que ha de presentarse la información al consumidor. Con respecto a las omisiones, presenta también los datos esenciales que debe tener los consumidores para poder tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa (tal información no tendrá que figurar en todos los anuncios, sino únicamente cuando el comerciante haga una invitación a comprar). Se adjunta en el anexo II de la norma, una lista no exhaustiva de tales requisitos en materia de información previstos en el acervo. Ya en el ámbito interno, coincidimos en todo lo afirmado por LLÁCER MATACÁS, M., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: Información y documentación”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), págs. 151 a 152. La información es la base para una tutela del consumidor, que debe obtenerla de forma previa, accesible y completa, y garantiza el consentimiento informado y reflexivo del consumidor. El derecho y correlativo deber de información es un principio de derecho de consumo (art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios –LCU-) concretado por normas generales o sectoriales.

³⁶⁹ Y las no comerciales, según la reciente proliferación de la protección al derecho fundamental de la intimidad. Así lo manifiesta LLAMAS POMBO, E., “Reflexiones en torno a la veracidad informativa en relación con el derecho al honor”, *Retos de la sociedad de la información estudios de comunicación en honor de MARÍA TERESA AUBACH GUIU* (Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1997), págs. 295 y ss.

contractual³⁷⁰. En la materia propiamente las exigencias de la buena fe y de la tutela de la confianza depositada en la otra parte, son las que nos permiten exigir un comportamiento positivo durante la realización de los tratos. Y ello porque la libertad de cada uno encuentra el freno de la confianza y la buena fe de la parte que se tiene en frente, además no olvidemos como ya lo afirmamos que *la lealtad y diligencia durante los tratos se mide por la información precontractual que fluya entre las partes*³⁷¹.

No se puede pasar por alto, que en la etapa de los tratos preliminares las partes se caracterizan por su “inmadurez” respecto al contrato que los sujetos pretenden celebrar, es allí, donde ellos están interesados en la adquisición de elementos cognoscitivos relevantes (información), que les permitan tener fundamento al momento de realizar juicios de valor sobre la conveniencia o conducencia de la celebración de un eventual negocio. De ahí, que la obligación negocial de información reviste de esencial importancia para la decisión que cada uno de los sujetos deba adoptar en las negociaciones. Por tanto, los extremos negociales, en primera instancia lo que les interesa es estar informados y en la medida que la información sea suficiente, precisa y concreta, se comenzará a avanzar en la elaboración de eventuales acuerdos contractuales, siendo éste el fundamento dogmático del deber de informar dentro del proceso de formación contractual³⁷².

³⁷⁰ La información como se mire, como un derecho o un deber es, ha sido y será un tema clave y determinante, no sólo para el derecho sino para la economía y para los mercados, así todos siendo operadores económicos, ya sea como industriales, comerciantes o consumidores siempre participaremos de un mercado, el cual se caracteriza por tener una información imperfecta, ya que la mayoría de veces unos van a tener más información que otros, lo cual genera ineficiencia del mercado y en sí un fallo del mismo. Para ver más, STIGLITZ, J. E., “On the Economic Role of the state”, *The economic Role of the State* (Heertje, Blackwell, Oxford), págs. 8-85. El premio nobel de economía defiende que la asimetría de la información no es un fallo del mercado, por el contrario es una constante, y lo extraño es que los agentes que intervienen en el mismo posean igualdad de información de una forma constante y uniforme.

³⁷¹ CORRIPIO GIL-DELGADO, M., *op. cit.*, pág. 142 y ss. Así también lo reconoce LLAMAS POMBO, E., “La responsabilidad civil del...”, *cit.*, págs. 158 a 167. Como la obligación precontractual que tiene el médico frente a su paciente de informar antes y después de las intervenciones quirúrgicas, acerca de las características del tratamiento o intervención, las posibilidades de curación y los riesgos que entraña, por mandato de la *bona fides in contrahendo*, la cual se origina una relación jurídica prenegocial, que da lugar a una obligación de resarcimiento, cuando entre otros supuestos, una de las partes consiente anomalías. En los mismos términos se ratifica el prof. LLAMAS POMBO, E., “Responsabilidad médica contractual- Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto. Deberes que integran la obligación de medios del médico, obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgos”, *C.C.J.C.*, 1994, núm. 36, págs. 1009 y ss. También, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Consentimiento informado...”, *cit.*, pág. 9 y ss., *Vid.*, ALONSO PEREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” *cit.*, pág. 881, y BENATTI, F., “*Culpa in contrahendo...*”, *cit.*, págs. 295 a 297; CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 48. y recientemente, CASIELLO, J. J., “El deber de información precontractual”, *Homenaje a DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD*, vol. II (Academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Córdoba, Córdoba, 2000), págs. 42 y ss., y VALES DUQUE, P., *op. cit.*, págs. 727 y ss. GARCÍA RUBIO, M. P., “Incumplimiento del deber de información...”, *cit.*, pág. 810.

³⁷² Es importante establecer que dentro del proceso de formación contractual, el deber de informar se fundamenta en un diálogo, donde las partes expresan los motivos determinantes (causa) que persigan, y las

Como hasta aquí se ha dicho el contenido de las conductas de quienes entran en contacto, se encuentra reglado por las normas de convivencia de carácter general y por una regulación específica que sustenta la existencia y exigibilidad de unos deberes accesorios, por lo anterior y de acuerdo con naturaleza y jerarquía de dichas normas, las partes están en la obligación de negociar claramente, de hablar en términos concretos y no abstractos, evitando incurrir en falacias y en reticencias, ya que las conductas solidarias, coperantes y leales no son más que comportamientos que demandan la buena fe, la cual acompaña toda la etapa de formación contractual y que son exigibles aún en las negociaciones previas.

¿Pero que comprende realmente este deber? *Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer*³⁷³. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión, sin duda el deber se deriva del deber genérico de cooperación. De tal forma que si no se entrega la información o por el contrario se hace pero omitiendo algún contenido fundamental, estamos ante un caso de incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe y por tanto habría lugar a reparar el eventual daño producido.

Y así lo reconoce el profesor DE ANGEL cuando afirma que:

necesidades que a través de las conversaciones aspiren a satisfacer (expectativa del crédito), en el mismo sentido STIGLITZ, R., Y STIGLITZ, G., *op. cit.*, pág. 89. En el texto de GRISI, G., *op. cit.*, pág. 79 (quizás el texto más completo que existe sobre los deberes precontractuales de información), sostiene el autor: “ Que existe un nexo indisoluble en la problemática de la obligación precontractual de información y la noción de buena fe en sentido objetivo, noción que está sustancialmente vinculada también con *la correttezza*, en la cual se encuentra una expresión que regula el comportamiento como criterio de voluntad de la conducta, conforme a la forma honesta, leal y recta que debe presidir necesariamente la actividad de las partes con referencia a la formación, interpretación, y ejecución del contrato”. Más adelante en su mismo texto pág. 104 y ss., sostiene, que la fase precontractual es la sede en la cual cada parte debe consentir y evaluar preventivamente la oportunidad técnica y la oportunidad económica (conveniencia) de continuar en el negocio como ventajoso y como medio para satisfacer sus necesidades. Posiciones que se comparten en todo.

³⁷³ TAFARO S., “Hombre y obligaciones: equilibrio entre las prestaciones”, Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. *Libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA*, vol. III (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003), págs. 393 y ss.

“Es necesario distinguir entre la información que se proporciona en la preparación de un contrato, con la que se da con ocasión del cumplimiento del contrato, ya concertado y la que se ofrece- fuera de toda relación contractual- en el ámbito de la simple convivencia. Así, aquellas declaraciones que se formulan en la fase de la negociación precontractual, en la preparación del contrato, debe acotarse sobre las características del bien o del servicio, además de sobre la seriedad del propósito de contratar³⁷⁴”.

El inconveniente se haya es en establecer ¿Qué se debe considerar por el contenido fundamental que deba ser transmitido a la contraparte? Ante el vacío legal existente, para resolver dicho cuestionamiento, no podemos acudir a la construcción de una regla de carácter general puesto que con seguridad se caerían en imprecisiones, porque cada acercamiento o motivación que puedan tener las partes tendrá elementos propios que hacen necesario el estudio detallado de la situación. Dicho análisis deberá basarse (entre otras características) en el estudio de circunstancias presentes respecto al objeto y a los sujetos de la relación negocial. Así entonces sera de vital importancia estudiar la calidad de las partes, ponderación que nos permitirá establecer si existe igualdad en cuanto a conocimiento especializado en la rama en la que se desarrollan las negociaciones, esto quiere decir, que si estamos hablando de un negocio entre dos comerciantes o expertos en el comercio (en el caso será mayor el grado de diligencia exigible para los dos sujetos negociales respecto a los niveles de información que deba tener cada sujeto, por tanto la información a transmitir será menor), o si por el contrario se da el caso de una relación entre experto del comercio y profanos³⁷⁵, debiéndose en tales circunstancias exigir un mayor flujo y concreción de la información.

³⁷⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Responsabilidad por informar”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Dykinson, Madrid, 2000), pág. 181. Hace el Catedrático, la salvedad en su fabuloso escrito que no siempre es clara la frontera entre las informaciones que se dan en la etapa previa del contrato, a las que se dan en el marco del cumplimiento de un contrato ya perfeccionado.

³⁷⁵ Si bien es un término de uso frecuente en las relaciones de consumo, el mismo es extensible en situaciones no contempladas por el derecho de consumo, como es el tema que avoca nuestro quehacer jurídico. Ya en las relaciones de consumo, la labor se simplifica, ya que es la misma legislación la que predispone el contenido de las obligaciones vinculadas a la contratación. Para ver más, LLÁCER MATA CÁS, M., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del...”, cit., pág. 159. Aquí hace un recuento la autora de las nuevas obligaciones como elemento de integración contractual. La ley establece en positivo las obligaciones vinculadas a la contratación. El derecho a una información veraz eficaz y suficiente (art. 13 L.C.U.), se concreta en la obligación de informar de forma previa al contrato (art. 40 L.O.C.M. -o previa a su ejecución: art. 47 L.O.C.M.-, art. 2 R.D. 1906/1999, Art. 27 L.S.S.I.C.E., art. 19.1 L.C.C., art. 4, 5 y 6 R.D. 515/1989, art. 3.1 y 4.2 y 3 L.V.C., art. 8 y 9.4 L.A.T.B.I. y art. 3 y 5 D.C.D.S.F.). La ley también pauta contenidos contractuales mínimos (así, art. 6.2 L.C.C., art. 7 L.V.P.M., art. 44.1 L.V.C. y art. 9 L.A.T.B.I.) y prevé algunas disposiciones interpretativas (art. 18 L.C.C.) y normas de integración legal utilizables en otros contextos (así, el art. 19.4 L.C.C., se utiliza para integrar las cláusulas nulas por prever intereses abusivos).

Conforme al objeto de la negociación será importante y relevante estudiar situaciones que permitan ponderar si es suficiente o no el transmitir con mayor detalle la información por parte de los sujetos, ya que no es lo mismo suministrar información cuando se puede observar, probar, experimentar o ensayar el objeto de primera mano por parte del eventual contratante, que cuando se está frente situaciones en las que las negociaciones se basan en descripciones, muestras o referencias consagradas en catálogos o cuando dichos acercamientos se reducen a medios telemáticos o electrónicos donde el contacto de las partes con el objeto por negociar se limita a fotografías o reseñas.

Como se puede constatar dicha tarea presenta unas complejidades considerables, lo que hace que sea necesario el estudio del hecho concreto el que nos pueda exigir en mayor o menor medida que es lo que se debe o no transmitir, no obstante frente a la imposibilidad de elaborar una lista detallada de los elementos transmisibles, en lo que si somos enfáticos y reiterativos es que la información debe ser siempre *veraz y eficaz*.

En la doctrina son pocos los autores que se han atrevido a hacer un recuento o listado sobre el tema que intentamos delimitar. Un acercamiento al respecto lo hace APARICIO quien sostiene que:

“El deber de información impone a los partícipes en las tratativas previas exponer con claridad el alcance de sus pretensiones y evitar reticencias indebidas. Este deber depende de la naturaleza y circunstancias del contrato que se tiene en mira, del grado de vinculación y confianza entre los interesados y del equilibrio o desigualdad de la posición negocial de las partes³⁷⁶”.

Por otra parte LLOBET AGUADO trata de caracterizar la obligación de información en los tratos preliminares así:

“En una primera aproximación puede definirse la información como un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información) teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio³⁷⁷”.

³⁷⁶ APARICIO, J. M., “Contratos”, *Parte general* (Hammurabi, Buenos Aires, 1997), pág. 367.

³⁷⁷ LLOBET AGUADO, J., “El deber de información en la formación de los contratos” (Marcial Pons, Madrid, 1996), pág. 33.

Debido a la multiplicidad y diversidad de formas contractuales, y a los diferentes contactos prenegociales que pueden tener en algún momento las partes, parece que la actualidad nos demanda una necesaria *inconcreción* del necesario deber; haciendo entonces forzoso encadenar dicha delimitación con la determinación de la buena fe objetiva, que como ya se explicó debe estar presente en toda el proceso de formación contractual y es que la situación se hace compleja, cuando intentamos sustentar hasta aquí lo dicho en algún articulado, puesto que la mayoría de la legislación civil europea carece de tales antecedentes, exceptuando el *B.G.B.*, en su parágrafo 676, el parágrafo 1300 del Código Civil austriaco y el art. 485 del Código Civil Portugués.

Así, el parágrafo 676 *B.G.B.*, dispone:

“Quien da a otra persona un consejo o recomendación, no queda obligado, sin perjuicio de la responsabilidad resultante de una relación contractual o de un acto ilícito, a la reparación del daño derivado del hecho de haberse seguido el consejo o la recomendación”.

El parágrafo 1300 del Código Civil austriaco consagra:

“Un perito es también responsable, si, mediando remuneración, presta por descuido un consejo perjudicial en extremos de su arte o ciencia, excepto en este caso, quien da un consejo sólo responde por el daño que cause conscientemente a otra persona como consecuencia de la prestación del consejo”.

Por su parte el artículo 485 del Código Civil portugués consagra de los consejos, recomendaciones o informaciones:

“1. Los simples consejos, recomendaciones o informaciones no responsabilizan a quien los da, aunque haya negligencia por su parte. 2. La obligación de indemnizar existe, sin embargo, cuando se haya asumido la responsabilidad por los daños, cuando se tenga el deber jurídico de dar el consejo, la recomendación o la información y se haya procedido con negligencia o intención de perjudicar, o cuando la conducta del agente constituya hecho punible”.

Donde si se ha desarrollado desde el punto de vista legal la caracterización de lo que se debe informar, y sobre cómo informar es en materia de consumo, donde la discusión sin duda descende en los casos de contratos formados por vía de las nuevas tecnologías³⁷⁸. Aquí la obligación precontractual de información se desarrolla en tres horizontes, la información debe ser instantáneamente transmitida, debe tener un fácil acceso y debe ser claramente presentada³⁷⁹. El deber de información es llamado a jugar una regla primordial en los contratos celebrados entre personas distantes, que se contactan por diversos medios telemáticos, situación que hace exigibles en mayor proporción unas obligaciones informativas. La distancia que separa las partes, el contexto virtual donde se desarrollan las negociaciones y los medios tecnológicos utilizados para contratar hacen un llamado a unas obligaciones más concretas y regladas. Generalmente el deber de información versa sobre las cualidades y calidades de los productos ofertados, sobre el precio y sobre las condiciones generales o sea sobre los elementos esenciales y consustanciales del contrato³⁸⁰. No obstante el legislador utiliza los deberes como correctores ante las desigualdades que se dan especialmente en las relaciones de consumo, haciendo obligatorias e imperativas estas informaciones³⁸¹.

Ante la propia especialidad contractual de la que se viene hablando, las obligaciones precontractuales de información se presentan como obligaciones, fuertes, y claramente exigibles, haciendo más énfasis que en los contratos en los que el oferente y aceptante se encuentran en situación de llevar una negociación donde pueden tener

³⁷⁸ Recientemente sobre la materia se puede consultar, ROGEL VIDE, C., “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *Homenaje al profesor LLUIS PUIG I FERRIOL*, vol. II (Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), págs. 2155 y ss.

³⁷⁹ DEMOULIN, M., Y MONTERO, E., “La conclusion des contrats par voie électronique”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002), págs. 731 y ss.

³⁸⁰ DEMOULIN, M., Y MONTERO, E., *op. cit.*, págs. 732 y ss.

³⁸¹ Aunque, todavía en la actualidad existen autores que desvaloran la importancia que tienen los tratos preliminares en la contratación electrónica. Para ver más, RODRÍGUEZ MARÍN, C., “Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las Rozas, 2006), pág. 667. Afirma que los tratos preliminares en la contratación por dispositivos automáticos pierden relevancia. Situación que no compartimos, puesto que ellos son muy frecuentes incluso en relaciones de consumo. Por lo general, el comprador es precavido, y suele cruzar información con el vendedor solicitando información sobre los servicios o productos ofertados. Además, como ya lo hemos afirmado, si bien es cierto que también en contrataciones electrónicas existen contenidos predispuestos, en nada estos impiden que se hagan ofrecimientos o contrapropuestas sobre el objeto contractual.

contacto con el objeto (incluso probandolo), o donde instantáneamente pueden ser resueltas sus inquietudes. Por infortunio, la situación anteriormente descrita no se potencializa en la ley³⁸², ni en la normativa de la L.S.S.I.C.E³⁸³, ni en la L.O.C.M³⁸⁴, ni mucho menos en el Código Civil.

A manera de conclusión, es importante resaltar que según las actuales tendencias en el derecho de daños y de conformidad con los principios de la Unión Europea, se buscan propender por la protección de la parte débil de la relación comercial y por tanto es el experto el que debe suministrar toda la información que conoce y que debiera conocer por el ejercicio profesional de su actividad³⁸⁵, siendo el deber de informar preponderante y superior al deber de informarse en los casos de desigualdad, teniendo en cuenta la capacidad y posibilidad de las partes con las que se está negociando.

Ya en el plano resarcitorio ¿hay lugar a indemnización cuando una de las partes dentro de las negociaciones se percata de actos fraudulentos como ocultar o falsear información? Nos inclinamos por la idea que si, y la obligación resarcitoria si hubiese lugar a daño, sería para el que frustró sus expectativas frente a la concreción del contrato sin importar si se actuó con dolo o con negligencia. De tal forma que si la parte en éste caso, oculta o por el contrario entrega una información que no corresponde a la verdad, la víctima se encuentra en todo el derecho de solicitar una reparación del daño, siempre y cuando no se cumpla cabalmente esta obligación y se tengan los requisitos que más adelante estudiaremos frente a la existencia del daño. En el caso, en el que se celebre el contrato, la vulneración de este deber puede provocar, en el ejercicio de una acción de anulación del mismo por dolo omisivo³⁸⁶.

³⁸² RODRÍGUEZ MARÍN, C., *op. cit.*, pág. 668. Panorama que en términos de la autora, puede suponer una cierta inseguridad jurídica y una merma de la posición del aceptante.

³⁸³ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

³⁸⁴ *Vid.*, RODRÍGUEZ MARÍN, C., *op. cit.*, pág. 668. Apunta la autora, que no obstante, en la L.O.C.M, art. 39, 40 y 47, puede completarse las obligaciones informativas.

³⁸⁵ En el mismo sentido PICOD, Y., “Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat” (*L.G.D.J.*, París 1989), pág. 125.

³⁸⁶ Normativamente, en el caso español, se acudirían a las normas de los art. 1486, 2 y 1487, 1488 y 1752, las cuales contemplan las conductas dolosas ejercidas por los sujetos contractuales. Debido a los objetivos propuestos, no se profundizará al respecto, no obstante es importante afirmar que el Código Civil español, entiende el *dolo in contrahendo* como silencio a sabiendas, y por tanto, se deberán indemnizar totalmente al perjudicado. Sobre la materia existe una amplia bibliografía, no obstante existe un artículo, de reciente publicación, el cual consideramos de obligada consulta ver, TORRELLES TORREA, E., “El leve acercamiento de la ley de garantías de los bienes de consumo a la *Non-performance*”, *Estudios de derecho de*

En la misma línea, se encuentra el profesor DE ÁNGEL YÁGÜEZ quien sostiene que el hecho de informar da confianza, y si se hace indebidamente, se afecta la preparación del contrato, puesto que el ser informado genera en el otro seguridad.

“Es innegable que cuando alguien informa a otro puede estar creando en este la creencia de que lo que se dice se ajusta a la realidad, a la verdad, seguridad que uno tiene en sí mismo, pero también en otro (ahí está la confianza)³⁸⁷.”

ALONSO PÉREZ³⁸⁸ por el contrario considera que las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad, como eje central de la etapa preparatoria del negocio, exigen que sólo se responda cuando el deber de comunicación o información si se infringe conscientemente o por negligencia crasa. Situación que no se comparte, ya que hoy día los niveles de diligencia exigen que las partes se comporten adecuadamente para conservar la integridad de la esfera jurídica de la otra parte, sobre todo, que se salven siempre los interés personales y patrimoniales en las negociaciones, es lo que se denomina como *diligencia in contrahendo*, de tal forma que si se causa un daño, no será – incluso- necesario que ocurra dolo, para tener que entrar a reparar el mismo.

En suma, la obligación de información encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes. Esa inigualdad de conocimientos entre los contratantes puede venir determinada en función de las circunstancias³⁸⁹. Es

obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), pág. 805 y ss.

³⁸⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Responsabilidad por informar...”, cit., pág. 182.

³⁸⁸ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 907-909. Así también lo reconoce, PATTI, S., *op. cit.*, págs. 20-21. Donde manifiesta que la única situación que se puede catalogar como de “*Il recesso ingiustificato dalle trattative*”, son los concretos casos de dolo, de un vicio del consentimiento y de la violencia. Así el catalogar el comportamiento ilícito debe estar estrictamente referido al deber de la parte de no ignorar (dolo) a no coartar (violencia) las negociaciones. Criterio que no se comparte, puesto que los supuestos así como están formulados pueden abordarse también desde la culpa, por tanto no se entiende porque se hace una restricción de los ingredientes de imputabilidad.

³⁸⁹ Al respecto afirma ASÚA GONZÁLEZ, C., “*La culpa in contrahendo...*”, cit., pág. 64. Que el deber se fundamenta en aquellas circunstancias en que a una parte le resultan o le deben resultar conocidas y que sabe o debe saber, que pueden ser de influencia en la decisión de la otra parte, todo depende del dictado de la buena fe en sentido objetivo, cuyos imperativos se determinan en base a variadas circunstancias como pueden ser la complejidad de la relación, el carácter profesional del informante, la confianza que se ha despertado en la otra parte etc. En total acuerdo nos encontramos con DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Responsabilidad por informar...”, cit., pág. 191. Quien afirma que para determinar ¿Qué? y ¿Cómo? se debe informar, se debe acudir a una labor de ponderación, de un lado, del alcance de los deberes de diligencia que incumben a una de las partes, pero también la toma en consideración de las circunstancias de

decir, que uno de los contratantes estará obligado a informar al otro siempre que esté al corriente de un elemento que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente, como sucede en la mayoría de casos de los consumidores³⁹⁰.

Así, el nivel o grado de información que deben suministrar los extremos negociales, será exigiblemente superior cuando se encuentre frente a condiciones de desigualdad, ya que si uno de los negociantes es un profesional y el otro no, al experto se le exigirá en mayor medida informar a su contraparte, no sólo por la información que conoce, sino por aquella que debe conocer por su condición de experto, de tal forma que el nivel de diligencia en la transmisión de la información será altamente considerable. En similares circunstancias se valorará el deber de información, -entendiéndose como aquella obligación que tiene la parte de adquirir información sobre el objeto contractual-, teniendo siempre presente, que la diligencia exigible será inferior que la exigible al experto, siempre y cuando este nivel de presteza en ningún momento, genere impericia. El nivel de diligencia se justifica, porque mediante el ejercicio de una profesión o arte, el experto está prometiendo tácitamente la idoneidad de la cosa objeto del contrato³⁹¹, en cambio cuando la parte es profana, o no tiene conocimiento en la materia objeto del contrato, este deber de información exigible se exigirá con la diligencia propia del padre de familia.

No siempre el deber de información en principio recae sobre el experto o sobre la parte “fuerte de la relación contractual³⁹²”, vasta por ejemplo, revisar las normas sobre los contratos de seguro para identificar que en ese contrato nominativo, por expresa disposición legal es el tomador del contrato al que le corresponde las cargas informativas, y la realidad es que la situación no puede ser otra, ya que sin duda la apreciación y valoración del riesgo la debe hacer el tomador al suministrar en la etapa de formación contractual toda la información posible, para que sea el asegurador quien evalúe y administre el riesgo y por tanto proceda a contratar y a valorar una prima, como

edad, condición, formación o experiencia de quien es informado. Sólo con estos dos criterios se descubre el límite de la confianza. En el mismo sentido, SOBRAL DO NACIMENTO, P., *op. cit.*, pág. 194. Afirma el autor, que sería platónico y demagógico, seguir defendiendo la igualdad entre las partes en el plano contractual.

³⁹⁰ En el mismo sentido STIGLITZ, R., Y G., “Responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información”, (Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1992), pág. 11.

³⁹¹ Así lo reconoce también, LLACER MATA CAS, M, R., “El dolo por saneamiento de vicios ocultos”, *A.D.C.*, Madrid, 2002, julio- septiembre, pág. 525.

³⁹² Así, por ejemplo lo clarifican la *S.T.S.* de 9 de octubre de 1981 (R.J. 1981, 3595) y la de 6 de junio de 1982 (R.J. 1982, 3416).

contraprestación del traslado del riesgo. La mayoría de veces, el asegurador suministra un formato, en el cual el tomador del seguro debe consignar toda la información necesaria para la celebración del negocio; así por ejemplo es vital en un seguro de salud y de vida, consagrar el estado de salud del asegurado y su edad, para evaluar la posibilidad de la ocurrencia de las contingencias. En conclusión, es necesario hacer matices al momento de generalizar que es a la parte fuerte de una relación contractual al que le corresponden las cargas informativas en el derecho de los contratos.

Otra situación que no se debe dejar pasar, es cuando nos encontramos entre dos extremos negociales y el famoso desequilibrio o desigualdad al que nos hemos referido anteriormente, no es tan notorio o evidente. Aquí, la solución no parece tan fácil a simple vista, no obstante la respuesta ya ha sido inducida, y todo se podría reconducir con que *el deber de información importa, correlativamente, un deber de informarse a cargo no solo de quien tiene la obligación de informar, sino también por parte del acreedor*³⁹³, lo anterior significa que la responsabilidad o garantía, solo es factible edificarla sobre la base de la ignorancia excusable o legítima de la otra.

La cooperación que es el fundamento de la obligación de información presupone los deberes aquí estudiados y en especial el de colaboración, de tal suerte que el deber de informarse que asume el acreedor señala el límite a la responsabilidad del deudor nacida de su propio deber³⁹⁴. *Las partes siempre (en principio), tendrán una obligación de informarse, sin importar su condición.* Lo anterior en los términos que hasta aquí se han sostenido, todo en la medida que sus posibilidades se lo permitan y de todo, aquello relevante a los fines de una contratación útil y eficaz. Resultaría totalmente insuficiente una genérica confesión de ignorancia por parte del acreedor, a no ser que la misma sea

³⁹³ Así, también lo sostiene el profesor MORENO QUESADA, B., “La protección del consentimiento contactual, hoy”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las Rozas, 2006), pág. 456. En cuanto al fundamento y finalidad del deber-derecho de información, debe tener en cuenta que no excluye un deber, aunque no escrito si implícito en toda la normativa sobre la materia, el deber de autoinformación del consumidor.

³⁹⁴ JOURDAIN, P., *Le devoir de “se” renseigner*, Chronique, XXV (Daloz, Sirey, 1983), pág. 139. El autor afirma que: “El deber de información conlleva, la obligación que cada una de las partes se informe sobre la naturaleza del negocio pretendido, sobre los términos normales en los que en el medio comercial se adelanta el negocio, todo lo anterior de acuerdo con los cánones de la diligencia debida, la cual impone obligaciones activas a las partes sin importar su condición en lo que respecta al *devoir de se renseigner*”.

excusable o legítima³⁹⁵. Sin duda nada más parecido a la doctrina del error inexcusable, la cual opera frente al deber de informarse.

Así, el deber de información puede ser tan extenso y generalizado, que incluso impone a los contratantes el evitar un lenguaje susceptible de una indebida interpretación por la contraparte, pudiéndose generar por tanto distorsiones sobre la realidad y el alcance del negocio proyectado. Las partes no deben escatimar en recursos tendientes a un claro discenirmiento y conocimiento sobre el objeto y alcance de la negociación, puesto que recuérdese bien que no sólo la legislación española sino también la italiana, reconoce a los tratos preliminares como un criterio de interpretación del reglamento negocial.

Razón tiene GÓMEZ CALLE cuando afirma:

“Es reconocido por la comunidad jurídica internacional, que la igualdad entre los contratantes no es más que pura ficción. En materia de información, es obvio que cada uno de los negociantes conoce o tiene la posibilidad de conocer más fácilmente que el otro aquellos datos, que afectando al contrato que se pretende celebrar en el futuro, le quedan más próximos, o si se quiere, dentro de su ámbito de conocimiento y /o influencia. Por tanto los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación, pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial³⁹⁶”.

Como prueba de lo anterior, vasta con que se haga un análisis sobre la evolución que ha tenido la responsabilidad originada por información inexacta en el sistema francés, ya que de no reconocer obligación alguna que le asistía a las partes en la formación contractual (más que aquella que demandaba su propia astucia y diligencia), progresivamente se ha venido reconociendo al punto de considerar como elemento esencial del contrato el deber de información, elemento que incide sobre la validez y eficacia del mismo. Así lo reconoce por ejemplo ROVELLI quien sostiene:

“En el caso de la compraventa, durante los tratos preliminares, tiene el vendedor la obligación frente al adquirente de informar todo vicio oculto, obligación que se acrece en el caso de un *vendeur professionnel*, donde existe una presunción absoluta de conocimiento del vicio de la cosa vendida, igual situación existe en el caso del

³⁹⁵ STIGLITZ, R., Y STIGLITZ, G., *op. cit.*, págs. 91 y ss.

³⁹⁶ GÓMEZ CALLE, E., *op. cit.*, pág. 15.

fabricante o del vendedor, que deben resarcir al comprador de toda consecuencia dañosa que se presente con ocasión del vicio³⁹⁷”.

Nótese entonces, como se le da un valor determinante en la formación del consenso al presupuesto del deber de informar, cuya omisión sin duda es determinante al momento de mantener el equilibrio contractual entre las partes que entran en negociaciones. La posición sin duda representa el principio voluntarístico típico del Código Civil y de la teoría contractualista francesa, que se inclina por el principio de reconocer que en la etapa de formación se da la esencia del consenso y por tanto la validez del contrato. Así la doctrina y la jurisprudencia francesa reconocen que cuando se omite el deber de información ya sea por dolo o por culpa, se está frente a un vicio y por tanto se incurre en *culpa in contrahendo*.

En Francia la jurisprudencia y la doctrina han continuado con la vertiente europea de dar especial reconocimiento a la existencia de un deber especial de informar, disposición que se hace como una medida de protección a la parte más débil³⁹⁸ y como un valor propio del *orden público de proteger al otro*³⁹⁹. La jurisprudencia en múltiples apartes ha reconocido que el deber de comportarse de acuerdo a la lealtad y *corrección* en los tratos preliminares se materializa en el deber de informar.

En la cultura jurídica gala, el deber de información en la disciplina del contrato no se traduce en un deber de sugerencia, es un derecho a orientar e informar a la contraparte para que adopte una posición más conveniente y oportuna “*consilii non fraudolenti nulla obligatio*”. Ya POTHIER⁴⁰⁰ en su época reconocía la obligación de informar, fundamentándose en las reales implicaciones del anterior precepto romano afirmando:

³⁹⁷ ROVELLI, L., “La responsabilità precontrattuale”, *Trattato di diritto privato*, XIII, vol. II (Giappichelli, Torino), págs. 201- 444.

³⁹⁸ Así, MUSY, A. M., “Responsabilità precontrattuale (*culpa in contrahendo*)”, tomo XXVII (*D.D.P.*, Milano) págs. 391-410.

³⁹⁹ Al respecto se pueden ver diferentes leyes galas, entre ellas, la ley Royer del 27 de diciembre de 1973 convirtiéndose dicha legislación en la guía principal de la *L.O.C.M.*, en España, la ley del 10 de enero de 1978 sobre el crédito de consumo, la ley del 22 de junio de 1982 sobre la actividad de venta de locales inmobiliarios entre otras.

⁴⁰⁰ POTHIER, J., “Traite du contract de mandat”, *Oeuvres de POTHIER*, tomo III (Tarlier, Bruxelles-Amsterdam, 1830), pág. 119.

“Aquel que hace un préstamo afirmando que es una persona solvente, u omitiendo información que le permita establecer a su acreedor que dicha solvencia no es como el se imagina que es, no solo actúa de mala fe en tal caso, sino que su conducta obliga a resarcir el daño que eventualmente pueda ocasionar a quien le ha hecho el préstamo”.

El derecho hoy “obligación” es el que más ha sido desarrollado y por tanto a él es que se asocian en la mayoría los casos de responsabilidad precontractual; como se explicitó en el primer capítulo en el sistema anglosajón, es característico el reconocimiento de una figura autónoma del *tort*, la cual origina la responsabilidad precontractual, cuando no se acata o se hace inexactamente una regla de comportamiento negocial que se inspira en la buena fe, la cual demanda o impone a las partes y en especial a quien tiene una posición dominante en las negociaciones, el suministrar a su contraparte todo la información necesaria para una objetiva valoración del objeto negocial. En especial es considerado como *precontractual liability*, el suministro de información inexacta, y la omisión de información.

Recopilando se puede afirmar que en los dos sistemas jurídicos europeos, se reconoce la existencia de un daño ocasionado a las partes por la omisión o suministro inexacto de información en la etapa de formación contractual, teniendo el daño su fundamento en los mandatos de la buena fe, *la correttezza*, la lealtad contractual y las reglas y uso del tráfico moderno. Al considerar la información como un elemento esencial para la estipulación o consagración de cualquier negocio jurídico y en el evento en el cual se genere un daño por el incumplimiento de informar se deberá proceder por una justa redistribución de las consecuencias dañosas, lo cual hace necesario que tal deber de cooperación, se atribuya a quien se encuentre en mejores condiciones de conocer la información.

a) La información y el deber de aviso

El deber precontractual de información ha despuntado trascendental en el día a día, no solo por la forma como la información general e impersonalizada es transmitida (con la ayuda de las nuevas tecnologías de la información y la variadas formas como se práctica la publicidad), sino también por la incidencia que ella tiene en la expresión del

consentimiento para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos de contenido discutido o unilateralmente predispuesto, de ahí que se reconozca que la información no es un valor neutro.

Sobre el especial deber de información, la doctrina francesa es la que más ha avanzado al respecto, y los estudios actuales defienden que *Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. La importancia de la cuestión, radica para cuando la falta de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que, lo que no ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el cocontratante que, de haber conocido la información que no le fue comunicada (reticencia)⁴⁰¹ o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones, más favorables.*

Así, entonces, la información es considerada como un elemento necesario y determinante dentro de todo negocio jurídico, de tal forma, que por ejemplo VASSILI la define como:

“Un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente, por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), siendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual del último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio⁴⁰²”.

Según la moderna doctrina francesa, existen dos clases de información, la obligatoria y la informativa. La obligatoria es aquella en la que cabe distinguir en función

⁴⁰¹ Así entonces, el comportamiento doloso de una de las partes en la fase de negociaciones, puede ser positivo o negativo, ya que el dolo es comprensivo, no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea de la otra contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. Lo plasma así claramente la S.T.S. de 29 de marzo de 1994 (R.J. 1994, 2304). Para estudiar más sobre la materia ver, DE VERDA Y BEAMONTE, J., “La reticencia en la formación del contrato” (Aranzadi Civil, 1999), págs. 11 y ss.

⁴⁰² VASSILI, C., “L’obligation d’informer dans la vente des produits mobiliers” (Bruselles, 1987), pág. 8.

del alcance o grado de exigencia que comportan tres obligaciones diferentes⁴⁰³: “la de información pura y simple, la obligación de informar *stricto sensu*, y el llamado *deber de consejo*, y lo que se viene denominando en la doctrina francófona como *mise en garde*, o *deber de advertencia*.”

Así, la obligación de informar *stricto sensu*, tiene como finalidad la comunicación por un contratante al otro de las condiciones y el alcance de los compromisos que puede adquirir. Por tanto, la información es neutra, pues no incita a actuar de una determinada manera. Por el contrario, el deber de consejo tiende a orientar la decisión del cliente o del otro extremo contractual. Puede decirse que el deber de consejo incluye la obligación de información en sentido estricto, pero no al revés.

GHESTIN nos aporta una diferenciación clara entre el deber de consejo y el deber de informar así:

“El objeto de la obligación de consejo es más largo, porque su deudor no se limita a enunciar simplemente unos hechos. El debe al menos parcialmente anunciar y presentar las consecuencias en cuanto a la oportunidad de concluir el contrato considerado, en el plan técnico o pecuniario⁴⁰⁴.”

Por su parte, el deber de advertencia, implica la exhortación de un peligro material o jurídico. El peligro material corresponde a la utilización adecuada y correcta del bien, o por los eventuales peligros a los que se puede exponer el usuario por el uso incorrecto del mismo. Aquí, ya la información no es neutra sino por el contrario es una información activa y orientativa. Por ejemplo, el fabricante de un insecticida se encuentra obligado a advertir que su producto puede generar perjuicios para la salud, indicando cómo, dónde y por quién, debe ser utilizado el artículo. De igual forma opera con aquellos productos que son altamente perjudiciales para la salud como el tabaco y el alcohol, así los productores están en la obligación de advertir en letras visibles y que sean fácilmente perceptibles al consumidor y usuario de los peligros a los que se está expuesto. En otros ejemplos ya no

⁴⁰³ BOYER, Y., “L’obligation de renseignements dans la formation du contrat” (Aix Marseille, 1978), págs. 20 ss. En los mismos términos, SAVATIER, R., “Les contrats de conseil professionnel en droit privé”, *D.S.*, 1972, págs. 137 y ss.

⁴⁰⁴ GHESTIN, J., “Le contrat : formation...”, cit., págs. 278 y ss.

en relaciones de consumo, podría citarse el caso del propietario de un terreno que se destina para la siembra de diferentes productos agrícolas, cuyo predio en época de invierno es fácilmente inundable por su cercanía con las riadas que recorren el predio vecino, en tales circunstancias, el actual propietario tiene la obligación de advertir y de dar aviso, a su eventual comprador, que debe programar la fechas de las siembras para que sean explotadas y recogidas en las otras épocas del año, ya que una vez llegue el invierno la probabilidad de inundación será alta. BIANCA⁴⁰⁵ mantiene la misma postura, y sostiene que el futuro contratante debe informar a la contraparte acerca de la peligrosidad de la prestación o del bien, y dar eventualmente, las instrucciones adecuadas.

Por otra parte, el peligro jurídico consiste en lo que contempla por ejemplo el caso del art. 1338 del *Codice civile*, dicha obligación de aviso específicamente prevista en el ordenamiento impone el deber de comunicar los vicios de la cosa para prevenir el daño en aquel sujeto que confía inútilmente en la validez y efectividad del contrato, por otro lado, también es la exigencia de solidaridad la que impone la expresión de la obligación de buena fe, la que se contrapone con cualquier posición de desventaja y de libertad de maniobra que pueda ejecutar la contraparte dentro de las negociaciones⁴⁰⁶.

En general, el deber de aviso es un deber accesorio de seguridad, propio de determinados contratos, dependiendo como queda claro del objeto y características del mismo siendo la regla general, que el deber corre a cargo de quien crea el riesgo o quien tiene en su poder el objeto (ya sea porque lo fabricó, lo comercializa o porque directamente presta el servicio) o porque conoce su existencia, o lo debiera conocer, y por tanto es su obligación la de dar aviso sobre la existencia o posibilidad de ocurrencia.

Como ya lo advertíamos, la obligación de información encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes. El desequilibrio puede deberse a dos causas⁴⁰⁷, en primer lugar a la propia técnica de formación de los contratos o en segundo lugar a las circunstancias conforme a las calidades de los contratantes o por mandato de la ley.

⁴⁰⁵ BIANCA, M., "Il contratto....", cit., págs. 168 y ss.

⁴⁰⁶ Así lo reconoce, también PEDRAZZI, G., "Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio" (Giuffrè, Milano, 1955), pág. 206.

⁴⁰⁷ BOYER, Y., *op. cit.*, págs. 20 y ss.

- 1) La técnica de formación del contrato (Típico en los llamados contratos de adhesión del consumidor a un clausulado general preestablecido por la otra parte), impone al redactor del contrato, la obligación, de informar, ya sea por ser él el redactor de las cláusulas de mismo, o por lo general por ser el experto y conocedor sobre la materia reglada.

- 2) El desequilibrio de conocimientos entre los contratantes puede venir determinado en función de las circunstancias. Es decir, que uno de los contratantes estará obligado a informar al otro siempre que se encuentre al corriente de un elemento que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente. El principio es aplicable a todos los negocios sin importar la calidad o condición de los mismos, según el mandato de la buena fe. También se da el caso, de las relaciones de consumo, donde es el productor o empresario el que están llamado a suministrar la información por directa indicación legal. O en los casos de formación contractual entre una parte que actúa como experto y otra que se encuentra en amplio desequilibrio.

Aquí deviene a lo que ya se hizo mención en el acápite del deber de información propiamente, y es la dificultad de establecer aquello que se debe advertir a la contraparte. Como ya se mencionó, por la complejidad que demanda el deber es muy difícil establecer límites, y por tanto habrá que acudir al estudio de cada uno de los casos teniendo en cuenta varias situaciones que sin duda, harán más visible el cumplimiento o no de la obligación, así entonces es necesario tener en cuenta la calidad de los contratantes en especial si se está ante un profesional o no⁴⁰⁸, la naturaleza e importancia del contrato⁴⁰⁹, la existencia o no de una fase de negociaciones, la costumbre, usos y prácticas que

⁴⁰⁸ Así, lo defiende por ejemplo la Directiva 2005/29 C.E. del Parlamento Europeo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), donde define: Diligencia profesional Art. 2, literal H) el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado como el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante.

⁴⁰⁹ Por ejemplo en los contratos concluidos por vía electrónica, el deber de información se sustenta entre otros factores sobre la confianza la cual debe entenderse en cuatro acciones: La identificación del individuo con el que se está contratando, aún detrás de las máquinas, en una seria y efectiva política de protección de datos y vida privada de los clientes, la garantía que se cuenta con dispositivos que no permiten una conclusión subliminal del contrato, sino que ésta se da por un proceso de libertad y pleno consentimiento, o la comisión de cualquier error o equivocación. Para ver más, DEMOULIN, M., Y MONTERO, E., *op. cit.*, págs. 744 y ss.

regulan la materia, la organización económico social entre otras. No obstante es importante recordar que en aquellos casos donde no existe un desequilibrio entre las circunstancias y calidades que ostentan las partes contratantes, no puede entrar a alegarse la violación al deber de información, ya que no podrán las partes invocar la propia ignorancia provocada con ocasión a un actuar negligente e irresponsable, pues como hasta aquí se ha dicho, la obligación de comportarse de acuerdo a la buena fe, es una obligación de carácter bilateral, y por tal circunstancia, las partes deben comportarse y adecuarse a los estándares que demandan unas negociaciones correctas y leales. Exigir lo contrario, sería ir en contra de preceptos constitucionales y fundamentales, como lo son la solidaridad y la igualdad.

b) El deber de información en el mercado

Con la consolidación y expansión productiva de los bienes de consumo, inevitablemente se han producido un aumento de situaciones en las cuales se causa daño a los consumidores y en el campo donde son más evidentes estos prejuicios es en lo que corresponde al defectuoso e indebido funcionamiento del producto.

Al inicio de los años 70's del siglo anterior, novedosamente irrumpió una obra (de gran ingenio y rigor jurídico, la obra de GHIDINI⁴¹⁰) el panorama jurídico italiano y en especial lo que tenía que ver con la discutida responsabilidad precontractual. En dicho estudio, sostenía el jurista que es posible calificar el contacto social entre el productor y el adquirente como una fuente de especiales deberes en especial, el deber de *correttezza*.

Según el autor, el deber se materializaba en dos obligaciones específicas que años más tarde, serían aceptadas por la doctrina internacional y se constituirían como las primeras obligaciones precontractuales en ser incorporadas explícitamente en diferentes ordenamientos y Directivas Comunitarias⁴¹¹. El primer deber se manifestaba en la

⁴¹⁰ GHIDINI, G., "La Responsabilità del produttore di beni di consumo", *Profili precontrattuali*, vol. I (Giuffrè, Milano, 1970).

⁴¹¹ En el período precontractual, algunas Directivas sancionan como contraria a la buena fe la publicidad engañosa, art. 4.2. Directiva 1997/7, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20.5.1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de los contratos a distancia y el art. 3.1 Directiva 1990/314, de 13.6.1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Por otra

obligación de veracidad, en virtud de la cual la marca que utilicen los operadores económicos para la comercialización de bienes, así como los diferentes mecanismos para la promoción y circulación de productos (propriadamente lo que tiene que ver con la publicidad), no pueden representar situación diferentes al real estado en el que se encuentren los productos. El segundo ámbito desarrollado, es lo que el autor denominó como el deber de comunicación, el cual obliga al productor a informar al adquirente del peligro que se puede causar o al que puede exponerse el adquirente con la debida o indebida utilización del producto⁴¹². Así, las cosas tal transparencia o deber de información es ya todo un clásico en las Directivas que tienen por objeto la protección a los consumidores que imponen especiales deberes al empresario en la fase de los tratos preliminares, con origen a los elementos esenciales o fundamentales que caracterizan el contrato⁴¹³.

parte el art. 9 del Código Europeo de los Contratos, siguiendo las prescripciones de la Directiva 85/587, del Consejo, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, establece el deber del empresario de informar al consumidor de su derecho a rescindir el contrato.

⁴¹² Existen múltiples Directivas, donde ya se encuentra consagrado un deber precontractual, el deber de informar por las implicaciones que regulan cada una de ellas, especialmente se pueden consultar en materia de seguridad, Art. 8.1 b) y 11 Directiva 1988/378, del Consejo, de 3.5.1988, relativa a la aproximación de los Estados miembros sobre seguridad en los juguetes. En cuanto a la protección de los intereses económicos del consumidor. Art. 3, 6.1 2 y 3 Directiva 1987/102 del Consejo, de 22.12.1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito de consumo. En cuanto a la información en créditos de vivienda arts. 3 y 4 de la Recomendación 2001/193 de la comisión de 1.3.2001 relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de crédito de vivienda; sobre información previa y posterior a la realización de una transferencia bancaria transfronteriza art. 3 y 4, Directiva 1997/5, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27.1.1997, relativa a las transferencias transfronterizas; en el ámbito de la publicidad, art. 3, Directiva 1984/450, del Consejo de 10.9.1984 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

⁴¹³ Así por ejemplo la Directiva 2005/29 C.E. del Parlamento Europeo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) se obliga a los comerciantes, en el art. 4 que en los casos en que haya una invitación a comprar se considerará sustancial la información que figura a continuación, si no se desprende ya claramente del contexto: a) Las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto, b) La dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial, y en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa, c) El precio, incluidos los impuestos, o en caso de que este no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales, d) Los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional, e) en el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho. Remata el artículo 5, diciendo que se consideraran sustanciales los requisitos establecidos por el derecho comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o la comercialización, de los que el anexo II contiene una lista no exhaustiva.

Buscaba GHIDINI con las obligaciones elevar el nivel de diligencia y por tanto de responsabilidad de unos operadores económicos que para la fecha de su obra, se movían con total libertad en materia de resarcimiento de daños, pues como es sabido, el derecho de consumo en Italia y por lo general en el ámbito europeo se consolidó en la década siguiente. Afirmaba al respecto el jurista italiano:

“La exigencia de las obligaciones se constituyen en una buena técnica, con la cual se busca evitar la incorporación de productos comercializados en masa, cuyas cualidades y características no se ajustaban a las calidades mínimas exigidas y que por tanto son propensos a ocasionar daños, perjuicios que en muchos casos ni el derecho puede lograr una íntegra reparación, convirtiéndose por tanto en una garantía de protección al consumidor, cuyos daños ocasionados serán claros y expresamente exigibles al productor por el incumplimiento de estas obligaciones⁴¹⁴”.

Los estudios del ingenioso autor en gran parte fueron desvalorados pues la postura mayoritaria frente los daños causados por el defectuoso funcionamiento de los productos, era asumida por la responsabilidad originada en la celebración del contrato, y por tanto no era eficaz sustentar dicha responsabilidad del empresario en fuentes precontractuales (cuyas doctrinas siempre han estado y muy seguramente estarán en discusión), pudiéndose aplicar unas normas contractuales de arraigada tradición jurídica.

No obstante es de resaltar, como los estudios de GHIDINI fueron pioneros en la materia y como a su vez aportaron en la construcción de la doctrina del “riesgo creado y del deber de información⁴¹⁵” por parte del fabricante, como base del criterio objetivo de responsabilidad en la materia, doctrina de amplia aceptación en la actualidad europea. Debido a los objetivos propuestos en la investigación, se considera que no es menester profundizar al respecto, no obstante existe una relación directa con el tema de la información y una ciencia con la que el derecho tiene un estrecho vínculo, la economía, donde, la información es considerada como un tema esencial en el normal y eficaz funcionamiento de los mercados.

⁴¹⁴ GHIDINI, G., *op. cit.*, pág. 33.

⁴¹⁵ No se puede olvidar, que fue en el mismo seno de las Naciones Unidas, cuando en el año de 1985, en sus diferentes directrices se aprobó el derecho del consumidor a recibir una información adecuada, que le permita realizar elecciones bien fundadas, según el art. 3 inciso c.

C) Como un asunto de equidad, y redistribución de la riqueza

Desde el punto de vista de la teoría económica, el Estado interviene en el mercado, por dos motivos, el primero por motivos de eficiencia y el segundo por motivos de equidad. El segundo criterio, ha hecho que con el paso del tiempo se haya dado lugar a una nueva rama de la ciencia económica, *la economía de la información*⁴¹⁶. Ciencia que intenta englobar modelos de conducta como la confianza, la cooperación y el altruismo recíproco en la teoría económica, sin tener que renunciar a la hipótesis *R.E.M*⁴¹⁷.

En el ámbito de las negociaciones contractuales, el deber de informar, se materializa en motivos de altruismo, costes de transacción y por tanto redistribución de la riqueza. Así, la información tiene que ser suministrada a la parte más débil de la relación contractual⁴¹⁸, aquella que no se encuentra en posibilidades de adquirirla o para quien en determinado caso sería demasiado oneroso su adquisición. La anterior concepción a su vez conlleva a crear incentivos para movilizar el mercado, ya que al suministrarle a la parte débil de la relación contractual la información y tener la seguridad que se cumple con dicha obligación, hace que ella participe activamente en la adquisición de bienes y servicios, de lo contrario sería improductivo e ineficaz para el mercado una posesión exclusiva de la información⁴¹⁹.

Así, entonces lo que se busca es que al poseer información sea lo más productiva posible, lo que hará que sea beneficiosa tanto para el que la obtiene como para su destinatario, puesto que así se beneficia el mercado y la sociedad en su conjunto⁴²⁰. En términos generales, es la justificación que se da desde la teoría económica a los deberes de información, y como ya se enunció anteriormente por un problema de asimetría, que

⁴¹⁶ Cuyo padre se le reconoce a STIGLER, G. J., "The economics of information", *The Journal of Political Economy*, 1961, vol. III, pág. 213 y ss. También desarrollada por ARROW, K., "Limited knowledge and Economic Analysis", *American Economic Review*, 1974, tomo 64, págs. 1 y ss.

⁴¹⁷ Una de las hipótesis legales más importantes de la teoría económica y menos discutida por la mayoría de los científicos es la suposición que los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces de una forma egoísta, y que proceden racionalmente para la consecución de este objetivo.

⁴¹⁸ En los mismos términos, BESSONE, M., "Unilateral mistake...", cit., pág. 252. Presenta una crítica al sistema del *common law* y al modelo económico que defiende dicho sistema así: "La propensión arraigada del derecho consuetudinario para considerar la iniciativa contractual como una herramienta de movimientos de la riqueza y su funcionamiento como un juego libre de la autonomía privada escapa a un mecanismo de redistribución".

⁴¹⁹ Y por tanto sería una ganancia neta de bienestar para todos aquellos que intervienen en el mercado.

⁴²⁰ SCHÄFER, H., Y OTT, C., "Manual de análisis económico del derecho civil" (Tecnos, Madrid, 1991), pág. 307.

genera en si un fallo del mercado, por lo anterior es necesario proteger al consumidor pues es él el que se encuentra expuesto al poder de los grandes monopolios y la posibilidad que sea manipulado es bastante grande, por tal circunstancia es necesario que se le informe.

La sujeción a la que normalmente se encuentra sometida la parte débil de la relación contractual, básicamente por el déficit de información (porque el mercado no es perfecto⁴²¹), puede ser superada mediante medidas estatales coercitivas en general con la intervención del estado por medio del medio más común, la regulación⁴²². Así, si el Estado regula y vigila, efectivamente, y garantiza a estos (la parte débil) que pueden confiar, controlar los desequilibrios en los que se encuentran quienes contratan, puesto que se mejoraran ostensiblemente las condiciones de igualdad entre las partes⁴²³.

Por otra parte, hay quienes con acierto, ven en las obligaciones precontractuales de información, un mecanismo de equidad⁴²⁴. La noción de equidad empleada en economía es tomada de la filosofía y se asocia con la noción de justicia. De muchas reglas que se han sugerido para definir el principio de justicia podemos recoger aquí, por su proximidad aquella según la cual:

⁴²¹ Un mercado perfecto es aquel donde no hay ningún oferente o demandante suficientemente poderoso como para que pueda fijar o distorsionar los precios; donde se ofrezca un producto homogéneo, de modo que el comprador pueda escoger y comparar ante múltiples ofertas, en definitiva, le sea indiferente el oferente que se lo provea; donde haya plena información a los demandantes acerca del precio, producto y condición de las transacciones; donde los actores en el mercado sean leales independientes y no existan prácticas colusorias y donde además haya libertad de entrada y salida tanto de ofertantes como de demandantes en un mercado.

⁴²² Lo que se busca mediante la regulación es corregir las imperfecciones del mercado incentivando a las empresas a lograr la eficiencia en la producción de los bienes o servicios regulados y garantizar un precio competitivo para los consumidores. La justificación de la regulación como forma de intervención en donde se imponen restricciones a las decisiones de los agentes económicos, se fundamenta en un enfoque normativo ya que falla la generalidad de los dos teoremas básicos de la teoría del bienestar en que se apoya la defensa de los mercados como mecanismos de asignación de recursos. Para ver más, LASHERAS, M., "La regulación económica de los servicios públicos" (Ariel, Barcelona, 1999), págs. 18 y ss.

⁴²³ Pero para poder regular es necesario que el Estado cuente con información que en principio desconoce y que necesariamente es suministrada por los operadores del mercado (empresarios), variable que puede generar una gran dificultad por las evidentes distorsiones con las que se puede suministrar la información (favoreciendo a quien la posee, ocultándola o falseándola) lo que se conoce en microeconomía como la "captura del regulador", acto que puede generar una peor situación que la inicial al no contar con un marco regulatorio adecuado.

⁴²⁴ La equidad hace referencia genéricamente a la forma en que se distribuyen ciertos activos (ingresos, riqueza, poder,...) entre las personas, entre los distintos factores de producción, áreas geográficas o entre cualquier otro denominador que se desee. Para ver más, PASTOR, S., "Sistema jurídico y economía", *Una Introducción al análisis económico del derecho* (Tecnos, Madrid, 1989), pág. 34.

“Un tratamiento, para ser justo, o equitativo, debe ser igual para los iguales (igualdad horizontal) y desigual para los desiguales (igualdad vertical); así como regla que establece que quien se beneficie de una acción debe correr, en principio, con los costes de la misma⁴²⁵”.

Aquí el Derecho, es utilizado como un instrumento redistribuidor, por medio del cual se pueden alcanzar situaciones más justas, más equitativas. Así entonces *la regulación del mercado (en el caso los deberes precontractuales, y en especial el de información), se presenta como un mecanismo efectivo, selectivo y preciso por medio del cual, se imponen obligaciones a quienes por su actividad les es más económico y más fácil adquirir la información, y por tanto, están en mayores y mejores posibilidades de suministrársela con quienes pretenden contratar, ya que sus contrapartes, se encuentran en situaciones de desconocimiento o de desprotección y no son capaces de valorar en el momento de la formación contractual, todas las ventajas o inconvenientes que puede tener un contrato*⁴²⁶. El precontrol, hace parte de las medidas que el análisis económico del derecho reconoce como *ex ante* porque las partes conocen por adelantado, lo que deben conocer y por tanto confían, y sin duda el confiar reduce los costes de las transacciones.

Lo anteriormente dicho, es el sustento de lo que se viene defendiendo desde hace años en el Análisis Económico del Derecho como la regulación social, aquella que fundamenta la intervención del Estado en la economía de acuerdo a la existencia de los fallos del mercado en especial los de información; dicha intervención se justifica como característica propia de los actuales Estados sociales de Derecho⁴²⁷, donde tiene un fuerte arraigo el concepto de la prevalencia del interés general sobre las aprehensiones particulares y donde se busca en todo momento que se formen contratos perfectos⁴²⁸.

⁴²⁵ PASTOR, S., *op. cit.*, pág. 35.

⁴²⁶ La función primordial del derecho de los contratos consiste, en proporcionar un conjunto de reglas y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas normas, y que aseguren que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato.

⁴²⁷ Existen multitud de teorías que rechazan o aprueban la intervención del Estado en el mercado, entre las que apoyan son las más corrientes, la teoría del interés público, las teorías económicas, las teorías marxistas entre otras. Para ver más sobre la materia, PASTOR, S., *op. cit.*, págs. 115 y ss.

⁴²⁸ Son aquellos, que deben ser cumplidos de conformidad con la ley, y los términos incluidos por las partes, además es aquel que prevé todo tipo de contingencia potencial y pudiendo cumplirse, es idóneo para satisfacer las expectativas que sobre el mismo tienen las partes contratantes.

3.6.3.3. EL DEBER DE SECRETO Y CONFIDENCIALIDAD

Los sujetos a la exigencia de ser informados sobre todas las circunstancias esenciales del contrato que quieren celebrar, también tienen la necesidad, que no sean difundidas todas las informaciones y datos que fueron adquiriendo durante el transcurso de las negociaciones preliminares⁴²⁹. Ya que de no cumplir el deber negativo, se podrían causar sendos perjuicios a aquel que confió en la rectitud y lealtad de su contraparte. Por tanto tal obligación recae en el deber de secreto y reserva que deben tener las partes durante las negociaciones sobre la esfera personal y patrimonial de su contraparte⁴³⁰. La obligación de secreto, en el ámbito civil no se encuentra sancionada concretamente en norma alguna, no obstante en materia de leyes especiales si se encuentra reglada como en el caso del Real Decreto 2485/98, que desarrolló del art. 62 de la ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (*L.O.C.M.*), que en su art. 3, establece el deber de confidencialidad del franquiciado de toda la información precontractual que reciba del franquiciador.

La información es un bien escaso, en el cual para su adquisición puede representar inversiones bastante considerables en estudios y en investigaciones, es por esto que se debe proteger. Cada día y con más fuerza, se admite en las actuales sociedades evolucionadas la enorme importancia que sus integrantes atribuyen a la posesión de información⁴³¹. De tal forma que una vez comunicada a terceros se pierde el control absoluto que se poseía sobre la misma, y llegando el caso, cualquiera que ha llegado a su conocimiento podrá disfrutarla perjudicando a aquel que le pertenecía y a quien muy

⁴²⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 909. Sostiene el autor que: “En el curso de las negociaciones preparatorias puede ocurrir que por las preguntas de una parte la otra se vea obligada a comunicar secretos de fuerte repercusión patrimonial. Su violación puede ser causa de responsabilidad precontractual”.

⁴³⁰ Así, lo reconoce también, CARRESI, F., “In tema di responsabilità precontrattuale”, Roma, 1965, págs. 440-469.

⁴³¹ Incluso en la escuela francesa, autores como HUET, J., “Formation of Contracts”, *Formation of contracts and precontractual liability*, Internacional Chamber of Commerce, (París, 1995), págs. 188-192. Afirma el autor: “Se puede vislumbrar que en la fase que antecede a la formación del negocio jurídico, existe un deber de no revelar los actos relacionados con las negociaciones en caso de que estas no se vayan a concluir, este deber de sigilo deberá tener características de secreto y su utilización deberá ser considerada como ilícita y por tanto deberá ser indemnizado el daño causado”.

probablemente le era considerada como su bien más importante⁴³². Por tanto la utilidad de la información es diversa en atención a su misma esencia⁴³³. En efecto en unos casos, su valor vendrá dado por su capacidad para ser explotada por quien la conoce con el propósito último de obtener un beneficio una vez recuperados, en su caso los recursos dedicados a su obtención⁴³⁴.

El profesor ALONSO PÉREZ, nos ilustra la importancia de la información, con un caso que nos permitimos transmitir:

“Violaría también gravemente la buena fe precontractual quien se hiciera mostrar una serie de modelos y luego interrumpiera los tratos, pero aprovechara las ideas de aquéllos para construir su propio modelo, usando de las circunstancias resultara que no las habría obtenido de no mediar las negociaciones⁴³⁵”.

En el caso del derecho de español, son dos los ámbitos de protección que pueden identificarse con claridad respecto al ámbito de la defensa ejercida desde el Estado (descartando el caso de aquella información que por ser de interés estatal es considerada como clasificada o secreta⁴³⁶). El primero es el destinado a amparar la intimidad de las personas que, con fundamento en el art. 18.1 C.E., tiene su principal desarrollo en la normativa protectora de la intimidad encarnada en los diversos textos que protegen la privacidad o esfera personal de los ciudadanos. El segundo grupo es aquel destinado a

⁴³² FARRANDO, M, I., “El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas”, *Estudios de derecho mercantil* (Civitas, Madrid, 2001), págs. 27 y ss. Se consagra aquí, que puede sostenerse la validez de la siguiente regla, idea que compartimos en todo: “La consideración económica que se atribuye a la información es inversamente proporcional al número de sujetos que la conocen. Es por tanto el criterio el que ha sido amparado por diversos ordenamiento legales, el cual busca amparar la creación como a proteger el uso de la información”.

⁴³³ AMAT LLARIT, M, E., “La protección de las ideas durante los tratos preliminares”, tomo 55, *Der. Neg.*, 1995, págs. 21 y ss.

⁴³⁴ Es el caso del *Know how*, hoy por hoy considerado como un verdadero activo empresarial, sobre el que existe un auténtico derecho patrimonial y que, en definitiva, explica que dicha información pueda ser transmitida a terceros a través de diversos mecanismos, como los contratos de licencias del *know how*, en cuyos casos los comerciantes suelen cancelar cuantiosas sumas de dinero por su explotación. Estos valores pueden llegar incluso a superar los mismos activos materiales que pueda tener un comerciante.

⁴³⁵ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 909.

⁴³⁶ Para ver más, consultar la ley 9/ 1968 del 5 de abril, de secretos oficiales, modificada por la ley 48/ 1978 del 7 de octubre.

salvaguardar una categoría de información muy especial, *la empresarial*, cuya protección se encuentra consagrada en el artículo 25.22 *L.P.I.*⁴³⁷.

Los medios de protección que consagra el Estado para resguardar dicha información empresarial y confidencial, son en primer lugar el sistema de patentes y en segundo lugar el sistema protector de exclusivas el sistema del *copyright*. El sistema de patentes, le da a su titular la exclusiva jurídica que por un tiempo específico y limitado que ofrece el poder público al titular de ciertas ideas o formas de expresión su explotación económica exclusiva. Ya hablando del *copyright*, se entra a estudiar es propiamente el derecho de explotación económica que le da a un titular de obras literarias, científicas o de cualquier otra especie para que la reproducción o copias de la misma se hagan bajo su directa explotación y autorización, mediante el pago de unos tributos. Protección que opera mediante la salvaguarda de la forma como se reproduce o circula la idea o información protegida⁴³⁸.

Al intentar trasponer lo hasta aquí dicho, en las negociaciones precontractuales, es lógico que de conformidad con la conservación de los derechos de información (*copyright*), no se deban transmitirse o suministrarse en la fase de los tratos, así las cosas nos es muy útil con fundamento en tal construcción distinguir la información deliberadamente producida o adquirida (la que protege los *copyright* y el sistema de patentes) y aquella información casualmente obtenida, que es sobre la cual versa exclusivamente la obligación precontractual de información, puesto que sin duda le es legítimo obtener ventaja pecuniaria sobre aquellos derechos y reglas de propiedad le pertenecen y para las cuales ha invertido dinero, trabajo y tiempo; no obstante en las negociaciones puede darse el caso en que una de las partes suministre información privilegiada (formulas, recetas, técnicas etc.), y en ese caso especial es que entra en su máximo esplendor a operar la obligación de secreto sobre la que se viene hablando. No

⁴³⁷ La entidad o entidades de gestión, o en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de sus facultades.

⁴³⁸ Desde la óptica del régimen protector del secreto, este tipo de información siempre es divulgada y parece que así es totalmente ineficaz, y así se habrá perdido la reserva imprescindible para acceder al sistema protector. Sin embargo en palabras de FARRANDO, M, I., *op. cit.*, págs. 37 y ss. No es posible negar que existen casos (marginales) en que el régimen del *copyright* y del secreto son compatibles, como sucede por ejemplo, cuando se facilita bajo régimen de secreto una obra literaria al objeto de su valoración y esta se comunica a terceros.

obstante, ratificamos de nuevo lo antes dicho, que es muy difícil establecer una frontera, entre lo que se debe o no informar, y más si observamos la información como un bien objeto de propiedad, para lo cual acudiremos de nuevo a la análisis de las circunstancias de *facto*, teniendo en cuenta la calidad y condiciones de los extremos negociales, circunstancias que sin duda servirán para establecer si la conducta fue contraria a la buena fe o no y por tanto si se ha vulnerado la obligación de informar.

Centrándonos ya en el deber de secreto propiamente dicho, el rasgo que se advierte al hacer un estudio sobre la protección legal de él, nos lleva a la lastimosa afirmación, que en el ordenamiento jurídico español⁴³⁹, no se impone en una única sede la obligación de guardar secreto sobre la información empresarial, y como consecuencia es de imaginar que tampoco existen soluciones unitarias frente a las sanciones de las mismas. Por tanto el legislador ha preferido cimentar en múltiples normas salvaguardar la confidencialidad de dichas informaciones, normas de índole bursátil, administrativa, laboral, comercial, civil, diversos tipos penales⁴⁴⁰.

El primer y principal recurso de naturaleza sancionadora para el caso de que un obligado vulnere el deber de secreto tiene naturaleza punitiva⁴⁴¹. Las opiniones a favor de la criminalización se acostumbran presentar alrededor de la necesidad de equilibrar el balance entre el beneficio que puede obtener el sujeto al transmitir ilícitamente información protegida, o la pérdida económica que dicha conducta puede causar a su titular, con la escasa probabilidad de que dicha conducta sea castigada, pues como ya se afirmó el tipo penal, en el caso español no alcanza a incluir todos los eventos en los cuales

⁴³⁹ Caso muy contrario se observa en el derecho anglosajón donde se gozan de verdaderos códigos perfectamente armonizados y unificados sobre la normativa de los *trade secret*. Famoso por su gran utilidad es la *law of Uniform trade secrets act (U.T.S.A)*.

⁴⁴⁰ Por vía de las normas del ordenamiento del Código Penal en especial las consagradas en el título X, donde se castiga a aquellos que revelen secretos ajenos sin el consentimiento previo en razón de su oficio o relaciones laborales (art. 199). Basta estudiar la disposición para encontrar, que el ordenamiento penal, se encuentra limitado y no consagra todos los casos de inobservancia del deber del secreto que se puede verificar en el transcurso de las negociaciones contractuales, una vez que se puedan configurar hipótesis que no correspondan a las descripciones de los artículos en mención, y por tanto es vital conceder esa tutela al contratante perjudicado por lo menos por vía del articulado civil. BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, cit., pág. 67. Nos ilustra casos en los cuales, no es aplicable las normas penales en casos de incumplimiento de los deberes de secretos, ejemplos que se pueden aplicar en todo al caso español, ya que el art. 622 y 623 del Código Penal consagran los mismos elementos del articulado penal español, antes citado.

⁴⁴¹ Contradiciendo, sin duda, el principio de derecho penal de la última *Ratio*, ya que justamente, en esta materia se acude en primera opción al derecho sancionador, ante la ineficacia de las demás herramientas existentes.

pueda ajustarse todas las conductas reprochables y en especial las acaecidas con ocasión de los tratos preliminares. Bajo la óptica asociada a la prevención general, dicen sus defensores que ha de desincentivarse que sujetos con una capacidad económica limitada para reparar el daño causado (trabajadores etc.) puedan verse tentados a comunicar ilegítimamente las informaciones más valiosas de una empresa con el resultado de producir daños especialmente elevados⁴⁴².

La obligación de secreto, no sólo tiene una fuente legal, sino que también puede tener un origen contractual, (mediante pacto secreto o de confidencialidad) irrefutablemente tendremos que admitir que la posibilidad de que sean varios los mandatos que simultáneamente vinculen a un mismo sujeto a mantener secreto sobre una misma información, hace aún más compleja la situación.

Frente a la inexistencia de una técnica homogénea, producto del panorama anteriormente descrito, estaremos en la imperiosa obligación de acudir a deducirlo de un principio o norma de ámbito general, siendo forzosamente el principio de la buena fe. Un ejemplo claro, se encuentra en la actualidad, al no existir ningún soporte normativo expreso –vigente en el contrato de trabajo- que imponga a los trabajadores la obligación de guardar secreto sobre las informaciones reservadas de la empresa, situación, que obliga a retomar la norma general a la cual se ha venido haciendo alusión⁴⁴³. Pero no quiere decir lo anterior que siempre debamos acudir a la norma general, existen en la actualidad múltiples preceptos colmados de esa obligación negativa de no revelar o comunicar información privilegiada o aquella que haya sido obtenida con ocasión de relaciones comerciales, laborales o administrativas, encuadrando aquí perfectamente aquellas ocurridas con ocasión a los tratos preliminares⁴⁴⁴. Ahora lo que si es preciso establecer es que todas las normas son aplicaciones específicas del principio universal al que aquí hemos dedicado el presente capítulo; la buena fe objetiva, siendo el modelo de conducta

⁴⁴² MASSAGUER, J., “Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico”, derecho de la propiedad industrial (C.D.C., Madrid, 1994). También LLOBREGAT, M, L., “Aproximación al concepto de secreto empresarial”, De los Estudios de Derecho Mercantil, *Homenaje al profesor JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ*, vol. II (Valladolid, 1998).

⁴⁴³ Al respecto cita FARRANDO, M, I., *op. cit.*, pág. 47. Una abundante bibliografía de autores en sumatoria españoles quienes afirman que el deber de secreto es una concreción jurídico-laboral del principio de la buena fe.

⁴⁴⁴ Así, incluso lo defiende el máximo Tribunal de Casación francés, *Civ. 3*, 16/10/1993: *Bull. Civ.*, III, núm. 529, y *Civ. 3*, 29/06/1992 *Rev. Loyers*, 1992, pág. 437; *R.T.D. civ.* 1977, pág. 340. En el mismo sentido GHESTIN, J., “*Traité de droit civil, la formation du contrat...*”, *cit.*, págs. 298 y ss.

que se considera como referente para la comunidad por ser sinónimo de corrección, probidad, honestidad y lealtad.

Desde el punto de vista resarcitorio, para establecer el *quatum* indemnizatorio por la violación del deber en las tratos preliminares, es necesario entrar a estudiar la intencionalidad del causante del daño para una parte de la doctrina (como ya se profundizará en el cuarto capítulo), así dependiendo si opera el factor culpa o dolo será puestos los valores indemnizatorios. Para nosotros dicha caracterización carece de importancia, entre otras razones por la importancia que le asignamos al daño. Consideramos al daño como el principal protagonista y por tanto una vez corroborada su existencia así como sus elementos de conexidad, este debera entrar a repararse íntegramente, sin importar sus agentes determinadores. Sobre este respecto ver, también en la cuarta unidad.

Son múltiples las situaciones en las que se podría pensar sobre un daño ocurrido por el incumplimiento del deber de secreto en unas negociaciones fallidas, por citar sólo alguno, piensese en aquel caso en el que un empresario se beneficia directamente de la información recibida, revelando una recetas sobre la elaboración de productos especializados, o utilizándolas para su provecho, elaborado los mismos productos con base en la información obtenida. Nótese como incluso el daño precontractual a la luz del ejemplo dado, se puede presentar incluso, no en el momento de la ruptura de las negociaciones, sino en un momento posterior. También podría presentarse el caso, en el que la parte que poseía la información, no considere que con la ruptura *prima facie* se le causó un daño, consideración que con el tiempo puede ser reformulada, al denotarse los perjuicios causados con posterioridad por el actuar desleal de su contraparte.

En general es difícil, la realización del supuesto descrito, pero no obstante, para resolverlo será fundamental, el estudio que se haga sobre la causa de los valores predeterminados dentro de la fase precontractual, siendo así que el elemento constitutivo de los daños sobrevenidos a la ruptura de las negociaciones radican en la mala fe (el comportamiento desleal de la contraparte), la cual utilizó y abusó del valor

predeterminado (buena fe), de su contraparte para conocer una información que iba a ser utilizada con posterioridad en provecho propio y en detrimento de su contraparte⁴⁴⁵.

En conclusión, la obligación de confidencialidad prohíbe a las partes de la negociación, explotar o divulgar las técnicas o secretos u otras informaciones confidenciales obtenidas en razón de las negociaciones interrumpidas, so pena de incurrir en una falta y por tanto, el deber de indemnizar frente a la constatación de un daño o perjuicio.

3.6.3.4. EL DEBER DE CUSTODIA Y CUIDADO

En muchas ocasiones ya sea como estrategia de venta o como una necesidad de conocer las mercancías para su adquisición, conlleva que las partes acuerden recibirlas, para explorarlas, conocerlas, y verificar así, una futura prestación, haciendo por tanto que dicho contacto material conlleve el deber de preservar la cosa, pero no siempre se tiene claro en que consiste el deber de custodia y cuales son las obligaciones que las partes aquí adquieren por el simple hecho de aceptar su tenencia. Debido a lo anterior, es necesario clarificar su extensión y cómo desde nuestra perspectiva debe ser acotado el tema, diferenciándolo del deber de conservación desarrollado por la doctrina alemana.

La obligación de custodia y cuidado, para la doctrina italiana, existen a cargo de una de las partes en las negociaciones respecto a aquellos bienes que la otra, le ha entregado para su examen de cara a la realización del contrato así *vengono esposti rischi e pericoli altrimenti insussistenti*⁴⁴⁶. De tal forma que viene aquí a responder aquel que habiendo recibido los bienes en el ejercicio de su experimentación, uso o simple tenencia no emplea la diligencia debida y por tanto le causa daños a aquellos bienes entregados. No se trata con ello solamente de salvaguardar esos bienes de la actuación lesiva de quien

⁴⁴⁵ GHESTIN, J., "Traité de droit civil, la formation du contrat...", cit., págs. 298 y ss.

⁴⁴⁶ De los deberes precontractuales, y en especial el de custodia existe un estudio detallado y completo por parte de la doctrina italiana para ver más, PANZA, G., "Buon costume e buona fede" (Jovene, Napoli, 1973) págs. 238 y ss.

los tiene sino, y sobre todo, de consagrar una obligación de salvaguarda y custodia frente a terceros que, en caso de ser violada, le obligaría a aquel a reparar⁴⁴⁷.

Los deberes de custodia y conservación surgen por lo general cuando una de las partes que negocia ha manifestado su intención de examinar las mercancías o las cosas a contratar antes de comprarlas o cuando son ofrecidas por su contraparte con idéntico objetivo, práctica muy usada, por ejemplo al momento de adquirir automóviles, donde el eventual comprador realiza cortos paseos en el vehículo que pretende adquirir. De tal forma, que si hay una pérdida o un deterioro de las mercancías por defecto o por culpa imputable a quien se le han entregado, siendo un comportamiento opuesto a la buena fe, existe aquí defraudación y falta a la confianza depositada.

Cuando se realiza un acto que produce una pérdida de valor económico, ¿Quién debe soportar la pérdida procedente de este acto? Planteada así la cuestión, la respuesta no puede ser dudosa. Es el patrimonio del autor del perjuicio quien debe soportar la pérdida sufrida, como contrapartida del beneficio o placer conseguido o esperado. Por lo tanto, es equitativo, que aún cuando esté libre de toda culpa, sea quien soporte en forma de reparación pecuniaria, el daño procedente de sus actos. *En otros términos, el que hace algo, debe soportar los riesgos de su acto.* Todo riesgo creado, debe quedar a cargo de la actividad creadora, quien da lugar a estos riesgos en su beneficio y con el fin de procurarse un enriquecimiento patrimonial, debe estar, no sólo a las consecuencias del éxito, sino también a los perjuicios⁴⁴⁸. Así, que frente a una situación de contacto con la cosa objeto de las negociaciones, nace la exigencia de tutelar el interés del negociador, y así evitar el daño o desmejora en el experimento de la cosa entregada.

En otro término, la entrega de la cosa involucrará al que la ha recibido, a conservarla y usarla (en el caso que la contraparte haya consentido tal disposición) con la diligencia del buen padre de familia, y que dichos objetos deben ser devueltos una vez efectuado el examen, o cuando sea exigida su restitución en el caso de no alcanzar la conclusión del acuerdo. El nivel de diligencia exigible estará supeditado sin duda, a que

⁴⁴⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C., “La culpa in contrahendo...”, cit., pág. 222.

⁴⁴⁸ Para ver más. OSSORIO, A., “El hecho generador de las obligaciones”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1934, pág. 257, MAZEAUD, H., “Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle”, *R.T.D.C.*, 1929, Julio- Septiembre, pág. 553.

se le de el uso normal y permitido de la cosa de acuerdo con el funcionamiento y finalidad para la cual dicho objeto ha sido entregado. Que en el caso en cuestión, es para facilitar la conclusión del contrato.

En la jurisprudencia italiana son escasas las referencias que se conocen al respecto, salvo la sentencia del Tribunal de Milán del 17.9.73 donde se condena a una persona que había recibido un bien para que lo experimentara y conociera antes de su eventual compra, sufriendo un posterior robo del bien recibido, y por tanto fué condenado vía *ex art.* 1337 por violación del deber de custodia. El Tribunal en ese entonces sostuvo:

“Es evidente que la entrega de una cosa acompaña la exigencia de custodia y cuidado sobre la misma, y en el caso de no existir un acuerdo sobre su compra inmediatamente debe ser restituida... No es lícito dudar de la existencia de tal deber,(protección o de *sicurezza* como lo denomina la reciente doctrina), ya que ellos no sólo acompañan las relaciones obligatorias, sino más bien proceden las mismas y por tanto son exigibles incluso en vía de negociación. La fuente del deber, es la buena fe en sentido objetivo, la cual se constituye como un parámetro de evaluación de la conducta de acuerdo al *habitus* del *bonus vir*, siendo un modelo que evoca la idea de lealtad, de claridad en el hablar, de coherencia en el comportamiento. Así la buena fe, se integra y se manifiesta en la fase anterior al nacimiento del vínculo, en el momento en el que las partes entran en contacto con el fin de estipular un contrato, esa es la llamada buena fe precontractual consagrada en el art. 1337 C.c.⁴⁴⁹”.

Existe por el contrario una parte de la doctrina, que sostiene que la naturaleza y el fundamento de la obligación de conservación y custodia, proviene de un acuerdo no concertado entre las partes y en el cual las negociaciones son solo un presupuesto. CARRESI sostiene que en vías de formación contractual no sólo gobierna el principio de la buena fe, sino en general las normas de la teoría del negocio jurídico, de tal forma que al existir una entrega de un bien en vías a la celebración de un contrato posterior, ya es en si un acto contractual:

“El acuerdo en orden a la entrega para el examen, prueba, etc... De cosas de uno a otro negociador, da vida a un contrato innominado de exámen; en el cual las partes no habiendo dispuesto clausulado alguno, será regulado por las normas que los contratos disciplinan en general, teniendo en cuenta la precisa finalidad que el bien ha sido

⁴⁴⁹ Sentencia inédita, citada por DE MAURO A., Y FORTINGUERRA, F., *op. cit.*, pág. 136.

destinado para que la entrega, entonces, las negociaciones no son mas que el medio que pone en conexión a las partes⁴⁵⁰”.

Posición que no se comparte, aunque no se debe desconocer que sin duda es ingeniosa, pero que a juicio propio es insostenible desde el punto de vista de la finalidad o intencionalidad que motiva a las partes propiamente que es la celebración de un contrato de compraventa, en el caso objeto de estudio y no el ingenioso contrato innominado. Además, aceptar dicha teoría de *fictio juris* sería como darle validez al lamentable acuerdo tácito de su antecesor FAGGELLA.

En la actualidad se acepta por parte de la doctrina italiana, que si bien es cierto que el amparo también podría operar desde el genérico *neminem ledere*, se establece que de acuerdo con la buena fe *in contrahendo* surge una especial obligación de protección, custodia y conservación de aquel que ha confiado en una conducta correcta y leal durante la fase de negociaciones⁴⁵¹.

No se debe confundir lo anterior, con los supuestos que han sido manejados desde la doctrina alemana, como el de la responsabilidad precontractual ante los daños y lesiones físicas como patrimoniales (*Schulzpflichten*⁴⁵²), los cuales se dan con ocasión a las conversaciones preliminares. Estos perjuicios han de rechazarse ya que pueden generarse con total autonomía o independencia de las negociaciones, de lo contrario cabría imponer una responsabilidad objetiva al empresario por el hecho de tener abierto al público un local⁴⁵³, aunque la actividad desarrollada en el mismo le produzca lógicamente

⁴⁵⁰ CARRESI, F., *op. cit.*, pág. 451.

⁴⁵¹ Otros por ejemplo como DE MAURO A., Y FORTINGUERRA F., *op. cit.*, pág. 135. Vinculan la existencia del deber con la obligación contenida en la norma del art. 1718 del *Codice civile*. Extendiendo la obligación impuesta al mandatario de custodiar la cosa entregada por el mandante, admitiendo la existencia de un contrato de mandato tácito.

⁴⁵² Llamados por la doctrina italiana como los deberes de *protezione*.

⁴⁵³ Al respecto ha reconocido la sala primera del Tribunal Supremo en la S.T.S. de 12 de noviembre de 1993 (R.J. 1993, 8760) y de 12 de julio de 1994 (R.J. 1994, 6390). –concretamente con respecto a una peluquería y a un restaurante, un local abierto al público no supone en principio la creación de un nuevo riesgo o de un riesgo añadido para la seguridad de las personas. Así se repite con frecuencia en las sentencias de las Audiencias Provinciales <S. de la A.P. de Málaga de 2 de noviembre de 1996 (A.C.2006, 280), y la S. de la A.P. de Asturias de 4 de noviembre de 1993 (A.C. 1993, 2309) >, para añadir a partir de esa premisa la necesidad de que haya existido una culpa imputable al empresario, por leve que la misma sea, para atribuirle responsabilidad en los daños sufridos por un cliente que cae al suelo. Aquí la negligencia apreciable, a efectos de responsabilizar el empresario titular del local de los daños sufridos por un cliente al caerse dentro del mismo, se relaciona lógicamente con las medidas razonablemente exigibles para que el mismo impida o

un rendimiento económico del que se beneficia. Además como se tratará más adelante, los deberes secundarios de conducta nacen con ocasión a un momento específico y no acompañan todos los momentos de la actividad humana.

Los llamados deberes de conservación o *Schulzpflichten* por la doctrina alemana, en la actualidad consisten en la protección de la integridad física y de la propiedad ante daños que se puedan sufrir con ocasión de un contacto sobre el plano negocial. Se crea con ello, durante la preparación de un contrato y dentro de determinado ámbito físico, una obligación de salvaguardar al otro contratante. Situación que debido a la naturaleza misma de la buena fe *in contrahendo* y a los deberes secundarios de conducta que de ella emanan, no puede ser aplicada en el sistema jurídico español. Lo que corresponde a los deberes de custodia y cuidado, anteriormente enunciados se limita a las cosas entregadas de cara a la futura realización de un contrato, pero no a la salvaguarda en general de la persona ni de la propiedad frente a cualquier hecho lesivo dentro de un ámbito negocial.

En Alemania y según una práctica judicial criticada y además no unánime, entrarían en la órbita de la *culpa in contrahendo* todos los daños en un ámbito negocial tanto en la persona como en los bienes aunque no exista directa relación con el objeto del contrato; sin embargo, cuando aquí se habla de deberes de custodia los mismos quedan restringidos a los entregados para que la otra persona pueda decidirse respecto a la contratación, que irá además dirigida hacia ese tipo de artículos. Con la reforma de la ley de modernización del derecho de obligaciones, del 26 de noviembre de 2001, se incluyó en el cuerpo legal del *B.G.B.*, los deberes de protección a la fase precontractual, a través de la reforma del párrafo 311.2., (Como ya se estudió en el primer capítulo de la presente investigación), dando punto final a la discusión y por tanto, según el derecho civil alemán, también ya no por mediación del concepto de interpretación de concepto de la buena fe como ocurre, con los deberes secundarios en Italia, Francia y España, sino por directo mandato de la ley, las partes deben no sólo deberes de prestación, sino también los deberes de protección (*schutzpflichten*). Lo anterior de conformidad con el nuevo párrafo 241.2 y el 282, al consagrar la posibilidad de ser indemnizado por la violación de los deberes de protección.

remueva cuanto antes los obstáculos o suciedades en el suelo del local que puedan hacer el mismo mas peligroso, permitiendo prever la posibilidad de un tropezón o de un resbalón determinante de alguna caída.

Todo comenzó con el muy famoso caso del *linoleum*⁴⁵⁴ cuya sentencia del *Reichsgericht*, fue acogida favorablemente por la doctrina alemana, la cual no se limitó a adherirse a la construcción hecha, sino que atribuyó a la relación preparatoria la naturaleza de contrato. A pesar de las críticas los autores germánicos no abandonaron la idea del *reichsgericht* de incluir entre los deberes *in contrahendo* los de conservación, procurando apenas una justificación que no fuera como las precedentes, pero abierta a las objeciones. Se sustentó entonces, que quien inicia negociaciones expone la propia esfera jurídica a riesgos y peligros que sin ellas no existirían, entran en una zona de inseguridad por el hecho de que la actividad negligente de la otra parte puede resultar dañosa y perjudicial a los bienes y a la misma persona. Por tanto la regla de la buena fe (242 *B.G.B.*) completaría y reforzaría la tutela de los dos derechos absolutos ya previstos en el 823 y 826 del *B.G.B.*, de ahí surgiendo una serie paralela de las obligaciones (relativas) de protección⁴⁵⁵.

A través de la sentencia se aceptó por parte de la doctrina alemana, la protección de la integridad física y de la propiedad ante daños que se puedan sufrir con ocasión de un contacto sobre el plano negocial, convirtiendo esta sentencia en todo un hito⁴⁵⁶. Se creó con ello, durante la preparación de un contrato y dentro de determinado ámbito físico, una obligación de salvaguardia protección del otro contratante.

⁴⁵⁴ Fue presentado ante el Tribunal alemán, el siguiente caso: “Una señora estaba examinando en un almacén algunos tapetes de lino traídos por un empleado, cuando de repente un rollo de tapetes le caen encima hiriéndole una pierna. El *Reichsgericht*, decía que el patrón estaba en la obligación con el cliente de resarcir el daño a título de responsabilidad contractual (278, *B.G.B.*). En efecto, la propuesta de examinar los tapetes era una aceptación tendiente a la conclusión de un contrato de compra venta, y por tanto un resultado negocial. Nace consecuentemente entre las partes una relación preparatoria y accesoria sobre la venta, relación que tiene un carácter casi- contractual y que es fuente de obligaciones vinculadas a cada uno de los sujetos al observar ciertas cautelas con el fin de evitar el perjuicio a la persona o a los bienes del otro. Sentencia del *Reichsgericht* del 7 de diciembre de 1911, “*Entscheidungen des Reichsgerichts*”, *Zivilsachen*, 78 (1912). Y documentada también por ASÚA GONZÁLEZ, C., “*La culpa in contrahendo...*”, cit., pág. 90 y BENATTI, F., “*A Responsabilidade pré-contratual...*”, cit., pág. 97. Estos dos autores, coinciden en afirmar que en últimas, lo que buscaba el *Reichsgericht*, era evitar la posibilidad que el dueño del negocio se exculpara, desplazando su responsabilidad sobre el empleado, quien había sido el autor directo del daño (quien por lo general tiene menos capacidad económica), debido a esto es que se aplica la norma del 278 y no la del 831, en similares términos CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral” (Civitas, Madrid, 2000), págs. 27 y 28.

⁴⁵⁵ BENATTI, F., “*A Responsabilidade pré-contratual...*”, cit., págs. 103 y ss.

⁴⁵⁶ Considerada así por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 27.

La anterior doctrina tuvo algunos seguidores dentro del panorama italiano, aunque en la actualidad, su recibo no sea el mayoritario, por el contrario la mayor parte no acepta dicha extensión y aplicación dentro del sistema legal. No obstante, existen autores de renombre como PANZA⁴⁵⁷ o SCOGNAMIGLIO⁴⁵⁸ que defiende su viabilidad como una medida de protección de las sociedades de masa, o como un deber que se deriva de la aplicación del principio de la buena fe.

Tales consideraciones como lo expone BENATTI son incongruentemente latentes puesto que:

“No llega a superar la consideración de que los deberes de conservación nacen en el momento de entrada de una persona a un local público o a una zona de influencia de aquella actividad. Es que restaría lo siguiente: “el llamado interés que tienen los sujetos de no sufrir daños acompaña todos los momentos de su actividad, exige independiente del acto de que hayan sido iniciadas las negociaciones y no se descubre entonces, por que razón habría de someterlo a la tutela que deriva del principio de la buena fe prenegocial⁴⁵⁹”.

Nótese que la única relación entre el daño y el negocio fue la coincidencia temporal, y por tanto el yerro se dio en la doctrina de *linoleum* en la no exigencia, que los daños se dieran como una relación directa de la ejecución del contrato, o durante su

⁴⁵⁷ PANZA, A., *op. cit.*, pág. 250. Defiende el autor, que es aplicable la *fattispecie constitutiva* del deber de protección dentro del ordenamiento jurídico italiano, puesto que las negociaciones precontractuales, se dan dentro del llamado contacto social (*sozializer kontakt*) que sin duda es el momento en el que se instaura las obligaciones in *contrahendo*. Además rechaza el autor a sus oponentes, al afirmar que las normas que consagran el clásico *neminem leadere*, son normas que se dan entre desconocidos, y los tratos preliminares se dan entre conocidos, y por tanto la norma expresas a aplicar son las de la responsabilidad precontractual.

⁴⁵⁸ Por su parte SCOGNAMIGLIO, R., “Contratti in generale”, *Trattato di diritto civile* (Vallardi, Milano, 1977), pág. 207, consagró: “*la messa in relazione precontrattuale costituisce la fonte di obblighi specifici di protezione della persona, come del patrimonio, del'altra parte e determina dunque la responsabilità contrattuale del danneggiante... La ragione è che in questi, ed in altri casi simili, si instaura piuttosto una situazione di contatto sociale, che solo occasionalmente si intreccia con un inizio di trattative; e per converso non può ritenersi che l'occasione dannosa dipenda da un rapporto specifico, ed eccedene la sfera delle relazioni che possono determinarsi con qualsiasi terzo, in modo da implicare una valutazione del contegno in termini di buona fede contrattuale*”. Su pensamiento jurídico al respecto cambiaría sustancialmente en sus posteriores obras, ya que sin dar explicaciones, sólo se dedicaba a reconocer la existencia de los deberes de información, secreto y custodia al momento de abordar la responsabilidad precontractual. Es el caso por ejemplo de su obra “Teoría general del contrato” (Talleres de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982), pág. 87 y ss.

⁴⁵⁹ *Vid.*, BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, *cit.*, págs. 103 y ss.

preparación, por tanto no existía una consecuencia directa de la negociación o de la ejecución⁴⁶⁰.

Al respecto ALONSO PÉREZ sostiene:

“Donde esta aquí la violación de la *bona fides in contrahendo*, la conducta dolosa, fraudulenta o desleal de la que únicamente puede brotar la obligación precontractual de indemnizar?... Mas también es evidente que las lesiones sufridas por la eventual adquirente nada tienen que ver con los intereses de las negociaciones preliminares o de la posible conclusión del contrato⁴⁶¹”.

Recordemos que la razón de la inclusión de estos casos en la disciplina contractual (de la *culpa in contrahendo* alemana) ya se ha puesto de relieve, es fundamentalmente el lograr hacer responder al titular de una actividad a través del parágrafo 278 (B.G.B.), aunque en los últimos tiempos ha sido también determinante para analizar un caso así, a la luz de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* el plazo de la prescripción más largo en el campo precontractual⁴⁶².

Para ASÚA GONZÁLEZ además existe una diferencia muy marcada entre el contacto y el ámbito negocial, situación que se dio el caso del *linoleum*, y de haberse tenido en cuenta, es probable que no se hubiera incluido el deber de protección físico y patrimonial como un deber precontractual en Alemania. Afirma la Catedrática que:

“Existe una diferencia entre contacto y ámbito negocial. El primero es desde luego, requisito imprescindible para que los daños que se puedan producir pasen del campo extracontractual al contractual – a través de la *culpa in contrahendo*- el segundo, que es del que aquí nos ocupamos, no puede ser objeto de consideración tan estricta pues es posible, como se acaba de ver, que se produzcan daños en el período precontractual no circunscritos a un determinado ámbito físico. Este cobra, sin embargo, gran importancia en los casos típicos de accidentes dentro de establecimientos abierto al público ya que es el simple hecho de penetrar en ellos lo que hace presumir una intención negocial, de muy difícil prueba en contrario, que permite considerar los daños sufridos desde la perspectiva de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. En tales ocasiones es muy importante delimitar el ámbito porque es a él, al que se

⁴⁶⁰ En el mismo sentido ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 910 y ss. Quien afirma que de haber ocurrido dicho siniestro en el ámbito español, sin duda se acudiría al art. 1902, puesto que no está claro que exista violación a la *bona fides in contrahendo*.

⁴⁶¹ *Vid.*, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 910.

⁴⁶² ASÚA GONZÁLEZ, C., “La *culpa in contrahendo*...” cit., pág. 98.

circunscribe el deber de protección precontractual, deber que subsistirá hasta que dicho ámbito sea abandonado⁴⁶³”.

Con la nueva reforma la diferencia que sustentaba el yerro alemán, desaparece y lo que para ASÚA GONZÁLEZ y sus seguidores considerábamos como indebida delimitación, hoy día al unificarse desaparece el límite y por tanto se hace la situación más que compleja. No obstante en el caso italiano, la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente mantienen su pensamiento y rechazan tajantemente la aceptación del deber en vía precontractual, aplicando en el caso de un imprevisto como el del *linoleum*, la regla del 2043 del Código Civil, siendo la misma norma del art. 1902 del Código Civil español.

Últimamente conforme al art. 1337 del *codice* la doctrina ha ido extendiendo su ámbito de aplicación y dicha evolución ha llegado a tal punto que sobre la materia se ha venido aceptando paulatinamente, la existencia de un novísimo deber, *la prevención*, en virtud del cual las partes deben propender por abstenerse de ejecutar conductas que pueden ser sancionables por comportamientos potencialmente dañosos, que por tanto constituyan justas causas para un retiro de las negociaciones⁴⁶⁴.

Lo cierto, es que en la actualidad el *B.G.B.*, y tras su reciente reforma, se contempla por expresa disposición legal la configuración del contenido de la relación obligatoria no sólo de los deberes de prestación sino también los deberes de conservación, aunque hoy por hoy se siga viendo esta inclusión como inaceptable (a pesar de ser considerado como parte del patrimonio jurídico alemán, por vía de la costumbre desde hace más de ocho décadas) e inaplicable en los ordenamientos con tradición jurídica latina. Desde nuestro punto de vista, los deberes de protección, distan ampliamente de los deberes secundarios, en la medida que estos *no afectan directamente la finalidad del contrato, de tal forma que serían protegibles desde la norma del neminen laedere*⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C., “*La culpa in contrahendo...*”, cit., pág. 100.

⁴⁶⁴ Así lo sostienen por ejemplo, DE MAURO, A., Y FORTINGUERRA, F., *op. cit.*, pág. 140., DEL FANTE, A., “Buena fede prenegociale e principio costituzionale di solidarietà”, *R.a.D.C.*, 1983, págs. 122 y ss.

⁴⁶⁵ En general es el fundamento, que exponen los diferentes doctrinantes para rechazar la existencia de los deberes dentro de la órbita de la responsabilidad precontractual en Italia, Portugal, en Francia y en España.

Además, para nosotros los llamados deberes de conservación (*schutzpflichten*), difícilmente serían de aplicación práctica dentro del ordenamiento jurídico latino, porque así como están fundamentados, darían lugar a una imposición de una norma de responsabilidad objetiva a aquel que tiene un negocio abierto al público, y deberá proteger a todo aquel que ingrese a su establecimiento, incluso cuando su interés no sea el de realizar un negocio, sino simplemente en casos de protección de inclemencia del clima por citar algún ejemplo⁴⁶⁶. El tema en la actualidad sigue siendo complejo, no obstante nosotros seguimos defendiendo que la categoría de los deberes precontractuales o los deberes secundarios de conducta nacen con ocasión a un momento específico y no acompañan todos los momentos de la actividad humana. En verdad los deberes tienen su fuente en la buena fe objetiva, aquella que nace del acto de negociación y no de cualquier circunstancia y versan sobre la preparación del contenido del futuro acto de autonomía privada, requisito que sólo se encuentra en los deberes de comunicación, secreto y custodia.

En los últimos años un moderno autor, JORDANO FRAGA⁴⁶⁷ afirmaba que dentro de los llamados deberes accesorios o complementarios de conducta (a los cuales hemos dedicado estas últimas páginas), habría que adicionar el llamado interés de protección, que consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina, no se produzcan daños en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte. Posición jurídica, que se comparte, pero a título personal, no lo denominaría como otro deber de conducta más, sino básicamente como el principio general que sustenta las tres exigencias de conductas anteriormente estudiadas. Su aporte del todo no es novedoso, ya que dicha, institución ya ha sido abordada CABANILLAS SÁNCHEZ quien en la actualidad sostiene que los deberes de protección nacen en la etapa precontractual al lado de los deberes de información, y de lealtad⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ En los mismos términos, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones”, *Homenaje a LUÍS ROJO AJURIA*, Escritos jurídicos (Universidad de Cantabria, Santander, 2003), pág. 184. Sostiene el autor: “Muy discutible resulta afirmar que deriva de la compraventa un deber de protección o de seguridad del vendedor frente al comprador. La responsabilidad de los posibles compradores por caídas y accidentes en supermercados, autoservicios y almacenes y en general, establecimientos abierto al públicos, se sitúa en el ámbito de aplicación de los art. 1902 y 1903 párrafo 4 del Cc”.

⁴⁶⁷ JORDANO FRAGA, F., “La responsabilidad contractual” (Civitas, Madrid, 1987), pág. 31.

⁴⁶⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Introducción al...”, cit., pág. 177. En general defiende que existen auténticos deberes contractuales de protección, que gozan de autonomía respecto al deber de prestación y los restantes deberes que se integran en la relación obligatoria, ya que atienden al denominado interés de

Antes de concluir con el tema de los deberes secundarios de conducta, no podemos dejar de reconocer o dar profundo merito, -como se ha hecho por parte de la moderna doctrina italiana-, a los estudios del maestro MENGOLI ya que si bien en materia precontractual, su producción no fue diversa, sus tres obras sin duda fueron de vital y trascendente importancia en la materia. Al respecto no queda más que recoger parte de su pensamiento sobre los deberes emanados de la buena fe *in contrahendo* así:

“Si se estudian las obligaciones que emanan de la buena fe *in contrahendo* es necesario reconocer que su estudio debe hacerse de una construcción unitaria, por tanto en lo que tiene que ver con la violación de alguna de ellas en la etapa de las tratativas, como en el momento de conclusión contractual⁴⁶⁹”.

3.6.3.5. EL DEBER DE BUEN FIN EN EL ÁMBITO FRANCÉS.

Como hasta aquí queda visto, la buena fe establece múltiples exigencias, las cuales implican todas a la vez actitudes leales y de cooperación, constituyendo así factores o criterios de juicio para catalogar un comportamiento justo o injusto y así considerar la conducta como injustificada o no. No lejos de aquí se encuentra desde el punto de vista más material y económico lo que la moderna doctrina francesa⁴⁷⁰ ha denominado como el “*buen fin de la operación contractual*” la cual se constituye por el comportamiento de las partes en un último *pôle de conformité*. El buen fin, se ve reflejado en dos conductas, la primera exigible en aquellos contratos que *touchant à la personne*, en evitar que se le causen a toda costa daños y en especial los corporales, imponiéndole a las partes una

integridad. Nosotros no dudamos de la existencia de éstos deberes, pero exclusivamente en vías de ejecución contractual, ya que como lo afirmábamos anteriormente, la admisión de ellos en sede precontractual sería forzar una situación que en nada tiene que ver con la realización del negocio, y que se aparta de los ámbitos de la buena fe *in contrahendo*. Además, no nos queda muy claro como el autor los cataloga como obligaciones específicas, reales y exigibles, para luego afirmar que, la naturaleza en general de la responsabilidad precontractual es de naturaleza aquiliana, pág. 184 del mencionado escrito. Existe también una obra de su autoría, donde también se ocupa de la materia ya de forma más profunda, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Los deberes de protección...”, cit., pág. 34 y ss.

⁴⁶⁹ MENGOLI, L., “Sulla natura della ...”, cit., pág. 370. Sus otras dos obras de obligado estudio son, “In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i dan privati dai vizi della cosa”, *R.D.C.o.*, II, pág. 297 y ss. Responsabilità contrattuale (diritto vigente) *E.D.*, tomo XXXIX, págs. 1072-1099.

⁴⁷⁰ Para ver más, LAMBERT-FAIVRE, Y., “Fundement et régime de l'obligation de sécurité”, *D.*, 1994, chron., págs. 81 y ss. FAGES B., *op. cit.*, pág. 311.

obligación de seguridad⁴⁷¹, exigible especialmente en la etapa de ejecución contractual, y una segunda conducta la denominada como la *obligation de sérieux*, exigible en todo el momento de *iter* contractual pero en especial en la fase precontractual, por lo anterior nos detendremos en ella.

La obligation de sérieux, implica adoptar una actitud seria, responsable y atenta a fin de evitar en la medida de lo posible, que la operación contractual no procure satisfacción alguna a la otra parte. La obligación preventiva se estructura alrededor de una idea simple, la exigencia de un comportamiento serio debe estar presente, también en la formación del contrato como en su ejecución⁴⁷². No es absurdo considerar que un cuidado de buen fin debe avivar las partes desde la formación del contrato, obligando a que cada uno de los sujetos tenga en cuenta que el contrato representa molestias como ventajas para las partes entre sí. De tal forma que si no se tiene en cuenta la obligación de seriedad, su ligereza⁴⁷³ podrá ser considerada como injustificable y la ruptura de las negociaciones será imputable a su órbita jurídica.

Para poder comprender en toda la magnitud la doctrina, es necesario recordarle al lector, que la escuela civilista francesa es la que se ha mostrado más renuente a reconocer alguna especie de responsabilidad precontractual en la etapa de los *pourparlers*, ya que el punto de vista al respecto es bien conocido y se resumen en que:

⁴⁷¹ Implica que el sujeto negocial debe elevar al máximo sus cuidados y nivel de diligencia, con miras a que se le puedan reprochar en un futuro, conductas inadecuadas. En Francia, la jurisprudencia cada vez más es perceptible que las partes deban adoptar un comportamiento tendiente a los postulados de la buena fe contractual, lo cual quiere decir que las obligaciones emanadas de la formación contractual deben ser conforme a lo que cada una de las partes debe razonablemente atender. Lo anterior implica que por ejemplo en aquellos contratos, donde el objeto del mismo tenga que ver con la órbita personal del contratante como los contratos de alimentación, alojamiento, limpieza, entretenimiento etc., la buena fe del contrato implica que se deben tomar medidas tendientes a que a toda costa no se causen daños, y en especial los corporales a su contraparte. Así en los contratos que "*touchant à la personne*" hace la jurisprudencia que recaiga sobre los extremos negociales, sobre todo en aquellos que interviene profesionales, una obligación de seguridad que existe al margen de la obligación principal, línea jurisprudencial que también ha tenido total respaldo en España, como ya se evidenciaba con anterioridad y por esto no profundizaremos al respecto.

⁴⁷² Supuestos aceptados pacíficamente en la escuela italiana. Su principal exponente MENGONI, L., "*Sulla natura Della...*", cit., pág. 364. Donde afirma: "La buena fe en la fase de las tratativas y de la formación del contrato, importa una obligación recíproca de *correttezza*, que habla el art. 1175 del *codice*, según la cual en la fase, y en función del específico interés de protección de tiene una parte conforme a la otra en cuanto tal, debe evitar la ingerencia dañosa en la esfera jurídica de la contraparte.

⁴⁷³ FAGES, B., *op. cit.*, pág. 312, utiliza la palabra *légèreté blâmable*, que es la calificación aplicada por la jurisprudencia al comportamiento utilizado por una persona (por el uso arbitrario de sus propias razones), donde justificando ligera y arbitrariamente su actuar se comporta ilícitamente, ya sea por lo vejatoria de su decisión o por su inoportunidad.

“La conducta y la esencia de la fase precontractual obedece al principio de libertad y la ruptura no siempre puede generar responsabilidad para su autor, a no ser que se caracterice por la intención de dañar o cuando el comportamiento es demasiado *ligero*⁴⁷⁴”.

El último supuesto ocurre cuando el titular de un derecho, haciendo uso de él, usa una razón particularmente irreflexiva, con la cual se daña el interés patrimonial de su contraparte. Al respecto en la sentencia del 22 de febrero de 1994, se explica la teoría con ocasión a unas negociaciones adelantadas por una sociedad propietaria de varios locales comerciales, por tener acordada la cesión al mismo tiempo entre los operadores (unos mercaderes con los que alguna vez se tuvo relaciones contractuales) y un tercero.

El abuso no puede buscarse según la Corte:

“En el derecho a no contratar alegado por la sociedad. Por tanto el comportamiento abusivo ha consistido, en el hecho de que la sociedad provocó la ruptura de las negociaciones, por existir anteriormente un contrato donde ella no podía ser parte, y donde no obstante se había iniciado otras negociaciones, produciéndole perjuicios al tercero, que creyendo en la seriedad de las negociaciones adquirió obligaciones monetarias para hacer frente a la eventual conclusión del contrato⁴⁷⁵”.

Al analizar la sentencia se llega a la conclusión que lo reprochable a la sociedad fue el hecho de “olvidar” que no podía ceder su derecho a un tercero, y a su vez desconsiderar los daños que por su ligereza se le causó al tercero, daños de naturaleza financiera. Sin duda el legítimo cuidado reprochable a la contraparte, nos hace pensar aquí, cómo incluso también dentro de la clásica escuela francesa, también se están produciendo cambios, pasando de reconocer únicamente como supuesto indemnizable la mala fe al momento de iniciar las negociaciones, a casos donde la ligereza (negligencia) es objeto de la ruptura injustificada de las negociaciones.

Recapitulando el deber de buen fin, queda perfectamente asumido dentro de las múltiples manifestaciones que tienen su origen en la órbita de la buena fe, la cual

⁴⁷⁴ FAGES, B., *op. cit.*, pág. 312 y ss.

⁴⁷⁵ *Com.*, 22/02/1993: *Bull. Civ.*, tomo IV, núm. 79, *R.J.D.A.*, 1994, núm. 765; *R.T.D. civ.*, 1994, pág. 849.

representa comportamientos leales, diligentes y serios en cuanto a los actos, así como a las palabras; no obstante lo aquí importante y por eso la razón por la que decidimos incluir estos apartes, es como incluso en la escéptica escuela francesa, el concepto de diligencia y propiamente sus cánones exigibles cada día son más altos y sobre todo reprochables, llegando a reconocer otros supuestos de la ruptura injustificada de las negociaciones.

El anterior acápite nos demuestra, al igual que con el estudio de los tres deberes secundarios de conducta, que el derecho se dinamiza y que sus mutaciones a veces tardan más en unas culturas jurídicas que otras, y aún, en una escuela como la francesa, que en un principio se muestra renuente a aceptar soluciones jurídicas cuya órbita de protección se deslinda del *neminem leadere*, con el tiempo se comienzan a aceptar doctrinas oxigenadas, y que demuestran la necesidad de una constante revisión y reformulación sobre los clásicos postulados. Por otra parte, las consecuencias jurídicas que le da la doctrina francesa a la obligación de seriedad, nos lleva a que nos adentremos un poco más a fondo en qué consiste la conducta diligente y en qué momentos puede ser exigible. Para finalizar el tema de los deberes secundarios de conducta dentro de la escuela francesa, nos permitimos recoger apartes del pensamiento de MAZEAUD⁴⁷⁶ quien considera hoy:

“Que gracias a los deberes emanados de la buena fe, se da seguridad a las transacciones, instaurando una dosis de confianza en los casos de los *pourparlers contractuels*, y haciendo que frente a su existencia se den las condiciones necesarias para un veraz diálogo entre los agentes económicos libres y responsables⁴⁷⁷”.

3.7. LA CONDUCTA DILIGENTE Y LEAL EN LOS TRATOS PRELIMINARES

Es una práctica común acudir por parte de los tribunales judiciales, a diferentes estándares de conducta para medir el nivel de diligencia empleada por los sujetos en

⁴⁷⁶ El profesor MAZEAUD, es heredero, de la gran tradición jurídica francesa comenzada en los inicios del siglo pasado, por su padre, y tío, HENRY y LEON MAZEAUD, quienes en el tema, sostuvieron la defensa de la inmutabilidad de la libertad contractual en los *pourparlers*, y ante la ocurrencia de daños, su naturaleza siempre sería encuadrable dentro de la responsabilidad aquiliana, desconociendo siempre la existencia de deberes secundarios de conducta.

⁴⁷⁷ MAZEAUD, D., “Mystères et paradoxes de la période précontractuelle”, *Le contrat u debut du XXIe siècle, Etudes GHESTIN J* (L.G.D.J., París, 2001), págs. 637-659. En el mismo sentido, MESTRE, J., “La période précontractuelle et la formation du contrat” (*P.A.*, mai, 2000), págs. 7-13.

aquellos momentos donde se alega la existencia de un daño (siendo una constante de los regímenes de responsabilidad subjetiva). En los tratos preliminares no ocurre la excepción, y por el contrario también se tienen en cuenta los modelos de comportamiento, para la evaluación del daño precontractual. En el caso español, se acude a la clásica, conducta de la diligencia desarrollada por un buen padre de familia, y en el ámbito francés por ejemplo, se recurre al modelo del hombre normalmente prudente. De igual forma en el panorama galo, en los casos comerciales es normal que se sustenten los fallos en los comportamientos de las sociedades industriales normalmente diligentes y prudentes en circunstancias económicas y sociales análogas. Frente a las prácticas de acudir a los modelos de conducta, consideramos necesario abordar la dogmática (el deber ser) de las relaciones precontractuales conforme a estos estándares, estableciendo sus alcances y fundamentos.

La buena fe como el principio de solidaridad, se especifica en un fundamento o código de conducta, éste canon de la buena fe se refiere principalmente a la formación e interpretación del contrato, que impone una lealtad de comportamiento (recuérdese como hasta aquí se ha dicho que la buena fe es en todo el centro de la relación precontractual), de tal forma que se puede afirmar que cuando una de las partes en esa etapa de formación no ha empleado adecuadamente la energía y los medios idóneos para la realización del fin común (la realización del negocio jurídico), ha faltado a la adecuada y correcta diligencia que deben tener los sujetos prenegociales.

La diligencia, impone el adecuado y forzoso actuar volitivo o técnico para realizar el interés del acreedor, y para no perder a su vez los motivos altruistas. Así, entonces la diligencia impone a las partes el cumplimiento de los deberes emanados de la buena fe (anteriormente estudiados), lo cual conlleva direccionar unas negociaciones sobre una lógica fundada sobre un constante intercambio de informaciones, el instaurar o restaurar la confianza (según sea el caso), escuchar atentamente, y sobretodo fundamentar el *iter* contractual en unos principios morales que sin duda darán un *pro* a la seguridad jurídica⁴⁷⁸ y obligacional.

⁴⁷⁸ Gracias al artículo de EHRENBURG, V., “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, *Anuarios IHERING*, vol. 47, pág. 1903. Estas dos expresiones se han venido utilizando en todos los manuales y tratados de derecho civil y en especial los de las obligaciones en Europa. Para ver más, existe una traducción al español EHRENBURG, V., “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico” (Cuadernos de Derecho Registral, Madrid

MESSINEO sostiene:

“Que los deberes de comportamiento se ratifican en la probidad, en la representación real y no falsa de derechos y obligaciones que derivan del contrato, de tal modo que cada una de las partes deberá ejercer sus derechos respetando siempre satisfacer las mutuas aspiraciones, y siempre en armonía de los intereses de las partes, lo cual exige una reciprocidad y lealtad en la conducta de las partes⁴⁷⁹”.

La obligación de diligencia implica un respeto al interés tutelado de un derecho relativo o absoluto. Para satisfacer o respetar los intereses, el sujeto debe emitir todo el esfuerzo apropiado según los criterios normales, implicando medios materiales, observando normas técnicas y jurídicas, actuando con cautela y adecuación. La corrección en comparación con la buena fe es una norma de conducta que impone a los sujetos la consideración de la utilidad de la otra parte. Dicha consideración, que no es objeto de una tutela jurídica específica, pero que el contrayente debe salvaguardar en virtud de la solidaridad contractual⁴⁸⁰, debe ser tenida en cuenta al momento de una valoración sobre el actuar correcto o incorrecto de los negociantes. En esos mismos términos encontramos a BADOSA COLL⁴⁸¹ quien nos ayuda a incardinar la cuestión cuando afirma que la diligencia ha de estar dirigida a provocar el cumplimiento como conducta, lo que implica que la diligencia ha de ser al menos en principio, una conducta adecuada para la efectividad de la prestación.

En los últimos años, se ha venido dando un aumento progresivo de la diligencia exigible, y ello sin duda se ha convertido en algo difícil de superar (ahondada la situación

2003). Para el celebre pensador alemán, la seguridad jurídica consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ella. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona. pág. 10, y ss. De la segunda obra citada. Consideramos también preciso recordar que fue justamente EHRENBURG, quien se encargó de perpetuar la obra de IHERING (cuando el maestro murió en el año de 1892), fue él quien se hizo cargo de su herencia intelectual, salvo la dirección de los *Iherings Jahrbücher* (de ellos se ocupó GIERKE), quedando al frente de todas las obras inéditas e inconclusas de su suegro (contrajo nupcias con Helena) en la Universidad de Göttingen, Claustro Universitario, al que justamente logró que le trasladaran el influyente IHERING y del cual fue nombrado profesor *emerito* en 1922.

⁴⁷⁹ MESSINEO, F., “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, vol. XXI, tomo I (Giuffrè Editore, Milano, 1968), pág. 361.

⁴⁸⁰ BIANCA, M., *op. cit.*, pág. 210.

⁴⁸¹ BADOSA COLL, F., “Comentario del Código Civil”, tomo II (Ministerio de Justicia, Madrid, 1993), págs. 40 y ss.

con el reconocimiento cada día mayor de la fórmula de responsabilidad objetiva). Lo cual ha conllevado a que los jueces en la actualidad, eleven el listón de la diligencia exigible hasta el punto de afirmar que si ha existido daño, será porque no se adoptaron las medidas de diligencia requeridas por el caso⁴⁸². Lo anterior, no ha hecho otra cosa que profundizar la complejidad del establecimiento de esos parámetros de conducta, para medir la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (utilizando los términos del art. 1104 C.c.)

Al estudiar la norma del art. 1104, deducimos entonces, que la medida de la diligencia debe hacerse de conformidad con los criterios que las partes hayan acordado (supuesto de difícil realización en los tratos preliminares). En España, no sólo se tiene en cuenta la anterior norma, sino que por el contrario se sienta un criterio subsidiario de mención de la diligencia, el cual se encuentra consagrado en parágrafo 2 del art. 1104 C.c., al rezar que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. Y conforme a lo anterior volvemos a la complejidad de esos conceptos abstractos o válvulas generales del ordenamiento; y nos preguntamos ¿Qué comprende la diligencia de un buen padre de familia⁴⁸³?

Pero antes de responder el cuestionamiento (Que será abordado en el numeral 3.7.1. y siguientes dónde se hace un estudio sistemático sobre las diferentes reglas o parámetros de conducta), es importante tener en cuenta que si bien, el primer criterio que nos presenta la legislación para cuantificar o medir el grado de diligencia se nos muestra como un discernimiento concreto (la concreta obligación y sus circunstancias), para el caso de los tratos preliminares no deja de ser abstracto, en la medida que tendremos que acudir a la debida lealtad del comportamiento; y si acudimos al segundo criterio, el sólo enunciado nos conlleva también a una total abstracción. Lo cual no quiere decir otra cosa,

⁴⁸² Para ver más, YZQUIERDO TOLSADA, M., “Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual” (Dykinson, Madrid, 2001), págs. 222 y ss.

⁴⁸³ El criterio de la diligencia media (buen padre de familia) procede del Código francés, contrario tanto al sistema romano de la tripartición de culpas (aquella que consagraba la diferente graduación de la culpa, clasificándola en culpa lata, culpa leve y culpa levísima, como criterios abstractos de diligencia), como al sistema de la diligencia *quam in suis rebus* (Como en sus propias cosas). El precepto obligaba a medir la diligencia del concreto deudor en relación a como él se comporta en sus propios asuntos.

que nos encontramos frente a dos juicios completamente heterogéneos y como dice LACRUZ⁴⁸⁴:

“Son incompatibles en sus propios términos, pues cada uno por separado serviría para regular la cuestión”.

Acertadamente afirma YZQUIERDO TOLSADA⁴⁸⁵ que los dos criterios aquí estudiados son contradictorios y para tratar de compaginarlos hay que seguir a BADOSA COLL⁴⁸⁶ para quien el modelo que el Código Civil español quiso tomar como criterio general fue el de la diligencia media del parágrafo 2 (y por tanto aplicable a las partes en la negociaciones preliminares) pero precisando con las pautas del parágrafo 1: el deudor, si ningún modelo concreto se expresó en la obligación, ha de comportarse adoptando los cuidados y esfuerzos típicos del ciudadano medio del “*bonus paterfamilias*” y del “*reasonable and prudent man*”, pero concretados en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Según lo anterior, no es que el criterio del buen padre de familia sea propiamente supletorio del primero, porque de ser así nunca se podría aplicar, dado que de cualquier obligación por simple o frívola que sea podría siempre deducirse, según el modelo del buen padre de familia que es modelo abstracto, una manera de denominar la diligencia universalmente prestable, un *standard* que necesita una adaptación o concreción técnica y se conocerá aprehendiendo la obligación concreta con sus circunstancias⁴⁸⁷.

Como hasta aquí se ha dicho para muchos de los doctrinantes, los clausulados generales, presentan complejidades y desavenencias, por su inconcreción y abstracción, situación que no compartimos del todo, ya que si bien, es cierto que dichos preceptos se pueden prestar para indebidas interpretaciones, en la actualidad se podía afirmar que existe un reconocimiento universal entre mandatos que están fuertemente unidos y vinculados tanto en su esencia como en su adaptación y concreción técnico jurídica, como

⁴⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, pág. 171.

⁴⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, págs. 226 y ss.

⁴⁸⁶ BADOSA COLL, F., “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil” (Bolonia, 1987), págs. 274 y ss.

⁴⁸⁷ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, pág. 291.

es el caso de la diligencia y la cláusula general de la buena fe, siendo instrumentos racionales de control dentro de los tratos preliminares.

3.7.1. LAS REGLAS LEGALES DE BUEN COMPORTAMIENTO

Las reglas de buen comportamiento llegan a la relación negocial en dos momentos precisos, unas porque son de carácter general y por tanto siempre serán exigibles, y otras que integran la esfera negocial en la medida que las partes van profundizando en el alcance del tan anhelado consentimiento (los deberes secundarios de conducta).

Las obligaciones relativas al comportamiento son impuestas a todos los contratantes sin importar el momento del *iter* negocial en el que se encuentren, y su principal característica se presenta en cuanto a los efectos jurídicos de las reglas que las formulan siendo ellos de aplicación general (*erga omnes*), y por tanto deben ser respetadas por los extremos negociales sin importar si son deudores o acreedores de las mismas y sin la relevancia que tendría la calidad que ostentan en cuanto a si se ejerce el comercio como profesional o como profano. Existen Reglas de conducta que en razón a toda relación contractual serán exigibles, sus características principales es que son abstractas y de corte general. Estas reglas legales de buen comportamiento, las encontramos a lo largo de todo el ordenamiento civil en especial en la norma codificada. No obstante, su formulación, aplicación y uso ha sido tan exitoso que incluso en la actualidad se siguen utilizando como es el caso del legislador comunitario, en la Directiva 2005/29 C.E. del Parlamento Europeo⁴⁸⁸, donde al intentar conceptualizar sobre la diligencia profesional, se acude al concepto de “prácticas honradas del mercado”.

Es claro que el legislador no expresa textualmente todas las reglas de buen comportamiento aplicables en el derecho positivo, no obstante encontramos varias de ellas donde en su totalidad demuestran su tradición napoleónica, las principales que hallamos en el Código Civil español, aparte de la consagrada en el parágrafo 2 del art.

⁴⁸⁸ Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, donde define: Diligencia profesional (Art. 2 literal H) el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado como el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante.

1104 C.c., (la del buen padre de familia también la consagrada en la norma del art. 1094⁴⁸⁹), son el famoso art. 1258 (sobre el comportamiento de acorde a la buena fe) y el art. 1116⁴⁹⁰ (consagra las buenas costumbres), por citar algunas. No obstante, el Código Civil también ha creado unos estándares de conducta que se consagran a lo largo de todo el texto codificado, y en especial son los del buen padre de familia, el marino prudente y diligente, el restaurador prudente, el practicante consciente, o si se prefiere la ínfima prueba de conocimientos necesarios en la práctica de su arte y normalmente hábil, entre otros, lo que se puede identificar en todos los modelos en que fueron inspirados en las obligaciones de buen comportamiento. Por fortuna el legislador ha imaginado éstos personajes abstractos, que han permitido una constante adecuación y reformulación de la figura sin necesidad de modificar el texto original con ocasión al dinamismo legal.

Sobre todas ellas llovieron ríos de tinta, algunas con unos asertos más que otras, para el objetivo propuesto consideramos que es necesario hacer un análisis sobre la más común (la cual origina el resto de los estándares ya enunciados), el *bonus diligens paterfamilias*, ya que sus contenidos dogmáticos se pueden traspolar fácilmente a las demás reglas de comportamiento.

3.7.2. EL *BONUS DILIGENS PATERFAMILIAS*

La figura del *bonus diligens paterfamilias*, expresión que en su origen romano es sinónimo no de padre de familia, sino de hombre *sui iuris*, de persona o sujeto de derecho, se ha incorporado a la tradición jurídica latina, como metro tradicional del esfuerzo diligente. El buen padre de familia aparecía mencionado en las fuentes jurídicas de la edad republicana⁴⁹¹ (CICERÓN, CATÓN, VARRÓN) como cuidadoso y diligente jefe de explotación domestica rural que administra adecuadamente sus propios asuntos. Pronto la figura tocó los confines del derecho de obligaciones, y el amor a la construcción y

⁴⁸⁹ El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.

⁴⁹⁰ Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

⁴⁹¹ Figura teorizada en el derecho pos-clásico y Justiniano. Este modelo va adquiriendo su crecimiento como figura relacionandose a las conductas idoneas y excelentes en función de un modelo de objetivación en cuanto a la diligencia exigible.

generalización de épocas posteriores lo convirtió en metro universal de culpa⁴⁹² y como parámetro en la construcción y posterior división de la culpa en *lata* y *levis* las cuales correspondían a los diferentes grados de diligencia empleada (*diligentia, diligentia diligentis, diligentia diligentissimi*).

En la actualidad, la diligencia señalada en la obligación la que corresponde a un buen padre de familia, se trata de un canon sustentado en la “accesibilidad”. Es la diligencia a la que puede acceder toda persona normal. Es toda aquella diligencia que guarda el hombre medio, sin que deba ser exigible una diligencia extraordinaria. En el ámbito de la actividad empresarial y profesional, esto se traduciría en la aplicación de un principio de proporcionalidad, según el cual el deber de diligencia tiene su límite, allí donde exista una desproporción apreciable entre el coste de adopción de determinadas medidas de prevención y la probabilidad de que se produzca un daño de alcance relevante⁴⁹³. Es decir, el complejo de cuidados y cautelas, el comportamiento debido por el deudor, no se determina con arreglo a sus aptitudes personales, sino con arreglo a un modelo externo a la persona del deudor. Además como queda visto, la diligencia es un criterio de valoración de conductas relativo, conmisero a la naturaleza de la actividad que se trate, en otras palabras en la actualidad el concepto de buen padre de familia es un concepto dinámico, polisémico, y pasó de ser un concepto subjetivo e individual a ser un *criterio objetivo y general*⁴⁹⁴.

Es el mismo Tribunal Supremo quien sostiene:

“Para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio⁴⁹⁵”.

⁴⁹² Para ver más, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 141 y ss.

⁴⁹³ REGLERO CAMPOS, F., “Lecciones de Responsabilidad civil” (Aranzadi, Navarra, 2002). pág. 63.

⁴⁹⁴ En el mismo sentido, VISINTINI, G., “La responsabilità contrattuale” (Jovene, Napoli, 1979), pág. 121. En el tercer capítulo de esta obra, la autora hace un riguroso estudio sobre la transformación que ha venido teniendo el concepto del buen padre de familia como criterio de debida diligencia desde su concepción romana, estudiando la codificación de 1865 hasta el actual código de 1942.

⁴⁹⁵ S.T.S. del 3 de mayo de 1997 (R.J. 1997, 3668), en este mismo sentido las S.T.S. 2 de abril de 1998 (R.J. 1998, 1870), de 30 de mayo de 1998 (R.J. 1998, 4112), de 3 de Julio (R.J. 1998, 5411) y 8 de Julio de 1998 (R.J. 1998, 5544) y la de 15 de septiembre de 1998 (R.J. 1998, 6742).

De tal forma que cuando estamos frente a una negociación adelantada entre comerciantes y por tanto expertos, se podrá exigir una mayor diligencia en sus conducta ejecutadas, ya que estaremos frente al caso de un patrón de conocimiento calificado y por tanto el grado de reproche exigible será mayor que la diligencia empleada entre dos novatos ciudadanos que entablan relaciones negociales. En estos casos la diligencia del buen padre de familia, en realidad expresa, la diligencia de un sujeto normalmente cuidadoso en el ámbito de su actividad⁴⁹⁶.

En el mismo sentido se puede citar a PANTALEÓN, quien sostiene que es negligente:

“Quien no prevé o no evita una falta de cumplimiento o evento dañoso que, en las específicas circunstancias del caso, habría previsto y evitado una persona de aptitudes físicas e intelectuales normales, prudente y cuidadosa (un buen padre de familia), participante en el mismo sector del tráfico⁴⁹⁷”.

Así por ejemplo en el ámbito profesional, la norma nos hace referencia que se deberá tener en cuenta al momento de determinar la reivindicación de la conducta, la diligencia exigible en el sector del tráfico en el que se desarrolle el caso concreto. La doctrina entonces no duda en reconocer que en dichos casos se acudirán a criterios técnicos de valoración de la idoneidad, así por ejemplo en las ciencias medicas para LLAMAS POMBO⁴⁹⁸ la circunstancia de la persona que menciona la norma es la ser médico y la circunstancia de tiempo, con la influencia evidente del estado de la ciencia.

Como es de imaginarse la línea jurisprudencial mantenida al respecto no ha sido uniforme. En unas ocasiones se encuentran sentencias donde el nivel de diligencia exigible a las partes es notoriamente elevado (la diligencia de un buen padre de familia debe entenderse que es la correspondiente a un celoso y competente profesional) y en

⁴⁹⁶ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 122, LACRUZ BERDEJO, J, L., “Elementos de derecho civil...”, cit., págs. 97 y ss.

⁴⁹⁷ PANTALEON PRIETO, F., “Voz [culpa]”, *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II (Civitas, Madrid, 1995) pág. 1864.

⁴⁹⁸ LLAMAS POMBO, E., “La responsabilidad del médico...”, cit., pág. 180.

otras ocasiones la postura es mucho más relajada (se exige la diligencia de un profesional medio de la especialidad y conocimientos)⁴⁹⁹.

Precisamente frente a dicha incertidumbre, se criticó dicho modelo por parte de la doctrina alemana, considerando innecesaria su indeterminación y vetustez, lo que determinó su desaparición del proyecto del *B.G.B.*, que sustituyó el *ordentlich hausvater* por la diligencia requerida en el tráfico⁵⁰⁰ (*in verkehr erforderlich Sorgfalt*). Situación que no fue superada en gran manera, ya que se suplió la figura romana por otro exigible concepto abstracto de conducta. Ya en la actualidad (luego de múltiples debates y transformaciones), es un criterio pacífico el determinar que aquí esa concreción consiste en:

“Aquel grado de diligencia que se considera suficiente por las gentes capaces y conscientes en esas relaciones y en las clases y esferas de personas de que se trate, por ejemplo, en los negocios mercantiles el cuidado de un comerciante capaz, en la construcción el cuidado de un arquitecto idóneo, en la operación la diligencia de un médico capaz, en la conducción de automóviles, el cuidado, la serenidad y presencia del espíritu de un conductor diestro⁵⁰¹”.

Sin duda entonces el criterio empleado por el código alemán (la conducta exigible en el tráfico) es equivalente a la diligencia del buen padre de familia de que hablaba el derecho romano, y la diferencia radica en que el *B.G.B.* “se refiere directamente a las exigencias del comercio, mientras que el derecho romano abstrae, en primer lugar, la figura normal del hombre capaz que cumple estas exigencias empleándolo luego como criterio. Al respecto hoy se afirma, que la elasticidad de la fórmula del buen padre de familia, lejos de ser un inconveniente, se convierte en su mayor valor, pues le permite ser

⁴⁹⁹ GUILARTE MARTIN-CALERO, M., “La moderación de la culpa por los Tribunales” (Lex Nova, Valladolid, 1999), págs. 55 y ss. Donde se presenta una abundante referencia bibliográfica y judicial sobre las diferentes posturas adoptadas en la materia por el Tribunal Supremo.

⁵⁰⁰ Consagra el *B.G.B.*, en el parágrafo 276: “obra culposamente quien omite la diligencia exigible en el tráfico”.

⁵⁰¹ ENNECERUS, L., “Tratado de derecho civil”, *Parte general*, tomo II (Bosch, Barcelona, 1934), parágrafo 197. Así también VON THUR, A., “Derecho civil...”, cit., parágrafo 89. Quien la medida conforme a la cual se juzga si existe negligencia, es objetiva y abstracta en el sentido de que la diligencia que la ley impone al hombre no depende de sus puntos de vista y costumbres personales, sino de lo que se exige en las relaciones sociales.

simultáneamente modelo de conducta del pequeño agricultor y de un profesional técnico altamente calificado⁵⁰².

El Código Civil español contiene una norma moderadora de culpa, que en el caso particular no deja de sorprender por su novedad (toda vez que en el caso de los Códigos Civiles de Don Andrés Bello, no se incluyera normal alguna sobre la materia), en lo que tiene que ver al *quantum* resarcitorio. El ordenamiento establece en el art. 1103 C.c., que “la responsabilidad que proceda de negligencia... podrá moderarse por los tribunales según los casos”. Articulado que permite al juez reducir la indemnización debida por el deudor culposo dependiendo de las circunstancias, características en las que se haya presentado el acto negligente.

Conforme a lo anterior, podría pensarse que en el ordenamiento español podría ponderarse las conductas en diferentes grados como la antigua tridivisión romana (culpa lata, leve o levísima), pero en realidad el precepto se limita a establecer una posible reducción del *quantum*, pero en ningún caso pretende establecer distintos niveles de diligencia con el fin de presentar un marco de nacimiento de la responsabilidad más o menos proteico. Al respecto se sostiene por parte de la doctrina autorizada que no hay más modelo codificado que el del art. 1104, lo que sucede es que las circunstancias del caso (no la intensidad de la culpa) pueden aconsejar que el juez condene a menor indemnización⁵⁰³. Aunque en la realidad estas circunstancias se presentan con menor frecuencia, pues con la marcada elevación del nivel de diligencia y con la aplicación rigurosa del art. 1004, han hecho que los tribunales exijan por vía judicial unas conductas mucho más cuidadosas que la diligencia simple que fue, canon durante muchos lustros en nuestro entorno judicial, para que tome un mayor protagonismo la *diligentia diligentissimi*, dejando de un lado la diligencia propia del buen padre de familia.

No obstante lo anterior, la norma puede dar lugar también a la llamada equidad, la cual podrá ser utilizada por el juez en su decisión judicial, la cual le permitirá al funcionario que una vez establecido el daño causado, se haga una valoración de las

⁵⁰² JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 134.

⁵⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, págs. 233 y ss.

circunstancias de tiempo, modo y lugar para moderar equitativamente una indemnización en los casos en los que proceda.

Como lo enunciábamos al inicio del presente numeral, las reglas legales de buen comportamiento llegan en dos momentos. Habiendo estudiado las implicaciones que tiene la buena fe en las relaciones sociales así como en el *iter* contractual, quedaría por abordar dos modelos de conducta contractual especialmente útiles y frecuentemente utilizados en el período de formación, la corrección y las buenas costumbres, temas que serán estudiados en el siguiente capítulo, donde se profundizará en especial forma sobre la importancia del comportamiento contractual respecto a vinculación de las expectativas y como un determinante de la teoría de la apariencia eficaz.

3.8. LAS VÁLVULAS DEL ORDENAMIENTO Y LOS PRECEPTOS EN BLANCO

Cuando se habla de buena fe, no solo se habla a propósito de las obligaciones y de los contratos, sino también de la posesión⁵⁰⁴, y de los terceros hablando de legitimación cualificante entre otros, circunstancias estas que nos llevan a establecer que el concepto de buena fe, adopta contenidos generales y abstractos o como se denominó es parte de los clausulados generales de las codificaciones propias del siglo XVIII. De la diversidad de preceptos con los que se asocia la buena fe, coinciden todas estas denominaciones con que el principio, se presenta como medida de conducta de interpretación y de ejecución de los actos humanos.

Frente a la buena fe, se ha dicho durante muchos años, lo variable de su contenido, que cambia con los tiempos, con los lugares y con las circunstancias: indeterminación que es, la que le ha hecho escapar a los continuos intentos para su definición. Mas esa falta de fijeza es también lo propio de las llamadas cláusulas generales de las leyes⁵⁰⁵, preceptos

⁵⁰⁴ Sobre el tema, BETTI, E., *op. cit.*, págs. 69 y ss.

⁵⁰⁵ Así las llama HEDEMANN., “Die Flucht in die Generalklausen”, *Gefahr Rur Recht und Staat*, (Tübingen, 1933), en su estudio monográfico citado por BETTI E., *op. cit.*, págs. 69 y 70.

en blanco (*blakettnormen*), artículos reales (*konigliche paragraphen*), válvulas (*valvole*) del ordenamiento; actuando todas como órganos respiratorios del sistema positivo⁵⁰⁶.

De estas cláusulas son ejemplo, además del la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, la diligencia del buen padre de familia, el abuso del derecho y la equidad. Dichas normas legislativas indeterminadas en sus inicios, no fueron consideradas armónicas con el régimen del *ius strictum*, no obstante con el tiempo, se fueron aceptando con la evolución del derecho romano, en las figuras de la *exceptio doli generalis*, *bona fides*, *las boni mores* y en las referencias al *ius publicum*. Tendencia acentuada en el derecho común, por la necesidad de adaptar los textos romanos a la nueva concepción de la vida, enseñada en los libros de teología moral y por los canonistas. Mas tarde dicha clase de normas serían vista con recelo o enemistad por la dirección humanista, por la escuela de la exégesis, por algún que otro pandectista y hasta por aquellos mercantilistas partidarios de la omnipotencia de la autonomía de la voluntad, discutiendo o no su contenido, pero lo que si no se puede ocultar es que hoy por hoy, la buena fe se presenta en la actualidad como un concepto vigente y que gobierna sobretodo el derecho de las obligaciones⁵⁰⁷.

Los anteriores preceptos generales, fueron acogidos por el movimiento codificado, para dar flexibilidad al clausulado impersonal y abstracto de los novísimos códigos Europeos. Prueba de lo anterior, son los criterios de la buena fe (art. 7,1), el abuso del derecho (art. 7,2), la ponderación de la equidad (art. 3,2), la cláusula sobre interpretación atendida a la realidad social del tiempo que haya que aplicarse las normas (art. 3,1). Entonces cuando la ley en todas estas situaciones habla de buena fe, se refiere a un concepto y a un criterio valorativo que no está forjado por el derecho, sino que el derecho lo asume y recibe de la conciencia social, de la conciencia ética de la sociedad, para la que está llamado a valer⁵⁰⁸.

La buena fe, se presenta como una cláusula general que reclama un comportamiento diverso, positivo u omisivo en relación a la concreta circunstancia de la

⁵⁰⁶ Así fueron denominadas por el polaco FERRARA, E., "Trattato di Diritto civile italiano" (Roma, 1921), pág. 65, citado también por BETTI E., *op. cit.*, págs. 69 y ss. 70.

⁵⁰⁷ ENNECERUS, L; KIPP, T Y WOLF., "Tratado de derecho civil...", cit., págs. 16 a 25.

⁵⁰⁸ BETTI, E., *op. cit.*, pág. 70.

actuación de las partes, y cuya prevalencia sobre la determinación negocial y contractual, se debe a su característica de norma de orden público, siendo por tanto el principio más importante de nuestro ordenamiento y el fundamento ético que es reconocido y encontrado en la idea de la moral social activa y solidaria que se pone según la tradición de las buenas costumbres⁵⁰⁹.

Las figuras clásicas de la buena fe, de las buenas costumbres y de la diligencia del buen padre de familia, están referidas al querer y sentir del pueblo, a lo que dicta la conciencia del hombre normal y decente, por tanto los tribunales tienen con ellas una guía suficiente para salvar las dificultades que pueda ofrecer su aplicación en el caso concreto. La buena fe es una norma de carácter general dirigida a prevenir y sancionar los actos abusivos producidos en ejercicio de derechos y libertades, cuando el resultado de ese ejercicio contradice las exigencias impuestas por dicho principio general. No obstante una formulación general del principio no se encuentra en conflicto con la tipificación existente o futura de conductas como constitutivas de buena o de mala fe. Lo importante es que el principio como tal conserve una formulación lo suficientemente general e impersonal y por consecuente lo suficiente amplia que permita seguir direccionando y guiando los progresos históricos que experimenten nuestras concepciones sobre la convivencia.

No existe contradicción entre el carácter aparentemente inmutable de un principio general y las variaciones históricas que se observan en su interpretación. Lo inmutable, lo universal, es esa formulación general que ordena – en todos los tiempos y en todos los países- que los seres humanos nos comportemos en forma leal y honesta, no sólo en todo el ámbito del comportamiento social, sino también en el jurídico⁵¹⁰.

3.9. LOS SUJETOS DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE LA BUENA FE

Si bien las normas de la buena fe son comportamientos sociales, y por tanto están dirigidas a todos los miembros de una comunidad, la buena fe *in contrahendo* se encuentra destinada a todas aquellas personas que estén adelantando negociaciones, por

⁵⁰⁹ BIANCA, M., *op. cit.*, pág. 206.

⁵¹⁰ GODREAU, M, J., *op. cit.*, pág. 304.

tanto su ámbito de aplicación no es restrictivo *stricto sensu*, sino por el contrario su ámbito de aplicación es general (respecto a todas aquellas personas que intervienen en los actos formativos del negocio que se pretende concretar), por tanto están llamados a un comportamiento leal y correcto no sólo los sujetos negociales, sino sus auxiliares y todos aquellos que en cualquier momento intervengan en la formación del contrato.

Como ya se dijo, la verdadera fuente de la obligación de la buena fe *in contrahendo* es la relación social dirigida a la preparación del contenido del contrato, y es obvio que ésta relación surja en exclusiva, con aquellos que tienen por objeto la realización de un negocio. Los deberes y su cumplimiento, al igual le incumben exclusivamente a las partes y a aquellos que dependen jurídica y económicamente de ellos, como es el caso de los auxiliares y dependientes. Por tanto, se debe responder como si se tratara de un acto propio en aquellos casos en los cuales se causa un daño por aquellas personas, cuyos servicios utiliza. Son partes, aquellas que están vinculadas a comportarse de buena fe en la etapa de las negociaciones, lo cual, deja claramente entendido que los deberes precontractuales se originan de la etapa *in contrahendo*, y por tanto éstos no pueden estar a cargo de quien es extraño al futuro acto de autonomía.

No obstante, parte de la doctrina italiana, ha venido a establecer, que existe una diferenciación entre los intervinientes en las negociaciones, al considerársele a algunos como partes y otros como simples sujetos que participan en las *trattative*. Toma así relevancia jurídica el tema, en la medida que según el art. 1337, es la “parte” quien es el destinatario del deber de respetar el precepto de buena fe en la fase de formación del contrato. De igual forma el art. 1338 impone a la “parte” el deber de comunicación de la causa de invalidez del contrato.

Así, entonces, hay autores como PATTI que consideran que tanto el art. 1337 y el 1338, debe ser de aplicación restrictiva, y por tanto dichas obligaciones son extensivas exclusivamente a las partes, quien según su criterio: “*intese come le persone che vogliono porre in essere un vincolo giuridico tra loro*”. Por tanto considera el autor, que únicamente se puede nominar como parte, a aquellos que exclusivamente han participado en las negociaciones y no se le puede denominar así incluso a quienes abstractamente

deben hacer parte necesaria de un contrato, y no hayan intervenido en las negociaciones. No obstante, lo anterior, afirma el autor:

“Según nuestro punto de vista, lo anterior no excluye la responsabilidad precontractual del representado en relación con el ilícito cometido por el representante durante la fase de formación del contrato, puesto que las negociaciones fueron instauradas por el representante en nombre y por cuenta del presentado y es este último al que se le imputan las actividades del representante⁵¹¹”.

Supuesto que por los principios que gobiernan la representación, no son discutibles en principio, y que serán estudiados en el quinto capítulo, en el acápite de los casos en los que existe responsabilidad por hechos de terceros. Pero, lo discutido aquí no es si existe responsabilidad por la existencia de un mandato, o de una representación aparente, lo cuestionable es la consideración que tiene el autor, al momento de establecer la obligación concreta de la buena fe *in contrahendo*, ya que como queda visto, desde su perspectiva, ésta es aplicable exclusivamente en los casos donde existe un vínculo jurídico, que vendría siendo en los casos de la celebración del contrato válido, o incluso de aquel que deviene como inválido. De tal forma que en los casos de la ruptura de las negociaciones, no existe obligación resarcitoria más que en los concretos casos que ya se comentaron y que fueron rechazados, anteriormente los cuales constituyen la fuerza y el dolo.

Remata PATTI:

“En términos generales, debe negarse imperativamente, que el art. 1337 y 1338 pueda ser aplicado a todos aquellos sujetos diversos a las partes...resulta improcedente aplicar el art. 2043 o norma reparadora alguna, alegando una actividad ilícita, cuando las partes obran en total libertad negocial, salvo en los casos de dolo o violencia⁵¹²”.

Es claro que el autor tiene una fuerte influencia de la doctrina clásica francesa en su esencia, no obstante su posicionamiento dista de la realidad y de los supuestos hoy pacíficos de la institución en general de la *culpa in contrahendo* en general –incluso en la misma Francia- así, no puede ser de buen recibo limitar la obligación de conducta y

⁵¹¹ PATTI, S., *op. cit.*, págs. 26 y ss.

⁵¹² *Vid.*, PATTI, S., *op. cit.*, págs. 26 y ss.

comportamiento que impone la buena fe objetiva, a los casos de celebración contractual o de la ruptura de las negociaciones cuando ésta se da frente a supuestos de dolo y fuerza, puesto que sería ir marcha atrás en los supuestos ya establecidos, además se dejaría en total desprotección a aquellos que se comportan y respetan el canon de la buena fe y aquellos que confían y han confiado en las buenas prácticas comerciales y contractuales de los operadores económicos, de lo contrario estaríamos sometidos a las actuaciones irresponsables y desiguales que podrían ejecutar las partes dominantes de las negociaciones, a las cuales no les sería exigible un canon de diligencia y de conducta adecuada. Incluso al aceptar su doctrina se estaría vulnerando no solo el art. 2043 (del *codice* que es en esencia la misma norma española del art. 1902), al desconocer como criterio de imputación la culpa en cualquier actuación que genere daños a otro y más en vía de formación contractual donde la formula como ya se estableció es negociación= confianza.

4. LA TEORÍA DE LA CONFIANZA Y EL COMPORTAMIENTO CONTRACTUAL

4.1. LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el Derecho privado, a diferencia de las demás ramas se puede afirmar, que la conducta de los particulares tiene cierta trascendencia jurídica, ya que sin duda los actos sobrevenidos de la misma pueden tener efectos vinculantes (siendo esto ley para las partes), y no existe actividad humana voluntaria que no pueda incluirse dentro del concepto de la autonomía privada⁵¹³.

La autonomía de la voluntad fue considerada desde siempre como una atribución del sujeto, ya que según la libertad que le asistía todo dependía de su voluntad privada (así, voluntad era igual a la ley). La posibilidad de dos o más personas de quedar obligadas por su propia iniciativa significa el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Lo anterior significa que en principio, todo particular puede contratar con quiera, cuando quiera y como quiera⁵¹⁴; sin duda era la concepción que defendía la escuela individualista, aquella que promulgaba que el hombre era el fin del derecho y que la sociedad así debía servirle⁵¹⁵.

La libertad contractual con el transcurso del tiempo fue limitándose, ya que los códigos europeos que la proclamaban fueron insertando en sus diferentes textos legales, limitantes o cláusulas de cierre. Estas restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad privada, forman un denso capítulo en la historia del derecho moderno. Hoy día, los límites que resultan de la misma proclamación del principio y que han hecho que incluso la misma jurisprudencia⁵¹⁶ lo tilde como individualista y que se encuentra infiltrado cada vez más, de una necesaria inclusión de elementos éticos y sociales de tono imperativo (que de modo en general disciplinan las relaciones de derecho privado). El

⁵¹³ A excepción de la actividad atribuible al Estado y a las personas públicas en general.

⁵¹⁴ Pero básicamente la afamada libertad contractual se manifestaba de cuatro formas: la libertad para no celebrar un contrato, la libertad para celebrar inmediatamente el mismo, la libertad para rehusarse a contratar y la libertad para elegir el cocontratante.

⁵¹⁵ La escuela individualista defendía que el hombre nace libre, y se vincula a la sociedad por el contrato, así nadie mejor que el mismo individuo para defender sus propios intereses, puesto que el Estado por sus propios medios se debe encargar de garantizar los derechos subjetivos, siendo estos absolutos e ilimitados. Para ver más, GOUNOT, E., “Le principe l’autonomie de la volonté en droit privé”, *Etude critique de l’individualisme juridique* (Payot, París, 1954), pág. 11 y ss. WALINE, M., “L’individualisme et le droit (Domat, Montchrestien, 1949), págs. 176 y ss. Quien sostiene: “*qui dit contractuel, dit juste*”.

⁵¹⁶ S.T.S. de 2 de abril de 1946 (R.J. 1946, 403).

cambio de concepción lleva a aceptar, que en la actualidad la autonomía de la voluntad ya no es un instrumento de elaboración del derecho, sino de realización del mismo⁵¹⁷.

No obstante, los Estados han perpetuado en sus códigos, la posibilidad de creación de normas jurídicas no sólo del legislativo, sino de los particulares y por tanto es la autonomía privada, el medio idóneo para su concreción. Es entonces, en la ley de la oferta y la demanda, donde el hombre de acuerdo a sus propias necesidades comienza a desarrollar la creación de un eventual contenido normativo. Y es justo en los tratos preliminares, en esos primeros acercamientos, en esos contactos donde las partes con miras en la celebración de un futuro contrato, reflexionan, estudian la conveniencia o no de la celebración de un eventual acuerdo ley.

Cuando los sujetos se apartan de los primeros contactos, ocasionando una ruptura de las negociaciones, estamos frente a un abandono a ese acercamiento que tuvieron con ocasión a la celebración de un eventual negocio. Es en éste momento donde entra en juego el principio de la autonomía de la voluntad y en concreto el enfrentamiento respecto al mismo, de dos tendencias fundamentales y opuestas. Por un lado una parte que considera que al estar en los negociaciones preliminares, esta dentro de su libre discrecionalidad el apartarse de las mismas y por otra parte, aquellos que considera que con dicho actuar se cree “lesionado en su interés de confianza”, frente a las expectativas frustradas con ocasión a los perjuicios originados por la ruptura de los tratos por parte de su opositor.

Así las dos vertientes, defienden sus posturas desde preceptos naturalmente contrarios, por un lado una corriente que repugna cualquier limitación a la autonomía de la voluntad, ya que su dogma radica en la ideología liberal, aquella que proclama el criterio de “*laissez faire*”⁵¹⁸. En dirección radicalmente contraria, la otra vertiente piensa

⁵¹⁷ GOUNOT, E., *op. cit.*, pág. 333., afirma: “*La volonté est l'organe d'exécution du droit, l'instrument indispensable de sa mise en œuvre*”.

⁵¹⁸ Se inspira en el principio de la libertad, y se proclama: “He aquí ante todo, una gran regla de derecho que en ninguna parte está escrita en términos formales, pero cuya existencia es cierta: todo lo que no es prohibido por la ley, es permitido. La libertad es la regla, salvo los límites fijados por la ley”, así lo plantean PLANIOL, M., Y RIPERT, J., “Tratado práctico de Derecho civil Francés”, tomo VII, vol. I (Cultural S.A., La Habana), págs. 35-40. Es importante no olvidar la influencia que sobre estos Maestros ejercía la idea Darwiana-liberal, que el progreso resulta del triunfo del más apto en la lucha por la vida.

y sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza jurídica, siendo este criterio el más o menos rotundo.

Según se deriva de uno de los pilares básicos sobre el que se sustenta el derecho de la contratación (el principio de libertad contractual), los tratos no obligan a contratar. Falta en ellos el elemento volitivo imprescindible para el nacimiento del contrato (*animus contrahendae obligationis*), que culmina con la emisión del consentimiento contractual puesto que *solus consensus obligat*. De ahí que las partes sean libres de no seguir negociando, ya que durante esa etapa preparatoria los intervinientes tratan pero no contratan⁵¹⁹. Frente al anterior criterio hay una unificación total, no sólo en la tradición latina, sino incluso también en la germánica, donde el principio de libertad de contratar también se encuentra contenido.

DE CUPIS⁵²⁰ tiene razón cuando señala que:

“Las partes en fase de negociaciones preliminares quieren su propia libertad. En razón de ella mientras se prepara el contrato conservan aquella soltura de movimientos y poder autodeterminante connatural al buen desarrollo de los negocios. Si la autonomía no se respeta, el tráfico negocial sufre una gran rémora. Más es evidente quien haciendo uso de su libertad, daña la confianza de la contraparte, debe por tanto responder”.

Se afirma en consecuencia, que la denominada responsabilidad precontractual por quebrantamiento de la confianza, nace de aquellos actos (lesivos) que, en la fase preparatoria al contrato, fundaron legítimas expectativas en la contraparte tanto cuando habiéndose concluido, padece algún defecto por el que el ordenamiento le priva de efectos desde el principio (nulidad) o que permite a alguna de las partes impugnarlo (anulabilidad) o cuando incluso no llega a concretarse el acuerdo, y aún así se causa un daño⁵²¹.

⁵¹⁹ RANGEL SÁNCHEZ., “Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: obligaciones y contratos” (Dykinson, Madrid, 2000), pág. 238.

⁵²⁰ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 102.

⁵²¹ En los mismos términos lo reconoce la sentencia de Casación del máximo Tribunal italiano del 14 de Octubre de 1978 núm. 4626: “En el caso de la interrupción de las tratativas contractuales, la violación del principio de buena fe y la consecuente responsabilidad precontractual se verifica, siempre y cuando la interrupción resulta de la privación de una confianza razonable y justificable, también, donde se sacrifica arbitrariamente la lógica confianza que la parte depositó en la eventual conclusión del contrato, durante el

Pero se ha dicho también, que las partes en aras a esa libertad que les asiste pueden continuar con las negociaciones o apartarse puesto, que el interés jurídico protegido en el primer momento de contacto, en donde cada uno de los integrantes, pregunta, indaga y conoce, es la –libertad contractual- lo que sucede es, que éste bien siempre tiene que ser prodigado, ante conductas útiles, respetuosas, proporcionadas y consideradas, por tanto en la medida en que las negociaciones avanzan, y las partes se acerquen notoriamente a ese tan anhelado consentimiento, la salvaguarda de ese derecho descende dándole paso a la protección de la confianza.

Vista así las cosas, más que un problema de libertad, es un problema de sus límites, al establecer en que momento se hacen los tratos preliminares vinculantes, y como compaginar o integrar el concepto con la autonomía de la voluntad. El dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer, y lo será mañana un problema de medida⁵²². Entonces ¿En qué momento, debe ceder la libertad contractual, frente a los límites de la autonomía de la libertad que impone el Estado y la ley en las negociaciones preliminares? En las siguientes líneas, trataremos de resolver el cuestionamiento.

4.2. EL ACTUAL CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES

Si se examina la evolución del derecho contractual y la evolución de la idea de libertad negocial, en el derecho de los siglos XIX y XX, se puede afirmar que superadas, las fases de la época del predominio aparente y absoluto donde se presentaba el contrato

estado de las negociaciones”. De igual forma, la sentencia del 26 de enero de 1985, núm. 399: “No se puede hablar del receso injustificado de las negociaciones si no existe una violación de la norma del art. 1337, la cual consagra la buena fe y la consecuente responsabilidad, el simple hecho de alargar las negociaciones no implica una violación de la norma ya que como quedó demostrado la contraparte sólo buscaba seguir informándose sobre los elementos y repercusiones de la celebración del eventual negocio, así, entonces, no se puede hablar de una confianza legítima, pues el actuar de la parte está siempre caracterizado por incertidumbre”.

⁵²² BALLESTEROS, M., Y COSTEA, M., “La manifiesta intención de obligarse y el derecho nuevo” (Madrid, 1963), pág. 35.

libre⁵²³, y superada, de igual forma la era de las limitaciones de la libertad contractual, merced a la crisis intervencionista del principio de libertad, a consecuencia de la injerencia del poder público⁵²⁴ y mediante la formación de agrupaciones monopolistas⁵²⁵, en la actualidad asistimos a una época de transformaciones sociales del mismo concepto del contrato y de la libertad mediante una incorporación funcional del contrato al ordenamiento total con el resultado de un contrato dirigido⁵²⁶.

En la actualidad, atrás queda la idea que el contrato se encuentra constituido por una relación obligatoria compuesta por oposición de intereses entre las dos partes contratantes, por el contrario en la actualidad, se habla que esta relación obligatoria es más bien, ante todo una unión de sujetos de derecho determinada por la comunidad de fines y de objeto⁵²⁷. El contrato se erige como la técnica de conciliación de intereses, seña de la autonomía de la voluntad, y producto de una metamorfosis económica y social⁵²⁸.

Una consecuencia especialmente significativa de la concepción de la naturaleza de la relación obligatoria es que la vinculación debitoria de las partes contratantes no está ya determinada exclusivamente en cuanto a su existencia y a su extensión por la voluntad

⁵²³ La época de la supremacía del contrato libre corresponde a la aceptación e inviolabilidad del principio general del “*laissez faire*”. El libre juego de las fuerzas fue considerado como el orden natural de la economía y de la vida de cada nación en particular. Así, la expresión más visible de la puja de fuerzas era precisamente el contrato libre, que había superado ampliamente las múltiples trabas que anteriormente se oponían al individuo por razón de determinadas circunstancias de pertenencia y subordinación. Históricamente se explica como una reacción hacia el absolutismo que había reinado por largos lustros en la Europa del siglo XVIII y XIX, con políticas de un mercantilismo que se oponía a cualquier intento de desenvolvimiento de la personalidad.

⁵²⁴ La segunda época, se caracteriza por la irrupción del poder público en la esfera libre del contrato y como la era de la lucha entre el principio de libertad contractual, por un lado, y el Estado por otro. Aquí aparecen los contratos de adhesión y la contratación en masa, haciendo mucho más fuerte el monopolio del mercado y por tanto, marcadas diferencias sociales entre los patronos y los trabajadores.

⁵²⁵ El criterio vendrá a ser puesto en duda por el intervencionismo del Estado, el que para proteger a ciertas clases sociales (contrato de trabajo, seguros, transporte, arrendamientos) dicta leyes en las que dominan las normas imperativas, abandonando en aquellas el principio de libertad de contratación. Lo que hará pensar a los autores en una nueva concepción del orden público, “*la de la protección del contratante que no se encuentra en situación de igualdad, para proteger sus intereses*”.

⁵²⁶ WOLFGANG, S., “Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema del derecho alemán”, *R.D.P.* 1942, págs. 448 y ss.

⁵²⁷ WOLFGANG, S., *op. cit.*, pág. 454.

⁵²⁸ MESTRE, J., “L’*évolution du contrat en droit privé français*”, *L’*évolution contemporaine du droit des contrats. Journées RENE SAVATIER**, Poitiers, 24-25 octobre 1985 (Presses Universitaires de France, París, 1986), pág. 42. Es un magnífico texto donde el profesor MESTRE, en no más de 20 hojas, presenta la evolución y panorama actual de los contratos en Francia, considerando el contrato como el ángulo de los contratantes. Destaca el jurista entre otras, la necesidad de la renovación que la aproximación clásica ha hecho sobre la materia, al elaborar un estudio comparativo entre los contratos y actos del siglo pasado y las diferentes propuestas hechas en su momento por SAVATIER. Es un texto que a pesar de su fecha de elaboración, en la actualidad tiene una total vigencia.

particular. En algunas circunstancias, comienza más bien y no termina necesariamente con la ejecución del mismo, lo cual es de importancia lesiva para la doctrina de la culpa en la conclusión del contrato (*culpa in contrahendo*).

Aparece el principio de la buena fe como un nuevo y riguroso parámetro, aquí la buena fe ya no es la exigencia de una equitativa ponderación de intereses entre las partes contratantes, en el sentido de un principio o recurso secundario, sino que ha de verse como la expresión concreta de la idea justa de la obligación. Entonces sin duda la buena fe es un principio básico primario y evidente y por tanto limitante, en el sentido de una confirmación de la común pertenencia de las partes contratantes a la comunidad y a la función social tanto del contrato como del Estado.

La buena fe, al igual que la lealtad y la confianza se constituyen como ya se enunció en parámetros y estandartes del derecho de los contratos, siendo estos principios éticos y multifuncionales, así, moralizan, aseguran y hacen más eficientes las relaciones contractuales. Desde las formulas contractuales y/o principios generales se garantiza una contractualización justa y hacen así que exista una integración entre los derechos y libertades individuales con los intereses y principios generales.

Los llamados límites a la autonomía privada no hay que verlos como impedimentos u obstáculos que impregnan el ordenamiento de una función o valores sociales. No deben así considerarse los límites impuestos por el art. 1255 C.c., (ley, moral y orden público), se trata simplemente de una fuerza expansiva de la ley en atención a intereses superiores que al de las partes, que sin duda reduce el ámbito de la autonomía privada. Supone una disminución del número de intereses particulares por regular y un aumento de los sociales⁵²⁹. Estando en el terreno, es necesario clarificar que la situación se nos presenta un tanto diferente, dependiendo, de quienes son las partes que se encuentran en la vía de formación contractual, ya que conforme a lo anterior, vendríamos a emplear normativas que en principio no serían aplicables entre diferentes sujetos negociales, de tal forma que si estamos hablando de consumidores, no podemos acudir a

⁵²⁹ ALONSO PÉREZ, M., “Notas de derecho español, a la obra...”, cit., pág. 90. Recordemos entonces, que en el moderno Estado democrático, el derecho a la libertad, no sólo es su fundamento, sino que se encuentra limitado por un contenido esencialmente social, impuesto por el respeto del otro en la esfera de la libertad, y del interés público, el cual garantiza una efectiva participación en la vida económica, política y social del ciudadano.

la norma del 1255 C.c, sino que por el contrario debemos acudir a las normas de consumo, propiamente la Ley General para la Defensa de los Consumidores y de otras normas de especiales y análogas naturalezas, pero si la formación del contrato se da fuera del ámbito de la relación de consumo (entre empresarios o particulares) será preciso acudir a la norma del art. 1255 del C.c.

Como quedó establecido en los capítulos precedentes, las normas de la buena fe son aplicables a todos los actos de disposición de derechos y en especial a aquellos de la contratación (desde su período de gestación hasta su ejecución y cumplimiento). En todos los actos, la buena fe es la base de la confianza que debe inspirar recíprocamente la conducta de los contratantes, por ello la idea de la confianza pertenece a la esencia del ordenamiento jurídico y en especial al del derecho privado. El sistema del *common law*, es un claro ejemplo de cómo se impone siempre una obligación de *good faith in negotiation*⁵³⁰, la cual deviene de la cláusula general de la buena fe, siendo una Directiva que orienta el comportamiento de las partes, transformada en una regla de aplicación negocial. Conforme a lo anterior, defender que las partes pueden retirarse en cualquier momento, sería un abuso de la libertad de contratación y de su retiro en cualquier lugar y momento constituiría una desviación, sin objeto de la misión del contrato, y por tanto un mal uso de la función social de la que se hablaba con anterioridad⁵³¹.

Pero lo que si parece claro, es que en ánimo a no coartar la “libertad contractual”, no podríamos constreñir a nadie para que continuará con el curso de unas negociaciones las cuales no quiere, ni desea continuar. La libertad contractual significa que el ordenamiento jurídico considera (en principio), como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgado con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)⁵³².

⁵³⁰ Así lo pone de relieve, ATIYAH, P, S., “The rise and Fall of Freedom of contract” (Clarendon Press, Oxford, 1979), págs. 26 y ss.

⁵³¹ Aquí opera la libertad contractual no como un principio rígido, sino como medio funcional para la auto-organización responsable.

⁵³² LARENZ, K., “Derecho de Obligaciones...”, cit., pág. 66.

La libertad contractual comprende en particular la libertad de conclusión es decir, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quien va hacerlo, y la autonomía de la configuración interna, o que se dé la posibilidad para ambos contratantes de establecer libremente el contenido del contrato. *La libertad de configuración interna presupone la libertad de conclusión*⁵³³.

Entonces el concepto mismo del contrato, como concierto libremente estipulado entre personas equiparadas jurídicamente, reside el que nadie pueda ser constreñido ni a concluir contratos ni siquiera a concluir un contrato con persona determinada, entonces, aparece aquí como más que razonable, la posición de MORENO QUESADA⁵³⁴ al aceptar que existe un derecho a abandonar las negociaciones o a desistir de los tratos, derecho que autoriza a las partes a retirarse pero no en cualquier momento, sino en ese instante en el cual todavía no hay esperanzas de conclusión del contrato, en caso contrario sería una actuación abusiva de ese derecho, y por tanto operaría una obligación resarcitoria.

FAGELLA⁵³⁵, fue el primer estudioso que se planteaba, que mientras no existiera un *vinculum iuris*, las partes podían dentro de elaboración de un proyecto de contrato (el cual constituye un trabajo de medio a fin), no asumir obligación alguna, situación que cambiaba cuando sus voluntades se encontraban en un punto determinado. *Así, mientras la actividad de un contratante se realiza sin ninguna confianza en la actividad del otro, la ruptura aparece como un arte legítimo del poder de la propia voluntad. Pero si el retiro acarrea un daño, provocando desembolsos en la contraparte que confió lealmente en el curso de las negociaciones, nace la obligación de resarcir in contrahendo.*

⁵³³ LARENZ, K., “Derecho de Obligaciones...”, cit., pág. 66. No obstante, aún concluido el contrato, no se puede olvidar como las actuales tendencias de la política y legislación de consumo, hacen especial énfasis en la incidencia de la buena fe durante las negociaciones y la libertad contractual. Un ejemplo de lo anterior es, el tema de las cláusulas abusivas de los contratos, donde los Estados presentan un grado de proteccionismo, previsto en la tutela del contratante más débil o que amerite mayor tutela. De tal forma que le dan a este la posibilidad de apartarse del contrato y de incluso exigir el pago de los perjuicios a los que tenga derecho por el indebido actuar de su contraparte.

⁵³⁴ MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato...”, cit., pág. 45. El abordar el retiro de las obligaciones como un derecho, no es una idea originaria del profesor MORENO QUESADA, B., se tiene referencias que fue el autor italiano, quien los denominó de esa forma, para ver más. FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 271 y ss. Se retoma lo afirmado por el jurista español, ya que fue él el primero en introducirlo dentro de la doctrina Ibérica.

⁵³⁵ El autor, teniendo como referencia, los estudios, de IHERING, sobre la *culpa in contrahendo* profundiza en el tema, y es el primer jurista que evoca en sus investigaciones las tratativas propiamente, famosos son diferentes escritos, Dei periodi precontractuali e Della loro vera ad esatta costruzione scientifica, “Studi Carlo fadda...”, cit., pág. 269, “I periodi precontractuali e la responsabilita precontractuale ...”, pág. 36, y “Fundamento giuridico...”, cit., pág. 128.

Aparece aquí la licitud como sinónimo de confianza, de tal forma que si una parte por sus actos ejecutados, por su forma de comportarse, generó una legítima y razonable confianza que el contrato se iba a concluir, lícito es que para terminar los tratos necesite una justa causa, cualquier excusa o pretexto invocando la consabida libertad contractual no han de servirle para justificar una ruptura, la que no podría calificarse de otra manera que de caprichosa, con la consiguiente acusación de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad, corrección y congruencia de unos comportamientos humanos. Lo anterior es procedente en la medida que se había hecho dogma de aquella creencia que afirma que nadie podrá hacerle creer a la otra parte que las cosas son diferentes de cómo realmente son.

Ya GHESTIN recuerda cual es el real valor de la concebida libertad y afirma:

“La libertad contractual y la misma regla moral del respeto a la palabra dada, deben conciliarse con otras preocupaciones, por una parte el concepto de utilidad social, el bien público, que se experimenta básicamente en la noción de la buena fe, y la seguridad jurídica, y por otra parte, la justicia, que no es otra cosa que el coronario a la lealtad⁵³⁶”.

Finalizando entonces podemos afirmar que *quien entra en negociaciones, y avanza en ellas, debe prever el alcance virtual de los efectos y consecuencias que puedan generar sus actos*, además como queda claro, *la culpa in contrahendo*, concilia bien la libertad contractual con el concepto del correcto comportamiento que se debe ejercer durante la negociación, sin constituir por tanto la libertad contractual un obstáculo del normal funcionamiento negocial.

4.3. EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES Y LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Como hasta aquí queda claro, el comportamiento de las partes tiene efectos jurídicos en el universo del derecho, y sin duda en diferentes fases (hablando en materia

⁵³⁶ GHESTIN, J., “La formation du contrat...”, cit., pág. 42.

contractual) su importancia se intensifica, o disminuye. En el caso de los tratos preliminares o incluso en todo el proceso de formación contractual, el comportamiento tiene una plena y relevante recepción. La doctrina⁵³⁷ no duda en afirmar, que durante la formación del contrato es justamente una de las fases del *iter* contractual donde el derecho normalmente presta o da más crédito a las actitudes y comportamiento de las partes. El comportamiento es un principio de autonomía de la voluntad que se extiende durante toda la fase de génesis contractual, existe en muchos casos hasta la fuente del contrato, por tanto ante tan notorias realidades no podemos pasar por alto en la materia, haciéndose casi forzoso un análisis sobre las implicaciones legales que tiene el comportamiento de las partes al momento de calificar como justa o injusta una conducta que se decante en la ruptura injustificada de las negociaciones, ya que las partes podrán tomar como decisivo el comportamiento de su contraparte para continuar las negociaciones y en su caso concluir el contrato, o por el contrario apartarse de las mismas.

Son indeterminados los comportamientos y características que puede poseer una de las partes, y que en algún momento pueden incluso hasta llegar a seducir a su parte de una forma inconciente⁵³⁸, o es tal el nivel de influencia que tienen que su capacidad puede ser un influyente e importante “poder social”. Esta “cualidad” es aquella que ostenta una persona que posee una la notoria influencia (como una actitud propia) sobre ciertos individuos con un poder de convencimiento, que conlleva en muchas ocasiones a tener provecho sobre sus contrapartes (afectando su libertad de decisión incluso). Aún frente a situaciones como la descrita lo determinante para el derecho, es la exteriorización de su comportamiento, y es lo que entra a ser reglado y protegido por el universo jurídico. No obstante es importante clarificar que la forma como una de las partes lleva a exteriorizar sus diferentes conductas se puede fundamentar en diferentes aspectos que pueden ser totalmente determinantes, para manifestar su voluntad. Así será importante la

⁵³⁷ Así, GOUNOT, E., “Le principe de l’autonomie de la volonté. Contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique” (*L.G.D.J.*, Dijon, 1945). Ver también, RANOUIL, V., “L’autonomie de la volonté : naissance et évolution d’un concept”, *P.U.F.*, 1980.

⁵³⁸ Aquí se podría hablar incluso de motivos irracionales, o los menos inconcientes que puede poseer una persona y que llevan a que otro se interese en una negociación, así son relevantes entonces el poder de seducción, el nivel de reconocimiento que ella posea en el medio, la apariencia síquica y hasta su misma presencia corporal son factores, que influyen en la motivación contractual. Puntos sobre los cuales no se profundizará pues sin duda se salen de nuestros objetivos propuestos. En el derecho francés existe una excelente obra, que aborda dichos temas, desde el punto de vista de la sociología, y psicología jurídica, en especial el capítulo IV de la segunda parte de la obra de FAGES, B., “Le comportement du contractant” (Presses universitaires d’Aix Marseille, Aix Marseille, 1997).

honorabilidad que goce la contraparte en la sociedad, o en la actividad de comercio que desarrolla, su experiencia profesional o al contrario su inexperiencia y es que estas situaciones son extensibles incluso no sólo en los casos de los contratos *intuitu personae*, sino también en aquellos propios de la contratación masiva. La importancia de lo aquí propuesto radica, en que en la actualidad el comportamiento *manifiesta la voluntad de concluir o de apartarse de las negociaciones*.

4.3.1. LA DIVERGENCIA ENTRE LA VOLUNTAD INTERNA Y LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD Y SU RESPECTIVO VALOR

Como todo acto jurídico supone la intención que inspira su exteriorización, debido a lo anterior, es que tanto la doctrina como los tribunales toman en consideración el comportamiento del contratante, de ahí la importancia que adquiere para el universo jurídico la teoría de la apariencia eficaz (sobre la que se hablará más adelante, y a la que de antemano adelanto recurriremos para estructurar nuestra postura), incluso cuando lo exteriorizado no concuerda con lo querido. Por lo general los comportamientos son susceptibles de manifestar una voluntad, pero muchas veces, las partes expresan o la manifiestan de otra forma como se han comportado. Por lo anterior, es necesario entrar a estudiar tanto la naturaleza de la manifestación como el valor del comportamiento, para después abordar la clásica divergencia entre la voluntad interna y la declaración exterior de la voluntad y su respectivo valor.

4.3.1.1. LA NATURALEZA DE LA MANIFESTACIÓN

La manifestación de la voluntad según el caso, puede ser expresa o tácita. Así será una manifestación expresa, aquella que se fundamenta en un escrito o las palabras y por tanto será tácita aquella que se fundamenta en los comportamientos o actitudes. Ahora lo que sucede es que si bien esta clara diferenciación desde el punto de vista conceptual, en la práctica no siempre es fácil separar una manifestación de la otra y por eso hoy día en el ámbito del derecho, el comportamiento del contratante tiene un doble rol, por un lado como una manifestación expresa de una parte y por otra como una manifestación tácita.

a) El comportamiento como manifestación expresa

Si bien en principio el enunciado pueda parecer un poco descabellado, en la actualidad no es inconcebible plantearse su procedencia, y por tanto consideremos que el comportamiento del contratante permite establecer cuando es, una manifestación expresa de la voluntad para contratar o por lo menos para iniciar las negociaciones. Como es de imaginarse, el anterior teorema no por no tener formulación jurídica, es descartado o rechazado expresamente por la doctrina. En especial, en la costumbrista doctrina francesa⁵³⁹ es en la que se encuentran referencias bibliográficas, donde pensadores de la talla de GHESTIN⁵⁴⁰ se han ocupado de la materia y no dudan en reconocer que el comportamiento como una manifestación expresa es un hecho que se presenta con bastante frecuencia en las prácticas contractuales. Sobre todo en aquellos casos en donde el interés de celebrar un negocio lleva a que se adopten medidas que permitan establecer manifestaciones expresas. Tal es el caso por ejemplo en materia de la delegación hecha en una operación en la cual una persona se pone a órdenes de otra, para comprometer a otro con un tercero. Si se observa el ejemplo citado⁵⁴¹ se encuentra, que la delegación es perfecta, porque se pueden definir claramente los tres sujetos (delegante, delegado, delegatario) y sobre quien recae la obligación.

Existe también diferentes jurisprudencias en el panorama galo que ratifican lo hasta aquí dicho, tal es el caso por ejemplo de la sentencia del 23/04/1992 proferida por la Sala tercera⁵⁴² de lo civil de la Corte de Casación francesa, donde se habilita el comportamiento como una manifestación de la voluntad expresa. Así también sentencias del año 1987⁵⁴³, de 1994⁵⁴⁴ entre otras. Ahora lo importante es dejar aquí claro, que todas

⁵³⁹ Principalmente se pueden citar los textos de CARBONNIER, J., “Les obligations” (*P.U.F.*, 1995), núm. 34, FLOUR, J., ET AUBERT, L., “Les obligations”, *L’acte juridique*, vol. 1 (6a ed., A. Colin, 1994), núm. 144. LARROUMET C., “Droit civil”, *Les obligations, le contrat*, tomo III (2a ed., Económica, 1990) núm. 244. AUBERT, L., “Notions et rôles de l’offre et de l’acceptation dans la formation des contrats” (*L.G.D.J.*, 1970), núm. 25.

⁵⁴⁰ GHESTIN, J., “La formation du contrat...”, cit., núm. 395.

⁵⁴¹ De conformidad con el Artículo 1275 del *code*: “La delegación por la cual el deudor diera al acreedor otro deudor que se obligara para con el, no operará esta novación si el acreedor no hubiera expresamente declarado su propósito de liberar a su deudor que realizó la delegación. Similar norma que consagra el ordenamiento civil español, en su art. 1205”.

⁵⁴² Civ. 3, 23/04/1992: *Bull. Civ.*, tomo III, núm. 137, *J.C.P.*, 1992, *G.*, tomo IV, 1864.

⁵⁴³ Com. 7/04/1987: *Bull. Civ.*, tomo IV, pág. 93.

⁵⁴⁴ Com. 25/10/1994: *Bull. Civ.*, tomo I, pág. 101.

las anteriores sentencias hacen referencia concreta a la norma del art. 1275 del *code*, por tanto, nos lleva a afirmar, que la delegación (en principio) es el único negocio jurídico, en el cual el comportamiento puede ser considerado como una manifestación expresa de la voluntad. También es importante clarificar que en la materia, la jurisprudencia francesa, no se encuentra unificada, y por el contrario existen múltiples sentencias, que se oponen a lo aquí dicho hasta aquí, siendo por lo general anteriores a los años noventa del siglo anterior⁵⁴⁵.

La regla general, es que las manifestaciones expresas se dan en los escritos y palabras, y las manifestaciones tácitas, constituyen básicamente actitudes, comportamientos. Aun frente, a la anterior regla cabe una excepción y es el caso en el cual los comportamientos pueden significar expresamente una voluntad de concluir un negocio, lo cual no siempre encuadraría la proposición general. Procede lo anterior, cuando el comportamiento de una de las partes, le permite establecer a su contraparte la intención de contratar o por lo menos de adelantar las negociaciones. Serían típicos los casos como el del chofer que conduce un taxi, aquel que expone sus productos en una feria, aquel que se anuncia en un diario, o en las guías telefónicas etc.

b) El comportamiento como una manifestación tácita

La principal característica de la manifestación tácita de voluntad, se da cuando del comportamiento de la contraparte, no existe duda sobre la intención contractual, a pesar de la ausencia de una voluntad o declaración expresa. Se llega a dicha conclusión ante la existencia de ciertos hechos reveladores (actitudes, comportamientos), que permiten establecer claramente una intención. Tal es el caso por ejemplo de las ofertas y de las aceptaciones tácitas, que por obvias razones no se entrarán a estudiar (haciendo la claridad que no son estos los únicos casos). Aún así, precisaremos que ésta forma de manifestar la voluntad ya se encuentra consagrada en múltiples ordenamientos europeos en especial sobre la venta internacional de mercancías, así, por ejemplo la Convención de Viena del 11 de abril de 1980, la cual consagra en su art. 18-1:

⁵⁴⁵ Civ. 3 5/06/1970: *Bull. Civ.*, III, núm. 387, Com 8/07/1975: *Bull. Civ.*, tomo IV, núm. 195, Com 10/12/1975: *Bull. Civ.*, tomo IV, núm. 283, Civ. 1 4/12/1982: *Bull. Civ.*, tomo I, núm. 317.

“Que una declaración o un comportamiento del destinatario que indique que el adquire una oferta constituye una aceptación”.

También se encuentra consagrada en los principios UNIDROIT, propiamente en el art. 2.6. Relativos al modo de aceptación.

“Constituye una aceptación toda declaración donde el comportamiento del destinatario indique que acepta la oferta”.

Como se observa en los anteriores textos internacionales, en ningún momento entran a contrariar la legislación interna existente, y ante la inexistencia de reglas como las enunciadas, sin duda se convierten en verdaderos instrumentos de juicio tanto para el juez como para el legislador nacional. No obstante, existen principios generales, o al menos enunciados, frente a las aceptaciones tácitas de las ofertas donde es procedente, el asentimiento de la oferta por comportamientos de aquel hacia la cual iba dirigida. Permitiendo establecer que no sólo recibió la oferta sino que por su comportamiento posterior se dio su conformidad.

En general el comportamiento así como la voluntad contractual en las negociaciones mantienen un vínculo muy estrecho. Por tanto, es conveniente ser prudentes y cautelosos en la valoración de la manifestación de una voluntad (sea expresa o tácita), ya que las dos modalidades tienen en su conducta valor para el derecho.

4.3.1.2. EL CLÁSICO CONFLICTO

Habiendo estudiado, las diferentes formas de manifestar la voluntad y la importancia del comportamiento dentro del proceso de formación contractual, nos permitimos enunciar, el clásico conflicto desarrollado durante el movimiento de la pandectística alemana, que consistía en determinar que debía prevalecer al momento de la

declaración de la voluntad⁵⁴⁶. El conflicto surge cuando aparece una diferencia existente entre lo realmente querido y lo realmente declarado, la divergencia plantea una fricción de intereses, entre el que declara de manera involuntaria y el destinatario de la declaración, pues mientras aquel intentará que prevalezca su voluntad interna, el otro sostendrá el valor de la declaración en la que ha confiado. Recuérdese que justamente en el enfrentamiento de quienes sostenían las diferentes teorías y su prevalencia tuvo origen la doctrina de *la culpa in contrahendo*. Por una parte, la doctrina de la voluntad (*willenstheorie*), defendía que la declaración no corresponde a la voluntad efectiva de quien la emite, y por tanto no tiene eficacia alguna, por el contrario la teoría de la declaración (*Erklärungstheorie*), sostenía que en el Derecho debe prevalecer la declaración como símbolo máximo de manifestación de la voluntad, y en el caso de no ser coincidente la voluntad, con lo expresado, por seguridad jurídica debe prevalecer lo manifestado.

Como ya se enunció, nosotros nos inclinamos por la prevalencia de la teoría de la declaración aunque con ciertos matices -pues planteamientos absolutos nunca han sido adecuados en el debate académico- y además, en la actualidad todavía existe una relevancia sustancial hacia los voluntacionistas, conforme a la importancia que tienen los vicios del consentimiento dentro de la formación contractual. Nosotros aceptamos como lo reconoce JORDANO FRAGA que la voluntad, es el límite de la protección de la confianza y de la seguridad y certeza del tráfico⁵⁴⁷.

No obstante en lo que resta del presente capítulo, presentaremos una postura con inclinación declaracionista pero con un punto de equilibrio en la teoría de la voluntad, la cual encuentra una zona intermedia en la *teoría de la confianza*, por tanto se desarrollará a profundidad más adelante y sobre la que centraremos todos nuestros esfuerzos pues en ella -y junto a la buena fe- se fundamentarán la naturaleza que nosotros le reconoceremos a la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

⁵⁴⁶ En la obra de DORAL, J. A., “El negocio jurídico” (Trivium, Madrid, 1982), págs. 114 y ss. El autor, hace un breve resumen desde el punto de vista dogmático sobre las características de cada una de las escuelas, lo que le permitirá al lector que quiera profundizar al respecto una visión más detallada del clásico conflicto.

⁵⁴⁷ JORDANO FRAGA, F., “Falta absoluta de consentimiento interpretación e ineficacia contractuales” (Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 1988), pág. 39.

La declaración no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora del derecho. Solo ella debe ser tomada en consideración: la declaración tiene únicamente un valor instrumental. Así la declaración nos revela un deber jurídico, es decir, la afirmación de que algo (un hecho, una relación) ha de realizarse en el mundo del Derecho, de forma que el acto negocial se definiría como declaración de un deber de conducta o de obediencia (*sollenseklarung*); la voluntad sería lógicamente necesaria, pues no se puede pensar ciertamente, en una actividad humana sin recurrir a la idea de voluntad que la vivifique, pero sería una necesidad de hecho, en cuanto la voluntad quedaría fuera del contenido del acto declarativo y, como consecuencia irrelevante⁵⁴⁸.

Dentro del debate, al que se hace aquí alusión, ya en principio la ley ha reconocido como prevalente y prioritaria, la declaración externa que hace un individuo frente a su otro extremo de la relación negocial, por tanto primaran sus actos, sus manifestaciones, sobre cualquier otra circunstancia que se quiera hacer valer dentro del problema de la ruptura y en general de cualquier situación que se presente dentro de la formación del *iter* contractual. Es por tanto, que el punto de partida de lo aquí estudiado, no puede ser más que ese, ya que el confiado, habrá de fundamentar su sentimiento como es natural en todo ese conjunto de actos y manifestaciones, en las cuales él ha sido receptor de todas las impresiones e intereses de su contraparte. Así también lo ratifican los nacientes proyectos de unificación y uniformidad europeos, en donde se consagran en diferentes cuerpos legales, que la intención de las partes se determina a partir de sus declaraciones o conductas emanadas dentro de las negociaciones⁵⁴⁹.

El respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración, y la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas, se constituyen en el fundamento de la denominada teoría de la declaración, la cual será nuestro punto de partida⁵⁵⁰, por estar

⁵⁴⁸ Así resuelve el conflicto, PIETROBON, V., *op. cit.*, pág. 197. Quien afirma que incluso es el mismo órgano legislativo quien le da la prevalencia al contenido de la declaración, “el deber de lo que se ha expresado”. No obstante lo anterior, el autor, habla de la importancia de la teoría de la confianza, y cómo en sus actuales coordinaciones, la teoría logra fusionar las dos doctrinas, que en el pasado se presentaron opuestas, por medio de la incoordinación de la equidad.

⁵⁴⁹ Así, el artículo 2:102 de los Principios Del Derecho Europeo De Los Contratos emanados de la Commission Europa Contract Law *C.E.C.L.*, dirigida por el grupo LANDO. Estipula: “Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”.

⁵⁵⁰ Pero, no quiere decir lo anterior, que mantengamos su dogma así, se descarte la importancia de la teoría de la voluntad, ya que como atrás se dijo los lineamientos actuales de la doctrina de la confianza de

conformada por los elementos externos de la relación en los tratos preliminares, y es que a juicio propio, en ninguna otra fase del *iter* contractual, las partes gozan con tanta autonomía y libertad para expresar sus intenciones, e intercambiar ideas, y proposiciones. Aquí las partes no están ligadas más que a comportarse de acuerdo a la buena fe y las buenas costumbres, de tal forma que mientras no se haga crear expectativas contractuales en la contraparte (de ahí la importancia que le hemos reconocido a los comportamientos en la fase de negociaciones), las partes podrán abandonar con total libertad los tratos. No se quiere decir con lo anterior, que la teoría de la voluntad y su dogma no tenga respaldo y fundamento en el ordenamiento jurídico, por el contrario son múltiples las normas que podemos encontrar, el art. 1300, 1265, 1266 del C.c., entre otras. Lo que sucede es que el concepto de voluntad relacionado con el acto volitivo en la formación contractual, se manifiesta al exterior por las declaraciones o manifestaciones que se transmiten a la contraparte en las negociaciones, integrándose aquí entonces, la voluntad con la declaración siendo ésta la fuente de las normas jurídicas que rigen todo el proceso de formación negocial.

Al respecto afirma MANZANARES:

“Según la teoría de la declaración, el destinatario de aquella debe poder confiar en la eficacia y validez de tal declaración sin tener que investigar si corresponde o no a la voluntad real. Por ello, la declaración de voluntad despliega siempre sus efectos en el sentido que objetivamente tiene, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho⁵⁵¹”.

Ambas teorías reconocen un elemento que tiene fundamental importancia en el conflicto de intereses planteado: la confianza de los destinatarios en la declaración (que de buena fe recibieron) de aquel que mediante la manifestación de un acto expresó su voluntad. La divergencia se da, en cuanto a la valoración y prevalencia que tienen estos derechos que se friccionan desde cada dogma.

desarrollo eminentemente italiano, la presentan como una teoría que armoniza y que de una u otra manera integra las clásicas y siempre opuestas teorías de la voluntad y de la declaración, matizando el alcance de las mismas con la inclusión del concepto de equidad y de intencionalidad de las partes.

⁵⁵¹ MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la...”, cit., pág. 703.

Por tanto, podemos decir que cuando se trata de una divergencia entre lo realmente querido y lo efectivamente declarado, la teoría de la voluntad y la declaración difieren en el valor que hay que concederle a la declaración, pero coinciden (aunque por distintas vías) en proteger a quien de buena fe confió en el sentido objetivo de la declaración debe ser protegido.

Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos conforme a este principio, es la exigencia de un comportamiento coherente. Lo anterior significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada (conforme a la buena fe), en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella⁵⁵². Desde el punto de vista de la responsabilidad del declarante, se valora la conducta de éste como sujeto: situado en el mundo de los negocios, en el tráfico, y no aislado, debiendo respetar ciertas reglas y normas de relación impuestas por la buena fe que en caso de ser infringidas, contrarrestan y hasta en ciertos casos anulan la consideración de la voluntad.

Por lo anterior compartimos en todas las ideas de JORDANO FRAGA al afirmar que:

“El declarante ha de comportarse normal y prudente, y en ciertas ocasiones no debe permanecer inactivo, y al realizar un negocio debe ser honrado, preciso y avisado, debe expresar clara y exactamente, además de unívocamente su querer, sirviéndose para ello de medios adecuados de emisión y comunicación, teniendo el deber de conocer las circunstancias de hecho (usos) y las normas, así como responsable y conciente frente al significado y el valor vinculante del acto que realiza⁵⁵³”.

4.3.2. LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS Y SU VINCULATORIEDAD

Cuando las partes comienzan unas negociaciones, o unos acercamientos, lo hacen con el fin de llegar a la conclusión del negocio jurídico pretendido. El cumplimiento de unas expectativas (en principio contrarias, pero que en el transcurso de las negociaciones terminan siendo afines, transformándose en un interés conjunto), fundadas en las

⁵⁵² DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de...”, cit., pág. 142.

⁵⁵³ JORDANO FRAGA, F., “Falta absoluta de...”, cit., pág. 40.

aspiraciones se reflejan en el mismo contenido obligacional, que se derivan de las circunstancias en las que comienza a gestarse el pacto, por medio de las negociaciones de tal forma que en la medida en que las partes en ese proceso de acercamiento comienzan a superar los obstáculos –que normalmente se presentan al inicio de cualquier negociación– y el estado de los tratos, comienza a acercarse a la tan anhelada voluntad contractual, es natural, y por tanto legítimo que se comience a gestar una confianza razonable en que el negocio pretendido se celebrará.

En la psicología jurídica francesa⁵⁵⁴, el fenómeno de la confianza razonable se conoce como “*l’engagement comportemental*”, el cual consiste en que las partes, o una de ellas sienten que se encuentran realmente en una situación de perseverancia y continuación de las negociaciones basándose en la exteriorización de las mismas, de una forma coherente y reflexiva. Cuando las expectativas son legítimas, es decir, no son simples representaciones mentales de una de las partes, sino verdaderos actos homogéneos y razonables, de modo que un contratante medio del sector del tráfico al que pertenezca el negocio pretendido, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias específicas, contaría que ellas son vinculantes, a pesar de que no se haya concluido el contrato. Recuerdese entonces que en virtud del art. 1258, los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado sino a algo más. En todo contrato se da o se prevé, un núcleo propio expresamente acordado y otras vinculaciones que son las “consecuencias naturales” de aquello pactado⁵⁵⁵.

La obligatoriedad del contenido natural del contrato no se deriva del pacto, ni de fuentes de integración normativa (ley dispositiva y usos), sino del principio de la buena fe que obliga a respetar la confianza legítima en la vinculatoriedad de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones que completan el programa contractual⁵⁵⁶. Razón tiene DE ANGEL YÁGÜEZ cuando basándose en la definición que da el Diccionario de la Real Academia de la lengua afirma:

⁵⁵⁴ Para ver más, MICHAUX, S., “La formation du contrat: pour un rapprochement entre psychologie et droit”, *Le processus de formation du Contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002), págs. 789 y ss.

⁵⁵⁵ S.T.S. de 17 de enero de 1986 (*R.J.* 1986, 105).

⁵⁵⁶ PASCUAU LIAÑO, M., “Comentario al art. 1258 del Código Civil”, *Jurisprudencia Civil comentada* (Granada, 2000), pág. 2149. Para quien “la buena fe cumple en relación con la determinación del contenido del contrato, una función aún más importante que la de valorar el comportamiento de las partes en la

“La buena fe es el criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho en las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte⁵⁵⁷”.

De tal forma que *expectativas, confianza y corrección se convierten en un modulo de conducta que funcionalizan las posiciones de exigencia y sujeción, en modo que los intereses de las partes se compatibilicen armónicamente*. La anterior protección y concepción del derecho jurídicamente protegible, hace que sin duda por razones de seguridad jurídica, se deba resguardar a aquel sujeto que se encuentra *legitimado* (el que ha confiado razonablemente), es decir a la seguridad del disfrute del derecho lo que conlleva a que el individuo se pueda sentir satisfecho de esa seguridad y que no sea perturbado por aquella persona con la que ha entablado relaciones, y teniendo así, la posibilidad de ejercitar su derecho sin trabas y al amparo del ordenamiento.

O como dice la *Relazione* (art. 13) del código italiano a propósito del deber general de la *correttezza* (que es un instrumento de la buena fe), no es sino el deber de comportarse en modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la tutela legítima del interés propio⁵⁵⁸. Se comprende entonces la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte pone en la lealtad de la otra, la necesidad, en definitiva, de completar una amplia gama de deberes accesorios⁵⁵⁹.

Por otra parte la observación de la realidad demuestra que la interacción humana requiere un mínimo de confianza, sin ella no podría comprenderse el complejo mundo de las relaciones humanas. El Derecho es en sí, un conjunto de elementos que componen un factor imprescindible de confianza, de tal forma que son el resultado inherente de cualquier establecimiento de reglas jurídicas, las cuales a su vez traducen una función general del ordenamiento jurídico. En últimas ellas reducen las contingencias y combaten

ejecución del contrato: la de dotar de fundamento a la extensión del contrato de la obligatoriedad del contrato a lo que viene denominándose contenido natural...., se trata de contenidos no pactados ni tampoco previstos por normas dispositivas, y que sin embargo forman parte de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones, salvo indicación clara y suficientemente expresa”.

⁵⁵⁷ DE ANGEL YÁGÜEZ, R., “Una expresión de lo que no es Buena Fe...”, cit., pág.12.

⁵⁵⁸ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 136.

⁵⁵⁹ *Vid.*, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 139.

los riesgos de *in sucesos* que puedan presentarse entre los sujetos, favoreciendo y estimulando en todas sus actuaciones, las iniciativas⁵⁶⁰.

Cuando un individuo decide por su propia iniciativa, o ya sea por la invitación que le haga otro sujeto a entrar al ámbito de las negociaciones, se encuentra ante el inmerso mundo de la autonomía contractual y obligacional, en los que la confianza se constituye como la piedra angular de la contratación. Como ya se estudió en el tercer capítulo, la buena fe acompaña el mundo de los contratos desde el momento de formación, durante su ejecución y hasta el cumplimiento de lo pactado. Las circunstancias que acompañan y que han acompañado el concepto y esencia de la buena fe han hecho, que incluso desde siglos atrás – situación que se mantiene en la actualidad- exista una unidad sustancial de todas las disposiciones encaminadas a tutelar un estado de confianza, y por tanto, la convicción, muy difundida, de que tales disposiciones han de expresarse tendencialmente en un mismo criterio, nos llevan a que se aborden diferentes circunstancias que conforman esa unidad de materia de la que se viene hablando, por tanto es fundamental entrar a estudiar el estado de la apariencia eficaz.

4.3.2.1. EL COMPORTAMIENTO COMO CREADOR DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EFICAZ

La doctrina que se ha ocupado en estudiar la teoría de la apariencia jurídica, al momento de establecer cuáles son los supuestos en los cuales opera la misma, ha sido abstracta y a su vez demasiado imprecisa, tal vez por algo muy lógico, es la ausencia de un concepto claro y preciso (situación que se nos presenta con mucha frecuencia en el tema hasta aquí estudiado). A pesar que son muy pocos los casos donde concretamente se habla de ella, es de aceptación generalizada, que procede en otros supuestos que no tienen reconocimiento legal, siendo el caso que a juicio propio se puede presentar en la ruptura de las negociaciones sin justa causa⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ En el mismo sentido CASTRO PORTUGAL, M, A., “Teoria da confiança e responsabilidade civil” (Almedina, Coimbra, 2004), pág. 346.

⁵⁶¹ Así, también lo reconocen, en la doctrina Italiana, MONATERI, P, G., “Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale”, *R.C.P.*, Roma, 1985, págs. 760 y ss., DE MAURO, F., Y FORTINGUERRA, A., *op. cit.*, pág. 120, y en el caso español, MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la...”, *cit.*, pág. 713. DÍEZ PICAZO, L., “La doctrina de los propios...”, *cit.*, págs. 55 y ss. Es reconocido

Dentro de los modos de manifestarse con eficacia en las instituciones civiles, se nos presenta la apariencia como una de las formas de exteriorizar la voluntad, de tal forma que los actos poseen un medio de exteriorización, que integra –como ya se dijo- lo querido con lo declarado. Por tanto, los medios de celebración de los negocios se hacen por lo general por una conducta elocuente, que por lo general se da en la invitación de entrar a negociar. Aquí, la buena fe, significa confianza en una situación jurídica que permite en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación e intención del disponente. La buena fe se liga aquí con la confianza en una *apariencia jurídica*⁵⁶². Aquí la persona no incide en error acerca de su titularidad o de la legitimidad de su conducta, sino en la intencionalidad de su adversario y además confía –fía- en lo que da a entender la apariencia de derecho. Lo cual denota, una rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder las partes⁵⁶³.

La protección de la apariencia, radica en la amparo que el derecho reconoce a la existencia objetiva, de una situación (que a pesar que no corresponde a la realidad lo querido con lo actuado o manifestado), que tiene consecuencias de igualdad jurídica entre apariencia y la realidad. La unidad que se da dentro del universo de la confianza se

así, también en la doctrina argentina, por BREBBIA, R. “Responsabilidad precontractual”, La rocca..., cit., pág. 93. También la utiliza en el derecho suizo PIOTET, P., “Culpa in contrahendo et responsabilité...”, cit., pág. 128.

⁵⁶² Tiene su fundamento en la doctrina de CLAUS-WILHELM, “Die Vertauenshaftung im Deutschen Privatrecht” (Nendeln, Munchen, 1981), citado por CASTRO PORTUGAL, M. A., “Teoria da confiança e responsabilidade civil” (Almedina, Coimbra, 2004), pág. 346. El autor alemán, analizó varias hipótesis de la tutela de la apariencia, y llegó a consolidar y estructurar la teoría. Hasta hace algún tiempo se creía por parte de la doctrina, que la teoría sólo tenía aplicación frente a terceros, incluso el mismo CANARIS, solo le daba éste reconocimiento. No obstante, por incompleta e inexacta, la tendencia hoy día de la doctrina es reconocer que puede ser objeto de la apariencia, el cónyuge (art.79 C.c), el deudor (art. 1164 C.c) y por tanto no pueden decirse terceros. Ya que están dentro y son partes del instituto afectado por la anomalía y sometido a tutela. Al respecto BUSTOS PUECHE, J. E., “La doctrina de la apariencia jurídica” (Dikynson, Madrid, 1999), pág. 46. Afirma que en el caso español solo existen tres supuestos de aplicación legal, el del caso de las llamadas adquisiciones a *non domino*, el del deudor que paga engañado a quien no es acreedor y el del matrimonio con defectos formales de los art. 53 y 78 del Código Civil. Contrario a lo que piensa el autor, y tal como lo reconoce mayoritariamente la doctrina –situación que el autor reconoce- pág. 93. No todos los supuestos de apariencia jurídica tienen reconocimiento legal. Ante supuestos sustancialmente idénticos, el ordenamiento una vez les atribuye eficacia jurídica y otras no. Y actúa así en función de una consideración concreta de justicia o, si se prefiere de política legislativa. Nosotros nos inclinamos por ese precepto y por tanto consideramos que es de total aplicación, aquí la teoría de la apariencia jurídica, como una doctrina que logra fundamentar y respaldar la teoría de la confianza.

⁵⁶³ *Cass.* 22.4.1999, núm. 3988, *R.N.*, 1999, pág 735. Así lo reconoció la Corte de Casación Italiana al sostener que el principio de la apariencia puede ser aplicable en los casos de la responsabilidad precontractual, al tener su fundamento en la confianza depositada en la celebración de un inminente contrato. De igual forma la sentencia de *Cass.* 21.3.2000, núm. 3001, *DPSoc*, 200, 10, 85.

manifiesta con una imposición de una obligación de indemnizar, pues coloca ante aquel que ha confiando una posición jurídica correspondiente a las expectativas que alimentó, a tal punto que en el caso en que no llegara a existir (como es el caso del que confía en la conclusión del negocio que nunca llega a celebrarse), por sus manifestaciones exteriores, debe en todo prevalecer y protegerse al dañado⁵⁶⁴ - confiado.

La confianza sin duda, es un presupuesto para establecer una responsabilidad precontractual, el problema de su tratamiento se encuentra en establecer con base a qué criterios hay que detectar dicha confianza. En las conversaciones preliminares se confía en la conclusión del contrato porque la actitud de una de las partes ha provocado esa apariencia. De alguna forma confianza y apariencia se muestran aquí como términos interdependientes⁵⁶⁵. Recordemos las palabras de ALONSO PÉREZ⁵⁶⁶ al afirmar que la etapa preparatoria de un negocio no sólo se tipifica por una serie de actos – conversaciones, tanteos, negociaciones previas, proyectos, etc.- que integran *iter* formativo del contrato proyectado (elemento objetivo de la relación precontractual), sino que constituye también por el comportamiento de las partes que actúan *in contrahendo* y que debe adecuarse a los postulados de la buena fe (elemento subjetivo de la relación precontractual). Ese comportamiento de las partes que actúan *in contrahendo*, es justamente en el que fundamenta la teoría de la apariencia en los tratos preliminares, de tal forma que cada una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra.

La tutela de la apariencia se fundamenta en la necesidad de proteger y blindar el tráfico jurídico⁵⁶⁷, siendo una especial preocupación que se siente no sólo entre los grandes operadores de los sectores tradicionalmente objeto del derecho mercantil, sino también entre el novísimo derecho del consumidor. Aquí la defensa de la apariencia, no se basa en la voluntad privada. Se trata, más bien, de una necesidad de asegurar situaciones no consolidadas, haciendo como si se hubiesen perfeccionado, o consumado. En la

⁵⁶⁴ CASTRO PORTUGAL, M. A., *op. cit.*, pág. 45. También CANO MARTÍNEZ, J. I., “La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia” (Bosch, Barcelona, 1990), pág. 59. Quien afirma, que la apariencia no es ficción, sino realidad (externa), necesariamente discrepante con la interna. La apariencia deriva directamente de una norma, que la tutela. En la misma posición JORDANO FRAGA, F., “Falta absoluta de consentimiento...”, *cit.*, pág. 42.

⁵⁶⁵ MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la...”, *cit.*, pág. 713.

⁵⁶⁶ ALONSO PÉREZ, M., “Notas de derecho español...”, *cit.*, pág. 161.

⁵⁶⁷ En el mismo sentido, PIOTET, P., “La formation du contrat, en doctrine générale...”, *cit.*, pág. 52, y DEMOGUE, R., “Notions fondamentales du droit privé” (Essai critique, París, 1911), págs. 63 y ss., citado por PIOTET, P., “La formation...”, *cit.*, pág. 48.

mencionada necesidad se denota como un valor de orden público, y se constituye mediante normas imperativas, que hacen que los beneficios que conceden sean disponibles, como lo es el caso de la buena fe⁵⁶⁸.

Los detractores de la teoría manifiestan que ante el principio de tipicidad de los negocios jurídicos, es inaplicable en el ordenamiento civil, y además que en la contratación, es principio general el deber de diligencia media de no fiarse de las apariencias, que engañan y penetran a través de ellas, en el fondo de la realidad⁵⁶⁹. Efectivamente, el reconocimiento de esta apariencia jurídica es extremadamente complejo y espinoso, más sin embargo como bien lo explica PIOTET la teoría:

“Ne déroge jamais à l’effet positif de la règle générale; elle écarte seulement ses conséquences négatives. En ce sens que, si une condition de l’effet positif de la règle normale fait défaut, cet effet se produit néanmoins quand le bénéficiaire de l’apparence efficace à cru de bonne foi a la réalisation de la condition défailante⁵⁷⁰”.

La anterior frontera se hace mucho mas visible en los casos en lo que ha precedido una conducta dolosa como instrumento de engaño (creando unas circunstancias falsas de naturaleza aparentes), ya que operará la tutela de la apariencia, con fundamento en el principio general de la buena fe, puesto que el error que aquí se construye por parte del afectado, es inmensamente protegible y la conducta reprochable⁵⁷¹. Pero si estamos en casos donde existe negligencia, cuya apariencia se ha generado sin maquinación alguna, el ámbito, alcance y naturaleza de la buena fe disminuye y por tanto se hace mucho más

⁵⁶⁸ CANO MARTÍNEZ, J. I., *op. cit.*, pág. 59.

⁵⁶⁹ MACHADO, J. B., “Tutela da confiança e venire contra factum proprium” (*R.F.D.U.L.*, Lisboa, 1988), págs. 389-391. Contrario es el caso del derecho Suizo. PIOTET, P., “La formation...”, *cit.*, pág. 48. Quien afirma, que la confianza, opera de acuerdo con el mismo espíritu de la ley civil, en la medida que el legislador ha consagrado en otras hipótesis la protección de la buena fe, donde aquí ella funciona como una apariencia de una situación jurídica, otorgando así, una apariencia eficaz. Opera en el art. 167 del Código de Obligaciones suizo, en el Art. 18 y art. 164 del mismo ordenamiento. Por tanto la adopción del mismo sistema en materia de declaración de la voluntad debe hacerse de conformidad como los demás principios conocidos en el Derecho Civil suizo.

⁵⁷⁰ PIOTET, P., “La formation...”, *cit.*, pág. 49.

⁵⁷¹ Así, lo sostiene por ejemplo la sentencia del caso DE CHIRICO (Cass. 22.6.82, núm. 2765, *G.C.*, 1982 I, pág. 1749.) Es una sentencia sobre una supuesta pintura del famoso pintor DE CHIRICO y en la cual se causan perjuicios a un tercero que había confiado en todos los supuestos de la compra efectuada, al respecto la Corte sostuvo: “*Responsabile per fatto illecito il pittore che, dopo aver apposto la propria firma autenticata da notaio sul retro di un quadro senza averne diligentemente controllato la paternità, lo disconosca cagionando un danno patrimoniale al terzo acquirente il quale abbia fatto affidamento sull’autenticità dell’opera*”.

complejo establecerla. Aquí entonces la confianza de las partes debe surgir no sólo por las simples expectativas que todas las partes llevan al comienzo de cualquier negociación, sino que todo ese conjunto de situaciones que conforman los tratos, como las reuniones constantes y extensas, correspondencias, actitudes de las partes, les permita identificar que en el caso existe una estructura económica del contrato claramente evidenciada, y por tanto incluso cualquier persona media en situación y circunstancias similares, hubiera confiado de igual forma en que el negocio se iba a efectuar. Aquí las palabras de profesor JORDANO FRAGA, nos ayudan a dar más precisión hasta lo aquí explicado:

“La confianza es también aquí, confianza inculpable: la que objetivamente era susceptible de crear la declaración aparente, y la que en concreto, ha suscitado en los destinatarios o terceros que no conocieron ni pudieron conocer con la diligencia exigible (valorada con arreglo a los mismos cánones que para el sujeto declarante) la existencia de la anomalía (discrepancia o divergencia)⁵⁷²”.

No es viable atribuir genéricamente, que bajo su protección se puedan encuadrar todas las expectativas de las conductas humanas ya que de ser así, se estaría protegiendo caprichosamente, situaciones que contrariarían la misma esencia del Derecho. Es necesario entrar a valorar los dos comportamientos tanto del que emite la declaración como del receptor de la misma. Para lo anterior, es fundamental la objetividad, del juzgador que entra a valorar la apariencia jurídica, teniendo especial cuidado en identificar si el presunto dañador exteriorizó y si se comportó de tal forma que dio lugar a la creación de las legítimas expectativas. En la actualidad existe una total inconcreción de una norma que respalde la doctrina aquí propuesta, lo que hace que al momento de ser aplicada, sea necesaria la mayor de las ecuanimidades posibles, así como una absoluta claridad frente a los presupuesto de la protección de esa confianza nacida en las negociaciones. Ya que no en toda ruptura se puede alegar la defensa del tráfico, *sino sólo en aquellos casos donde la voluntad de declarante, difiere de sus actos que han generando esa legítima confianza en el destinatario, el cual ha creado legítimamente un estado de confianza que debe ser protegido*⁵⁷³, situación que como ya se mencionó, sin duda puede presentarse en la ruptura injustificada en las negociaciones.

⁵⁷² JORDANO FRAGA, F., “Falta absoluta de consentimiento...”, cit., págs. 42 y ss.

⁵⁷³ En el mismo sentido PIOTET, P., “La formation...”, cit., pág. 51.

4.3.2.2. LA TEORÍA DE LA CONFIANZA Y LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Fueron los alemanes, quienes construyeron la teoría de la *culpa in contrahendo* sobre dos grandes supuestos⁵⁷⁴, el primero sobre las obligaciones de protección y el segundo sobre la obligación del respeto a la confianza del otro. Como se explicó en el primer capítulo, los dos grandes supuestos en la actualidad han extendido su ámbito de aplicación, no sólo por la novísima consagración en la reforma del Derecho de las obligaciones del año 2001, sino por la acogida y respaldo que ha tenido desde mitades del siglo pasado el fundamento de la confianza en el derecho de las obligaciones, siendo el principio más desarrollado, no sólo por los alemanes sino por la doctrina italiana especialmente. De ahí, que sea menester pronunciarnos sobre qué se entiende por la confianza, y cómo en la actualidad ella se constituye en la piedra angular de la responsabilidad precontractual.

Hablando del negocio jurídico, y de su teoría propiamente, de siempre ha existido un desacuerdo, -por de alguna forma llamarlo-, entre quienes defienden la prevalencia de la voluntad y la declaración o manifestación⁵⁷⁵, como ya se explicó en el enunciado el clásico conflicto. Allí, concluimos con que debía prevalecer la teoría de la declaración o manifestación, ya que así, se blindaba el tráfico jurídico y se resaltaba la importancia que tenía la buena fe, y la legítima confianza del destinatario de las declaraciones o comportamientos de aquella persona con la que había entablado negociaciones. *La teoría de la declaración o manifestación se presentaba como una necesidad de confianza, validez y eficacia del comportamiento sin tener que entrar a indagar en el ámbito psicológico o volutivo de su contraparte.*

En la actualidad existe una nueva doctrina, que intenta establecer no cual de las dos teorías debe prevalecer (aunque la verdad es que el punto de partida de ésta nueva doctrina son los postulados de la teoría de la declaración), sino por el contrario se presenta como una teoría conciliadora y armonizadora (o ecléctica si se quiere denominar), entre

⁵⁷⁴ Así lo corroboran entre otros, MARKESINIS, B., *op. cit.*, pág. 65; KESLLER, F., Y FINE, E., *op. cit.*, pág. 406, y TEGETHOFF, M., *op. cit.*, pág. 353.

⁵⁷⁵ Ya desde inicios del siglo XX SAVIGNY, F., “Sistema del diritto romano attuale”, tomo III (Torino, 1900), pág. 123. Abordó esta gran divergencia entre voluntad y declaración.

las dos clásicas posturas. Su fundamento por tanto, radica en una armonización del principio de la voluntad (ya que integra tanto la voluntad de quien emite la declaración como la buena fe hacia quien va destinada), presentando soluciones unitarias a las diversas limitaciones experimentadas por el principio de la voluntad. En la esfera contractual, se ha hecho tránsito desde la formulación de aquella teoría por la ciencia pandectista y a través de la doctrina de “la declaración” (*Erklärungstheorie*) por ella misma elaborada⁵⁷⁶ a la *teoría de la confianza* en la que hoy se basa toda la doctrina del negocio jurídico. Muestra elocuente de una tendencia cada vez más unánime de objetivar la efectividad jurídica de los hechos humanos, en centros de la tendencia subjetiva del pandectismo⁵⁷⁷.

Aquí el principio de la confianza consiste, en que el efecto de una declaración de voluntad depende del sentido que debe darle el destinatario cuando se comporta con diligencia y honradez⁵⁷⁸. Según la anterior concepción, el principio de la confianza se limita a modificar el contenido de la estructura contractual, sin que cambie su esquema lógico. Para poder entender así la confianza (separando la voluntad y la declaración) se ofrece un nuevo criterio, el cual se considera intermedio desde el punto de vista de la equidad, y logrando establecer una valoración conjunta sobre la formación y eficacia de lo perseguido por las partes.

Siguiendo al profesor PIETROBON⁵⁷⁹ el principio de la confianza se manifiesta actualmente en dos direcciones: en la afirmación de un valor preponderante que tienen las normas de honradez y buena fe en los juicios referentes a la validez del negocio, y en la aceptación de una teoría del negocio basada en el concepto de autonomía privada. Desde este primer aspecto se crítica la voluntad como instrumento de justicia sustancial⁵⁸⁰, aquí por tanto un contrato querido es un contrato justo. Se trata sustancialmente de un predominio de las valoraciones de la buena fe, dentro de la concepción del negocio jurídico, el cual tiene un elemento fundamental, que no puede ser otro que la confianza; la

⁵⁷⁶ RADRUCHS, G., “Filosofía del derecho” (3ª ed., Madrid, 1952), págs. 152-156.

⁵⁷⁷ DE LOS MOZOS, J. L., “La conversión del negocio jurídico” (Bosch, Barcelona, 1959), pág. 48.

⁵⁷⁸ PIETROBON, V., *op. cit.*, pág. 17.

⁵⁷⁹ PIETROBON, V., *op. cit.*, pág. 88.

⁵⁸⁰ Aquí se dirige una crítica esencial al dogma de la voluntad, consistente en negar la idea que la tutela de la voluntad corresponde a la realización de la justicia sustancial y en la afirmación, por el contrario, de que los principios fundamentales del derecho requieren actualmente, conforme a mudables convicciones éticas, la verificación de una justicia sustancial, dirigida concretamente a los intereses en un conflicto y no a una simple aplicación de conceptos formales.

buena fe (como cláusula general) en sus manifestaciones técnicas y positivas de las exigencias que plantea, implica principios superiores de justicia. En el segundo aspecto, se critica la idea que la eficacia del negocio depende de una facultad concebida a la voluntad por el ordenamiento jurídico. Aquí se da un reconocimiento de una función social que cumple el negocio en general y el contrato en particular, en cuantos instrumentos adecuados para garantizar, mediante la solución de un conflicto de intereses, el tráfico jurídico, y por tanto se contraponen con las finalidades eminentemente individualistas que anima el principio de la voluntad.

Cuando se habla de límite en realidad, no se cambia la esencia de la autonomía privada, pues a la idea de autonomía le es connatural la idea de límite. Aquella supone, bajo éste aspecto, una relación entre el particular que goza de una cierta libertad y el ordenamiento jurídico que ha concedido dicha libertad; aparece entonces aquí la idea de solidaridad a través de la concepción de justicia sustancial entre las partes, se concreta entonces en el principio de la equitativa reciprocidad de los intereses y se realiza, por consiguiente en la esfera de disciplina del negocio sin necesidad de acudir a un superior interés social⁵⁸¹.

La confianza por tanto nos sirve como un principio de interpretación y como ordenación de toda la materia contractual o del tráfico jurídico, principio que se concreta en la atribución de un predominio de las cláusulas generales de la buena fe. Es un principio que opera en el ámbito donde se desenvuelve la necesaria cooperación de las partes en orden a la formación del contrato, y donde esta misma confianza supedita a la teoría de la voluntad con la responsabilidad. Por tanto la confianza implica protección de una situación diligente en el ámbito negocial: por supuesto el deber de actuar honrada y correctamente en el tráfico jurídico obliga a que aquel que ha causado un daño -sin importar su título de imputación- en la etapa de formación contractual, sobre su patrimonio tenga que recaer la obligación resarcitoria⁵⁸². De ahí, que según las palabras de ALONSO PÉREZ:

⁵⁸¹ PIETROBON, V., *op. cit.*, pág. 196.

⁵⁸² En el mismo sentido DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *op. cit.*, pág. 189.

“No es extraño que la doctrina alemana, casi unánimemente establezca la ecuación: *Vertragsverhandlungen = Vertrauensverhältnis*, es decir, relación precontractual = confianza⁵⁸³”.

4.4. LA DOCTRINA DE LA CONFIANZA Y EL NEGOCIO JURÍDICO

Ante la no existencia de una definición legal de la confianza y de una normativa precisa que la regule y reglamente, podría pensarse *prima face* que el sujeto negocial que ha confiado se encuentra en total indefensión ante el olvido y rezago de las normativas. Ante tan latente laguna, y ante la rotunda aceptación de la defensa de los derechos de aquel que ha confiado, sistemáticamente, acudimos a llenar el vacío legal, con una legítima alternativa, las normas que regulan el negocio jurídico.

Un atento análisis del desenvolvimiento de las relaciones existente entre los sujetos envueltos en las negociaciones, pone en evidencia a través de las progresivas modificaciones de las recíprocas posiciones de las partes, la gradual transformación del simple contacto social en una relación (*sui generis*, si se quiere), que precisa dos esferas de interés contiguas y en principio contrapuestas. Después de una fase inmediatamente inicial, en la que de hecho el único elemento cierto viene dado por el encuentro (más o menos casual) de dos esferas de autonomía independientes entre sí- y que, a nuestro juicio sería la fase en la que no intervendría el derecho- aparece con el continuo intercambio de propuestas y contrapropuestas, una más intensa especificación de aquel contacto social del que hablábamos⁵⁸⁴.

En la medida que se van desarrollando las negociaciones la nueva situación que se va así concretando, adquiere perfiles más netos y precisos que adquieren su máxima expresión en el momento en que, en uno de los futuros contratantes, y por obra de una actitud inequívoca del otro, surge una razonable confianza sobre la conclusión del contrato para el que se iniciaron los tratos preliminares⁵⁸⁵.

⁵⁸³ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad...”, cit., pág. 876.

⁵⁸⁴ LOI, M, L Y TESSITORE, L., *op. cit.*, págs. 107 y ss.

⁵⁸⁵ *Vid.*, LOI, M, L Y TESSITORE, L., *op. cit.*, págs. 107 y ss.

La estrecha interdependencia que ha actuado, en el plano subjetivo, entre las distintas esferas jurídicas, inicialmente autónomas y distintas, se constituye, por tanto, en presupuesto para que surja en el plano objetivo, un nuevo y concreto interés a la conclusión del contrato, susceptible de tutela y relevancia jurídica en cuanto motivado y legítimo. La existencia del interés viene a delimitar el ámbito de ejercicio del derecho de la contraparte, en el sentido que, a aquel que con su comportamiento ha contribuido objetivamente a que naciera en la otra parte la confianza en la conclusión del contrato no le viene ya concedido *suo iure uti* (por ejemplo: ruptura), sin tener en cuenta la relevancia que ha adquirido el interés (tutelable) ajeno.

Según lo anterior, y de conformidad con MANZANARES⁵⁸⁶ es de resaltar como el primitivo contacto entre dos personas para concluir un contrato puede ir intensificándose a lo largo de las negociaciones (y siempre en base a las actitudes de las partes), hasta llegar a un momento en que ya no se puede sostener que por el hecho de que no se haya obtenido un acuerdo contractual no existan unos intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico.

Deben por tanto, examinarse todos los hechos que han tenido importancia en la relación contractual, todas las circunstancias que de forma reconocible, han intervenido en la actividad recíproca de las partes, orientada a la formación y conclusión del contrato. La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda la vinculación jurídica.

El art. 1258 del C.c., es un precepto general, que por consiguiente, es aplicable con independencia de la voluntad de las partes, no pudiendo ser excluido en términos generales por regla autónoma, y por tanto es ajustable aún cuando no exista un contrato, ya que, en el momento en el que nace ese sentimiento legítimo y razonable de confianza, es en ese instante, que se puede hablar de una relación de vinculación jurídica que comprende la protección de un interés legalmente tutelable, y que a la postre se nos presenta como prevalente según las normas de la buena fe. Ésta vinculación jurídica fue llamada por el profesor ALONSO PÉREZ como *La relación jurídica prenegocial*, que es:

⁵⁸⁶ MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad...”, cit., pág. 995.

“Aquella que surge entre quien ha depositado una confianza y experimenta daños en su patrimonio ocasionado por una actuación dolosa (para nosotros también culposa). Lo que representa un problema de su compensación o reembolso y en consecuencia, el de la correspondiente responsabilidad⁵⁸⁷”.

El vínculo jurídico descrito, es aplicable no sólo a los contratos, sino con respecto a otros negocios bilaterales, en los que pueden existir conversaciones previas, tratos o contactos preliminares. Hoy día frente a los *estándares* cada vez más altos de la diligencia exigible, no vemos porque haya que limitar el ámbito de aplicación de esta relación jurídica prenegocial, a los casos exclusivos de dolo, ya que el afirmar que solo las conductas dolosas puedan dar lugar a esta responsabilidad supondría en la práctica, que no se exigiera responsabilidad por numerosas actuaciones precontractuales, por que en la mayor parte de las ocasiones podrán juzgarse como negligentes pero no dolosas⁵⁸⁸, por tanto consideramos que es más adecuado y conveniente hablar que la relación jurídica prenegocial comprende el resarcimiento de los daños ocasionados a quien ha confiado sin importar el título de su imputabilidad. Así, las cosas el contratante que no previendo negligente o dolosamente aquellas consecuencias inherentes al tipo de negocio adelantado, y conforme a la buena fe, incumple las expectativas del que ha confiado, se comporta *contra ius*, lesiona intereses del otro extremo negocial, obrando antijurídicamente⁵⁸⁹.

Por otra parte, la doctrina de la responsabilidad por quebrantamiento de la confianza legítima durante la fase preliminar ha sido mencionada en varias sentencias del Tribunal Supremo⁵⁹⁰, fundamentando que en tales casos la *culpa in contrahendo*, al faltar

⁵⁸⁷ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad...”, cit., pág. 876. Para el Maestro, la responsabilidad que generan los actos en la relación jurídica prenegocial es de naturaleza contractual, contrario a los casos donde opera la simple negligencia de los negociantes (desde su doctrina fuertemente influenciada por la escuela clásica Italiana), se configura una responsabilidad de orden extracontractual, posición de la cual nos alejamos, ya que en la actualidad no existe fundamento alguno para fraccionar la vinculación jurídica prenegocial y más frente a las actuales líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo donde cada vez es más exigible el nivel de diligencia empleado en las diferentes actividades humanas.

⁵⁸⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C., “La *culpa in contrahendo*...”, cit., pág. 286.

⁵⁸⁹ Siendo el actual posicionamiento jurídico que se adopta por parte de la mayoritaria doctrina italiana, así por todos, MONATERI, P, G., *op. cit.*, pág. 763, MENGOLI, L., *op. cit.*, pág. 370. BIGLIAZZI, G., *op. cit.*, pág. 389.

⁵⁹⁰ S.T.S. de 12 de diciembre de 1976 (R.J. 1977, 433) y la S.T.S. de 30 de octubre de 1988 (R.J.1988, 8183), de la misma sala, las cuales lastimosamente confunden la relación jurídica prenegocial, (de la cual ya hicimos explicación en el capítulo I), con el precontrato. Por otra parte ya la S.T.S. de 16 de mayo de 1988 (R.J. 1988, 4308), la de 14 de junio de 1999 (R.J. 1999, 4105) y la de 16 de diciembre de 1999 (R.J.1999, 8978), mantienen una línea totalmente aquiliana.

la relación contractual se nos ofrece como aquiliana, por violación del *neminem laedere*, con base en el art. 1902 C.c. Línea jurisprudencial que en la actualidad se sigue manteniendo, no obstante, no se puede perder de vista la S.T.S. de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386), en la cual se establece:

“Que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase como una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, de tal forma que si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del 1902 C.c., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual, existiendo obligación derivada de contrato o de relación jurídica previa existente”.

El Tribunal Supremo, siguió manteniendo dicha posición pocos meses después. En la S.T.S. de 9 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3802), se afirmó que para que se aplicara la responsabilidad contractual, era suficiente con que los contendientes estuviesen ligados por un vínculo contractual, fuera expreso o tácito, o incluso presunto. En la misma línea, se sustentó, en la S.T.S. de 26 de octubre de 1981 (R.J. 1981, 3956), fundamentándose en tesis contractualistas, el máximo Tribunal jurisdiccional español, resuelve anular una compraventa por *dolo in contrahendo*⁵⁹¹.

Sea cual sea la clasificación que se adopte, la buena fe no puede entenderse como pura referencia a un estado de ánimo subjetivo de cualquiera de los contratantes o de ambos. Parece claro que la conducta de cualquiera de ellos ha de adecuarse a una conducta honrada y honorable y por ende, cualquier pretensión ilícita o dolosa por parte de los contratantes no habría de merecer la protección del ordenamiento jurídico. Pero, al propio tiempo, el art. 1258 C.c., indica algo más, refiere la buena fe no ya la conducta de las partes, sino a las consecuencias del contrato, que sean conformes a la misma⁵⁹².

“La buena fe, más que un estado de ánimo subjetivo, ha llegado en nuestro Derecho a significar una fuente de normas objetivas (o si se prefiere, un complejo de normas jurídicas), que carecen de formulación positiva concreta, lo que ha generado

⁵⁹¹ Se recuerda el caso, ya que a juicio propio es un antecedente más, que demuestra como el Tribunal Supremo ha vacilado en la material en cuestión, ya que su línea jurisprudencial no sólo en la ruptura injustificada de las negociaciones sino en los caso de nulidad, ha sido ajustar estos tipos de caso a la responsabilidad aquiliana.

⁵⁹² Así mismo BETTI, E., *op. cit.*, pág. 76.

equivocos y denominaciones impropias. Aún así, la buena fe, inspira a conseguir que en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador ni establecidos por la costumbre o el contrato, principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tiene carácter general pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto⁵⁹³.

Es el instrumento último al que acude el legislador para tratar, que los efectos del contrato se adecuen al ambiente normativo en que el acuerdo contractual ha de insertarse. Aparece aquí la buena fe como una amplia necesidad de adecuar o ajustar los efectos del contrato a las reglas objetivas de conducta honorable exigidas por el tráfico jurídico y que individualizadas casuísticamente constituyen derivaciones concretas del principio general del derecho referido. Pero, no sólo la buena fe, hace que la confianza, comience a generar legítimas expectativas dentro de las partes, existen por el contrario situaciones, que podemos llamar como “externas” al negocio que se comienza a gestar entre las partes, que permiten una graduación más profunda de concepto de confianza que hasta aquí se ha tratado de estructurar y que no pueden pasarse por alto al momento de hacer cualquier juicio de reconocibilidad respecto a si existe un legítimo o ilegítimo estado de confianza fundado en alguna de las partes de los extremos negociales.

Por último no resta mas que decir que si bien en principio podría pensarse que el quebrantamiento de las expectativas legítimamente fundadas por parte del dañado, hacen que se experimente un agravio y por tanto un perjuicio, de tal forma que dan lugar a que el dañado sienta que ha sido privado de algo que ya le pertenecía, de algo que ya hacía parte de su patrimonio, lo realmente importante para el universo jurídico no sólo es esa sensación de frustración sino la existencia real de la causación de los perjuicios, tema al que dedicaremos especial atención en el capítulo VI.

⁵⁹³ DE COSSIO, A., *op. cit.*, págs. 107 y ss. Se recuerdan aquí las palabras de ALONSO PÉREZ, M., “Notas de derecho español...”, cit., pág. 158. Donde el ilustre Catedrático afirma que: “la buena fe no se puede reducir a una categoría unitaria: unas veces significará un estado de conocimiento, especialmente en el campo de los derechos reales, otras un estado ético de conducta, como sucede normalmente en el ámbito contractual, en algunas ocasiones, la buena fe es una manifestación del *neminem laedere*, y como *preceptum iuris*, implica un comportamiento jurídico, así como la mala fe supondría una situación antijurídica”.

4.4.1. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ACENTÚAN LA CONFIANZA

Como ya se ha dicho, al momento de entrar a estudiar las implicaciones jurídicas que emanan de los tratos preliminares, hay que analizar cada caso en particular, y por tanto es necesario tener en cuenta diferentes circunstancias, que acentúan la confianza que se ha depositado con la contraparte, no sólo por los términos de las negociaciones, como es el caso de los hechos concluyentes, sino por circunstancias ajenas a las negociaciones que si bien en casos no son inherentes al negocio proyectado, si conllevan a que la contraparte genere unas legítimas expectativas en cuanto a la realización del negocio, como es el caso de las relaciones contractuales anteriores⁵⁹⁴, o por las calidades de los sujetos contractuales (por citar algunas), que hacen que se acentúe el grado de confianza. Dentro del proceso de unificación y uniformidad que se viene gestando dentro de la Unión Europea, los diferentes grupos de investigación han coincidido, que existen diferentes circunstancias que pueden acentuar o acrecentar el grado de confianza, y debido a lo anterior es que se han estipulado diferentes principios que orientan esta materia⁵⁹⁵.

A continuación estudiaremos aquellas circunstancias que a juicio propio pueden acentuar la confianza, citando en la medida que sea posible las diferentes sentencias emanadas de las jurisdicciones donde han sido proferidas. Con base en dicho análisis posteriormente se presentará una construcción sobre los presupuestos generales de la confianza.

4.4.1.1. LAS RELACIONES CONTRACTUALES ANTERIORES

Las relaciones contractuales anteriores del mismo tipo entre las partes de un contrato, generan una expectativa que ellas se obligaran en los mismos términos en los que lo vienen haciendo habitualmente. Así las cosas, ni el tiempo logra borrar la conducta de los hombres, pues es notable que las actitudes manifiestas en una relación contractual pasada prolongan sus efectos en los contratos venideros. Por tanto es reconocido por el

⁵⁹⁴ Sobre el tema puede profundizarse en la obra de PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia” (Thomson Aranzadi, Navarra, 2004), págs. 201 y ss.

⁵⁹⁵ Así, por ejemplo, en los Principios Del Derecho Europeo De Los Contratos, proyecto del grupo de Pavía, se estipuló: “las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas (Artículo 1:105)”, lo anterior al momento de entrar a establecer los parámetros orientadores de la formación y conclusión contractual.

derecho obligacional, que ciertos comportamientos contractuales pasados, logren extender sus efectos sobre los contratos en curso o por lo menos en formación⁵⁹⁶.

Por tal circunstancia no puede aceptarse que frente a esas circunstancias, las partes pueden actuar con absoluta discrecionalidad por el contrario, cuando han existido tratos precedentes entre ellas, en unos mismos negocios y en unas comunes y habituales condiciones, esto hace que se genere una seguridad y por tanto una fundada confianza entre quienes comienzan una nueva negociación, que seguramente se concluirá el negocio propuesto, de la misma forma como se han hecho secuencialmente los anteriores.

Se considera que por ejemplo si en el transcurso de una negociación, una de las partes intenta cambiar sustancialmente los términos y condiciones de un contrato que se ha venido celebrando con anterioridad (a no ser que las circunstancias del mercado lo obliguen, como puede ser el caso de falta o escasez generalizada de insumos que obliguen al comerciante a una subida repentina de precios⁵⁹⁷), ella no puede venir a fundamentar su retiro de las mismas como un actuar legítimo, pues los hechos se podrán considerar como relevantes y susceptibles de amparo y valoración legal.

Si se concediera a las partes la facultad de romper libremente los tratos, no sólo se causaría un grave perjuicio al comercio y a las normas que lo regulan, sino que se estaría protegiendo a aquellos cuyas prácticas son desleales e irracionales. Ésta circunstancia provocaría un considerable perjuicio a quienes se conducen en el mercado de modo diligente, y por lo tanto, deterioraría gravemente su propio mecanismo (en realidad, lo que pretendía ser una medida favorecedora de la iniciativa comercial se convertiría en su mayor inconveniente)⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ En esos mismos términos GHESTIN, J., “Les effets du contrat...”, cit., núm. 180.

⁵⁹⁷ En estos casos, se acepta que existan subidas en los precios de las mercancías por situaciones, que aunque siendo extraordinarias pueden ser susceptibles de ocurrencia. Pero para su adecuada valoración, es el juez, quien debe acudir a unos criterios de total objetividad que le permitan hacer un estudio y análisis no sólo del mercado sino de los intereses e implicaciones que tienen para las partes la celebración del negocio aquí finalizando, buscando en todo un equilibrio comercial entre el que se siente dañado y aquel que abandona.

⁵⁹⁸ CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 59.

En la misma dirección se encuentran por ejemplo las normas consagradas en el artículo 9, de la convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías, la cual consagra:

“Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consentis et par les habitudes qui se son établies entre elles”.

En la actualidad, es el derecho positivo el que acuerda darle plenos efectos legales a los comportamientos contractuales pasados. Aquí la buena fe opera, como una regla de conducta que protege la confianza como un elemento que conforma la praxis contractual⁵⁹⁹, la cual se desarrolla en el campo de los vínculos, o las relaciones corrientes de los negocios, que se verifican cuando entre dos sujetos (regla entre los comerciantes) se establece un tráfico jurídico estable, abierto a celebraciones de contratos constantes y futuros. Entonces un único negocio podrá bastar para iniciar este género de relaciones. Otras veces por el contrario esta vinculación resultará de simples hábitos -que pueden llegar a generalizarse en costumbres cuando sus prácticas se conviertan en constantes y colectivas- con que los sujetos (de comercio), recorren uno a otro en la prosecución de una actividad económica.

4.4.1.2. LOS HECHOS CONCLUYENTES DEL PREDISPONENTE

Los hechos concluyentes del predisponente, se entienden como todo ese conjunto de actos, actitudes, hechos, que se derivan de la forma como una de las partes se da a la otra, es decir aquí entran todas las actitudes y actos de exteriorización. Es la forma como la gente normal entiende que la contraparte está asumiendo ciertos compromisos u obligaciones que en principio no le esta obligado ni al él, ni a ningún otro comerciante de su genero. Más sin embargo este *plus*, hace claramente reconocible a un comerciante de los de otros que se dedican a la misma rama de los negocios, haciendo entender a la comunidad en general o a la parte con quien directamente ejecuta los tratos, que tanto los servicios o negocios que él realiza siempre se efectúan de una misma forma.

⁵⁹⁹ Se puede hacer un análisis profundo en el estudio que hace al respecto DE CASTRO PORTUGAL, M., *op. cit.*, pág. 559.

Por ejemplo si un establecimiento hotelero, coloca algún tipo de distintivo o tiene un especial cuidado sobre una zona de aparcamiento en la vía pública, puede generar en los clientes una expectativa, que asume una obligación de guardia y vigilancia sobre el vehículo, así lo ha entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga del 23 de octubre 2000 (Jur. 2001, 25537) que consideró que el servicio de aparcamiento y el correspondiente deber de vigilancia iba incluido en el contrato de hospedaje, a pesar de que la zona en la que está aparcado el vehículo era propiedad pública, por la presencia de adornos y embellecedores en el aparcamiento que refleja un especial cuidado (por el hotel) en su mantenimiento, lo que exigía una advertencia expresa por parte del hotel de que no asumía ninguna responsabilidad de vigilancia sin que fuera suficiente una nueva condición general exoneratoria de responsabilidad.⁶⁰⁰

Si bien el ejemplo que se plantea, ocurre ya en vía contractual, no quiere decir que no pueda generarse los casos con hechos concluyentes en la vía de la formación contractual, piénsese en particular, en una empresa dedicada al suministro de personal para diferentes labores en grandes compañías. Pedro un desempleado, presenta su *currículum vitae* para ocupar una de las plazas que está siendo ofertada en esta empresa de suministro de personal. Al poco tiempo de presentar su candidatura, se comunican con Pedro informándole que ha sido seleccionado, y que por tanto la empresa le dará un curso de formación para que pueda ejecutar las labores que irá a desarrollar en las diferentes empresas a donde ellos prestan su servicio. Se le comunica igualmente a Pedro que debe viajar a una población donde deberá instalarse los próximos 30 días para recibir la correspondiente instrucción. Pedro conforme a lo anterior, (y confiado a que es de reconocimiento público que esa compañía suele instruir a los aspirantes antes de contratarlos) adquiere los elementos necesarios para su desplazamiento a la lejana población donde alquila una habitación y compra víveres y demás. El día acordado, Pedro se presenta y se le informa que ya no se le impartirá el curso, porque apareció una persona con un *currículum* más completo que el de él, e incluso ya está trabajando en una reconocida empresa, con la que se tiene un contrato de suministro de personal.

⁶⁰⁰ Sobre la responsabilidad de los establecimientos hoteleros por sustracción de vehículos de clientes estacionados en superficie ver a FERRER TAPIA, B., "Algunas reflexiones sobre el contrato de aparcamiento de superficie", *R.D.P.*, 2001, págs. 211 y ss.

Nótese que en principio la empresa no estaba en la obligación de suministrar el curso a Pedro, y más sin embargo por su nombre y prestigio y ante todos los elementos que mediaron, Pedro confía en el ofrecimiento y realiza todos unos desplazamientos y adquisiciones que sin duda representan un perjuicio.

Otro hecho concluyente que podríamos tener en cuenta, consiste el comportamiento que una parte adoptó durante un tiempo con otro o con otros contratistas, así será relevante entonces el carácter favorable del trato con estos. Es comprensible, que el cocontratante se vea tentado a llegar a las negociaciones con un prevalor, porque se ha actuado con otros de una determinada forma y durante un tiempo permanente y constante ha sido la forma de negociar de su contraparte, por tal circunstancia es concebible que él llegue a las conversaciones con que le va a tratar de manera similar. La prolongación en el tiempo y su consecuencialidad son circunstancias que hacen que sin duda se haya creado una dimensión colectiva de la forma de negociar por un determinado sujeto que hace que dichas conductas sean esperadas de emprender con todos aquellos que asumen negocios, con el comerciante.

Es importante resaltar, que los usos deben tener una caracterización especial, la primera que sean prolongados en el tiempo, de igual forma deben ser públicos, lo que determina que la práctica comercial sea notoria y reconocible⁶⁰¹. Así existirá en principio una diferenciación relevante con la costumbre comercial, puesto que aquí no se habla de una práctica inmemorial o muy antigua, puesto que los usos –a los que hacemos alusión– pueden establecerse rápidamente en un medio si tienen la suficiente notoriedad. Aunque no se puede negar que raramente un acto se puede convertir en un uso si éste no se ha prolongado en algunos años de aplicación constatada⁶⁰². Al mismo tiempo es necesario que esta regla general de actitud constituya un uso que se extienda no sólo en el tiempo sino también durante varias relaciones contractuales.

Una vez se establezca la existencia del uso o hecho concluyente como hasta aquí lo hemos enunciado, se podrá entonces hablar de hechos vinculantes que son susceptibles de ser valorados como circunstancias que acrecen la confianza legítima frente a los

⁶⁰¹ Así, por ejemplo lo reconoce la primera sala de lo civil del Tribunal de Casación francés, *Soc.*, 21/06/1979: *Bull. Civ.*, tomo V, núm. 567.

⁶⁰² FAGES, B., *op. cit.*, págs. 168 y ss.

contratantes. Aparece entonces, lo que se denomina en la doctrina Belga, como el *valeur de contexte*, consistente en que es erróneo considerar que el comportamiento contractual es indiferente entre los distintos operadores económicos, por el contrario es necesario observar los hechos de la especie en función de la manera como una parte se comporta con otros cocontratantes, para determinar la vinculación y la forma como se deben considerar los usos del tráfico y la forma como se hacen y se deben hacer los negocios⁶⁰³.

4.4.1.3. LA POLÍTICA COMERCIAL DE UNO DE LOS EXTREMOS NEGOCIALES

Cuando se habla de política comercial, sin duda estamos haciendo referencia a como el empresario ejerce su libertad de competir, presentando la imagen que mejor le acomode a sus intereses. Entonces por lo general, esa política comercial es la forma como se manifiesta libremente al público, que muchas veces se hace por medio de la publicidad⁶⁰⁴. La política comercial, hace que los comerciantes, o empresarios sean reconocidos dentro del medio, del resto de empresas que se dedican a la misma actividad, en últimas es la forma como cada uno de los comerciantes hace negocios⁶⁰⁵.

⁶⁰³ DEJEAN DE LA BATIE, N., “Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français et belge” (*L.G.D.J.*, París, 1965), págs. 63 y ss.

⁶⁰⁴ La publicidad hoy día se constituye como un elemento clave de la libertad económica en el sistema de mercado. Así lo sostiene DESCALZO GONZÁLEZ, A., “Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial” (Dykinson, Madrid, 2003), pág. 82. En ese mismo sentido SANTAELLA LÓPEZ, M., “Derecho de la publicidad”, (Thomson Civitas, Madrid, 2003), págs. 35 y 186. Afirma aquí la Catedrática, que el fenómeno publicitario, por su volumen, por su complejidad y por sus trascendentales repercusiones en el campo económico y en el *status* de que goza sin duda tienen implicaciones eminentemente jurídicas dentro del ámbito de la contratación.

⁶⁰⁵ Aquí es importante tener claridad si se es consumidor, ya que si obtiene esa calidad, como hasta aquí se ha dicho en principio no se aplican las normas que hasta aquí se han citado, sino las normas especiales de derecho de consumo. En el caso de la publicidad por ejemplo, se podrá acudir a la norma de la *L.G.D.C.U.* de 1984 en su art. 8.1. en virtud de la cual, la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. Sin duda la normativa, aclara o despeja cualquier duda que surja entre considerar como vinculante el contenido de la publicidad o no. Ahora si estamos en presencia de un caso donde ninguna de las partes es consumidor, en el sentido de la *L.G.D.C.U.*, evidentemente, no puede aplicarse la norma en estudio, y tendríamos que acudir a las normas que integran el contenido del contrato el art. 1258. del Cc., aquí la norma consagra una regla de protección para aquel que contrata con fundamento en publicidad o emblemas comerciales de tal forma, que como ya se dijo en el tercer capítulo todas, las negociaciones celebradas dentro del ejercicio de la voluntad están protegidas por el principio de la buena fe, la lealtad y la corrección profesional. Aquí a pesar que muchas veces los anuncios publicitarios no contengan una completa información acerca del contrato promovido, éstos muchas veces generan tal grado de confianza que pueden conllevar a que cualquiera de las partes realice gastos y actuaciones que con base en ellos tengan plena relevancia jurídica.

En la jurisprudencia belga encontramos un caso de responsabilidad precontractual fundamentado en la legítima confianza que nació por parte de la entonces víctima, al iniciar negociaciones con su *partenaire*, con base exclusiva a la publicidad utilizada por el infractor, donde él se anunciaba como un comerciante que adquiriría cualquier tipo de vehículos, sin importar su estado a precios competitivos.

La *cour* sostuvo :

“Une société commerciale ne peut rompre des négociations qui étaient déjà très avancées de façon imprudente et brutale, les parties s’étant accordées sur des éléments essentiels, sans indication de motif et alors que d’importantes frais de publicité avaient été engagés par la victime”⁶⁰⁶.

En el panorama ibérico, amplia es la jurisprudencia que se puede encontrar frente a los efectos que tiene la publicidad y como ella hace parte integral y esencial de la oferta. En términos generales el Tribunal Supremo viene sosteniendo sobre los efectos de la publicidad en la determinación del contenido obligatorio de los contratos que los actos de comercio se deben ejecutar y cumplir de buena fe de acuerdo a los términos en los que fueron hechos y redactados sin tergiversar el sentido con interpretaciones arbitrarias el sentido recto y propio de las palabras dichas⁶⁰⁷. Por su parte la Ley General De Consumidores y Usuarios consagra que los folletos de propaganda que contienen una actividad publicitaria con la intención de atraer clientes constituyen una clara oferta que es vinculante⁶⁰⁸. Puede percatarse el lector, que las dos situaciones fácticas enunciadas corresponden a supuestos concretos de ofertas contractuales situación que si bien es cierta no excluye que tanto el ámbito de aplicación jurisprudencial como legal, puedan ser

No obstante, lo anterior, el destinatario de la publicidad simple podrá acudir a la *L.G.P.* (ley del 11 de noviembre de 1988 y modificada por la ley de 28 de octubre de 2002), la cual regula las actividades publicitarias, estableciendo los principios básicos por los que han de regirse las mismas, y determina las relaciones de derechos y deberes entre los distintos sujetos que intervienen en ellas.

⁶⁰⁶ Bruxelles (4 ch), 5 février 1992, *J.T.*, 1993, pág. 130.

⁶⁰⁷ En el mismo sentido el artículo 57 del Código de Comercio y el 1283 del Código Civil.

⁶⁰⁸ En la actualidad existe abundante legislación que consagra la vinculación de la publicidad, para ver más, por ejemplo, en el Mercado Público de Valores, el Folleto Informativo con ocasión de OPVs y OPSs de acciones, de un lado, integra la voluntad negocial de las entidades emisoras/ofertantes de valores y, de otro, sirve de instrumento de promoción-publicidad de la propia emisión/oferta, generando un régimen especial de responsabilidad, artículo 28 Ley de Mercado de Valores en relación con los artículos 32 a 37 del R.D. 1310/2005. Por otra parte la Ley 2/2007 de 1 de marzo, de Vivienda de la comunidad Autónoma de la Rioja consagra en el art. 2, el carácter vinculante de la publicidad.

aplicados analógicamente al carácter vinculante de la política comercial de un empresario, incluso aún cuando no exista una oferta en firme, de ahí, que trabajemos sobre esos supuestos. Además no puede olvidarse como tanto la oferta como los tratos preliminares hacen parte de la relación jurídica precontractual, situación que hace (como ya lo denunciarnos en el segundo capítulo), que el fundamento dogmático recaiga sobre homogéneos principios (la buena fe, y la protección a la confianza).

De tal forma que un comerciante, puede ser reconocido en el medio, por la forma como celebra sus negociaciones, la condiciones en las que ejecuta los mismos, y la seriedad y buen nombre del que goza en el normal uso del tráfico jurídico⁶⁰⁹. Así que los extremos negociales, pueden en cualquier momento inclinarse por hacer negociaciones con ese operador económico y no con otros, confiado en la experiencia, seriedad y buena reputación de la que goza en el medio. De tal forma que cualquier individuo sentirá una mayor seguridad y confianza al momento de contratar con un experto que goza de experiencia y prestigio que con un simple aprendiz o principiante en algún arte u oficio.

Ya el profesor ALONSO PÉREZ, había tratado dicha situación en los inicios de los años 70's del siglo pasado cuando construía su teoría sobre el programa económico prenegocial, al respecto manifestó:

“Creemos que las condiciones ofrecidas por la empresa respecto a la calidad de los productos, precio, forma de pago, etc., integran un programa económico prenegocial que solo la adhesión concreta y manifestada del destinatario transformaría en contrato... Si el particular realizó desembolsos confiado en las condiciones ofrecidas y ve defraudadas sus legítimas expectativas, podrá exigir la indemnización por lesionar su interés en contratar ».

La formación de una ética profesional o cooperativa, con capacidad funcional indica la seguridad media, que ofrece una profesión o en su caso un comerciante, a la hora de prestar un servicio y si se consigue, reduce la inseguridad del adquirente respecto a la calidad de lo que adquiere. Así entonces, se logra establecer la confianza como un mecanismo de protección a la parte débil de una relación contractual, al impulsar los

⁶⁰⁹ Sólo se puede hablar de un uso del tráfico, cuando se han formado concepciones unitarias en todos los círculos participantes en el correspondiente ramo de la vida económica. Para ver más, FLUME, W., “El negocio jurídico” (Fundación cultural de notariado, Madrid, 1998), págs. 376 y ss.

valores de la reputación comercial, pues por medio de ella se facilita una información complementaria sobre el comportamiento de un ofertante individual⁶¹⁰.

4.4.1.4. LAS CUALIDADES DE LOS SUJETOS CONTRACTUALES

Existen ciertas personas, que por sus cualidades y virtudes les es fácil influenciar a sus contrapartes en su libertad de decisión. La importancia de lo aquí, enunciado no es establecer, si éstas circunstancias pueden afectar el consentimiento desde la teoría de los vicios, pues sería ingenuo desarrollar un tema tan importante con tan pocas letras, lo que se pretende presentar es, que en ciertas ocasiones debido a este “*poder de influencia*” que tiene una parte, se pueden generar supuestos que permitan comportamientos fiables al momento de iniciar una negociación.

La influencia no es una noción extraña al derecho, por el contrario son múltiples los enunciados que podemos encontrar dentro de la parte formal así como en la dogmática del ordenamiento jurídico. Por recordar algunos, el poder que tienen los padres sobre sus hijos, situación consagrada en la ley como un llamado de autoridad, o de *imperium*, o de tutela, o de poder, o de una forma más discreta como aquella influencia que puede tener una parte sobre otra⁶¹¹. También no son pocos los doctrinantes que se han ocupado de ella especialmente en la literatura francesa y belga⁶¹²; y últimamente encontramos en la legislación sobre competencia y libre comercio el término⁶¹³. En fin existen diversas situaciones que nos permiten establecer que donde el término poder o influencia, se encuentra inmerso dentro de las esferas de la sociedad, el derecho no es ajeno a estas situaciones por las implicaciones jurídicas que puede tener el poder social.

⁶¹⁰ SCHÄFER, H., Y OTT, C., *op. cit.*, pág. 318.

⁶¹¹ CALAIS-AULOY, J., “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, *R.T.D. civ.* 1994, págs. 239 y ss. DAUCHY, P., “L’influence du droit civil sur le droit bancaire”, *R.T.D. com.* 1986, págs. 1 y ss. LYON-CAEN, C., “De l’influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804”, *Livre du centenaire du Code civil*, tomo I, págs. 205 y ss. MESTRE, J., “L’influence des relations de travail sur le droit commun des contrats”, *Dr. Soc.* 1988, págs. 405 y ss.

⁶¹² Ver la nota anterior.

⁶¹³ Ordenanza emanada del Consejo de Europa del 31/12/1986 art. 39. La concentración resulta de todo acto sin importar su forma o título, en virtud del cual con ocasión a la transferencia de la propiedad, de bienes o derechos y obligaciones de una empresa tenga por objeto o por efecto permitirle a una empresa o a un grupo de empresas el ejercer directa o indirectamente sobre una u otras empresas una influencia determinante.

Ciertos personajes tienen un *pouvoir social* como lo anota el profesor MESTRE⁶¹⁴ cuya capacidad para convencer, y de ejercer influencia sobre sus contrapartes, les permite obtener un mayor dominio sobre una situación que conocen a profundidad, y es tal el nivel de seguridad y certeza que pueden llegar a tener los consumidores sobre la conveniencia de adquirir un producto, que les permite ingresar directamente a los dominios decisorios de sus contrapartes. Entonces, tal poder no es más que una cualidad o virtud que tiene un individuo, pero por su ámbito de extensión no puede pasarse desapercibido, ya que sin duda su influencia en el comportamiento personal de los grupos sociales es considerable. Sin duda es el mismo fenómeno, que puede llegar a tener una marca, cuando adquiere reconocimiento en un mercado pero a lo que nos referimos aquí, es no a niveles publicitarios, sino a las características *sui generis* que puede tener no un producto elaborado por un comerciante, sino al sujeto mismo.

El nivel de influencia, puede variar entonces desde las mismas características y grado de representatividad que pueda tener un sujeto, ya sea por su nivel de conocimiento (experto), solidez moral, por su experiencia, o incluso por el puesto jerárquico que ocupe el individuo dentro de un grupo social, y por su nivel de honorabilidad hacen que su influencia sea notoria y marcada al momento de iniciar unas negociaciones.

4. 4. 2. LAS NECESIDADES DE PROTEGER LA CONFIANZA EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

Es de aceptación general considerar que los mercados no son perfectos, de ahí que se desarrolle la teoría de los fallos del mercado, como una teoría económica normativa, según la cual, los mercados son los mecanismos de asignación de recursos en los cuales no siempre la actividad es óptima. Como quedó demostrado en el capítulo III, la igualdad de la información no es más que un mito, y ante magnitud de asimetrías de información, es necesaria la intervención del Estado como el máximo ente regulador. Así las cosas, lo hasta aquí propuesto no tiene una justificación jurídica exclusivamente –como pudiera pensarse en un principio- por el contrario también el proteger la confianza en la fase de negociaciones tiene su justificación desde el punto de vista económico, puesto que “*La*

⁶¹⁴ MESTRE, J., “L’influence des relations de travail...”, cit., págs. 406 y ss.

*confianza será más importante cuanto más provechosa y productiva sea su utilización para los miembros de la sociedad*⁶¹⁵”.

Nosotros nos apartamos un poco de la clásica doctrina económica, que considera que los mercados son perfectos, y que los fallos del mercado son excepciones, puesto que nos parece más acorde a la realidad, la doctrina defendida por el premio nobel en economía STIGLITZ⁶¹⁶ para quien la asimetría de la información no es una excepción sino una invariable, de tal forma que los fallos no son circunstancias aleatorias sino constantes y permanentes porque los mercados están conformados por disímiles personajes, con conocimientos diametralmente opuestos.

De acuerdo con lo anterior, existe cierta parte de la doctrina económica-jurídica defiende que para poder corregir en parte dicha asimetría de la información y de sus costes, es necesaria la defensa y protección de la confianza. Así por ejemplo lo explica SCHÄFER, H., Y OTT, C.:

“La asimetría de los costes de información justifica la protección de la confianza, de aquel que va a contratar, y en especial aquella parte débil o para quien los costes de información serían muy altos, de tal forma que si existe una real protección en el ordenamiento jurídico, se aumentará la eficiencia de Pareto⁶¹⁷ porque un deterioro de su calidad, bajo las condiciones del contrato perfecto, no sólo implica una redistribución de ingresos, sino que además, su riesgo es inferior a las ganancias de quien expende un bien⁶¹⁸”.

En un sentido más amplio, la salvaguarda de la confianza se refiere a la tarea general del ordenamiento jurídico de garantizar seguridad y agilidad del tráfico jurídico y especialmente el intercambio de bienes y servicios, desde una visión proteccionista hacia quien le es más costoso el adquirir la información, de tal forma que el problema de protección de la confianza desde un planteamiento económico es mantener el gasto en

⁶¹⁵ SCHÄFER, H., Y OTT, C., *op. cit.*, pág. 324.

⁶¹⁶ STIGLITZ, J. E., *op. cit.*, págs. 8-85.

⁶¹⁷ Es usual en economía, acudir a la definición de PARETO, para conceptualizar la eficiencia, la cual corresponde la situación social en la que solo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio.

⁶¹⁸ SCHÄFER, H., Y OTT, C., *op. cit.*, págs. 331 y ss. No obstante para los autores, hay lugar a proteger la confianza para superar el déficit de información sólo: “si los costes de información se distribuyen asimétricamente, en segundo lugar, si se trata de informaciones productivas, en tercer lugar, si existe una prima por confianza y en cuarto lugar si se produce el peligro de oportunismo”, pág. 338.

coste de información al nivel más bajo posible, y para conseguir esa meta se requiere que las informaciones necesarias para la conclusión de un contrato perfecto las suministre quien le sea más barato adquirir la información, que por lo general coincide con la parte más fuerte de la relación contractual.

Otra justificación a la que suele acudir en la materia es la que corresponde a la *productividad de las informaciones*, doctrina que defiende que si el valor que cuesta conseguir la información es más bajo que las ventajas que se obtendrán con la comercialización de la información, o de un bien o servicio específico deberá ser cubierto por quien se beneficia o se lucra de ella⁶¹⁹. Así las cosas, si por el contrario el coste de la información es igual o mayor a su beneficio, sería improductivo obtenerla y no sería económicamente oportuno establecer estímulos para su obtención mediante una responsabilidad por la confianza.

Por su parte también los funcionarios judiciales por medio de sus fallos⁶²⁰ pueden contribuir a una eficiencia de asignación de los recursos y a proteger la confianza. Al resolver los conflictos, teniendo significaciones no solo *inter partes*, sino también frente a terceros se influirá notablemente en los comportamientos futuros y así, se dará lugar a un *efecto multiplicador*⁶²¹, en la asignación futura de recursos como un factor de control en su utilización. A su vez el comportamiento futuro sobre las consideraciones que se puedan tener por parte de los agentes que intervienen en el tráfico económico y jurídico, hará que ellos acudan a los mercados con más confianza tanto en las relaciones, como con la

⁶¹⁹ En el plano práctico ocurre el criterio de productividad, en la mayoría de las actividades comerciales que se desarrollan en un determinado ámbito, por citar solo algún caso puede ser el de un negocio especializado en venta de ordenadores y artículos tecnológicos, en la medida que los usuarios o clientes en general están dispuestos a pagar cantidades considerables de dinero e incluso en algunas ocasiones (suplementos en precios) con tal que se garantice calidad, idoneidad en los productos, puesto que en esta rama como en muchas otras, los adelantos tecnológicos y la producción de bienes requieren un conocimiento especialísimo que la sociedad en general desconoce. De conformidad con la ausencia de información y demanda de la misma y los costes que genera, se crean incentivos para que sea el vendedor el que suministre la información, asesore, venda y se lucra de su actividad, puesto que en ella se basará su comercialización.

⁶²⁰ Las decisiones judiciales tienen también una función social de control, puesto que atienden a los enunciadados de la economía del bienestar.

⁶²¹ Doctrina desarrollada por KEYNES, la cual consiste en que cada aumento en la demanda provoca un aumento igual de la producción y la renta. Parte del aumento en las rentas provocará un nuevo aumento de la demanda en la proporción determinada por la propensión marginal al consumo. Los sucesivos aumentos formarán una progresión geométrica en la que el primer término es el aumento de la inversión decidido por los agentes que intervienen en el mercado.

certitud jurídica, lo que generará mercados más eficientes, debido también a que los costes de transacción serán más bajos y la información será accesible y pública.

La protección de la confianza como hasta aquí queda claro no es una necesidad exclusiva de la ciencia jurídica sino también de la económica, ciencia que se ha ocupado en múltiples oportunidades sobre la materia con base en la triada Maximización-Mercado-Eficiencia (bajo un enfoque costo-beneficio social), y donde se ha demostrado que por medio de una adecuada regulación se logra maximizar la eficiencia de los recursos en un mundo de bienes y servicios escasos⁶²², brindándonos un argumento económico que nos refuerza y complementa el argumento legal de la presente investigación.

4.5. LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LA CONFIANZA

Como ya se estudió en el segundo capítulo, la doctrina y la jurisprudencia⁶²³ han identificado tres supuestos esenciales para que se produzca la responsabilidad precontractual, de igual forma hemos visto, bajo qué criterios se puede establecer conforme al concepto de la buena fe, una ruptura injustificada de las negociaciones, y a su vez hemos abordado otro supuesto, la confianza. Al respecto se ha sostenido que no es un tema fácil, y que incluso ha sido tachado por cierto sector doctrinal como un criterio con una amplia “*genericità e scarsa utilizzabilità*”⁶²⁴.

También se ha dicho, que al no existir una norma legal que desarrolle el precepto, hace que hoy día la confianza se nos presente como un concepto que alberga pluralidad de contenidos y a veces hasta la abstracción en sus presupuestos generales. Lo anterior

⁶²² Recordemos que una de las características del Análisis Económico del Derecho es que tanto para el Derecho como para la Economía existe un elemento central, la eficiencia, al enfrentar estas ciencias de cara al problema de la escasez de recursos y su asignación en búsqueda de una distribución socialmente eficaz, se denotan que al complementarse se alcanzan objetivos comunes como lo son la seguridad, la libertad del mercado, el bien común y la paz social.

⁶²³ Así, las Sentencias italianas de *Cass.* 12.6.59 núm. 1789, *G.C.*, 1959, tomo I, pág. 1707; *Cass.* 26.1.85 núm. 399, *M.F.I.*, 198,90.

⁶²⁴ NEVOLI, R., “L’art. 1337 cod. Civ. E il recesso unilaterale dalla trattativa”, *Foro pad.* 1992, tomo I, págs. 453 y ss. En el derecho español, no existe doctrinantes que se opongan a este supuesto y a su importancia dentro del ámbito de la responsabilidad precontractual, por el contrario, los autores que se han dedicado al estudio de la *culpa in contrahendo*, han manifestado su importancia, pero no han estudiado sus alcances y repercusiones a profundidad dentro del *iter* contractual.

dificulta la labor de trazar unas fronteras para establecer sus parámetros, no obstante nos centraremos en referenciar la experiencia, que dicho instituto ha tenido en la doctrina y jurisprudencia italiana, quienes han tratado de construir por vía judicial unos parámetros generales de cuando éste concepto adquiere relevancia jurídica, de tal forma que paliaremos la indeterminación de los criterios normativos por una formación de grupos de diferentes supuestos.

Las reglas de los sistemas jurídicos consagran la responsabilidad por la confianza, con normas abstractas y nada concretas -como es el caso de la buena fe-. Debido entre muchas razones, a la imposibilidad de calcular todas las situaciones en las que las diferentes representaciones de los sujetos merecen protección. En las negociaciones preliminares, -como lo hemos venido sosteniendo-, es fundamental que el derecho proteja las expectativas de aquel que ha confiado en situaciones sobrevivientes y legítimamente fundadas en la eminente concreción de un negocio jurídico, en el cual se crea como lo afirma DE COSSIO⁶²⁵ una cierta conexión y un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato.

Es evidente que no todas las actuaciones dentro de la formación contractual puedan ser susceptibles de protección, por tanto es necesario, entrar a establecer cuales son los presupuestos generales para que opere la tutela de la confianza, puesto que para nosotros, no por el sólo hecho que haya contacto social hay lugar a proteger a las partes *per se*.

La tutela de la confianza no es ahora (ni ha sido) pacífica, debido a la ausencia de norma que logre respaldar concretamente su protección, los doctrinantes se han visto forzados a acudir a diferentes normativas y en especial las que regulan los casos de la buena fe *in contrahendo*⁶²⁶ en las tratativas, para sustentar su defensa y salvaguarda. Una vez superado el vacío, con un método sistemático, los estudiosos en general han tenido

⁶²⁵ DE COSSIO, A., "Instituciones de derecho civil", tomo I (Alianza Universidad, Madrid, 1975), pág. 264.

⁶²⁶ Como ya se mencionó en el primer capítulo, concretamente solo poseen esas normas, Italia en su novísimo código del año 1942, y Portugal también en su novísimo Código Civil. Para ver más, MENGOLI, L., *op. cit.*, pág. 370. En donde se afirma que la relevancia de la confianza como elemento esencial de la negociación resulta expresamente del art. 1337, 1338, 1398 y del resto e implícitamente en el contenido extenso de la buena fe objetiva, revisada en el punto como norma de tutela de la confianza de un sujeto en la lealtad probidad y corrección, del otro sujeto, con el cual el primero había entrado en una relación negocial

que abordar un segundo inconveniente, consistente en tratar de delimitar el supuesto de hecho de la confianza y tratar de establecer unos principios que la soporten o sostengan.

Se ha dicho hasta aquí, que se considera como contraria a la buena fe, una ruptura de las negociaciones imprevista e injustificada y acaecida en el momento en el que la otra parte tenía motivos para confiar en la conclusión futura del contrato y esta había realizado en consideración al mismo, gastos para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales, o habiendo renunciado a la celebración de otros negocios jurídicos⁶²⁷. Al tratar de establecer unos supuestos generales sobre los que se puede decir que se gobierna o direcciona la materia aquí tratada, sin duda se podría caer en la imprecisión, ya que hay que tener en cuenta que esta materia ha sido desde los mismos inicios en los que fue planteada, totalmente dinámica y de acuerdo con que se han ido modificando los estándares de diligencia y las condiciones del mercado, igualmente han ido cambiando los criterios y reglas jurisprudenciales. No obstante lo anterior, nos arriesgaremos a hacer una enumeración de los casos o criterios que hay que tener en cuenta para establecer cuando existe una legítima o razonable confianza dentro de las negociaciones. Haciendo la salvedad que como toda enumeración, siempre estará por completar.

- 1- Cuando en sede de las simples negociaciones o tratos preliminares, las partes hayan tenido en consideración los elementos esenciales del contrato que se proponían concluir o que esperan estipular⁶²⁸.
- 2- Es necesario que las negociaciones se encuentren por lo general en un estado avanzado, por lo general ese sentimiento de confianza se da en aquella fase de perfección y conformación definitiva de la oferta, donde el *iter* preparatorio se intensifica o marca una dirección más profunda a medida que nos aproximamos a la existencia del consentimiento. Es necesario clarificar que lo importante, no es la duración temporal de las negociaciones, lo verdaderamente relevante es lo

⁶²⁷ En general, es la línea jurisprudencial que ha sostenido y que en la actualidad continúa el Tribunal de casación italiano, como por la mayoría de Tribunales de instancia. Por todos, *Cass. Sez. U.* 9.5.83, núm. 3152, *R.a.D.S.*, 1983, tomo I, 90; *Cass.* 17.1.81, núm. 430, *M.F.I.*, 1981, pág. 101.

⁶²⁸ *Cass.*, 10 de julio de 1984, núm. 4049, *Giust. Civ.*, 1985, tomo I, pág. 84. Así también lo consagró el anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Pavía), donde se estipula en el art. 6.3., que si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ella se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra a buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado.

avanzado de su desarrollo. No obstante, la exigencia de que los tratos se hallen avanzados se suaviza hasta prácticamente desaparecer, cuando el responsable de la ruptura no tiene serias intenciones de contratar.

- 3- Hay que hacer una valoración en lo correspondiente al estado de las negociaciones, no es lo mismo “la confianza” que se puede tener fundada en unas negociaciones que acaban de nacer, en la cual sólo existe una invitación a negociar, que aquellas que han conllevado contraoferta, posteriores ofertas y viceversa, en la cual es ostensible identificar el ánimo y la voluntad contractual de las partes.
- 4- Entre más nos acerquemos, a la existencia del consentimiento más certera y precisa será esa idea de confianza entre los sujetos negociales⁶²⁹.
- 5- Muchas veces es irrelevante la eventual breve duración o el escaso número de encuentros celebrados por las partes, lo aquí importante es que si existe una confianza legítima que la contraparte podía haberse creado respecto de la conclusión del contrato⁶³⁰, la duración de las negociaciones muchas veces varían de acuerdo con la naturaleza y el objeto del mismo.
- 6- El grado de confianza puede variar sustancialmente por actuaciones o negociaciones precedentes. Las relaciones contractuales anteriores del mismo tipo entre las dos partes de un contrato, genera una expectativa de que las partes se obligaran en los mismos términos en los que lo vienen haciendo habitualmente; lo cual sin duda conlleva a las contrapartes a adoptar conductas, que normalmente no realizarían frente a desconocidos o terceros, lo que conllevaría a que en algunas ocasiones, se prepare toda una estructura productiva presuponiendo una renovación de las relaciones contractuales⁶³¹.

⁶²⁹ En la misma posición la sentencia de 30 marzo de *Cass.* 1990, núm. 2623, *Foro it., Rep.* 1990.

⁶³⁰ Así fue consagrado en la sentencia de *Cass.* 11, septiembre 1989, núm. 3922, *Foro it., Rep.* 1989 y en la sentencia de *Cass.*, 22 de octubre de 1982, núm. 5.496, *Giur. It.*, 1984, tomo I, vol. 1, c. 1199.

⁶³¹ Para ver más, PRATA, A., *op. cit.*, págs. 95 y ss.

- 7- De igual forma existen diversas situaciones que hacen nacer en la contraparte con más fuerza, la confianza legítima como es el caso de los hechos concluyentes del predisponente, y de la publicidad. Cuando un empresario se anuncie como titular de una especial política comercial que lo caracteriza y distingue del resto de empresas que se dedican a la misma actividad, así como el reconocimiento en el medio de un comerciante y de sus condiciones contractuales, lo cual sin duda reflejaran mayores expectativas en sus eventuales clientes, que entre aquellos comerciantes, que no poseen dichas calificaciones⁶³².
- 8- Cuando existe producto de la negociaciones, un acuerdo de voluntades sobre diferentes aspectos del objeto pretendido, faltando solemnidades o acuerdos sobre los elementos esenciales que impiden el nacimiento del contrato.
- 9- El sentimiento de confianza no puede tener su origen en un estado psicológico, y por tanto fundado en simples expectativas es necesario por el contrario, que las tratativas contengan elementos objetivos y unívocos que sean en cuanto tales, idóneos y suficientes⁶³³. La confianza habrá de ser justificada, cualidad que reúne cuando se basa en supuestos de hecho exteriores y demás ha sido normal y lícitamente inducida⁶³⁴.
- 10- La calificación que se haga del grado de confianza deberá hacerse sobre lo que conforma exclusivamente la relación jurídica precontractual, ya que no podemos desembocar al estudio de las consideraciones internas de los sujetos que negocian, sus valoraciones intrínsecas, o aquellos proyectos personales o individuales que nunca fueron debatidos dentro del ámbito negocial, puesto que al no ser discutidos ni consecencialmente conocidas estas valoraciones escapan a la esfera de los

⁶³² Es lo que la novísima doctrina portuguesa denomina como las expectativas de *facto*, consistente en todos aquellos factores que apunta a la naturaleza de una de las partes, la credibilidad de la misma (*know-how*, prestigio etc), para ver más, PRATA, A., *op. cit.*, págs. 95 y ss.

⁶³³ Así mismo, SCHMIDT, J., *op. cit.*, pág. 120. De igual forma se encuentra la sentencia de *Cass.* 24 de marzo de 1958, núm. 958, *Giust. Civ., Mass.*, 1958, pág. 349.

⁶³⁴ SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil" (Montecorvo, Madrid, 1977), pág. 553. Sostiene el autor, que el Derecho social se basa en la confianza y en la justicia distributiva, mientras el derecho individual se basa en la desconfianza y se rige por la justicia conmutativa. El enfoque de lo social dentro del derecho privado ha de partir de una visión del derecho fundamentalmente personalista (lo que no quiere decir en modo alguno individualista), en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana.

tratos preliminares y a la relación jurídica precontractual que en su esencia es bilateral.

- 11- Es necesario hacer una valoración del grado de profesionalización, experiencia o calificación de las partes en la negociación, de cual dependerá si se acentúan o no las circunstancias, demandando por tanto de un comerciante mayor diligencia y más cuidado al momento de fundar su expectativas y confianza en la realización de un negocio que una persona que ocasionalmente inicia tratos preliminares.
- 12- Es importante afirmar que la confianza creada entre profesionales en las tratativas, es habitualmente más limitada, y por tanto la presencia de un daño será difícil de admitir en primera forma, ya que hay que partir que en el ejercicio de sus actividades se demanda más rigor y conocimiento en el mercado y en lo que la doctrina francesa llama el “*risque d’entreprise*”⁶³⁵.
- 13- El juicio sobre el grado de consistencia de las negociaciones acaba de hecho en concentrarse en un análisis de las circunstancias del caso concreto atendida la dinámica de los sectores del mercado⁶³⁶ y en todo caso, el juez deberá tener siempre a su disposición un catálogo de tipos normales de comportamiento y de estándares de valoración aceptados socialmente, que le ofrezcan líneas, directrices y criterios orientadores para la búsqueda de la decisión, teniendo como referencia especial, las normativas que consagran la buena fe.
- 14- No se puede finalizar la actual enumeración sin dejar claro, que es necesario hacer un estudio concreto de cada caso para entrar a establecer si existe razones para considerar que es válida una legítima confianza, puesto que en la etapa de formación las partes actúan con total libertad, la cual les permite las más variables y dinámicas formas de acercamientos, que dependiendo en cada uno de los casos harán fundado o infundado el sentimiento de confianza.

⁶³⁵ Para ver más al respecto, SCHMIDT, J., *op. cit.*, pág. 121. Aquí la profesora de la Universidad de Strasburg, plantea que existen diferentes grados de diligencia exigibles y valorados por los Tribunales entre quienes realizan una actividad profesional y las personas particulares, partiendo de diferentes hipótesis de responsabilidad.

⁶³⁶ BESSONE, I., *op. cit.*, págs. 1256 y ss.

Las anteriores reglas generales logran su materialización y objetivación cuando sean aplicadas en decisiones que se fundamenten en la equidad, la cual se reduce a la justicia del caso concreto (*hic et nunc*); solo así se podrá encontrar el verdadero fundamento de la responsabilidad por la confianza la cual radica en el criterio de validez jurídica, que contiene a su vez la obligación de indemnizar los daños causados (sobre la que se profundizará en el capítulo VI). Aquí la consideración de la confianza en cuanto un elemento constitutivo esencial de una situación de responsabilidad, no sólo facilita en términos prácticos la identificación del tipo de responsabilidad, sino que a su vez servirá como criterio valorativo para catalogar la conducta ejercida por el que se retira en las negociaciones como legítima o ilegítima.

Dentro de la labor interpretativa y de razonamiento jurídico que debe realizar el juez, se considera que puede resultar esclarecedora en este punto (al tratar de establecer si existe una razonada y legítima confianza en quien alega que se le ha producido un daño), centrar los esfuerzos interpretativos no en indagaciones de orden psicológico para averiguar el motivo de la ruptura y calificarlo de justo o injusto, sino que se debe limitar en estudiar y analizar todos aquellos elementos que integran la relación jurídica precontractual así como los *estados de facto susceptibles de fundar dicha creencia*, y por tanto descartando aquellos componentes que no fueron compartidos dentro de la esfera del contacto social, puesto que al no ser participados o conocidos, no pueden ingresar al tráfico comercial *inter partes*, y así, el juez podrá hacer un juicio de reconocibilidad – aquel que hay que realizar en todo ejercicio interpretativo- para determinar que interés de entre los que están en juego ha de ser protegido y sobre cual debe recaer las consecuencias de la ruptura⁶³⁷. Se habla entonces de una confrontación entre derechos tutelados por el ordenamiento legal, pero de acuerdo al estudio objetivo del caso, tendrá el funcionario judicial que entrar a establecer cual interés merece una mayor protección jurídica⁶³⁸, teniendo siempre como Directivas de su juicio la buena fe y la opinión general prestada honradamente, sobre el comportamiento de su contraparte y su adaptabilidad hacia la conducta ejecutada.

⁶³⁷ MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad...”, cit., pág. 696.

⁶³⁸ Aquí se habla de una confrontación entre dos derechos (si se quiere llamar así), uno el derecho de libertad, que consiste en la intención de abandonar los tratos, y por otro lado el de tutelar, el derecho que ha nacido en el otro cual es la confianza razonable y legítima.

4.6. LOS OTROS MODELOS DE COMPORTAMIENTO CONTRACTUAL

Decir que las obligaciones relativas al comportamiento son impuestas a todos los contratantes, y que por tanto son reglas *erga omnes*, aplicables y respetadas como por el deudor como por el acreedor, por el profesional o por el profano, se torna en la investigación una regla sobre la cual ya bastante se ha escrito. No obstante consideramos que es necesario hacer un recuento y enumeración sobre las mismas, teniendo claro que ellas no siempre se nos presentan como normas determinables, por el contrario en materia contractual son abstractas de porte general, no obstante *todas generan una exigencia general de buen comportamiento*.

La principal regla, y sobre la que ya se ha destinado todo un capítulo de la presente investigación es la *buena fe*, la cual constituye innumerables modelos de comportamiento contractual, y sobre la que podemos reconducir como una norma creadora de la obligación de conductas sociales y prejurídica. Ella impone la adopción de actitudes leales que deben adoptar las partes, en cuanto a sus deberes y comportamientos.

La segunda regla ha venido siendo desarrollada a través de la jurisprudencia (por acaecer de marco legal), en un proceso lento pero muy productivo, estructurando poco a poco, como un criterio articulador de la buena fe, *la corrección*, la cual se ha fundamentado en las nociones de las buenas costumbres, y ha adquirido gran importancia, sobre todo al tratar de establecer la obligación de resarcimiento sobre los daños causados dentro de las negociaciones. En general se ha concebido la corrección como el aspecto negativo de la buena fe y se manifiesta en diferentes deberes, como los de observar un comportamiento vigilante y atento, evitando ejecutar conductas lesivas para los intereses de otro.

También ha sido una práctica jurisprudencial, al momento de establecer los estándares de comportamiento, proteger y aplicar la doctrina de la tutela jurídica de las buenas costumbres, como una regla de referencia para valorar los comportamientos, así la jurisprudencia no ha dudado en catalogar su importancia afirmando que cada contratante, debe en el curso de las relaciones contractuales comportarse en lo que le respecta de

conformidad con las buenas costumbres haciendo ya claridad desde ahora, que si bien es un concepto de referencia no puede hablarse de una obligación estricta. Al respecto se profundizará en su debido acápite.

Todas las reglas anteriores fueron naciendo, gracias a las exigencias relativas al comportamiento del contratante, al cual no le concierne exclusivamente el comportamiento material en una fase de formación contractual, sino también la importancia y relevancia que tiene el comportamiento personal, que conlleva a la exigencia de determinados estándares, frente a la ausencia en muchos casos de una obligación principal, los cuales determinarán en la mayoría de casos la calificación sobre la ruptura de las negociaciones como justificadas o fundamentadas para el derecho.

Las obligaciones de comportamiento son exigibles durante toda la relación contractual, esto quiere decir desde el mismo momento en que las partes comienzan las negociaciones, hasta cuando se perfeccionan los acuerdos y se cumplen, así no queda más que afirmar que las exigencias del adecuado comportamiento, son casi perpetuas, porque incluso en período de suspensión del contrato, o en momento de cesarlo, la jurisprudencia reconoce las exigencias del buen comportamiento. Las partes deben adoptar un “buen” comportamiento sin importar sus propias prerrogativas contractuales o el estado o instancia del contrato.

Así desde la fase de las negociaciones del contrato, las reglas y exigencias de comportamiento son perfectamente compatibles con la libertad contractual, ya que a buen juicio un hombre que se comporte conforme a ellas podrá establecer en que momento, decide continuar o abandonar las negociaciones sin fundar falsas expectativas a su contraparte. Sin duda la forma de comportarse hace que se integren perfectamente estos derechos que como ya se explicitó, no se apartan sino que se complementan.

Mientras las partes más se acerquen a la conclusión contractual, el nivel de exigencia de los comportamientos naturalmente ascenderá y por tanto sus obligaciones se intensificarán, de ahí que se llegue a afirmar que el juicio ponderativo, no puede ser el mismo en la etapa de formación y la etapa de ejecución del contrato. Concluyendo la generalización de las obligaciones relativas al comportamiento del contratante, se originan

desde el mismo momento en el que las partes inician las negociaciones, se imponen a todos aquellos que tengan relación contractual y son naturales al mismo contrato respecto a su puntualidad y durabilidad.

A continuación, desarrollaremos los contenidos de las dos reglas de comportamiento a las que hemos hecho alusión y sobre las que no hemos profundizado. En primer lugar estudiaremos la corrección (que de todas es la más desconocida), y por último, las buenas costumbres.

4.6.1. LA CORRECCIÓN

Tal vez de ninguno de los temas hasta aquí estudiados, se ha escrito tan poco como de la corrección, tal vez porque hasta ahora, la doctrina ha tardado extrañamente en estudiar la institución, y el término en si mismo ha sido poco empleado. No obstante lo anterior y sobretodo por el desarrollo que le han dado los alemanes e italianos al término, y últimamente los franceses⁶³⁹, el tema se presenta hoy como uno de los conceptos sobre los que se comienza a potencializar la responsabilidad precontractual, frente a la existencia de un desequilibrio entre las obligaciones de las partes y fundamentalmente como un medio restaurador de la justicia contractual, y que ha sido de buen recibo por parte del derecho común y en especial el de los contratos.

Por su parte el derecho comercial (con la aparición del derecho a la competencia), adopta el término como una manifestación actual de la legislación, que regula la competencia desleal y como un principio que gobierna el tráfico económico. En la actualidad las normas sobre la competencia desleal, aunque conservan la denominación por razones históricas, no sólo protegen a los competidores frente a actuaciones poco correctas, sino que con carácter general imponen a quienes participan en el mercado con sus ofertas, la obligación de actuar correctamente para que el sistema competitivo pueda funcionar adecuadamente, y se beneficien así, todos los que en el participan.

⁶³⁹ PIETTE, G., "La correction du contrat" (*P.U.A.M.*, Aix Marseille, 2004). Si bien existen algunas otras obras que abordan la corrección, a juicio propio ésta es la más completa que existe, ya que es un estudio centrado exclusivamente en su teoría y fundamento.

4.6.1.1. APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

La corrección hace parte de esos conceptos en blanco u oscuros, que en algún momento pueden llegar a dejarnos perplejos, y como es de esperarse no existe en ninguna obra de vocabulario jurídico, su significado, ni mucho menos en los tratados o manuales consagrados al estudio del derecho de los contratos, no obstante aparece enunciada e incluso en algunas ocasiones vagamente trabajada en algunas obras⁶⁴⁰. Gracias al esfuerzo de la jurisprudencia, hoy día el término ha sido redescubierto⁶⁴¹, pero la verdad nos conlleva a mirar con complejidad el panorama, que nos indica que ella como muchas otras de las instituciones contractuales está en construcción. No obstante la doctrina y jurisprudencia coinciden en que la buena fe constituye el fundamento incuestionable de la corrección, como una contribución a la moralización de las relaciones contractuales, para otros⁶⁴² por el contrario, la corrección nace de un segundo fundamento, de una noción más moderna, nace de la moderación de las relaciones contractuales como una exigencia de la proporcionalidad que les asiste.

El primer fundamento, se desarrolla a partir de las normas que consagran la buena fe contractual, y en especial los articulados obligacionales así, en el caso francés el art. 1134 del *code* (en el español, el art. 1258 C.c., normas que prevén que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe), en virtud del cual la doctrina utiliza las anteriores normas para justificar la corrección de un contrato, posición que es de buen recibo por la doctrina internacional. Así, el fundamento de la corrección se haya y gobierna en toda la

⁶⁴⁰ Para ver más, BAHANS, J., “Théorie générale de l’acte juridique et droit économique” (P.U., Bordeaux 1998), HAUSER, J., “Ordre public et bonnes mœurs”, *Répertoire Civil*, 1993, tomo V, núm. 157, LASBORDES, V., “Les contrats déséquilibrés” (P.U.A.M., París, 2000), LECUYER, H., “Le contrat, acte de prévision” (Presses Universitaires de France, París, 1999), págs. 643 y 655. PANCRAZI-TIAN, M., “La protection juridique du lien contractuel” (P.U.A.M., Aix Marseille, 1996).

⁶⁴¹ PIETTE, G., *op. cit.*, pág. 39.

⁶⁴² LE GAC-PECH, S., “La proportionnalité en droit privé des contrats” (L.G.D.J., 2000, Tome 335), pág. 99. Fundamenta su teoría en los diferentes apartes normativos que consagra el *Code*, y que hacen referencia a la proporcionalidad de los derechos, resaltando eso si el valor polisémico de la palabra. Toma por ejemplo el art. 214 de la ley del 13 de julio de 1965, que prevé que salvo cláusula contraria insertada en la convención matrimonial, los esposos contribuyen con las cargas del matrimonio en proporción de sus facultades respectivas. Por su parte, BEHAR-TOUCHAIS M., “Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?” (Le Petites Affiches, París, septembre 1998), pág. 3. Apoya estas hipótesis, y afirma que; “la proporcionalidad hoy día es capaz de fundar una corrección en el contrato, eso si teniendo nociones pluridimensionales y complejas.”

fase del *iter contractus*, y por tanto la buena fe constituirá una incitación al comportamiento adecuado y correcto.

La doctrina alemana del siglo XIX fundamentaba la buena fe⁶⁴³, en dos casos muy particulares, por una parte en la “*Guter glaupe*” es decir la creencia errónea en la existencia de una situación jurídica regular, y por otra parte en la “*Treu und glauben*”, o el comportamiento leal, que requiere notablemente la ejecución de una obligación. Es evidente entonces como hasta aquí se ha dicho que el segundo argumento es el fundamento de la corrección del contrato. El derecho del comercio internacional ofrece un lugar importante a los conceptos de buena fe y la lealtad contractual. En un primer tiempo estos hicieron parte de la *lex mercatoria* exclusivamente y en la actualidad hacen parte de los principios de UNIDROIT y de los principios Europeos como se anotó en el primer capítulo de la presente investigación.

La buena fe es considerada como un concepto central del derecho de comercio internacional. Los actores de las relaciones comerciales tienen la necesidad que sus contactos estén gobernados por la lealtad contractual y la buena fe, y por esta razón se les ha integrado a esos contenidos en los usos aplicables a las materias. En efecto, la buena fe es un principio general del comercio internacional, exigible y aplicable en el curso de las negociaciones, formación y ejecución de las convenciones. En el ámbito del derecho interno, propiamente de los contratos la orientación ha sido prácticamente la misma, y he ahí el fundamento e importancia de la corrección.

Conviene ahora presentar que el contrato es susceptible de presentar dos variedades de desequilibrios, que se distinguen por su momento de aparición. Se puede presentar entonces un desequilibrio contemporáneo de la formación del acto, es decir antes de la conclusión del contrato, y un segundo momento ya en vías contractuales propiamente dicha, en senderos de ejecución. En el segundo caso, el contrato se presentó acorde al momento de la conclusión, pero posteriormente aparecieron desequilibrios que hacen imposible cumplir con las obligaciones adquiridas, o en el caso de cumplirlas sería demasiado gravoso su cumplimiento para el patrimonio de uno de los extremos negociales. (El segundo caso por tratarse de una fase no prevista dentro de los objetivos de la

⁶⁴³ LE TOURNEAU, D., “Repertoire civil”, Voz “Bonne foi”, 1995, núm. 2.

investigación no se desarrollará, no obstante es importante mencionar que en la actualidad este desequilibrio se estudia desde tres hipótesis, la lesión⁶⁴⁴, la corrección de las cláusulas excesivas⁶⁴⁵, insuficiencia de la causa subsecuente⁶⁴⁶, debido que los dos primeros son postulados de la insuficiencia de la causa original).

En vías de formación contractual, utilizaremos el criterio de proporcionalidad⁶⁴⁷ de las obligaciones que le asiste a cada una de las partes, como fundamento de la corrección, *la cual se sustenta en el concepto de equilibrio contractual, siendo este su objetivo principal* (ya que como se enunció, ella se presenta no sólo en el momento de perfeccionamiento del acto o de la ejecución, sino el mismo instante de su formación), *así la corrección implica a las partes, que las obligaciones deben estar reequilibradas*. Es importante comprender que el concepto de reequilibrio no significa que a las partes le corresponden las mismas cargas y obligaciones. Dependiendo de las circunstancias y características que tenga cada uno de los sujetos contractuales, le serán exigibles en mayor medida unas específicas obligaciones, así, por ejemplo será proporcional exigirle al vendedor de un producto, información sobre la fabricación, uso y características del mismo, debido a que al ser el fabricante él tendrá más accesibilidad para proporcionar la información, además que le será menos oneroso obtenerla, que si le hiciéramos exigible la obligación *prima facie* a su contraparte (a quien adquiere el producto). Así entonces será correcto, y proporcional en este ejemplo, que sobre el vendedor recaigan mayoritariamente las obligaciones de información.

⁶⁴⁴ La teoría de la lesión, se basa principalmente en la proporcionalidad que puede tener el precio frente a la cosa, y su representatividad, siendo un supuesto de desequilibrio de las prestaciones que lesiona un interés patrimonial protegible por el derecho, de igual forma se falta al equilibrio de la operación contractual y el control sobre el valor del objeto.

⁶⁴⁵ Según la teoría, el desequilibrio se funda en la causa, y más precisamente en su insuficiencia por la fuerte inequidad obligacional que tiene las cláusulas a favor de una de las partes, en detrimento de una no profesional; pueden ser las abusivas propiamente dichas, las cláusulas penales, y las denominadas como leoninas. Aquí también la doctrina reconoce la revisión de los honorarios profesionales por desequilibrio del valor de la prestación efectuada.

⁶⁴⁶ Siendo el supuesto clásico la teoría de la imprevisión (aquella que se fundamenta en el aumento notable del costo de la prestación esencial siendo la contraprestación del contrato, puesto que el equilibrio subjetivo entre el objeto y la causa no se hace presente al momento de la ejecución contractual), y la ejecución defectuosa (acción estimatoria en garantía de los vicios, la reducción de precios, y la refacción del contrato).

⁶⁴⁷ Es fácilmente admitido en el Derecho público, y poco a poco comienza a ser aceptado en el Derecho privado. Notablemente en el Derecho administrativo, hace referencia a que los medios empleados por el poder público deben ser proporcionados con el objetivo buscado, y en el derecho comunitario, en la intervención de las autoridades comunitarias de los estados miembros, debe ser limitada a los medios apropiados a los objetivos a atender.

A pesar de situaciones tan notorias, en la realidad el mercado funciona de otra forma, propendiendo justamente a un estado de desprotección hacia quien necesita determinado número de productos. Es muy frecuente en situaciones de monopolio (por no existir mas participantes, o por el poder de mercado al no tener competidores significativos) que si bien las obligaciones de información, deberían recaer sobre el que invita a celebrar un contrato (que en la mayoría de casos es el vendedor), en la práctica, se abstrae de ellas recayendo las mismas desproporcionadamente sobre el adquirente, en razón de cómo se decía de su poder de mercado (monopolista), o también como consecuencia de la necesidad de adquisición del producto por parte del comprador⁶⁴⁸.

Sin duda esas circunstancias conllevan a que se deba intervenir la libertad contractual, siendo el principio de proporcionalidad, un medio auténtico en el cual se configuran múltiples hipótesis de corrección que conoce el derecho positivo, y que deben ser ante todo protegidas. Conceptualizando entonces, la corrección se utiliza en la actualidad como un concepto reequilibrante de las prestaciones contractuales que tienen su origen en un abuso que comente un sujeto con su contraparte, y que hace que la conclusión del contrato sea altamente desequilibrante en las prestaciones de cada uno. De acuerdo a tal construcción, el juicio deberá fundarse en las obligaciones que debe asumir cada parte en la formación contractual a fin de apreciar si ellas están de acuerdo a la naturaleza del contrato pretendido, y de las condiciones específicas de tiempo, modo y lugar.

El valor más importante de la corrección es que nos sirve para remediar el desequilibrio contractual, así entonces, una negociación debe caracterizarse por el equilibrio de su operación por la exigencia y soportabilidad de las obligaciones que a cada una de las partes deba soportar en virtud de sus condiciones, características y conocimientos técnicos, profesionales. El equilibrio contractual, es precisamente el objetivo de la corrección, porque por definición por medio de ella se reorganizan las cargas del contrato ya sea en vías de formación o de ejecución contractual.

⁶⁴⁸ MORENO QUESADA, B., “La protección del consentimiento contractual, hoy”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), pág. 452. Manifiesta que: Existen determinadas circunstancias que han cambiado el modo de contratar afectando de forma negativa a los mecanismos de protección, al momento de manifestar la voluntad contractual, sobre todo la introducción de contratos celebrados a partir de condiciones generales (en especial cuando se existen situaciones de monopolio), y la constatación de la insuficiencia del sistema de vicios de la voluntad.

4.6.1.2. SU UTILIDAD EN LA FORMACIÓN CONTRACTUAL

La corrección en vías de formación contractual, nos aporta una doble función, la primera, como un instrumento de medida⁶⁴⁹ de las obligaciones y la segunda como un instrumento de sanción.

La corrección como criterio de proporcionalidad constituirá en primer lugar como un instrumento de medida del desequilibrio obligacional, que nos permitirá establecer si con ocasión a las obligaciones que le corresponden a cada una de las partes si se han cumplido o no, y así poder calificar la ruptura de las negociaciones como justas o no. En un segundo tiempo, la proporcionalidad aludida, jugará un rol de un instrumento de sanción. Después de la detención del desequilibrio ella nos permitirá ponderar como se enuncia si la actuación de los agentes intervinientes en el proceso de formación fue acorde o no a las obligaciones que le asiste a cada uno de ellos, y calificar por tanto si hubo o no un exceso u omisión en algún comportamiento. Así entonces la proporcionalidad se constituye en el límite primordial al momento de la calificación de la conducta.

Por otra parte, en la actualidad existe una tendencia para establecer el fundamento de la obligación de resarcimiento de los daños causados dentro de las negociaciones, sustentada en la corrección o *correttezza* como un criterio articulador de la Buena fe. En la medida que ella se refiere al aspecto negativo del fenómeno y se manifiesta en diferentes deberes, como los de observar un comportamiento vigilante y atento, evitando ejecutar conductas lesivas para los intereses de otro, así, la buena fe asumiría criterios de orden positivo, en el sentido que las partes que están en los tratos preliminares tienen deberes de cooperación y de satisfacción de las expectativas recíprocas⁶⁵⁰.

La corrección del contrato ha sido estudiada también desde diferentes puntos de vista, por la doctrina principalmente con múltiples y diversos fundamentos. Algunos no dudan por ejemplo en justificar su teoría en diferentes hipótesis como los vicios del

⁶⁴⁹ Término apuntado por LE GAC-PECH, S., *op. cit.*, pág. 343.

⁶⁵⁰ También, STIGLITZ, R., “Responsabilidad precontractual...”, *cit.*, págs. 25 y ss.

consentimiento, la responsabilidad precontractual, la cláusula *rebus sic stantibus*, o incluso la fuerza mayor. Los anteriores argumentos sin duda deben ser tenidos en cuenta, ya que como se enunciaba al principio de la temática al carecer de panorama normativo, todas las hipótesis nos pueden presentar argumentos significativos y relevantes al momento de realizar juicios de ponderación. Sin duda todos los fundamentos propuestos, coinciden en el desequilibrio que aparecen ya sea en la fase de formación o ejecución contractual. En particular las exigencias de la buena fe y de la proporcionalidad, son las que más respaldo tienen en la doctrina francesa y belga al momento de integrar estos conceptos con la responsabilidad precontractual de ahí nuestra inclusión y estudio.

4.6.2 LAS BUENAS COSTUMBRES

La definición de las buenas costumbres, como las grandes instituciones en el derecho ha sido cambiante, en cuanto a su contenido y determinación. La definición hoy día contiene unos elementos uniformes, aunque hay ocasiones en las que parece que su concepto pudo tener el interés propio que hoy ha perdido⁶⁵¹. Por lo general siempre se utiliza en todo lo que concierne al vivir cotidiano de valores que sostienen la vida social, y en general enuncia criterios de comportamiento con raíces en la convivencia social⁶⁵².

El concepto de las buenas costumbres, al igual que los clausulados generales -que ya se han estudiado-, se caracteriza por su dinamismo y adaptabilidad y sin duda sirve de orientación para su valoración, el precepto de derecho al que alude la máxima *honeste vivere*, en que tal obligación en general comprende el parámetro de la conducta exigible y normal de las personas honestas.

Por todos, la definición más conocida es la que consagra en su obra FAGES quien afirma que las costumbres son:

“Un conjunto de reglas impuestas por una cierta moral social, recibida en un tiempo y en lugar específico que paralela a las leyes de orden público, constituye una norma

⁶⁵¹ DORAL GARCIA, J., “Tutela jurídica de las buenas costumbres”, *Libro homenaje a ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA*, vol. I (Colegios Notariales de España, Madrid, 2002), pág. 243.

⁶⁵² DORAL GARCIA, J., *op. cit.*, pág. 244.

para la referencia y valoración de los comportamientos, y donde el contenido y valoración de la costumbre se hace sobre todo en la moral y respeto de la persona humana y hábitos que se tengan en un espacio y grupo determinado⁶⁵³”.

Como es de imaginarse, frente a su abstracción dichos conceptos no son de pacífico recibo en la doctrina internacional, por el contrario por su indeterminación y amplitud, dan lugar a múltiples debates y de todo tipo (no sólo legal), lo que hace nos veamos forzados a limitar su definición desde el punto de vista del derecho positivo por tanto, cada contratante debe en curso de una relación contractual, comportarse de conformidad con las buenas costumbres.

Ahora si miramos el panorama normativo encontramos que no existe artículo alguno en el Código Civil, que imponga a las partes dicha obligación de comportamiento. No obstante, las buenas costumbres han ocupado históricamente un lugar de honor⁶⁵⁴ (brillando siempre por su ausencia su vinculación con la formación del contrato, aunque existen diferentes normativas que nos permiten establecer su vínculo), al estar ligadas siempre al concepto de validez, idoneidad y eficacia del contrato so pena de nulidad (el contenido de los contratos debe ser conforme a las buenas costumbres art. 1234 *Code civil*, y art. 1271 del C.c., encontramos también normas que hablan sobre la validez de la causa y el objeto del contrato, art. 1131-1132 *Code civil*, y art. 1275 del C.c.).

A pesar de su encuadramiento legal, no se puede afirmar que acorde a las buenas costumbres, se puedan extraer obligaciones exigibles y reales. Que los comportamientos de las partes deban ser acordes a las buenas costumbres, hace que al momento de su evaluación, estos estándares de conducta sean criterios valorativos o determinantes para establecer su idoneidad legal y conveniencia. Sobre el juicio de ponderación que se debe realizar para establecer si un comportamiento está acorde o no a las buenas costumbres es necesario tener en cuenta dos situaciones:

⁶⁵³ FAGES, B., *op. cit.*, pág. 296.

⁶⁵⁴ Existe en la doctrina francesa, una obra de obligada referencia en el tema de *las bonnes mœurs*, donde se hace un estudio genealógico de la codificación de esta deontología contractual. GERAUD-LLORCA, E., “L’*introduction des bonnes mœurs dans le code civil. Les bonnes mœurs*” (*P.U.F.*, París, 1994), págs. 60 y ss.

- a) Evaluar las situaciones de hecho o relaciones que se presentan con sus circunstancias concretas.
- b) Y analizar el acto concreto desarrollado por las parte o por uno solo de los extremos.

Sin duda estos factores, no se deben limitar exclusivamente, a analizar las circunstancias de *facto*, sino que se tendrá en todo, que delimitar a los aspectos que orienten e individualicen la esfera más abarcable de lo jurídicamente lícito, así las leyes deberán servir a las buenas costumbres, por lo que constituyen el punto de referencia decisivo para cualquier fundamentación racional del Derecho y a su vez, suministra criterios para la interpretación de las normas positivas⁶⁵⁵.

No podemos concluir el tema, sin abordar las implicaciones que tienen los conceptos de las buenas costumbres y la corrección en materia mercantil, pues han sido tradicionalmente utilizados como criterios para determinar lo que se considera como competencia desleal; de manera que se denomina como un constitutivo ilícito, cualquier acto que sea contrario a las buenas costumbres, o a los usos honestos, o a las normas de corrección en materia industrial y comercial⁶⁵⁶. Así entonces se encuentran en innumerables normas la mención de los contenidos (siendo caso contrario a lo estudiado anteriormente), vinculantes y exigibles a todos aquellos que intervienen en los mercados.

En sus orígenes las cláusulas generales basadas en las referencias a las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en materia industrial o comercial tenían un sentido corporativista⁶⁵⁷ (en la medida que se protegían únicamente los intereses de los empresarios competidores), en la actualidad las normas tienen un sentido mucho más amplio y protegen a los consumidores y el interés público en un funcionamiento correcto del sistema competitivo, pretendiendo evitar prácticas discriminatoria ilícitas, caracterizadas por el desequilibrio de prestaciones que rompen el libre juego de la concurrencia. Las referencias a las buenas costumbres son los usos honestos que tienen

⁶⁵⁵ DORAL GARCIA, J., *op. cit.*, pág. 244.

⁶⁵⁶ Puede verse en este sentido los arts. 10 bis 2, del convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial (acta de Estocolmo de 1967) y el art. 6b, de la Ley general de Publicidad española.

⁶⁵⁷ Como bien lo anota, BERCOVITZ, A., “Apuntes de derecho Mercantil” (3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002), pág. 349.

una mayor carga tradicional, por cuanto difícilmente pueden existir usos o costumbres cuyo objeto sean las nuevas modalidades de actuación en el mercado. A través de esos usos honestos o buenas costumbres habrá que llegar a conocer los criterios sobre lo que debe considerarse correcto⁶⁵⁸.

Al hacer un análisis comparativo entre todos los temas aquí estudiados en lo que se refiere a las buenas costumbres, los usos honestos y la corrección, todos estos términos están encaminados a los estándares de comportamiento exigidos, y por tanto será incorrecto todo aquello que los contraviene, y por el contrario serán correctos todos aquellos comportamientos que los promocionan y respetan sin importar la categoría que se tenga, salvo se requiere que se participe en un mercado para que estos sean exigibles. Será también incorrecto todo aquel comportamiento que sorprende la legítima confianza de aquellos que participan en el comercio poniéndolos en situaciones no habituales, frente a las que no están normalmente preparados. Es igualmente incorrecto todo aquello que distorsiona injustificadamente el normal desarrollo de las negociaciones.

Como ya se estudió en el capítulo III, el legislador acude a las cláusulas generales como técnicas propias de tipificación (cláusulas válvulas), pues en caso contrario concurrir a conductas concretas y detalladas, escaparían a todos los casos que se pueden desarrollar durante la fase de negociaciones, así como en el área del derecho de la competencia desleal. Por tanto, es necesario escudarse en una enunciación global que permita considerar como irregulares todas aquellas conductas que no sean subsumibles a los elementos fundamentales de la tipificación legal, acudiendo si es el necesario a modificar su interpretación de acuerdo con los nuevos principios que inspiren la regulación y las concepciones vigentes en la sociedad.

Los modelos o conductas de comportamiento, tienen su punto de partida en la buena fe objetiva, que sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado, que los agentes tendrán una conducta correcta y adecuada. Incluso, puede actuarse en contra de la buena fe objetiva, sin que exista mala fe subjetiva. Como lo ha defendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁵⁹. Los efectos y alcances

⁶⁵⁸ BERCOVITZ, A., *op. cit.*, págs. 351 y ss.

⁶⁵⁹ S.T.S. de 16 de junio de 2000 (R.J., 2000, 5288).

de la buena fe se extienden sin duda, de tal forma que es una norma fuente de derechos y obligaciones:

“Que en su profundo sentido obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena⁶⁶⁰.”

4.7. LA TRANSPARENCIA Y EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES

La buena fe, nos impone un *standard* de conducta y por tanto de comportamiento diligente durante toda la etapa de formación contractual. Durante largo tiempo, fue un dogma el “derecho al secreto de los comportamientos contractuales”, hoy día el derecho de las convenciones se ha reevaluado, y ya nadie se atreve a asociar el concepto de contrato, sin el término transparencia⁶⁶¹. Por tanto, como se ha venido afirmando, el que inicia los tratos preliminares tiene derecho a exigir a su contraparte que se le informe sobre sus actitudes contractuales, al momento de adelantar o desarrollar las negociaciones. Comprende lo anterior, entre otras situaciones, que se le informe si al mismo tiempo se están adelantando tratos sobre el mismo objeto con otras partes, lo cual conllevará a actuar con cautela y así a no generar falsas expectativas, frente a la conclusión de negocios que no sustentan un real y efectivo interés en ser finiquitados.

Es importante hacer precisión, que la transparencia debe acompañar todo el *iter* contractual, pero su exigibilidad se hará mas visible cuando se comience a avanzar en las negociaciones, de tal forma que si se está en la esfera de la confianza legítima, el deber de transparencia se integra al actuar de las partes y por tanto impone a los sujetos la

⁶⁶⁰ Doctrina consolidada y reiterada en múltiples sentencias así, la S.T.S. 8 de julio de 1981 (R.J. 1981, 3053), la S.T.S. de 6 de abril de 1988 (R.J. 1988, 3111), la S.T.S. de 16 de junio de 2000 (R.J. 2000, 5288).

⁶⁶¹ MESTRE, J., “Transparence et droit des contrats...”, cit., págs. 82 y ss. En el artículo el Profesor MESTRE, presenta un curioso estudio sobre como han ido evolucionando las diferentes prácticas de los comerciantes al momento de iniciar las negociaciones, y en especial a lo que el denomina como el secreto del comportamiento contractual, que no era otra cosa, que el derecho que le asistía a las partes para iniciar o establecer políticas o estrategias negociales con miras a sacar el máximo rendimiento o utilidades al momento de contratar, lo que conllevaba incluso hasta el espionaje. Prácticas que se constituyen en la actualidad en verdaderos supuestos ilícitos y por tanto no dudamos en afirmar que hoy por hoy, el comportamiento contractual se fundamenta en la transparencia.

obligación de informar sobre la existencia o no de comportamientos paralelos y de cualquier otra situación relevante para las negociaciones.

La transparencia también conlleva a que las partes adopten comportamientos diligentes, al servicio de la obligación principal que vendría siendo el comportamiento de acuerdo a los cánones de la buena fe, porque el actuar en sociedad y propiamente en conversaciones negociales implican la ejecución de actos determinados, provistos de solidaridad, lealtad y ante todo respeto (el respeto a la creencia que la parte se comportará de la misma forma como se comportan cada uno). La persona que inicia una relación contractual debe adoptar un comportamiento circunstancial, el cual se conduce de acuerdo a las razones apropiadas a cada situación suficientemente especial, esto es adoptar aquel comportamiento que tendría un buen contratante. Es decir, que el derecho asume de forma natural, que esa debe ser la forma como se comportan los sujetos en vías contractuales.

Los anteriores comportamientos naturales, están siendo materializados en la actualidad tanto por vía de legislación como por la jurisprudencia, a través de la exigibilidad del cumplimiento (cada vez más frecuente) de las obligaciones secundarias tales como: la lealtad, el deber de información, de secreto, de seguridad, de solidaridad, de corrección, y sobretodo transparencia, siendo todas estas cargas de comportamiento reconducidas a los cánones y estándares que demanda la buena fe contractual.

Las exigencias relativas al comportamiento del contratante no concierne únicamente al comportamiento material que se debe adoptar para ejecutar la obligación principal, ellas apuntan sobretodo, a que la conducta personal debe en todo momento encaminarse al progreso de la relación contractual, por tanto la transparencia nos reenvía al principio de sinceridad y de coherencia, los cuales a su vez se sustentan sobre la idea de fidelidad que se instala durante todo el período de formación contractual a fin de proveer unas negociaciones con un buen fin⁶⁶².

⁶⁶² En el mismo sentido LASSALE, B., "Le pourparlers" (*R.R.J.*, París, 1994), págs. 826 y ss.

4.8. LA RESPONSABILIDAD POR LA CONFIANZA Y LA BUENA FE

La *fides* en Derecho romano poseía un núcleo semántico básico: la lealtad a la palabra dada. La *fides* se debe entender como virtud, como cualidad predicada de un sujeto que hace de un hombre de palabra, cumplidor de sus compromisos, un hombre en fin que inspira confianza⁶⁶³. Buena fe y confianza son conceptos que siempre han ido estrechamente unidos. Las máximas de ULPIANO o de PAULO (*grave est fidem fallere* y *fides bona contraria est fraude et dolo*⁶⁶⁴), reflejan la protección que en el derecho romano se daba al que obraba de buena fe, particularmente en los contratos. La teoría de la confianza se aproxima a la tesis por la cual, las normas de la ética social y de la moral no tienen la función de guiar al intérprete en la búsqueda de la ley positiva, siendo ellas mismas reglas de derecho positivo, no medios de interpretación sino objeto de interpretación⁶⁶⁵.

El principio de la confianza, *considerado como la equitativa nivelación de intereses, es el criterio fundamental que preside la regulación positiva del negocio y también el contenido de la fase precontractual*. Quien defrauda la confianza viola la honorabilidad de las negociaciones, incumpliendo el art. 1258 del C.c., aquí la buena fe en el tráfico jurídico negocial, es lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado, diligente. DÍEZ-PICAZO recordando los orígenes de la palabra *fides*, afirma:

“Supone guardar fidelidad en la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o participan en el en virtud de otras relaciones jurídicas⁶⁶⁶”.

Similar es la formulación que elabora ALONSO PÉREZ, sobre la confianza y la buena fe. Al respecto sostiene:

“En definitiva, se lesiona la *bona fides* precontractual cuando se vulnera la confianza ajena tratando innecesariamente o apartándose sin motivo suficiente de las relaciones

⁶⁶³ CASTRESANA, A., “Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho” (Tecnos, Madrid, 1991), pág. 22.

⁶⁶⁴ MANS PUIGARNAU, J. M., “Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas máximas y aforismos jurídicos” (Bosch, Barcelona, 1979), pág. XVII.

⁶⁶⁵ PIETROBON, V., *op. cit.*, págs. 81-89.

⁶⁶⁶ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del derecho Patrimonial...”, *cit.*, pág. 46.

precontractuales. Siempre que de esta conducta se origine un daño al patrimonio de la contraparte, sugiere una auténtica obligación de indemnizar por *culpa in contrahendo*⁶⁶⁷”.

Para otros como GODREAU:

“La buena fe, se ve concretada en el canon de la lealtad y confianza, y se concretiza en tres principales comportamientos negativos, no suscitar intencionalmente falsa confianza, no especular la falsa confianza, y no contestar razonablemente confianzas que infieran en la otra parte⁶⁶⁸”.

En el período precontractual, la buena fe objetiva, tiene unos vectores fundamentales de la tutela de la confianza, así entonces, en primer lugar impide que la conducta de una de las partes frustre la confianza que la otra depositó en la rectitud de la respectiva conducta y por otra parte, evita que la conducta ocasione un retiro de las negociaciones, pues la formación contractual busca un consenso en el nacimiento de un contrato válido, apto para el derecho y acorde a las mutuas expectativas de las partes, de tal forma que la confianza permite controlar el nacimiento y el contenido del contrato, frente a los desequilibrios e injusticias.

La buena fe y la confianza se nos presentan como criterios que logran por lo menos en el ámbito de las obligaciones, unificar aquellos intereses que siendo en principio fundamentalmente opuestos, por medio de las negociaciones, logran colmar, satisfacer y conformar unas expectativas comunes (que se configuran por medio de las intereses y fines que busca cada parte en las negociaciones), que se han trazado las partes, de tal forma que ese deber de comportamiento leal y cooperador que se deben recíprocamente los sujetos negociales presupone:

“A) La existencia de una relación jurídica entre dos personas determinadas, en la que cada cual funciona y planifica a base de expectativas patrimoniales válidas y conocidas, surgidas de la relación de confianza mutua en que están inmersas.

B) Que el deber de comportarse en forma leal y cooperadora se defina a base de aquellas convicciones éticas sobre la convivencia social que estén a la altura de nuestros tiempos, y

⁶⁶⁷ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 912.

⁶⁶⁸ GODREAU, M., *op. cit.*, pág. 300.

C) Que el contenido concreto de dicho comportamiento se determina a la luz de las circunstancias específicas de cada relación particular⁶⁶⁹”.

Para concluir seguimos tomando las palabras de GODREAU⁶⁷⁰ sobre como la confianza, la voluntad y la buena fe se transforman en un sólo modulo garantizador de la contratación y que a su vez podrá ser utilizado como un criterio valorativo sobre el adecuado o no, retiro de las negociaciones.

“La voluntad contractual de las partes se mide por la confianza legítima que la actividad voluntaria de cada una de ellas inspira a la otra, es decir, la voluntad mirada a través del medio social, usos, costumbres, necesidades interpretada según las exigencias de la lealtad y la buena fe en la vida civil. El medio social es capaz de imponer un modelo de comportamiento exigible jurídicamente y que modula los principios de libertad y autonomía contractual. La confianza es legítima cuando se apoya sobre una apariencia y unos actos constatables”.

4.8.1 EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LA MODERNA DOCTRINA ITALIANA

Como se explicitaba en líneas anteriores, en la época moderna el concepto de confianza viene hoy día ocupando el primer plano en la doctrina y a pesar de sus diferentes tratamientos todos coinciden en buscar su fundamento en la buena fe, sin importar la naturaleza legal que se le reconozca a la responsabilidad originada por la ruptura injustificada de las negociaciones, así por ejemplo GRASSETTI afirma:

“La buena fe, es la lealtad recíproca de conducta, es el comportamiento leal en las relaciones sociales, es la causa justificadora de la confianza, y al mismo tiempo una exigencia imprescindible de conducta⁶⁷¹”.

⁶⁶⁹ Se sigue aquí la clasificación que hace GODREAU, M., *op. cit.*, págs. 304 y ss.

⁶⁷⁰ GODREAU, M., *op. cit.*, pág. 300.

⁶⁷¹ GRASSETTI, C., “L’interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti” (Cedam, Padova, 1938), págs. 197 y ss. Quien en su obra, afirma que la ruptura de la negociaciones no tiene otro fundamento que el de un ilícito aquiliano. No obstante, no se puede pasar por alto, que para la época en la que se publica su obra, se estaba todavía bajo la vigencia del antiguo Código Civil del siglo XIX (con fuerte influencia del Código Civil francés), el cual como se recordó en su momento, no contenía norma sobre la conducta leal en la fase de tratos preliminares.

Ya seguidores de la moderna escuela italiana, como BIGLIAZZI no sólo comparten dicho concepto sino que tratan de buscar su fundamento en normas de orden constitucional afirmando que:

“Para una correcta interpretación de la norma del art. 1337 C.c., se debe tener en cuenta los diferentes principios constitucionales, y en especial el concerniente al de solidaridad y la confianza como regla general de la tradición jurídica italiana⁶⁷²”.

Para un global entendimiento de lo aquí expresado, el maestro se refiere a la confianza como una regla general de la tradición jurídica italiana, en la medida, que es la fuente y justificación del negocio jurídico y sus efectos, de tal forma que a su vez ésta soporta la esencia de la voluntad negocial, situación que conlleva a que al *affidamento*, se le reconozca un rango constitucional.

En el panorama Italiano, el tema de la confianza como elemento esencial en la valoración del daño precontractual, ha sido desarrollado tratando de darle una solución sistemática, destacándose dos posiciones, las que podemos resumir así: La primera busca tutelar la libertad de iniciativa del sujeto, delimitando el caso de la ilicitud de la ruptura solo cuando se está frente a casos donde la conducta se muestra abiertamente fraudulenta, o se obra de mala fe, durante el inicio o durante el desenvolvimiento de las negociaciones, vale decir entonces, que aquí el fundamento de la confianza se quebranta por el actuar desleal de la contraparte, relacionando el concepto de buena fe y confianza con la palabra dada, y con la rectitud del comportamiento de la contraparte.

La segunda reconoce, una amplia posibilidad de la ruptura, aquí el fundamento de la confianza radica en la diligencia debida, que debe adoptar y tener en cuenta las partes durante las negociaciones, de tal forma que no sólo se reprocharan las conductas abiertamente desleales y de mala fe sino todas aquellas, en donde no haya presencia de la intención positiva de causar daño, sino simplemente, si una de las partes pudo prever que existía una eventual celebración de un negocio y no se lleva a cabo por el negligente

⁶⁷² BIGLIAZZI, G., “Contributo ad una teoria del l’interesse legittimo nel diritto privato” (Giuffrè, Milano, 1967), págs. 251 y ss.

actuar de su contraparte, existe por tanto un daño provocado y por tanto está dado el supuesto de la confianza legítima.

Sin duda, el último criterio hace más compleja la materia, ya que hacer una debida individualización de la conducta fundamentada en una legítima confianza tendría variados elementos, que a la hora de una concreción serían tan variados como complejos y por tanto dicha valoración sería difícil que escapara a subjetivaciones. No obstante, si se decide acudir o no, a los supuestos en mención, parece que analizada con criterios objetivos, la confianza de la otra parte se considera razonablemente motivada, siempre que los tratos hayan llegado a un punto tal como para que se encuentren prácticamente definidos los elementos esenciales del contrato proyectado y, por consiguiente se puede afirmar que en éste caso pueda resultar fundada la confianza en la futura conclusión del contrato⁶⁷³. La anterior situación, coincide por lo general en un estado avanzado de las negociaciones, o lo que denominó FAGGELLA⁶⁷⁴ en aquella fase de perfección y conformación definitiva de la oferta, donde el *iter* preparatorio se intensifica o marca una dirección más profunda a medida que nos aproximamos a la existencia del consentimiento.

Sin importar cual de las vertientes se adopte, hoy día coinciden todos en considerar que aunque propiamente en la fase de tratos preliminares, la confianza se traduce en considerar las *trattative* como la relación patrimonial que aunque todavía no exista un acuerdo perfecto, las partes se deben comúnmente respecto y reciproca lealtad. Nosotros nos decantamos por una visión integradora frente a los dos criterios, lo cual nos permite presentar un panorama más completo sobre la incidencia de la confianza como fundamento de la relación precontractual. Al respecto GRANATA acertadamente sostiene:

“Etimológicamente la confianza, es sinónimo de lo que es socialmente correcto al otro, y por tanto en la actualidad es posible afirmar que es una regla concreta de comportamiento la consagrada en el art. 1337 C.c. El legislador ha querido proteger, imponiendo a los contratantes la obligación jurídica de comportarse, aún en el período precontractual, correctamente de conformidad con la lealtad, y la buena fe. Particularmente en ordinario al período precontractual la tutela de la confianza, y de comportamiento leal y honesto se materializa en el deber para las partes de no proceder fingiendo los reales propósitos, comportándose artificial e inadecuadamente, haciendo proposiciones capciosas, y haciendo entender una ignorancia simulada a su contraparte; actuando sin duda con la reticencia, con el descuido tosco de las normas

⁶⁷³ NANNI, L., “La buona fede contrattuale...”, cit., págs. 6. y ss.

⁶⁷⁴ Vid., FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., págs. 269 y ss.

usuales de conducta en el contenido de la declaración o del comportamiento de la contraparte, con el disimulo de posibles vicios del negocio, en el deber, en una palabra, abstenerse de usar los medios incorrectos y desleales y mantener, en cambio, una conducta honrada, fiel, y clara, para no lesionar el interés del otro sin justificación de una protección legítima⁶⁷⁵.

A nuestro juicio, la anterior postura, no sólo es la más objetiva (y por tanto la que más fundamento tiene), sino que unifica criterios ante los dos tratamientos que se le da a la confianza en la materia, situación que se comparte en todo pues como ya se dijo anteriormente, *“El contratante que no previendo negligente o dolosamente aquellas consecuencias inherentes al tipo de negocio adelantado, y conforme a la buena fe, incumple las expectativas del que ha confiado, se comporta contra ius, lesiona intereses del otro extremo negocial, obrando de una forma antijurídica”*.

Además, hay quienes como en el caso de NANNI⁶⁷⁶ encuentran el fundamento de dicha protección en las actuales circunstancias del tráfico moderno, las cuales demandan una tutela de la circulación de la riqueza, segura y rápida, situación que objetiva las reglas de conducta fundadas en la necesidad de un mando judicial en la función económico-social de la acción de autonomía privada y por consiguiente en la demanda de proteger al contratante más débil.

En el panorama italiano, entonces, suscitará responsabilidad precontractual prescindir de la situación que demanda el canon de conducta de la buena fe, el cual debe dirigir toda la actividad prenegocial, y cuya confianza impone diferentes obligaciones jurídicas de carácter negativo y positivo. Así, la confianza y de acuerdo con el principio general de la solidaridad y de la igualdad sustancial será el instrumento de legitimación del control judicial de la función económica que tiene la relación contractual.

⁶⁷⁵ Citado por DE MAURO, A., y FORTINGUERRA, F., “La responsabilità precontrattuale...”, cit., pág. 100. Así también lo reconoce ALBERICI, G., *op. cit.*, págs. 1062 y ss. Donde afirma: “que el bien tutelado del art. 1337 es la confianza en la lealtad, corrección y rectitud en el trato de las negociaciones, lo cual se transforma en el desenvolvimiento de paridad y seriedad de las propuestas que se hagan las partes.”

⁶⁷⁶ NANNI, L., “La buona fede contrattuale nella giurisprudenza...”, cit., pág. 550.

4.8.2. LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LA CONFIANZA DEL OTRO EN LA VIGENTE DOCTRINA ALEMANA

Las implicaciones y fundamento de la doctrina de *la culpa in contrahendo*, de siempre ha estado vinculada a la confianza en el derecho alemán. En la actualidad la escuela bávara defiende en gran parte toda la doctrina expuesta por los italianos, lo que sucede es que los germanos, materializan la confianza en dos obligaciones concretas, la primera en las obligaciones complementarias de la fase precontractual (los deberes secundarios de conducta ya estudiados) y por otra parte, la obligación de reparación del daño negativo sustentado sobre la confianza depositada en la contraparte cuando el contrato no es concluido, lo que se denomina como las relaciones de contacto social.

Parten entonces del supuesto, que para que sea indemnizable los daños causados por el contacto social, basta no sólo con la existencia de una confianza, sino con una vinculación jurídica existente entre el daño y su causa, así entonces es necesaria una falta o negligencia. La teoría de la *culpa in contrahendo*, imponen en la fase de las negociaciones, el cumplimiento de las obligaciones complementarias (son estas las obligaciones previamente estudiadas, incluyendo las obligaciones de protección-), independientemente del estado de las negociaciones, o si estas generan la realización del contrato.

Para dar una visión generalizada y complementaria en el sistema alemán, nos detendremos particularmente en la obligación de información en el curso de la fase precontractual. Aquí cada parte debe informar e informarse sobre los elementos esenciales y fundamentales para la conclusión y ejecución del contrato proyectado, así las cosas las partes no deben escatimar esfuerzos para obtener dicha información ya sea porque la conocen o porque la deberían obtener⁶⁷⁷.

Se reprochan entonces como vicios del consentimiento (en casos donde existe conclusión del contrato), los casos de información errónea o incompleta⁶⁷⁸, dando en su caso la oportunidad a aquel que ha sido inducido al error, a que se libere de la obligación,

⁶⁷⁷ PEDAMON, M., *op. cit.*, pág. 101.

⁶⁷⁸ TEGETHOFF, M., *op. cit.*, pág. 357.

o a que se le conceda una reducción del precio estipulado y pagado⁶⁷⁹, que por lo general es excesivo a un precio real en cuyo caso la diferencia hace parte de la indemnización a favor del perjudicado.

Frente a la confianza como supuesto esencial de los procesos de formación contractual, se considera que el simple hecho de dar por terminadas las negociaciones precontractuales, en ningún momento presupone una sanción jurídica, por el contrario es necesario que la interrupción de las negociaciones, del contacto social sea a causa de una falta o negligencia de una de las partes. La teoría de la *culpa in contrahendo* impone la reparación del daño causado con ocasión del contrato proyectado. El debate de orden doctrinario sobre el momento del nacimiento de las obligaciones precontractuales, quedó finiquitado con la reforma del libro de las obligaciones del *B.G.B.*, al consagrar que desde el mismo momento en que las partes se ponen en contacto estas tienen unas obligaciones precontractuales, parágrafo: 311.2 al consagrar que de las relaciones de contacto social nacen relaciones obligatorias, las cuales crean deberes.

Según el apartado de segundo del parágrafo 311, se consideran como casos encuadrables en la *culpa in contrahendo*, los que se originan en una relación jurídica que nace en la formación contractual, y más concretamente en la preparación de un contrato, la negociación potencial, y los contactos negociales análogos. El primero de los supuestos puede concluir en un contrato o no. El segundo supone simplemente una invitación a contratar, y los demás que no tienen cabida en los dos ya mencionados, pueden tener encaje en el tercero, siempre y cuando el contacto negocial, genere una relación obligatoria. Situación aunque deseable no deja de aportar oscuridad, frente a su amplitud e in concreción, además su más que difícil aplicabilidad práctica⁶⁸⁰.

De igual forma es menester, resaltar la inclusión de la *culpa in contrahendo* de los terceros, la cual también se consagra normativamente en el parágrafo 311, en su último

⁶⁷⁹ PEDAMON, M., *op. cit.*, pág. 41. Afirma el autor que esas soluciones aparte de ser originales permiten una real refacción de los términos del contrato, transformando el principio del contrato-ley, constituyendo una razón para tener en cuenta, la importancia que tiene el período precontractual en el derecho alemán. Para nosotros, la sorpresa no tiene la dimensión que el autor presenta (tal vez, por ser un estudioso del derecho inglés), puesto que en los ordenamientos latinos es uno de los instrumentos más utilizados para resolver los casos de los vicios del consentimiento de carácter saneable.

⁶⁸⁰ Así lo reconoce, ALBIEZ DOHRMANN, K, J., "Un nuevo derecho de obligaciones, la reforma 2002 del *B.G.B.*", *A.D.C.*, 2002, julio-septiembre, pág. 1192.

apartado, reconociendo que pueden ser responsables cuando utilizan la confianza para influir en otros para que contraten. Norma que desarrolla un supuesto expreso, que permite establecer la existencia o no de la ruptura injustificada de las negociaciones. Para poder entender la diferencia entre la confianza que está inmersa en todas las negociaciones, y la legítima confianza que es el supuesto necesario para la responsabilidad precontractual en el derecho con tradición latina, es que la primera se presenta en todas las negociaciones sin importar su estado o característica, y la segunda sólo se da con supuestos concretos, los de apariencia legítima –también ya estudiados- y permite por tanto la calificación de la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de las negociaciones.

La jurisprudencia ha enunciado claramente la obligación de negociar de buena fe la cual es sinónimo de la legítima confianza. Una parte que en el curso del contacto social, ha suscitado la creencia que el contrato será concluido, y que sin razón legítima o por motivos ulteriores interrumpe las negociaciones, debe reparar el daño en la ruptura de las negociaciones⁶⁸¹. En general:

“Una parte no puede hacer nacer por negligencia en la contraparte la esperanza que el contrato será concluido...La esperanza en todo momento deberá fundarse en reales expectativas objetivas por parte de la víctima, y por tanto se reconocerán los perjuicios causados, en especial esos gastos ejecutados y considerados como necesarios en aras al cumplimiento del contrato futuro..”

Hoy día en la cultura jurídica alemana, se reconocen dos casos de ruptura injustificada de las negociaciones, por una parte los casos donde la no conclusión del contrato se da conforme a la negligencia o falta de una parte, y en los otros casos en donde la ruptura es producto de una actuación voluntaria de las negociaciones por una de las partes⁶⁸². En ambos casos, se reconoce la obligación resarcitoria. En cuanto al daño

⁶⁸¹ MARKESINIS, B., *op. cit.*, pág. 69. Aquí el autor referencia diversas sentencias del *Bundesgerichtshof*, del 10 de Julio 1970, *N.J.W.*, 1970, 1840; *Bundesgerichtshof*, de 12 de junio de 1975, *N.J.W.*, 1975, 1774 (caso núm. 20); *Bundesgerichtshof*, de 22 de febrero de 1989, *J.Z.* 1991, 199 a 2002, entre otras. También relaciona las siguientes sentencias, donde en todas el alto Tribunal judicial hace una referencia clara a la buena fe y la confianza en los procesos de formación contractual, así, *Bundesgerichtshof*, 8 de junio 1978, *B.G.H.Z.*, 71, 386, 395-7; *Bundesgerichtshof*, de 7 de febrero de 1980, *B.G.H.Z.*, 76, 343, 350-1 entre otras. Para ver toda la referencia bibliográfica pág. 69 a 72 de la obra ya citada, también incluye una generosa bibliografía TEGETHOFF, M., *op. cit.*, pág. 361 y ss.

⁶⁸² DE CONINCK, B., *op. cit.*, pág. 60.

reparable, los alemanes reconocen que se debe reparar el daño negativo, ahora la diferencia respecto a los italianos, radica en que los bávaros, reconocen que el interés negativo puede ser múltiple y muy diverso, incluso sobrepasando el interés positivo, en los casos donde se puede probar que sin *la culpa in contrahendo* el contrato se hubiera podido concluir en las condiciones previstas por la parte perjudicada⁶⁸³. La anterior condición por lo general sólo se reconoce, en los supuestos en los que las negociaciones están bastante avanzadas, y no es de recibo pacífico por parte de la doctrina.

En conclusión en la actualidad, los alemanes reconocen la *culpa in contrahendo*, con fundamento en la confianza que depositan los que intervienen en las negociaciones por el simple hecho de participar cada parte en el mercado por su simple “contacto”, de tal forma que si dentro de ese contacto, se causan daños a las contrapartes estos deberán ser resarcidos. No obstante el concepto de la legítima confianza y sus supuestos al que hemos dedicado la mayoría de este capítulo, es retomado por los alemanes, para establecer si hay una ruptura injustificada de las negociaciones –la cual es una de las múltiples hipótesis que maneja la *culpa in contrahendo*-, así las cosas, la legítima confianza será tenida en cuenta para establecer el *quantum* indemnizatorio, más no para establecer la existencia o no de la responsabilidad precontractual, supuesto totalmente opuesto al que se partimos en la presente investigación.

4.8.3. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA UN SUPUESTO DE DIFÍCIL RECONOCIMIENTO EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA

Como hasta aquí ha quedado visto, la doctrina siempre ha atribuido a la figura de la confianza en torno a un bien jurídico de merecida protección legal, sobre la base de elementos inequívocos de carácter subjetivo que pueden ser acentuados o caracterizados por diferentes circunstancias. No obstante, al momento de hacer un seguimiento jurisprudencial sobre la eficacia de este reconocimiento en la fase de las negociaciones,

⁶⁸³ Por ejemplo FONTAINE, M., *op. cit.*, pág. 43, reconoce que no es una práctica novedosa de los alemanes, por el contrario, también el parágrafo 122 del *B.G.B.*, reconoce que los daños y el interés negativo pueden ser mayores que los limitados en el interés positivo.

nos encontramos frente a un panorama porque no, *desolador*⁶⁸⁴. La jurisprudencia al momento de entrar en estudio la ruptura injustificada de las negociaciones, no duda en reconocer que por lo general la confianza se da en los estados avanzados de las mismas, pero a su vez son escasas las referencias jurisprudenciales que se tienen sobre la materia y el reconocimiento de daños ocasionados en las negociaciones por tanto son más bien la excepción en la materia.

Así lo ratifican por ejemplo la Audiencia Provincial de Madrid, en la S. de 29 de marzo de 2004, donde registran la confianza como un elemento esencial de la *culpa in contrahendo en la ruptura injustificada de las negociaciones*, pero cuyo supuesto no es reconocido judicialmente en el caso de autos:

“La ruptura injustificada de negociaciones, viene a fundarse, de una parte, en el quebranto de la confianza generada en la etapa preparatoria de un contrato, generadora de expectativas cuyo fracaso resulta perjudicial para los intereses de la reclamante, o como dice la S.T.S. de 5 de abril de 1999 (R.J. 1999, 1873) , cuando «se actuase desoyendo la recta actuación que en cualquier fase del "iter" negocial, debe presidir la teleología "ad stipulationem", esto es, obrando bajo los principios de la diligencia y la buena fe, base de la confianza recíproca entre los interesados», y de otra, en la ausencia de justa causa para tal ruptura por parte de la demandada, «esto es, que haya actuado maliciosamente, o de mala fe, o lo que es igual, que con su conducta no justificativa, se apartase, sin razón alguna, o caprichosamente, del "iter" negocial así iniciado⁶⁸⁵”.

A juicio del despacho, a pesar del basto material probatorio (lo cual en principio permitirían suponer la existencia de unas negociaciones prolongadas), no existen pruebas que pueda ser calificadas como supuestos reales de valoración legítima de situaciones de confianza. Al respecto es muy difícil que podamos hacer un análisis completo y objetivo del caso, puesto que no hay un recuento detallado en la sentencia de hechos que nos permitan establecer si existen causas para creer que se dan los supuestos para el establecimiento de una legítima confianza. En similares términos encontramos la sentencia proferida por la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra donde se resuelve el recurso de apelación 355-2006, donde el *ad quo* como el *ad quem*,

⁶⁸⁴ Del panorama descrito por ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 915, a la fecha ha cambiado muy poco, el art. 1902 continúa siendo la panacea y las enseñanzas de la jurisprudencia, como consecuencia de la deficiencia normativa y científica, se continua caracterizando por su escasas y abstracción legal.

⁶⁸⁵ S. de la A.P. de Madrid de 29 de marzo de 2004 (JUR. 2004, 248496).

desestiman las peticiones, por no encontrar fundamento probatorio que pueda establecer que existió una legítima confianza por parte del perjudicado⁶⁸⁶.

No obstante, encontramos una sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Salamanca, donde el juzgador reconoció la existencia de una *culpa in contrahendo* por haberse lesionado la legítima confianza que en ese entonces había nacido en la contraparte. Los hechos que motivaron el recurso se basan en unas negociaciones que adelantó una empresa encargada de cada año en el Ayuntamiento de Salamanca de organizar una serie de conciertos y actividades culturales. Dicha institución se puso en contacto como todos los años con una empresa para logística y la contratación de los grupos musicales, cuyas negociaciones se prolongaron y producto de las mismas, el contratista celebró un contrato con un grupo musical, al acercarse apresuradamente las fechas del festival. Intempestivamente, se rompen las negociaciones y se inicia el litigio. La sentencia afirmó:

“Resulta más que evidente que Gamerco ha actuado movido por la confianza legítima de que en su momento, y al igual que había ocurrido en iguales ocasiones se iba a concluir un contrato de actuación musical cuya preparación estaba encomendada a Leonardo o a otras personas que prestaban servicio para la demandada, que unilateralmente y por diversas razones, ajenas totalmente a la actora, en un determinado momento ha roto las negociaciones⁶⁸⁷”.

Del material probatorio extractado en el recurso encontramos varios supuestos que nos permiten establecer el nacimiento de una consecuente y legítima confianza por parte del perjudicado, el primero es la existencia de contratos firmados con anterioridad, sobre el mismo objeto y con una temporalidad similar (único supuesto que resalta el juez en su decisión), otros supuestos de vital importancia son: el hecho que los empleados de ambas partes programaran las actividades por desarrollar asignando funciones y plazas concretas, la existencia de un contrato que de igual forma fue elaborado multilateralmente, y que estaba en poder del demandado para su firma, el múltiple intercambio de correos

⁶⁸⁶ S. de la A.P. de Pontevedra de 21 de junio de 2006 (A.C. 2006, 1518), en la cual no se concede el recurso por carecer de supuestos probatorios que permitan el establecimiento de una legítima confianza, dentro de las negociaciones objeto de litis, en similares condiciones, se puede consultar también la sentencia S. de la A.P. de Burgos de 12 de septiembre de 2005 (JUR 2005/141209).

⁶⁸⁷ S. de la A.P. de Salamanca de 31 de enero de 2005 (A.C. 2005, 181)

electrónicos donde altos funcionarios informaban concretamente las fechas y actividades que debían estar a cargo de la lesionada y donde incluso se remitía una oferta de un grupo musical, oferta que fue aceptada por el contratista y que genera los perjuicios alegados en juicio, en fin, como se puede constatar son múltiples los actos generadores de la consabida confianza, y que hubiesen podido permitir una mejor fundamentación y sustentación del fallo, así como el reconocimiento no sólo del daño emergente, sino también de un lucro cesante, puesto que no se reconoce algún otro factor indemnizable por parte del juzgador.

Del análisis efectuado anteriormente sobre las sentencias citadas, puede concluir que sin duda uno de los mayores problemas que presentan los casos de la ruptura injustificada de las negociaciones es la demostración probatoria de aquellos hechos que fundamentan la confianza, puesto que en la totalidad de ocasiones el juzgador sustenta sus fallos desestimatorios justamente porque no logra encontrar probado dicho estado, denotando sin duda un estado de indefensión de quienes actúan correctamente y quienes en muchas ocasiones amparados en la consabida confianza, no se esmeran por dejar constancia del estado de las negociaciones.

Tal orientación es fácilmente identificable al estudiar numerosas sentencias, no solo españolas sino italianas, donde es reiterada la exclusión de la posibilidad del reconocimiento de la existencia de una confianza legítima, alegando en algunas ocasiones que la parte se limitó a la definición del precio y del objeto en una compraventa inmobiliaria, deduciendo en las negociaciones un inminente acuerdo olvidando que faltaban elementos que pudieran identificar la confianza como la entrega anticipada de parte del precio, o la redacción de una minuta entre otros⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ Así por ejemplo, lo reconocen las sentencias del Trib. Napoli del 23.12.71, *D.G.*, 1972, pág. 324 con nota de ZUCCONI, En dicha nota, el autor apunta, que: “Es indebida la exigencia de tales supuestos, puesto que en primer lugar se desconoce la libertad con la que operan las partes en las negociaciones y que se ve soportada en el principio de libertad contractual y en segundo lugar, que dichos supuestos son más de carácter contractual que negocial y por tanto al parecer existiese un aparente tinte más de la exigencia de elementos contractuales que las verdaderas circunstancias que se pueden dar en vía de formación contractual. También el mencionado autor, referencia que la indebida práctica jurisprudencial se ha presentado desde tiempo atrás así, *App.* Milano 23.5.47, T, 1947, pág. 519, Trib. Napoli 15.11.69. T, 1969, pág. 390.

Supuestos que no se comparten puesto que las arras (sin importar su clase confirmatorias o penales) son elementos accesorios de los contratos, y por ende su exigencia en la parte de negociaciones no es admisible ya que como es sabido, no existe un acuerdo definitivo, y si lo existiera, no se estaría en materia precontractual (o de formación) sino de cumplimiento y por tanto no sería necesaria la presencia de documentos que probaran la existencia del contrato o de elementos accesorios para demostrar la confianza existente, pues en el caso que más que la efectividad de un contrato para alegar la consabida confianza.

En fin es claro, que el problema de la confianza en la práctica judicial se limita a la fase probatoria de tal forma, que su existencia depende de la cantidad de elementos o pruebas que le permitan al juez materializar el fundamento dogmático que hasta aquí hemos desarrollado, tratamiento que hace que en la actualidad el reconocimiento de dicho teorema sea más una excepción que un supuesto de aplicación frecuente en los fallos judiciales.

4.9. HACIA UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR LA LESIÓN A LA CONFIANZA

Como hasta aquí, puede constatar el lector, la actual investigación se sustenta sobre temas indeterminados y abstractos, como lo son la buena fe y la confianza, conceptos, que desde su mismo nacimiento e incorporación dentro de la doctrina y el ordenamiento jurídico han causado aireadas reacciones por los positivistas, y arduas defensas por los iusnaturalistas. Al respecto el panorama presentado, difícilmente pudiera haber sido otro, ya que las dificultades que tienen sus contenidos, le trascienden a las necesidades de la delimitación de sus ámbitos de aplicación, siendo ya de por sí problemáticos y por tanto la labor de trazar unas fronteras ha sido ardua, pero consideramos que lo hemos hecho. Lo paradójico de todo, es que a pesar de la inconcreción de sus conceptos, de lo dispersos de sus contenidos hoy día los temas debatidos son los que estructuran la piedra angular del derecho privado, y de la materia de las obligaciones propiamente.

El derecho positivo se caracteriza y lo ha hecho desde siempre, por su virtud propia, por su determinación y seguridad, que la aplicación de esos conceptos mal valorados o subjetivados puede poner en peligro. Si las relaciones sociales modernas, exigen una confianza entre los cocontratantes, que no debe ser engañada, estas relaciones exigen ante todo normas seguras y fácilmente aplicables, con el fin que todo el mundo sepa a que atenerse. No basta con alegar la noción de confianza y de la extensión o elasticidad del principio de la buena fe, para determinar como una medida segura la reparación del daño; porque tal y como queda demostrado en el estudio, ambos conceptos son demasiado amplios, abstractos y hasta sutiles en algunos casos, por no muchas veces psicológicos.

Si bien alguna parte de la doctrina afirma que estamos asistiendo al ocaso del positivismo y que por el contrario, asiste una exigencia de contraponer a una ética de la legalidad estricta una ética de la justicia⁶⁸⁹ -la cual sustenta su origen en la naturaleza, y no en la variabilidad del legislador-, lo que con urgencia se requiere, para la estructuración sistemática de una teoría de la confianza, son horizontes donde el precepto deje de ocupar esa abstracción que le permite ser considerada como parte integrante del derecho civil vigente, y como sustentador de la responsabilidad precontractual, porque sin duda así se podrá operativizar e instrumentar los diferentes mecanismos jurídicos.

Y no porque en la actualidad no sea así, sino porque por la misma inconcreción del concepto se le ha catalogado por algunos como un criterio subjetivo de apreciación psicológica, o se ha sostenido también, incluso con exceso, que la confianza, desborda el mismo principio de la ley, puesto que tiene una fuerza autónoma al ser considerada como un principio jurídico fundamental. El anterior panorama no es otra cosa, que una representación del caos, que dentro de la doctrina jurídica pueden llegar a generar los conceptos válvula, cuando no existen unos criterios armonizadores de sus contenidos. Por tanto lo que aquí demandamos, no es un simple formalismo jurídico, -porque queda aquí demostrado-, que incluso dentro del actual panorama se puede construir objetivamente criterios generales determinadores del grado de confianza que se pueda llegar a suscitar en las partes dentro de las negociaciones previas a la concreción contractual- sino unas

⁶⁸⁹ BOBBIO, N., “El problema del positivismo jurídico” (Fontamara, México, 1994), pág. 84.

normas que nos planteen un horizonte más claro sobre las implicaciones y alcances de la confianza.

Ante la evidente inconcreción legal, de forma muy segura es que en la actualidad, algunos dudan todavía sobre la existencia de una responsabilidad precontractual por la ruptura de las negociaciones, y más sobre un pensamiento de protección indemnizatorio de expectativas. Las condiciones del actual tráfico moderno, hacen que cada día sea más necesario, una consolidación de lo que la moderna doctrina europea ha venido defendiendo, para hacer frente a las modernas situaciones que nos presenta el derecho de daños, contextos, que no pueden ser considerablemente protegidos dentro de los lineamientos convencionales y clásicos que han defendido generalmente los estudiosos de la ciencia jurídica.

Ya las iniciativas de unificación y armonización del Derecho europeo que se vienen gestando dentro del seno de la Unión Europea, se presentan como una luz que comienza a iluminar el panorama que si bien no se exhibe oscuro, no deja de ser confuso. Pero por infortunio, como los mismos estudiosos europeos lo han indicado, todavía falta mucho camino por recorrer y por tanto, el sueño de la unificación y uniformidad europea, todavía demanda, tiempo, construcción y además disposición política y cultural. Por tanto, se ve como la alternativa más cercana, acudir al legislador nacional para que sea él quien desde las iniciativas académicas, incorpore y clarifique por tanto diferentes articulados, que permitan estructurar no sólo unos preceptos que regulen la confianza, sino la novísima responsabilidad precontractual.

V. LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES

5. 1. UNA HIPÓTESIS DE DIFÍCIL RECONOCIMIENTO

Como quedó visto en el capítulo cuarto, ha existido una evolución muy marcada sobre la viabilidad de la existencia de unos daños causados en la etapa de las negociaciones. Con la llegada del modelo económico de SMITH y su notable influencia dentro del derecho francés, los tratos preliminares hacían parte de la libertad del mercado que demandaba la política del “dejar hacer”. Debido a lo anterior, se creía que sólo los contratos obligaban, y mientras se estaba en vías de su formación, las partes podían actuar con total libertad.

Así, en principio la ruptura de los tratos preliminares debía ser considerada como un derecho potestativo, constituyéndose en una inequívoca expresión del principio de la libertad de iniciativa (casi sagrada), de la autonomía privada. En éstos mismos términos, los primeros italianos que abordaron la materia después de los descubrimientos de FAGELLA, sostenían que no existía una obligación de resarcir los daños causados, cuando se hacían como gastos ocasionados con la esperanza de un aprovechamiento económico que se haría con la eventual conclusión del contrato. PACCHIONI⁶⁹⁰ por ejemplo, afirmaba que por la probabilidad con que los tratos se asumían, de generar un eventual negocio, hacían que los costos de las negociaciones fueran asumidos por la parte, que entraba en negociaciones. Según sus seguidores, no existía daño precontractual, en la medida que concurría una voluntad preordinada cuya voluntad establecía que el contratante era libre o no, de entrar en negociaciones, y por tanto, si se causaban de una u otra forma gastos o perjuicios los cuales, debían ser asumidos como gastos naturales del ejercicio negocial.

Así mismo, sostenían sus partidarios que sancionar la ruptura de las negociaciones con casos de responsabilidad precontractual, era reconocer que el que entraba en negociaciones se veía forzosamente abocado a culminarlas en la celebración de un contrato, situación totalmente ajena a la esencia de los tratos, ya que su único elemento inherente es la concebida libertad contractual⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ PACCHIONI, G., “Diritto civile italiano”, tomo II, vol. II (Cedam, Padova, 1939), pág. 116.

⁶⁹¹ Así lo sostienen, LOI, M, L., Y TESSITORE, T., *op. cit.*, págs. 47 y ss.

De igual forma, la doctrina negó la existencia de deberes, y en especial los de comunicación, al ser catalogados como inoportunos e insostenibles. Rechazaron el hecho de tener que informar la causa o la razón de la ruptura, cuando las partes no estaban llamadas a comportarse sino de acuerdo con sus necesidades patrimoniales. Cuando una de las partes tuviera más y mejor información que su contraparte, la hacía una persona ávida y experta en los negocios, cuya ventaja le facultaba en la obtención de mejores aprovechamientos económicos en aras al conocimiento adquirido. Por tanto no podría sostenerse la existencia de una confianza legítima en la eventual celebración de un negocio, cuando las leyes del mercado demostraban que entre más virtudes individuales se tuvieran, dependía el éxito o el fracaso de los negocios. Así el que entraba en negociaciones era conciente que en cualquier momento podía su contraparte retirarse por sus propias razones.

Por su parte los economistas, promulgaban al mismo tiempo, que la consagración de normas y principios sobre responsabilidad precontractual, no era más que un acto perjudicial, y que ponía en evidencia, las indebidas orientaciones que mantenía el Derecho frente a la realidad económica de los contratos y de los Estados, ya que si se llegaba a reconocer la existencia de unas justas causas para la retirada de las negociaciones, iba a generar incentivos para limitar las estrategias de los operadores económicos, y que necesariamente se confinaría la iniciativa privada y de inversión en la devastada Europa de la posguerra.

Con el dinamismo con el que se ha transformado la forma de hacer negocios, se puso en evidencia y más en los años setenta del siglo pasado, que dichas argumentaciones eran insostenibles, que el culto al individualismo profesado durante años estaba en crisis y que tanto la legislación como los principios básicos de la economía debían apuntar hacia la eficacia, equidad y altruismo de las negociaciones. Imponiéndose en definitiva estándares de conducta que vendrían respaldados por principios romanos, como la buena fe y el fortalecimiento en cuanto a la protección de la parte más débil de las negociaciones, asignándole unas especiales condiciones de comportamiento durante toda la intervención dentro del *iter* contractual. Sin duda, el aumento del volumen de la contratación, y la sensación de desprotección y desigualdad entre las partes, conllevaron a

se buscara una doctrina que garantizara unas actuaciones que fundamentaran la lealtad, y la rectitud en la fase de las negociaciones. Para dicha consolidación en el ámbito europeo y propiamente en el comunitario, la experiencia que durante años habían tenido los alemanes en la materia, fue vital, y generó confianza en trazar un conjunto de normas, sin antecedentes en la mayoría de países.

Como fiel reflejo del dinamismo y evolución de la doctrina podemos citar los principios UNIDROIT, los cuales toman la buena fe como una idea fundamental en la bases de los principios contractuales y en la fase de las negociaciones⁶⁹², haciendo de ella un estándar de comportamiento en el comercio internacional. Así se defiende desde el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que:

“Le droit de rompre les négociations est soumis au principe de bonne foi et que même avant qu’une offre identifiable ait été formulée ou puisse être identifiée, une parti ne peut plus être libre des rompre les négociations brusquement et sans justification”⁶⁹³.

La restricción a la libertad de romper las negociaciones, nace porque las partes llegan a un punto de no retorno, que será determinado en función de las circunstancias de espacio, y en particular de la valoración que se haga frente a la otra parte, tanto de su comportamiento como del estado de los tratos. Además, esa tan defendida libertad de no contratar sin duda en el ámbito de las jerarquías legales, cede o se atempera, con el deber de evitar daños en la esfera jurídica de la contraparte en las negociaciones, y por tanto no está en contra de la autonomía privada, como se pretende presentar en muchos casos, por el contrario encuentra su fundamento en principios más elevados del ordenamiento jurídico.

Como es constatable, la forma de hacer negocios en el ámbito profesional ha cambiado. Por fortuna la anterior visión ha hecho, que en los diferentes mercados los instrumentos nos permitan afirmar que los cambios también se vienen gestando y con la intervención del Estado, se han fortalecido los derechos y los deberes de las partes, en especial en las relaciones donde existen marcadas diferencias, como lo son las relaciones

⁶⁹² DE CONINCK, B., *op. cit.*, pág. 97.

⁶⁹³ *Vid.*, DE CONINCK, B., *op. cit.*, pág. 98.

de consumo. Situación que se ha venido extendiendo a todas las relaciones contractuales, sin importar si existe la intervención de expertos o profanos, así, si bien es cierto que las negociaciones siguen teniendo hoy su calidad de actos preparatorios no vinculantes, la doctrina la jurisprudencia y por último la ley, ha venido estableciendo una línea “a veces muy delgada” entre la libertad y la vinculación contractual.

5. 2. UN SUPUESTO ACEPTADO POR LA ACTUAL DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Es la doctrina más reciente, la que ha demostrado que los fundamentos esbozados por los antiguos estudiosos de la responsabilidad precontractual y especial aquellos que se ocuparon por la cuestión hasta mediados del siglo pasado, abocaban su estudio desde supuestos que no pueden ser aplicados en la actualidad. Con la crisis del sistema capitalista y la superación de los más tradicionales principios del liberalismo originario, con la afirmación del Estado Social y la formulación del Keynesianismo, dieron lugar a una reformulación del papel del Estado en lo económico. Junto con las actuales tendencias de la economía hacia una orientación mundial y la concebida liberación del comercio, tanto de productos como de servicios, vendría a tener como consecuencia un mayor aumento de la riqueza, pero denotaría la necesidad del control y de la intervención aún más visible del Estado en la forma de hacer los negocios⁶⁹⁴.

Asistimos en la actualidad a una revolución tecnológica, y con ella la simplificación de los negocios. Las nuevas telecomunicaciones permiten facilitar los procesos de información y la toma de decisiones, operándose en tiempo real y de forma deslocalizada, haciendo muchas veces que desaparezcan las largas negociaciones, lo que conlleva sin duda, *a una revalorización de la confianza como el centro del ordenamiento privado y en especial de la materia contractual*. Con el aumento del volumen de la contratación y con la necesaria garantía del sostenimiento y seriedad tanto de la oferta como de los operadores responsables, hace que se retomen y fortalezcan los principios romanos de la *buona fides*, en toda la etapa de formación contractual. Así BESSONE,

⁶⁹⁴ Así, GARCÍA-CRUCES, J. A., “Globalización Económica y derecho mercantil” (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002), págs. 7 y ss.

reconoce no sólo lo importante que son las negociaciones preliminares para el mercado y su normal funcionamiento, sino como una fuente de las relaciones sociales y del equilibrio económico, afirmando:

“Lejos de comprometer la regla de utilidad social de los tratos preliminares, el operador de un régimen prudente de responsabilidad por la ruptura injustificada de las negociaciones, asegura un mejor curso del mercado, con el mismo hecho de contener el riesgo de iniciativa de los operadores sutiles y descorazonar las conductas desleales o poco correctas de aquellos que sólo busquen su propio provecho, sin importar el costo que esto genera tanto para el derecho como para la economía de un sector específico”.

La jurisprudencia también ha evidenciado la necesidad de un control de la forma de hacer las negociaciones, en las cuales debe mediar la diligencia y la buena fe, siendo frecuente, el encuentro con sentencias que condenan las actitudes desleales entre quienes negocian, y en especial, son claras las decisiones judiciales que consagran:

“Por parte de la demandada, se actuase desoyendo la recta actuación que en cualquier fase del «*iter*» negocial, debe presidir la teleología «*ad stipulationem*», esto es, obrando bajo los principios de la diligencia y la buena fe, base de la confianza recíproca entre los interesados, porque no existe, como se dice, en esa conducta de la eventual arrendataria (en proyectada «*locatio operis*») posibilidad de apreciar que por su parte se haya actuado con esa falta de buena fe, esto es, que haya actuado maliciosamente, o de mala fe, o lo que es igual, que con su conducta no justificativa, se apartase, sin razón alguna, o caprichosamente, del «*iter*» negocial⁶⁹⁵”.

En el año de 1999, la sala de lo civil del Tribunal Supremo, sentó doctrina sobre la imputabilidad que existía frente al demandado, por su actuar negligente y mal intencionado en los tratos preliminares, estando constituida por:

“Por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las entidades ahora recurrentes del proyecto inicial de los demandados en la instancia⁶⁹⁶”.

⁶⁹⁵ S.T.S. de 15 de enero de 1994 (R.J. 1994, 437) y la S.T.S. de 26 de Febrero de 1994 (R.J. 1994, 1198). En definitiva, sostiene el Tribunal Supremo, que “El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto de que en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la *culpa in contrahendo*”.

⁶⁹⁶ S.T.S. de 2 de diciembre de 1999 (R.J. 1999, 9477).

Aún más clara y contundente, fue la sentencia proferida por el Tribunal Supremo en junio de ese mismo año, donde no sólo se condena la conducta negligente de uno de los actores, sino también donde se reconocen los requisitos para la calificación de la responsabilidad precontractual. En ese entonces, se reprochó el comportamiento incorrecto de un Ayuntamiento durante las negociaciones preliminares adelantadas con un empresario por la construcción de un matadero industrial de aves, actividad que iba a ser subvencionada por el Estado y debido a la no aprobación de los subsidios se desistió del proyecto. El Tribunal declara que bajo ninguna circunstancia existió una legítima confianza y por tanto la compra del inmueble por parte del Ayuntamiento fue un acto precipitado y por tanto no hubo la alegada ruptura injustificada por parte del operador económico. En ese entonces la Corte sostuvo:

“En materia de responsabilidad precontractual, para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) La suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato; b) El carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) La efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y d) La relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada⁶⁹⁷”.

Es importante recordar de nuevo, que a pesar que se tienen pocos antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, los casos aquí presentados nos permiten aportar un posicionamiento al respecto, y entonces, no queda más que afirmar, que por parte del máximo Tribunal jurisdiccional español, el supuesto de la *culpa in contrahendo* por la ruptura injustificada de las negociaciones es de recibo en las diferentes sentencias, no obstante sigue siendo un parámetro de difícil existencia, valoración y sobretodo de prueba al momento de establecer una ruptura injustificada en las negociaciones.

La experiencia italiana, es más nutrida; múltiples son las sentencias que reconocen éste supuesto⁶⁹⁸, de tal forma que en la actualidad nadie pone en duda la existencia de la responsabilidad precontractual. La complejidad se ha presentado en el establecimiento y

⁶⁹⁷ S.T.S. de 14 de junio de 1999 (R.J. 1999, 4105).

⁶⁹⁸ Cass., 18 de enero de 1988, núm.340; Cass, 21 de enero de 1985, núm. 226, con nota de MONATERI, P, G., “Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale”, *Resp. civil e prev.*, Roma, 1985, pág.757, *Cass.* 26 de enero de 1985 núm. 399; *Cass.*, 29 de noviembre de 1985, núm. 5920 *cass.*, 18 de abril de 1983 núm. 2651. En la obra de PATTI, S., *op. cit.*, pág. 57 anotación núm. 9., existe una detallada lista de la reseña jurisprudencial.

alcance de lo que se reconoce como *l'ingiusto motivo di recesso dalle trattative*⁶⁹⁹. No obstante hoy día en términos generales, la jurisprudencia tiene su doctrina sentada, sobre una propuesta conciliadora entre la exigencia de garantía de la autonomía negocial de las partes, con la necesidad del respeto de la regla de la buena fe impuesta en la fase que antecede a la conclusión del contrato, así por ejemplo, lo plantea en múltiples sentencias el máximo tribunal italiano:

*“la linea di discriminazione più delicada, in tema di responsabilità precontrattuale, è data dalla difficoltà di conciliare l'obbligo risarcitorio per l'interruzione delle trattative con la autonomia negóciiale riconosciuta alle parti, in base alla quale esse non hanno assunto alcun obbligo fino a quando non si è verificato l'incontro dei consensi; una difficoltà, modesta, che es resa ardua concludere un contratto non può sorgere se non con manifestazioni di volontà negoziale, dirette ad assumere l'impegno della stipulazione del contratto futuro*⁷⁰⁰”.

*“Ma ove non si perda di vista l'ovvio principio che la considerazione delle conseguenze proprie di un'avvenuta conclusione del contratto va tenuta del tutto fuori dall'indagine sulla determinazione dell'area di responsabilità in materia di culpa in contrahendo, resta chiaro il corollario per cui colui al quale tale culpa è addebitabile non può non rispondere di tutti i danni causati all'altra parte in stretta dipendenza delle trattative e della prospettiva di una futura conclusione del contratto*⁷⁰¹”.

En resumen, para la doctrina jurisprudencial italiana la regla de la buena fe precontractual, no determina una obligación de concluir el contrato objeto de las negociaciones, pero la parte que interrumpe las negociaciones cuando en ellas ha existido una confianza legítima de una parte en la conclusión del contrato y la ruptura no es justificada, el dañador deber indemnizar los perjuicios causados a su contraparte.

El derecho francés, que como ya se explicitó se inclina más por la postura clásica en los casos de responsabilidad precontractual, reconoce también el supuesto en los que especialmente se sanciona, el carácter *“déroutant d'une brusque rupture des*

⁶⁹⁹ En el año de 1954 la Corte de Casación italiana, acepta los siguientes supuestos para tal declaratoria: *“Le trattative per la conclusione di un contratto generano un vincolo giuridico risolvendosi nell'obbligo di risarcire il danno in caso di rotura solo quando la parte abbia fatto sorgere nell'altra una ragionevole fiducia nella conclusione del contratto, sucesivamente non perfezionatosi senza giusta causa ed attendibile motivo. Pertanto perche possa essere esperita l'azione ex culpa in contrahendo devono sussistere i requisiti: a) affidamento di uno dei contraenti nella conclusione di un contratto in fieri, b) recesso ingiustificato dell'altro contraente dalle trattative' c) correlativo danno della controparte, consistente nel cosiddetto interesse negativo.”*

⁷⁰⁰ Cass. 21 de enero de 1985 núm. 226.

⁷⁰¹ Cass. 28 de enero de 1972, núm. 199.

négociations”. La línea jurisprudencial francesa, se presenta proclive a la protección de la libertad contractual, no obstante, se reprocha a aquel que no es transparente ni leal en la fase de negociación. En términos generales afirma el máximo tribunal francés, que:

“Une fois vous les débuts de la phase de pourparlers, la exigence de loyauté permet de sanctionner les réactions impatientes et imprévisibles du partenaire⁷⁰²”.

Se admiten de igual forma otros supuestos, por ejemplo la ruptura de las esperanzas legítimas de la contraparte, cuando las negociaciones están en un estado avanzado, como lo es la fase de la firma del contrato definitivo⁷⁰³, o de manera menos brutal después de un período largo de negociaciones⁷⁰⁴. Sostiene el Tribunal:

“Plus (les pourparlers) se prolongent et plus la liberté des parties de ne pas conclure le contrat se restreint⁷⁰⁵”.

Rechazan también las diferentes hipótesis en las cuales, el *partenaire* rompe sobretodo el principio de fidelidad, y debe ser sancionado por la forma *trameuse* como se ha planeado romper las negociaciones⁷⁰⁶; en otras ocasiones se presenta incluso una obligación de mitigar el daño en la fase de negociación, como lo anotan múltiples doctrinantes⁷⁰⁷, situación que no deja de sorprender pues como se enunciaba anteriormente, son los franceses los más reacios a cambiar su postura, y por tanto son quienes más defienden la libertad de contratación. En la actualidad, se puede resumir, que la posición de la Corte de Casación francesa, sobre la materia admite, no sólo los típicos

⁷⁰² Para ver más, *Com.*, 20/03/1972: *Bull.civ.*, tomo IV, núm. 93; *J.C.P.* 1973, tomo II, 17543, con nota de SCHMIDT, J., *R.T.D.civ.* 1972, pág. 779, con observaciones de DURRY, G, A., París 13/05/1989: *R.T.D. civ.* 1989, pág. 736 con observaciones de MESTRE, J.- *CA Riom*, 10/06/1992: *R.J.D.A.* 1992, núm. 893; *R.T.D.civ.* 1993, pág. 343 también con observaciones de MESTRE, J.

⁷⁰³ *Cass. 1re civ.*, 6 enero 1998, *Bull. civ.*, tomo I, núm. 7 *J.C.P.* 1998, tomo II, 10066, con comentario de FAGES, B.

⁷⁰⁴ *Cass. Com.*, 22 Abril 1997, *D.*, 1998, págs. 45 y ss. En la nota de CHAUVEL, P.

⁷⁰⁵ *Cass. Com.*, 7 enero 1997, *D.*, 1998, págs. 46 y ss. En la nota de CHAUVEL, P. En similares términos la sentencia de la corte de apelación de Agen, de 21 octubre de 2002.

⁷⁰⁶ *Cass. Com.*, 20 marzo 1972, *J.C.P.* (G), 1973, tomo II, 17543, con nota de SCHMIDT, J., “*L’auteur du dommage n’a pas informé le partenaire de son intention de ne pas conclure le contrat laissant ce dernier engager des frais très importants. La négociation peut parfois avoir pour seul but de se procurer des informations secrètes et confidentielles sur son concurrent*”.

⁷⁰⁷ C.A. Versailles, 21 de septiembre 1995, *R.T.D. civ.* 1996, págs. 146 y ss., con comentario de MESTRE, J.

casos de mala fe, sino también los supuestos donde se actúa con negligencia o ligereza⁷⁰⁸, y por tanto se debe entrar a reparar los daños causados, afirmándose en múltiples sentencias que:

“Sans avoir à caractériser l’existence d’une mauvaise foi où d’une intention de nuire... dans la mesure ou peut être mise en évidence une légèreté constitutive de une faute dont elle- la société en cause- devait réparer les conséquences”⁷⁰⁹.

Para la corte de casación francés al igual que la corte italiana, la conducta de las negociaciones debe estar gobernada por la buena fe, la cual impone o prohíbe ciertos comportamientos en la fase de los *pourparlers*. Por su parte la jurisprudencia Belga se muestra más renuente al establecer las faltas, por parte de aquellos que intervienen en los *pourparlers*; son escasas las referencias que encontramos hasta los años ochentas del siglo anterior. Con el paso del tiempo la tendencia ha cambiado y el reconocimiento de la *faute* precontractual es más prolífica, llegando incluso a reconocer que la publicidad puede ser un supuesto que genera confianza por parte de las víctimas de una ruptura de las negociaciones⁷¹⁰.

Los supuestos más conocidos son los de la ruptura brutal o sin motivo de las negociaciones, cuando se hace creer de una forma desleal o negligente a la contraparte que el contrato será concluido⁷¹¹. Por lo general se defienden desde los tribunales el *“respect de l’apparence, de la croyance légitime dans le consentement final de l’autre”⁷¹²*. También declara como injustificada la ruptura en los casos donde las

⁷⁰⁸ Existe la sentencia de *Cass. Com.*, 22 febrero 1993, *Bull.civ.*, IV, núm. 79, pág. 61. Donde se establece la obligación de reparar un daño causado a la contraparte, por el solo hecho de una simple *“légèreté blâmable suffit pour engager la responsabilité quasidélictuelle de son auteur”*.

⁷⁰⁹ *Cass. Com.*, 12 octubre 1993, *Express Documents*, núm. 2513, pág. 12.

⁷¹⁰ Bruxelles (4 ch), 5 febrero 1992, *J.T.* 1993, pág. 130.

⁷¹¹ *Comm. Bruxelles* (11 ch.), 19 enero 1990, *R.D.C.*, 1990 pág. 556. El Tribunal reconoce la existencia y procedencia de la acción fundada sobre la falta precontractual. No obstante en el presente caso se establece que no es injustificada la ruptura en la medida que existían motivos económicos valederos para el cese de las negociaciones. En una sentencia donde sí se reconoce el caso de una ruptura injustificada es la del Tribunal de Liège, (7ch), 20 octubre 1989, *R.D.C.*, 1990, pág. 521 con nota de DIEX, X. En su momento la jurisdicción precisó que el rompimiento de las negociaciones cuando están avanzadas, en las circunstancias del espacio estudiado, el autor de la ruptura comete una falta, puesto que su comportamiento adoptado no es el que normalmente adoptaría en circunstancias económicas y sociales análogas una sociedad industrial, especialmente aquel ejecutado por el modelo del hombre prudente y diligente.

⁷¹² Sin duda es el fundamento más homogéneo que se encuentra al hacer una revisión jurisprudencial, así también lo determina MESTRE, J., “Jurisprudence française en matière de droit civil”, B., obligations et contrats spéciaux, *R.T.D.civ.* 1996, págs. 147 y ss.

negociaciones están avanzadas y son rotas sin motivo alguno, incluso estando acordados los elementos esenciales del negocio⁷¹³. En general reconoce los supuestos de la legítima confianza cuando nace por parte de un *partenaire*, de acuerdo a la buena fe en la formación de los contratos.

Al respecto afirma la corte :

*“Rompre brutalement des négociations avancées qui avient fait naître chez le partenaire l’espoir légitime qu’un contrat serait finalement conclu constitue une culpa in contrahendo sur base de l’art 1382 C.c.”*⁷¹⁴.

También es importante destacar como incluso, la jurisprudencia Belga reconoce casos dónde los dos extremos negociales comenten *faut* dentro de las negociaciones, por conductas negligentes⁷¹⁵. En estos casos decide la corte en reprochar ambas conductas, dosificando la indemnización por el actuar también negligente de la víctima.

Para finalizar nos remitiremos a agregar, que se tienen incluso antecedentes del Tribunal Internacional del Comercio⁷¹⁶, donde se reconoció la ruptura injustificada de las negociaciones. Según sus términos la obligación de conducirse de una manera leal significa para cada parte, la obligación de tener respeto para con el otro, y evitar toda conducta que pueda dañarlo. El fundamento jurídico, fue, la buena fe que debe estar precedida en todas las negociaciones. Acepta de igual forma que si bien el concepto de lealtad no se encuentra definido dentro de la *lex mercatoria*, el deviene de la buena fe.

⁷¹³ El Tribunal constató, que la víctima puede legítimamente creer que la conclusión del contrato era inminente. El autor de la ruptura hizo nacer una falsa apariencia, y por tanto no hay porque no reconocer como legítima la confianza suscitada en su contraparte. (Bruxelles (4 ch), 5 enero 1992, *J.T.* 1993, pág. 130. En ese mismo sentido la sentencia *Comm. Liège*, 20 diciembre 1984, *J.L.*, 1985, pág. 149. Se reprocha que aun sabiendo la contraparte que no era posible llegar a concluir el contrato se inician y continúan las negociaciones.

⁷¹⁴ *Comm. Bruxelles*, 30 junio, 1983, *R.D.C.*, 1984, pág. 451. En la sentencia *Civ. Dinant* (5 ch), 16 febrero 1994, *J.L.M.B.* 1995, pág. 407. Se fundamenta también en un caso de actuaciones negligentes, donde por un medio escrito se hacen propuestas para realizar viajes turísticos, en ese entonces se hizo creer al *partenaire*, que su propuesta sería aceptada y éste ejecutó unos gastos para el cumplimiento del acuerdo, el cual fue rechazado, y cuya notificación se hizo en destiempos.

⁷¹⁵ Al respecto se pueden consultar dos sentencias. *Comm. Bruxelles*, 30 junio 1983, *R.D.C.*, 1984, pág. 451; *Comm. Bruxelles* (11ch) 19 enero 1990, *R.D.C.*, 1990, págs. 556 y ss.

⁷¹⁶ Sentencia, *CCI.*, núm. 2291/1975: *Clunet*, 1976, pág. 989.

En resumen, la doctrina y la jurisprudencia europea, avalan la existencia de *la culpa in contrahendo*, y en especial la ruptura intempestiva de las negociaciones siendo un supuesto de reconocimiento legal (la buena fe en las negociaciones), el cual se fundamenta sobre la existencia de un daño ocasionado a la contraparte, sobre la base de una creencia legítima que el contrato será finalmente concluido. La anterior formulación se consolida, con el estudio específico que debe hacer el juez al evaluar individualmente el comportamiento de las partes en la fase precontractual, al constatarlo con el principio de la buena fe y al encontrar que la conducta es constitutiva de un ilícito en la fase de formación contractual.

5.2.1. LOS GENERADORES DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

En general, los autores que se habían planteado la cuestión en el siglo XIX y XX, la resolvieron rechazando cualquier concepto de daño generado con ocasión a la fase inicial de la formación de los contratos. Dado lo anterior, a que al no realizarse la intervención en esta etapa con un ánimo de obligarse, las partes podían apartarse o desistir en cualquier momento de las negociaciones, con lo que los sujetos no hacían más que ejercitar un derecho, y no habiendo lugar a generador alguno de responsabilidad civil.

Por fortuna ese posicionamiento jurídico ha cambiado sustancialmente, y se considera en la actualidad, que en la medida que las partes comienzan a remover todos esos obstáculos que surgen normalmente en los primeros acercamientos, y comienza a generarse poco a poco un interés más cercano en la celebración del contrato, sin duda esa libertad con la que las partes se aproximaron, comienza a desaparecer. Con el avance de las negociaciones, emprenden las partes a hacerse consideraciones sobre la realización cada vez más segura de la celebración del contrato.

Como ya se estudió, desde un principio los generadores de la *culpa in contrahendo*⁷¹⁷ han sido diversos, y cada vez que se abordaba el tema por parte de las

⁷¹⁷ Los generadores de la *culpa in contrahendo* se presentan en la fase de formación contractual y su clasificación se hace de acuerdo a si se concluyó o no el contrato. Si existe por tanto un acuerdo perfecto, la doctrina ha abordado la temática desde la nulidad por vicios de voluntad (error); si por el contrario, nunca se

diferentes doctrinas, se limitaba o se extendían sus alcances, teniendo eso si como eje central de la discusión, la ruptura intempestiva de las negociaciones fuera de los tiempos o circunstancias discrecionales en los casos en los cuales no se alcanzaba a celebrar un acuerdo de voluntades.

La ruptura es un elemento determinante de la responsabilidad en el período precontractual y por tanto ofrece blanco a graves críticas, no sólo por acrecer de base legal en el derecho español⁷¹⁸, francés y belga, sino también por la vaguedad del concepto que no permite asentar en el fundamento de la obligación de resarcir. No obstante, si se acuerda a los adjetivos, arbitrario e intempestivo, el significado que ordinariamente tienen, debe concluirse que FAGGELLA⁷¹⁹ hace nacer la responsabilidad *in contrahendo* de una ruptura adoptada unilateralmente.

5.2.1.1. EL DESACUERDO Y LA RUPTURA

Cuando se habla de la ruptura de las negociaciones estamos frente a un abandono a ese acercamiento que tuvieron las partes con ocasión a la celebración de un eventual negocio. Es justo en ese momento donde entran en juego, dos principios antagónicos pero complementarios, conforme al principio de la autonomía de la voluntad. Por un lado, quienes defienden que en vías de formación contractual, las partes gozan de total discrecionalidad para apartarse de las mismas, sin dar lugar a retribuciones patrimoniales, y por otra parte aquellos, que por el contrario, consideran que si existe dentro del abandono de las negociaciones una lesión al interés de confianza”, (conforme a la frustración de las expectativas), habrá siempre que entrar a reparar los perjuicios originados a la contraparte.

llegó a celebrar el contrato, hablamos de la ruptura injustificada de las negociaciones, tema al cual centraremos nuestros esfuerzos.

⁷¹⁸ Situación que no se presenta en la normativa italiana e incluso portuguesa, en cuyos cuerpos legales existen diferentes normas que consagran típicamente esta responsabilidad, siendo el caso para la escuela italiana de las normas del 1337 y 1338 del Código Civil y para el caso portugués el art. 227 del Código Civil. Al respecto afirma OLIVA RODRÍGUEZ, A. M., “Panorama del derecho de obligaciones y contratos en CASTAN TOBEÑAS”, *R.C.D.I.*, 1989, tomo II, págs. 1454. A pesar que en el ordenamiento jurídico español no exista una norma como la del 1337 del *codice civile*, no quiere decir, que no se pueda entrar a exigir una obligación indemnizatoria como consecuencia de los daños en los tratos, el cual tiene su fundamento en el principio general de la buena fe, art. 7.1.

⁷¹⁹ *Vid.*, FAGGELLA, G., “Dei periodi precontractuali...”, cit., pág. 275.

Superada en la actualidad la corriente liberal cuyo principal criterio era la defensa a ultranza del “*laissez faire*” (que repugnaba cualquier limitación a la autonomía de la voluntad), hoy día se sostiene que los derechos negociales tienen límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza jurídica (siendo un criterio más o menos rotundo tal y como quedó estudiado en el capítulo precedente).

Los tratos preliminares se caracterizan porque son una fase, donde las partes se conocen, intercambian ideas, deliberan y discuten sobre la posibilidad y viabilidad de una eventual negociación. Aquí las partes operan (en principio), con libertad, y de acuerdo a sus prioridades y toma de decisiones deciden proseguir o abandonar las negociaciones. Ahora lo que sucede es que en la medida en que las partes comienzan a superar obstáculos, y los acercamientos comienzan a llevar a las partes a posiciones comunes, la práctica doctrinal y jurisprudencial, reconoce y ha acuñado el término de la existencia de una justa causa para romper o apartarse de las negociaciones. Ahora tampoco quiere decir lo anterior que por el simple hecho de iniciar unas conversaciones, y continuar en ellas, ya se debe partir de la premisa de la celebración del negocio proyectado.

El problema radica, fundamentalmente en ¿Qué se debe entender por la justa causa de la ruptura? Siendo un concepto indeterminado y abstracto, como ya lo hemos puesto de manifiesto, resulta difícil dar una definición precisa, en sede de las negociaciones. No puede decirse que en principio existía un vínculo jurídico, y por tanto el problema radica en cual es el bien jurídico que debe ser tutelado. El problema descende cuando aparece el término confianza, como quedó tratado anteriormente ya que si bien, sus supuestos de existencia también son complejos, una vez sea evidente e identificable en una de las partes, su reconocimiento o no como justa causa, será una labor un poco más sencilla para el operador jurídico, no obstante en las siguientes líneas trataremos de presentar diferentes supuestos y disertaciones para tratar de esclarecer tan difícil cometido.

5.2.1.2. CONSIDERACIONES PARA UNA ADECUADA CALIFICACIÓN

Los tratos preliminares dentro de la normatividad española y francesa carecen de antecedentes legales y he ahí la magnitud de su complejidad; el único referente legal al que

podemos referirnos (en el panorama ibérico), es por la vía de la formulación interpretativa del artículo 1282 del Código Civil al ser estos considerados como la primera fase en la formación de un contrato cierto. Además la jurisprudencia no ha reparado en mantener que para juzgar la intención de los contratantes se atenderá principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato⁷²⁰. Sin duda a los que se refiere el alto Tribunal son los tratos preliminares, aquellos que se producen dentro de la formación del contrato.

No obstante, en la actualidad existe un nutrido movimiento jurisprudencial⁷²¹ y doctrinal no sólo en Alemania e Italia⁷²² sino también en España, por medio de los cual se ha intentado consolidar los fundamentos dogmáticos que deban direccionar la institución en el ordenamiento jurídico, en cuyos resultados se denota constantes cambios de posicionamiento jurídico coincidiendo uniformemente en los llamados casos generadores de responsabilidad civil precontractual. La construcción de la doctrina que hoy se considera consolidada a comenzado por aceptar pacíficamente la concepción de exigir, para que se configure una ruptura injustificada de los tratos lo que se ha llamado como “*un doble requisito conmutativo originario de responsabilidad*”⁷²³, la confianza razonable de la otra parte en que las negociaciones seguirán, y la ausencia de justa causa de la ruptura.

A estos dos requisitos, debemos agregar un tercero, y es que necesariamente a raíz de la ruptura se haya producido un daño en el patrimonio⁷²⁴ de la parte que sufre las

⁷²⁰ Así lo demuestran por ejemplo la línea jurisprudencial desarrollada desde comienzos del siglo pasado. Ver S.T.S. de 26 de diciembre de 1905, la S.T.S. de 21 de noviembre de 1908, la S.T.S. de 26 de marzo de 1923, la S.T.S. de 8 de abril de 1931, la S.T.S. de 20 de febrero de 1940, y la S.T.S. de 20 de abril de 1944.

⁷²¹ Al respecto pueden estudiarse en el caso español, la S.T.S. de 29 de enero de 1965 (R.J. 1965, 262), la S.T.S. de 19 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3812), la S.T.S. de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386), la S.T.S. de 9 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3802), la S.T.S. de 16 de mayo de 1988 (R.J. 1988, 4308), la S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (R.J. 1997, 1240), la S.T.S. de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386), la S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (R.J. 1998, 2934), la S.T.S. de 14 de junio (R.J. 1999, 4105) y de 16 de diciembre de 1999 (R.J. 1999, 8978).

⁷²² Al respecto se pueden citar interesantes trabajos como el de CALUSI, V., *op. cit.*, págs. 470 y ss, los dos trabajos de BENNATI, F., “Culpa in contrahendo...”, *cit.*, 1987, BENNATI, F., A responsabilidade pré-contratual, *op. cit.*, pág. 470., El trabajo del profesor de la Universidad de Roma BIANCA, M, C., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale” *Rivista di Diritto civile*, 1983, pág. 205. RAVAZZONI, A., “La formazione del contratto”, tomo I (Ristampa alterata, Milano, 1973), págs. 37 y ss. ALBERICI, A., *op. cit.*, pág. 1091. CARRESI, F., “Il contratto”, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, tomo II, (Milano, 1987), págs. 693 y ss., entre otros.

⁷²³ GARCÍA RUBIO, M, P., “Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones”, *la ley*, núm. 4, 1989, págs. 112 y ss.

⁷²⁴ Así mismo CUADRADO PÉREZ, C., “Oferta, aceptación y conclusión del contrato” (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003), pág. 55 y la S.T.S. de 14 de junio de 1999 (R.J. 1999, 4105).

consecuencias de aquella, elemento inherente para el momento de determinar la existencia o no de la responsabilidad; lo anterior debido a que lo verdaderamente relevante para la responsabilidad civil es el daño, porque no toda ruptura *per se* genera daños (situación sobre la que profundizaremos en el último capítulo).

Nosotros nos inclinamos exclusivamente hacia el reconocimiento de los tres requisitos, ya que existen por parte de algunos autores una construcción de la dogmática de la responsabilidad precontractual, sobre variados supuestos⁷²⁵, que a juicio propio son imprecisos y no pueden ser exigibles en todas las diferentes hipótesis que se pueden presentar en unas negociaciones (En el capítulo IV por ejemplo, demostramos como no siempre es necesario que las negociaciones sean prolongadas para que nazca una confianza legítima), por tanto consideramos que es más prudente la exigencia de estos tres requisitos para la existencia de la responsabilidad. No olvidando, como hasta aquí lo hemos pretendido que por las especiales circunstancias que se pueden presentar en cada negociación es necesario acudir a un juicio concreto de reconocibilidad sobre la existencia o no de un daño precontractual, sirviéndose de los criterios que pueden acrecer la confianza en cada uno de los casos.

Estudiada la confianza en el capítulo anterior, y habiendo establecido sus presupuestos, podremos compaginar dicha institución con el concepto de la justa causa. Al respecto la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en reconocer que cuando una parte por su forma de comportarse ha generado en la otra, una razonable confianza en la conclusión de un negocio, lícito es que para interrumpir los tratos se necesite una justa causa, cualquier excusa o pretexto invocando la consabida libertad contractual no han de servirle para justificar una ruptura, la que no podría calificarse de otra manera que de caprichosa, con la consiguiente causación de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad, corrección y congruencia de unos comportamientos humanos, de

⁷²⁵ Por ejemplo en la doctrina Belga no francófona, DE BONDT, W., “*Precontractuele aansprakelijkheid*”, R.G.D.C, 1990, págs. 391 y ss. Propone hacer una caracterización común a los supuestos donde se presenta la falta precontractual, fundamentada según el autor en los casos más relevantes de la jurisprudencia. Él afirma que existen cuatro elementos: Unas negociaciones avanzadas, unos gastos importantes por lo general para las partes, la creencia legítima suscitada por la contraparte que el contrato será concluido, y la ausencia de motivos legítimos sobre los cuales se fundamenta la decisión de interrumpir los tratos.

tal manera que se había hecho dogma de aquella creencia que afirma que nadie podrá hacerle creer a la otra parte que las cosas son diferentes de cómo realmente son⁷²⁶.

Aunque sean escasas las legislaciones que consagren estos principios, en la actualidad existe todo un esfuerzo concatenado por diferentes sentencias interpretativas emanadas por los diferentes tribunales en las cuales se dan supuestos de reglas no escritas, donde se busca en todo momento la protección del interés depositado en el momento en el que nace la confianza. Una vez se alcanza entre las partes el supuesto, la libertad para romper las negociaciones es cada vez más limitada, quedando subordinada exclusivamente a una justa causa para que no nazca una responsabilidad o un interés resarcible⁷²⁷.

Reconocida la interrupción sin justa causa de los tratos preliminares, como una fuente de daño para el sujeto interesado en la consecución de la negociación. Se hace sentida la exigencia de un control de los sujetos, partiendo del compromiso de la conclusión del negocio, cuando las circunstancias han dado lugar a que las partes den por cierta la concreción de un futuro negocio. Debido a lo anterior, existe dentro de las diferentes iniciativas que se han generado en Europa (en especial las que hacen referencia al movimiento unificador⁷²⁸), sendos apartes ya sea de principios, o de capítulos dentro de los proyectos de códigos civiles donde se dedican regulaciones específicas al caso de la responsabilidad precontractual y en especial a la salvaguarda de la confianza.

5.2.2. LA RETIRADA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES

Como se estudió en el primer capítulo, con el trabajo de FAGGELLA, aparece por primera ocasión el concepto del retiro injustificado de las negociaciones como un generador de *culpa in contrahendo*, trabajo que fue admitido y complementado por SALEILLES, en donde el escritor galo, admite una especial responsabilidad en el período de

⁷²⁶ Cass. 14.6.1999, núm. 5830, *G.I.*, 2000, pág. 1178 con nota di MATERA.

⁷²⁷ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 891.

⁷²⁸ Ya en su momento resaltamos, las investigaciones adelantadas tanto en el proyecto GANDOLFI, como en el grupo de Pavía, donde los dos proyectos, si bien en principio son opuestos, ambos terminan proponiendo unos principios de protección de la responsabilidad precontractual, originada por la ruptura injustificada en las negociaciones.

las negociaciones sin necesidad que se diera la culpa extracontractual, en la que podía incurrir la parte que de un modo arbitrario o injustificado rompiera con los tratos, imponiéndose un deber indemnizatorio, que iba hasta los gastos efectivos desembolsados siempre y cuando estos hubiesen sido consentidos en todo momento por las partes.

Cada día con mayor frecuencia y con más ahínco se comienza a generar por parte de la doctrina española, la aceptación de la idea de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones. Tal es el caso de DÍEZ PICAZO⁷²⁹ por ejemplo, quien en un principio no reconocía una responsabilidad por ruptura injustificada, con el paso del tiempo y cuando emprende un estudio más a fondo sobre la institución, presenta cambios radicales en sus posiciones jurídicas, planteando en la actualidad una doctrina consolidada y estructurada al respecto. En la actualidad, incluso reconoce el afamado tratadista la existencia de una relación jurídica precontractual (idea originaria de MARIANO ALONSO), con base en los deberes de comportarse con lealtad y buena fe, pudiendo existir responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones⁷³⁰. No obstante, lo anterior y muy seguramente por el interés que le ha seguido asistiendo al famoso Catedrático el tema de la responsabilidad precontractual, recientemente sostuvo que se podía hablar de ruptura injustificada de las negociaciones, no sólo cuando las partes negocian su primera relación contractual, sino también cuando el objetivo perseguido por las mismas sea un contrato posterior modificativo o novativo del anterior⁷³¹.

Es frecuente, encontrar que los estudiosos más importantes y con más renombre en el derecho español, en sus diferentes estudios abordan la problemática y la reconocen con distintos matices e implicaciones jurídicas, coincidiendo la mayoría que existen serios inconvenientes para establecer por qué criterios se debe guiar la materia, a la hora de

⁷²⁹ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de derecho Patrimonial...”, cit., pág. 190. Respecto a su cambio de pensamiento jurídico, véase en DÍEZ PICAZO, L., Y GUYON BALLESTEROS, A., “Sistema de derecho civil” (5ª ed., Tecnos, Madrid), págs. 106 y ss.

⁷³⁰ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del derecho...” cit., pág. 278.

⁷³¹ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del derecho civil Patrimonial”, *Introducción a la teoría del contrato*, tomo I (Civitas, Madrid, 2001), pág. 277. Opinión que se hacía con ocasión al análisis efectuado por ASÚA GONZÁLEZ, C. A la S.T.S. de 16 de mayo de 1988 (R.J. 1988, 4308), “Responsabilidad civil: daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se le había hecho confiar. Fundamento de la reclamación. Congruencia. *Culpa in Contrahendo*”, CCC.J., 1988, núm. 17, pág. 525. Afirmaba la Catedrática, que se había aplicado indebidamente la doctrina de la *culpa in contrahendo*, porque no se trataba del caso de la preparación de un contrato, sino de su ejecución.

calificar si existe un motivo justo o no. La disyuntiva se extiende igualmente, a temas vitales, en especial al ámbito resarcitorio se plantea entonces ¿Si los daños causados a las partes deben ser soportados por uno u otro de los contratantes?, en definitiva, la cuestión radica en saber tutelar el interés más prevalente de protección, frente a las rupturas. Como se podrá observar, en la actualidad siguen teniendo el eje central de la discusión precontractual, los mismos supuestos planteados en su momento por el Maestro FAGGELLA, quedando siempre como modelo a seguir, (pero de difícil materialización), que más allá de una sanción del comportamiento incorrecto está una distribución de los costes que las conversaciones han suscitado⁷³².

Con preocupación en la actualidad se pueden encontrar doctrinantes que aún frente al desarrollo y construcción de líneas jurisprudenciales en Europa, en defensa del principio de libertad contractual, continúan negando la ruptura de las negociaciones como supuestos concretables dentro de responsabilidad civil, así, por ejemplo TERRE FR., quien sostiene:

“La libertad contractual, es la piedra angular de la economía de mercado, la implica la posibilidad de negociar paralelamente con diferentes potenciales contratantes, comparar las diferentes proposiciones que se ofrecen a los actores económicos, y así escoger cual de ellos le conviene más⁷³³”.

Al hacer una revisión doctrinal en diferentes fuentes bibliográficas, encontramos que por fortuna son muy escasos los doctrinantes que parten de estos supuestos. Al respecto, no negamos que ese sea el postulado que en principio acompañe las negociaciones, pero cosa bien distinta, es seguir afirmando que dicho principio rige en todo momento de los tratos, ya que como hasta aquí hemos afirmado, con el paso del tiempo y con el avance en las mismas los supuestos cambian totalmente, en aras a proteger el interés de la confianza, al cual se ha hecho alusión. Aceptar postulados así, sería negar el desarrollo y evolución del principio de la buena fe, y los deberes que en él se concretan, en especial el de lealtad, de información y de transparencia, que imponen a las partes el deber de conducirse correctamente en el desarrollo de las negociaciones

⁷³² MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de...”, cit., pág. 696.

⁷³³ TERRE, FR, Y LEQUETTE, Y., “Droit civil”, *Les obligations* (Dalloz, París, 1996), pág. 143. Así mismo, COIPEL, M., “Eléments de théorie générale des contrats” (Diegem, Kluwer, 1999), pág. 35.

precontractuales⁷³⁴. El panorama actual de la responsabilidad precontractual nos lleva a aceptar en todo las palabras de BIGLIAZZI quien afirma que:

“Decir que no existe responsabilidad, por el retiro sin causa y efectuado en cualquier momento, significa efectuar un salto lógico de orden cualitativo, siempre que no se quiera reconocer que la libertad con que se realiza el acto con el simple arbitrio, implica unas consecuencias reparadoras entendiendo el último como una situación desvinculada a cualquier límite normativo⁷³⁵”.

Diferentes autores españoles, han tratado de fundamentar la responsabilidad precontractual en la teoría del contacto social alemán⁷³⁶, de tal forma que se presenta un retiro injustificado de las negociaciones, cuando las partes vulneren o violenten el sentido de confianza que nace entre los sujetos (posición que sin duda hemos respaldado durante toda la investigación). Afirman que todo contacto social lleva implícito los principios de la corrección y buena fe. Pero sin duda en donde más se ha coincidido frente al fundamento legal, está en la buena fe, aquella que ha sido considerada como el “el eje moral del juego de las voluntades autónomas”.

Al respecto GENY afirma:

“Si la buena fe gobierna las relaciones contractuales existentes, ¿Cómo rechazar el mismo principio para las que se realicen en vías de formación contractual? Estamos obligados a no corromper la noción, faltando a la confianza necesaria, en las relaciones sociales, la noción de buena fe, domina jurídicamente los deberes generales humanos. Es preciso que cuando actuemos, sepamos a que atenernos, y nuestra garantía está en el sentimiento que tenemos de actuar conforme al derecho y en el sentimiento que tenemos también que nuestros semejantes obraran conforme al derecho, de tal forma que si un contratante, no se ajusta su comportamiento en la fase de negociaciones a los deberes generales su retiro deberá considerarse como injusto⁷³⁷”.

⁷³⁴ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 868.

⁷³⁵ BIGLIAZZI, G., “Profili sistematici dell’ autotutela privata” tomo I (Giuffrè, Milano, 1971), pág. 75 nota 126.

⁷³⁶ La teoría del *sozialer kontakt*, fue desarrollada por DÖLLE, H., “Aussergesetzliche Schuldpflichten” *Zges. Staats*, 1943, vol. 103, págs. 67 y ss. Es aquella que se establece entre personas que se relacionan en el ámbito jurídico sin llegar a hacerlo mediante un contrato. Los tratos que preceden a la celebración de un contrato constituyen un supuesto de contacto social, el cual genera una situación de confianza, de la que nacen determinados deberes (*schuldpflichten*), que encuentran apoyo en los párrafos 157 y 242, *B.G.B.*, al respecto se profundizará más adelante cuando abordemos el tema de la naturaleza de la ruptura injustificada.

⁷³⁷ GENY, F., “Méthodes d’interprétation et sources en droit prive positif” (*L.G.D.J.*, París, 1996), pág. 529.

Por otro lado, se han desarrollado investigaciones donde se ha tratado establecer las diferentes sanciones aplicables a la falta cometidas por las partes antes de la oferta contractual, tal es el caso del estudio de SCHMIDT⁷³⁸ mediante la identificación de *les techniques* y del *domaine*, busca estructurar una teoría para proteger la intervención de los derechos encontrados en ese período, estableciendo que existe una ruptura injustificada de las negociaciones cuando se confronta la obligación general de buena fe, con el actuar de las partes. En su estudio establece que habrá una *faute*, cuando las partes no se comportan como lo haría un hombre normalmente prudente que actuaría bajo unas mismas circunstancias. Además, destaca la estudiosa, que diferentes situaciones acentúan la confianza en la eventual celebración de un contrato, como el hecho que se esté adelantando negociaciones con profesionales del ramo –situación que hemos compartido y sobre la que ya se profundizó en el capítulo IV-.

Por su parte, desde la teoría económica se defiende, que si es más económico abandonar las negociaciones, no podrá entonces alegarse una ruptura injustificada, puesto que siempre, deberá prevalecer la solución económicamente más eficaz. En donde si están de acuerdo con el reproche de las rupturas, es el en el caso en el que debido a la continuación de las negociaciones, los agentes maximicen sus recursos y de repente uno de ellos, interrumpe los tratos, se deberá entonces atacar al causante del desequilibrio⁷³⁹, protegiendo entonces al que mejor logra administrar sus bienes. Si bien para los

⁷³⁸ SCHMIDT, J., *op. cit.*, págs. 50 y ss. Identifica la Catedrática, que no existiendo normativa ni en el Código Civil ni en otros textos sobre los *pourparlers*, más sin embargo, hay que tener en cuenta que las partes están gobernadas en la fase de negociaciones por el principio de libertad contractual, y donde no están obligadas jamás a concluir un contrato en proyección, por tanto, hay que encontrar un equilibrio entre los derechos tutelados. El equilibrio se debe buscar en la buena fe, que debe presidir no solamente la ejecución de las convenciones como lo precisa el art. 1134 del Código Civil francés, sino también en la fase de formación. En los casos en los que se adelantan negociaciones con los profesionales, es más fácil admitir que existía una legítima confianza y será más sencillo establecer el carácter culposos (*fautif*) de la ruptura.

⁷³⁹ La teoría económica tiene su punto de partida en el famoso escrito de COASE, R., “The problem of social cost”, *Journ of law and Economics*, Chicago, 1960, tomo III, págs. 1-44, y desarrollado por su discípulo POSNER, R., “Economic Analysis of Law” (3a ed., Little Brown and Company, Boston, 1986), págs. 80 y ss. Quien hace una propuesta de cómo repartir la carga de los diferentes costos susceptibles de una negociación no concluida, con el fin de asegurar los objetivos de eficacia deseables, de manera que al iniciar los negociadores deben adoptar la mejor asignación del recurso. Existe otro estudio WILS, W, P., “Who should Bear the costs of failed Negotiations? A functional Inquiry into Precontractual Liability” (Harvard Law School, Boston, 1992), págs. 93 y ss. Aquí se propone, que de acuerdo a la eficacia y la equidad, el criterio de la *unfairness* permite definir la situación donde una parte sufre una pérdida, y la otra parte tendrá que evitar que la misma, sea soportada por la primera, protegiendo entonces la esperanza positiva que se haya creado por el comportamiento de su contraparte que se destinó en modificar a su favor el resultado de la negociación.

economistas esa debería ser la forma más eficaz, como se resolvería la ruptura injustificada, *nosotros rechazamos una aplicación de esa naturaleza, por tener una visión filosóficamente materialista que contrariaría abiertamente principios jurídicos superiores. Por fortuna el derecho privilegia otros valores, sobre los cuales se ha trabajado profundamente en el presente trabajo, la cooperación, la lealtad, el valor a la palabra dada, la confianza y la transparencia entre otras.*

Otros como MANZANARES SECADES se decantan por establecer criterios divisorios entre la compleja línea de lo justo e injusto, en la teoría de la confianza. El autor acepta el postulado, que la protección a la confianza (es el interés tutelado), en todo, deberá propender para que prevalezca, de tal forma que si no existe, no concurre una motivo para entrar a hacer la valoración. Una vez haya confianza entre las partes, y para que no haya lugar a responsabilidad, es necesario que la ruptura sea justificada, entendiendo el término justificado en el sentido de interés jurídicamente más tutelable que el de la confianza (es una exigencia que en cuanto objetivamente apreciable, sea legítimamente prevalente sobre los intereses de la contraparte⁷⁴⁰).

Para GARCÍA RUBIO la confianza es un concepto abstracto y complejo al momento de establecer sus parámetros objetivos⁷⁴¹ (Postura que compartimos en todo y de acuerdo a ella, es que vemos dificultades para aplicar en la práctica la teoría de MANZANARES SECADES). Lo anterior ha generado que las dificultades planteadas por dicha determinación han derivado en enumeraciones, más o menos exhaustivas, de situaciones en las que la retirada de los tratos puede ser considerada injusta o por el contrario, justa. En la mayoría de esos supuestos la ruptura es tildada de ilegítima en los casos siguientes: en primer lugar, cuando es intencional, esto es, cuando se produce en el seno de unas negociaciones nacidas o continuadas a partir de un determinado momento con el específico propósito de romperlas, existiendo entonces un comportamiento doloso, contrario a la buena fe, que significa un ataque ilícito en la esfera de la libertad del otro

⁷⁴⁰ MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada...”, cit., pág. 699.

⁷⁴¹ Así, lo plantea la Catedrática GARCÍA RUBIO quien afirma, que las dificultades planteadas por dicha determinación han derivado en enumeraciones, más o menos exhaustivas, de situaciones en las que la retirada de los tratos puede ser considerada injusta o por el contrario, justa. Para ver más, GARCÍA RUBIO, M, P., “La responsabilidad precontractual en el Derecho Español...”, cit., pág. 699.

contratante⁷⁴². En segundo lugar, cuando aun no existiendo dolo directo concurre dolo eventual⁷⁴³; podría ser el caso de las negociaciones simultaneas con más de una persona, pretendiendo concluir el contrato solamente con una y, por lo tanto, romper los tratos con las demás. En tal supuesto, el deber de comportarse según los dictados de la buena fe en la etapa precontractual exige informar a todas las personas con quienes se trata sobre el hecho de que también se negocia con otras⁷⁴⁴. Termina su estudio, esta afamada catedrática, fundamentándolo en la teoría del abuso del derecho, de tal forma que el que se aparta intempestivamente de las negociaciones, lo hace abusando de los derechos que la ley le otorga. El anterior principio, es el que da lugar a un interés resarcitorio.

No obstante lo anterior, considero que las mayores dificultades al momento de fundamentar el interés resarcitorio, se presentan en el caso de ruptura meramente culposa o negligente, en ese supuesto, las opiniones van desde aquellos autores para quienes la parte que se separa de la negociación y decide no contratar, lo hace ejercitando su libertad contractual por fútiles que puedan ser sus motivos, hasta para quienes la buena fe precontractual exige observar la ordinaria diligencia para no dañar la libertad contractual de los otros⁷⁴⁵ (posición que respaldamos), lo que hace que, por ejemplo se considere ilegítima la ruptura en el caso que, después de haber llegado a un acuerdo verbal, una de las partes decida no suscribir un documento necesario para la existencia de un contrato⁷⁴⁶.

En Italia, analizando la casuística jurisprudencial en la materia, es posible destacar que existe un campo de aplicación mayoritariamente aceptado del art. 1337 C.c., a la hora de establecer si la ruptura puede ser considerada como justificada o no. El supuesto parte de la hipótesis, que si la ruptura se ocasiona por una violación culposa o dolosa del deber de *correttezza*, ya se está frente a un supuesto de un *recesso inguisto dalle trattative*. La complejidad en el derecho italiano se ha presentado al momento de evaluar el motivo del receso con un cierto grado de objetividad y de indagar el presupuesto interno de la conducta del sujeto agresor.

⁷⁴² DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del derecho...”, cit., pág. 203.

⁷⁴³ TERCIER, P., *op. cit.*, pág. 231.

⁷⁴⁴ DE ALMEIDA ACOSTA, M, J., “Responsabilidade civil pela ruptura das negociacoes preparatorias de un contrato”, *Revista legislação e de jurisprudencia, separata*, 1984, pág. 63.

⁷⁴⁵ TERCIER, P., *op. cit.*, pág. 229.

⁷⁴⁶ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos...”, cit., pág. 203.

En el ámbito español, a pesar de no contar con un supuesto legislativo concreto como el que consagra el artículo 1337 *del codice* (como lo hemos venido repitiendo), nada impide que de acuerdo al alcance general de la buena fe *in contrahendo*, como elemento subjetivo de la relación precontractual, se pueda exigir deberes de comportamiento dentro de la fase de formación contractual. Al respecto manifiesta ALONSO PÉREZ⁷⁴⁷, que dicho alcance se puede dar mediante un juego de *topoi con tradicionales principios generales*, como el abuso del derecho, la tutela de la confianza, y la *bona fides* etc. Para nosotros por tanto si se viola de una forma negligente o dolosa las reglas o estándares de conducta comportamental que hasta aquí hemos delimitado, se podrá identificar si existe una justa causa o no para abandonar las negociaciones.

En definitiva sea el fundamento que se tenga, todas las doctrinas terminan de coincidir en algo, y es que cualquier comportamiento observado en el período precontractual que no tenga en su punto de mira evitar que se cause daño a otro, interviniendo el elemento moral de la culpa o negligencia y el dolo sin importar que sea directo o eventual podrá generar responsabilidad, o lo que es lo mismo, responsabilidad *por culpa in contrahendo*⁷⁴⁸.

5.2.2.1. LAS DIFERENTES HIPÓTESIS DE UNA TERMINACIÓN JUSTA

No existen criterios unívocos de decisión para catalogar si una ruptura de unos tratos puedan considerarse como justificada o no. De conformidad con el pensamiento de LOI Y TESSITORE hoy día la valoración que se haga debe ser considerada de forma objetiva, sin que valga como tal, una simple consideración del todo subjetiva de la parte que rompe, frente a la cual, la otra parte aparece del todo indefensa. De generalizar la última afirmación, sería prácticamente imposible hablar de ilegitimidad de la ruptura, porque le bastaría, a la parte que rompe alegar en su justificación una revalorización personal de los elementos de las conversaciones, no susceptible por tanto de ningún juicio crítico de objetiva apreciabilidad.

⁷⁴⁷ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 899.

⁷⁴⁸ PASCUAL ESTEVIL, L., *op. cit.*, pág. 231.

Al momento de hacer las valoraciones sobre la conducencia o no, de la ruptura, tanto las posturas de la doctrina como de la jurisprudencia han sido variadas. Los criterios más comunes de una terminación legítima, van desde consideraciones económicas, hasta clausulados contractuales. Así, entonces, cuando han aparecido ofertas más interesantes, por haber variado las circunstancias de modo que el contrato sea menos beneficioso, por la excesiva duración de las negociaciones, por haberlas previsto incluso con anterioridad las partes, que cualquiera de ellas podía retirarse en cualquier momento etc.,”. No existe una regla precisa y equitativa, sino solo soluciones concretas en cada hipótesis, buscando la verificación práctica de la justa causa⁷⁴⁹. Sigue la misma inclinación la línea jurisprudencial Italiana (posición que consideramos adecuada y a la cual nos sumamos en este aparte), precisando que en la materia, no existe una regla fundamental, y que la normativa del 1337, le da la oportunidad al interprete de individualizar diferentes hipótesis. Aún frente a la ausencia e imposibilidad de reglas valorativas generales, nos permitimos hacer un recuento sobre los supuestos más reconocidos de la ruptura justificada son:

- Cuando las partes, insisten en cada una de sus posiciones, resultando bastante inútil la prosecución de las negociaciones⁷⁵⁰.
- Cuando la contraparte impone nuevas y más condiciones onerosas, que las que se han discutido y negociado durante los tratos⁷⁵¹, existiendo un cambio en la propuesta, y sobre la cual no se ha razonado de acuerdo al oportuno examen de la parte de los dos contrayentes, de acuerdo a sus conveniencias⁷⁵².
- Cuando la contraparte informa, en la fase de redacción del escrito contractual, nuevas pretensiones que no se tenían y que deslealmente no se habían formulado con anterioridad⁷⁵³.

⁷⁴⁹ CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 58.

⁷⁵⁰ Cass. 5.6.52, núm. 1599, *G.C.C.C.*, 1952, tomo II, 1140, pág. 1786.

⁷⁵¹ Cass. 12.6.59, núm. 1789, *G.I.*, 1960, tomo I, vol. I, pág. 548.

⁷⁵² Tribunal de Roma, 27.1.47, *Rep. Foro. Itl*, 1947, voce obbl e contr., núm. 85 y 86.

⁷⁵³ Cass. 14.4.75, núm. 1411, *M.F.I.*, 1975; Cass. 17.4.70, núm.1098, *R.N.*, 1971, pág. 1074.

- Cuando en sede de negociaciones, sobreviene una causa externa que impide la realización del negocio, siempre y cuando tal circunstancia sea informada a la contraparte⁷⁵⁴.
- Cuando en las negociaciones, existe un aumento de la prestación gracias a unas nuevas condiciones del mercado, que no eran previsibles⁷⁵⁵.
- Cuando en las negociaciones se presenta una oferta que da condiciones más ventajosas a una parte, la cual no puede ser mejorada por el extremo negocial⁷⁵⁶.
- Cuando la parte percibe que su contraparte ha actuado o lo hace de una forma dolosa, como puede ser el caso de la venta de un bien ajeno⁷⁵⁷.

Según el anterior enunciado encontramos que son múltiples las situaciones para dar por terminadas las negociaciones por justa causa, y no dando lugar a la existencia de una obligación resarcitoria. No obstante, cuando estamos frente a la excepción (en presencia de un daño), ya será necesaria una adecuada valoración y ponderación por parte del juez, puesto no todos los criterios son indemnizables, ni todos los desembolsos efectuados pueden ser considerados como perjuicios.

5.2.2.2. LOS CASOS DE LAS RUPTURAS INJUSTIFICADAS

En los diversos estudios publicados hasta la fecha los principales estudiosos del fenómeno que hoy aboca nuestro quehacer jurídico, han tratado de delimitar los diversos tipos de casos en los cuales es procedente la responsabilidad precontractual. Encontramos listados desde los estudios de IHERING, hasta en las modernas escuelas Italianas, francesas y españolas casos muy concretos. Como lo hemos mencionado, no somos muy amigos de elaborar enumeraciones puesto que en una materia tan compleja, con indeterminaciones legales y doctrinales, es probable que no se logren contemplar todos los casos, no

⁷⁵⁴ Tribunal de Roma del 24.1.55, *G.C.*, 1955, tomo I, 1015; Trib. Roma 24.7.65, *F.P.*, 1967, tomo I, 154; Apelación en la Corte de Milan 15.3.68, *F.P.*, tomo I, pág. 447.

⁷⁵⁵ *Cass.* 15.5.71 núm. 1499, *G.I.*, 1973, tomo I, vol. 1, pág. 1486.

⁷⁵⁶ Sentencia *Comm. Liège*, (7 ch.), 20 octubre 1989, *R.D.C.*, 1990, pág. 521 con nota de DIEUX, X.

⁷⁵⁷ *Cass.* 18.4.83, núm. 2651, *M.F.I.*, 1983. Tribunal de Napoles 30.4.84, *D.G.*, 1984, pág. 1010.

obstante, creemos que los diferentes enunciados que hemos - y que seguiremos confeccionando- le permitirán al lector tener una guía y una visión concreta de las situaciones fácticas, que han sido reconocidas por los tribunales judiciales, y que a título propio consideramos útiles para el estudio. Es de apuntar que la siguiente delimitación que se presenta está compuesta por una suma exhaustiva de las agrupaciones hechas en el pasado, teniendo como punto de partida la violación de los principios emanados de la buena fe, la lealtad y la corrección en la etapa preparatoria⁷⁵⁸, son:

- Iniciar las negociaciones encontrándose impedido por una incapacidad.
- No ser titular del derecho en discusión.
- Cuando fruto de las negociaciones se tiene el consentimiento viciado.
- Faltar o omitir el deber de información en las negociaciones.
- No comunicar a las partes los vicios que se conozcan y puedan viciar su consentimiento.
- Cuando existiendo una estructura económica del contrato, una de las partes se aparta de las negociaciones.
- El no informar a la contraparte la revocación del poder.
- La falta o abstención en el cumplimiento de los deberes negativos, como el deber de secreto.

⁷⁵⁸ Se toman como principal referencia las clasificaciones hechas por IHERING, R., “*Culpa in contrahendo...*”, cit., pág. 90. PIOTET, P., “*Culpa in contrahendo et responsabilité...*”, cit., págs. 121-125, COLIN, A., Y CAPITAN, H., *op. cit.*, págs. 379 a 381. MIGGIANO, P., “La natura della responsabilità precontrattuale. Nuovo diritto” (Giuffré, Milano, 1954), pág. 485. MENGOLI, L., *op. cit.*, págs. 361 y ss. ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 907. En el panorama inglés, KESSLER, F., Y FINE, F., “*Culpa in contrahendo. Bargaining in good faith and freedom of contract*”, *Harvard law rev.*, 1964, vol. 77, núm. 3, págs. 404 y ss. Hace una enumeración de las hipótesis más frecuentes en el *common law*. Todas las anteriores clasificaciones son a su vez complementadas por nosotros.

- Faltar al deber de custodia y conservación, en especial aquellos bienes que le han sido confiados.
- Los actos causados por los auxiliares, dependientes, encargados o representantes que causen daño al patrimonio de las contrapartes
- Prolongar de forma innecesaria las negociaciones.
- Provocar en la contraparte gastos innecesarios en el período de las negociaciones.
- Cuando se suscita intencionalmente falsa confianza.
- El continuar negociaciones con dos sujetos (negociaciones paralelas), sin informarles la situación, evitando que se formulen propuestas competitivas.
- Iniciar negociaciones sin intención de concluir las
- La negativa a iniciar negociaciones cuando se ha pactado su iniciación.
- La negativa a materializar un contrato cuando ya se ha llegado a un acuerdo perfecto y en general negarse a acatar los términos ya acordados en el proceso de la negociación⁷⁵⁹.
- Provocar un estado de necesidad en la contraparte para la celebración de un acto jurídico.
- Otorgar autorizaciones, a terceros, para iniciar las negociaciones, y no informar a la contraparte, las limitantes o revocación del mandato.

⁷⁵⁹ En el caso concreto, nos encontramos ante el incumplimiento de un deber de contratar, aquí sin duda la institución de la *culpa in contrahendo* (que hasta ahora se ha estudiado), tiene un viraje sustancialmente opuesto, ya que estaríamos frente a situaciones donde se puede determinar la obligación de celebrar o de reproducir un contrato, debido a que solo faltarían los requisitos formales del mismo. Sin duda, las anteriores hipótesis son de difícil ocurrencia. Para ver más, DEL FANTE, A., *op. cit.*, págs. 74 y 172.

- La ruptura brutal o en destiempo, sin razón legítima alguna, cuya responsabilidad es imputable a su autor. En este caso, sin duda el estado avanzado de las negociaciones es un criterio de valoración, para determinar la ruptura como injustificada o no.

Es de anotar que la anterior es sólo una lista enunciativa de los principales y más comunes casos que se presentan, pero si en algún momento las partes en las negociaciones consideran que han sido lesionados sus intereses y si se dan los tres requisitos originarios conmutativos de generar responsabilidad precontractual (la confianza razonable de la otra parte en que las negociaciones seguirán, la ausencia de justa causa de la ruptura y el necesario daño), habrá que entrar a elaborar una ponderación de los derechos enfrentados y de todos y cada uno de los elementos que sirven como supuestos para la valoración del caso.

Por otra parte, en el Derecho norteamericano se habla de unos principios básicos del derecho contractual –complementados por las enseñanzas que pueden derivarse de las soluciones aplicadas a casos análogos en el campo de las relaciones obrero- patronales, donde existe el deber de negociar de buena fe- apuntan a siete tipos distintos de comportamientos de mala fe en la fase preparatoria del contrato:

- “- La negativa de negociar cuando se ha pactado que se negociará,
- El planteamiento de propuestas irrazonables,
- La utilización de tácticas impropias,
- La negativa de suplir información pertinente (*nondisclosure*),
- El ocultar que se conducen negociaciones con otra persona,
- El negarse a acatar los términos ya acordados en el proceso de la negociación y
- La ruptura injustificada de negociaciones⁷⁶⁰”.

En el panorama anglosajón también es frecuente el reconocimiento de una obligación resarcitoria, en los casos de la formulación no seria de la oferta en las hipótesis donde se omite información y se induce al error (*misrepresentation* y *el estoppel*), los casos de no observancia del *duty to disclose*, el caso de omisión de documentación o del

⁷⁶⁰ FARNSWORTH, E. A., “Precontractual liability and preliminary agreements”, *Columbia law rev.*, Columbia, 1987, núm. 87, págs. 217 y ss.

material necesario para que la contraparte pueda evaluar correctamente la entidad económica de la oferta y de su conveniencia, entre otros.

Reconocer y dar validez a todos los supuestos anteriores (inclusive los del *common law*), sin duda, no es una tarea fácil y más cuando no existen normas concretas que permitan fundamentar las hipótesis en ambos panoramas. En el caso español, es la doctrina moderna⁷⁶¹ la que ha abanderado todo este proceso de construcción dogmática (a pesar de no existir un ordenamiento específico), por vía del art. 7.1, 1902, Art. 1101, 1107 del C.c., siendo perfectamente admisible en el ordenamiento jurídico, una responsabilidad con fundamento en la ruptura injustificada de las negociaciones por la vulneración de las normas emanadas de la buena fe, del comportamiento leal y conforme al uso y tráfico del comercio.

En el caso del derecho italiano, es más sencillo admitir una responsabilidad precontractual, con ocasión a una ruptura injustificada, ya que como se dijo anteriormente, el código de 1942, tiene consagradas dos normas que fundamentan dicha responsabilidad siendo el 1337 y 1338. El art. 1337, ofrece una sólida base para estructurar y por tanto hacer exigible una responsabilidad, ya que la norma impone a las partes la obligación de comportarse de buena fe, y por tanto se podrá decir, que cuando los tratos preliminares llegan a un punto en el que una de las partes, razonable y adecuadamente confía en la celebración del contrato, y la otra se aparta intempestivamente de las mismas, su conducta no sería honesta, correcta, ni adecuada, y por tanto contraria al ordenamiento legal y al tráfico normal al que están avocadas las actuaciones negociales.

⁷⁶¹ Aisladamente a la tendencia se tiene el caso de BURÓN, G., “Derecho civil español”, tomo III (Madrid, 1900), pág. 621, quién analiza con cierta profundidad el tema de las relaciones precontractuales, reconociendo, que desde que nace la intención de establecer un vínculo obligatorio entre las partes, hasta que se contrae respecto de una misma prestación, hay una serie de actos intermedios, que constituyen su generación. Estos actos agregados pueden ser: 1- Hechos de naturaleza diversa, que no tienen aún el concepto de actos jurídicos, sino que a lo más revelan en el agente, ánimo de obligarse, sin precisar todavía los términos de la obligación. 2- La promesa no aceptada. 3- La oferta o proposición. 4- La convención general, palabras cuyo sentido comprende todas aquellas cosas sobre que por causa de contraer o transigir algún negocio, consisten aquellos que tratan entre sí. 5- Los pactos nudos, sin obligación civil. 6- La convención jurídica y 7- El contrato. Aborda el tema como una convención general, y por tanto tiene las mismas implicaciones de las mismas en la etapa de las negociaciones. No deja de ser una doctrina poco desarrollada y sin profundidad, pero hay que reconocer que fue el primer escritor español, que se pueda datar bibliográficamente que se preocupó por desarrollar el tema de la responsabilidad precontractual.

Aún, en los dos panoramas descritos (existencia o no de normas sobre el comportamiento contractual), lo realmente complicado, se da cuando se trata de encuadrar casos específicos a reglas tan abstractas e indefinidas (como incluso lo siguen siendo las tipificadas). Frente al tema y como podrá imaginarse la doctrina no ha sido pacífica; no obstante existe en la actualidad uniformidad en establecer que en efecto se puede dar término a la tratativas o negociaciones preliminares cuando las interrupciones responden a una exigencia común de ambas partes, determinada la imposibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio. (En cuanto no es idóneo el racionamiento de los intereses y de las expectativas reprochables). El inconveniente surge cuando haciendo un discurso análogo aparece la confianza que se ha venido a crear en uno de los sujetos y opera del otro una sustancial seguridad en la conclusión del contrato acordado, ya que al existir aquí un interés jurídicamente tutelado, no se podría hablar de un acuerdo satisfactorio.

La confianza al ser susceptible de tutela, no puede configurarse como un mero estado psicológico, concretizado en una convicción puramente subjetiva sobre el éxito de la negociación, aunque debe necesariamente tener claridad sobre los elementos objetivos (capacidad de la parte y la determinación del contenido del contrato⁷⁶²). Es más que razonable, que una vez aparece en el panorama de las negociaciones, la confianza, se de la transformación de la vinculación social de los tratos a una vinculación jurídica, ya que todos los actos preparatorios no tienen la misma intensidad, y por tanto entre más nos acerquemos a la existencia del consentimiento mas certera y precisa será esa idea de confianza⁷⁶³.

La identificación de la confianza, y sus elementos, como lo menciona LOI Y TESSITORE no es una tarea fácil, y por el contrario debe ser estudiada caso por caso, en unas ocasiones es muy fácil su identificación por el contenido y estado de las

⁷⁶² LOI, M, L., Y TESSITORE, T., *op. cit.*, pág. 31. Elementos que a juicio de las dos Catedráticas, son necesarios para determinar si existe una confianza fundada o no. Afirman su tesis citando una sentencia del 12 de junio de 1959 núm. 1789, en *G.I.*, 1960, tomo 1 núm. I, pág. 548. Posición que no se comparte en todo, ya que no se pueden establecer requisitos o elementos inamovibles para entrar a hacer una calificación sobre si existe una confianza objetiva o si por el contrario son simples expectativas subjetivas que no merecen protección alguna. Es necesario entrar a estudiar cada situación concreta para establecer cual interés es susceptible de protección en mayor proporción. Debido a la libertad con la cuentan las partes en la etapa de negociaciones, hace que cada caso contenga unos matices y elementos diferentes y por tanto es necesaria una valoración particular.

⁷⁶³ En el mismo sentido FAGGELLA, G., *op. cit.*, pág. 274 y ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” *cit.*, pág. 865.

negociaciones, en otras, por el contrario cuando se ha ocasionado una variación en el contenido del contrato, no será fácil su identificación. Cuando se está frente a un retiro intempestivo de las negociaciones, es decir, que la parte que se siente afectada por la ruptura no se lo esperaba, coincidiendo con el alejamiento en destiempos o de forma inesperada, ese cúmulo de circunstancias no pueden ser sólo consideradas, como actos generadores de la obligación de indemnizar. Por el contrario, es necesario también, que la calificación que se haga de la conducta se elabore porque se contrarían los principios de la buena fe, de la lealtad, de la diligencia, entre otros.

Así, las cosas no puede asegurarse que todo retiro de las negociaciones, así sea intempestivo o en destiempos de lugar a indemnización, lo importante es la valoración y ponderación de intereses en conflicto que haga el funcionario jurisdiccional y la existencia real y concreta de un perjuicio. Sin duda entonces, para una correcta y adecuada valoración habrá que acudir al concepto clave, el de la buena fe, siendo un recurso objetivo, con base en el cual se podrá hacer una valoración sobre la motivación justa o no de la terminación. Lo anterior, debido a que es evidente, que las partes durante toda la etapa del *iter* formativo están obligadas a comportarse de acuerdo al estándar que impone la buena fe, y por tanto, la reciprocidad, la lealtad y el normal tráfico de la forma como se hacen los negocios, serán siempre criterios que integran y serán de buen recibo para una válida y adecuada valoración. Sin duda “*un caso di condotta contraria ai doveri di buona fede, denunciati dall’evento che esaurisce la trattativa*⁷⁶⁴”.

Es difícil determinar *a priori* los casos en que se pueda estimar que falta una justa causa para dar por terminadas las conversaciones, habrá entonces, que acudir al examen de diferentes criterios determinadores (estudiados en el capítulo III y IV), entre ellos, si el que da por terminadas las conversaciones fue el iniciador de las mismas, hacer una adecuada valoración sobre el estado de ellas en relación con lo primitivamente propuesto, de lo que cada uno ha ofrecido anteriormente, de como han transcurridos los contactos anteriores, etcétera, en definitiva, deberá dejarse al juez que tras la contemplación de las circunstancias que concurren, determine en cada caso si la ruptura unilateral esta

⁷⁶⁴ BESSONE, M., “Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza”, *Annali della facolta di giurisprudenza di Genova*, (Giuffrè, Milano, 1971), pág. 269.

suficientemente justificada o por el contrario no aparece una justa causa de desistimiento que pueda eximir de total ulterior responsabilidad⁷⁶⁵.

No se puede dejar de un lado la libertad contractual que les asiste a las partes durante las negociaciones, como se ha dicho este derecho en principio es indemne, pero en la medida en que las negociaciones avanzan o el supuesto de confianza aparece, el interés protegido deja de ser (la consabida libertad) un derecho prevalente, así, la falta o daño, se sitúan al nivel de las circunstancias y del comportamiento del autor de la ruptura. Debido a lo anterior, es necesaria una apreciación de cada caso específico, lo cual permitirá al juzgador del litigio determinar si existe una falta o no, al principio de la buena fe. El juicio de cognoscibilidad deberá tener como punto de partida, lo que conforma exclusivamente la relación jurídica precontractual, ya que no podemos desembocar al estudio de las consideraciones internas de los sujetos que negocian, sus valoraciones intrínsecas, o aquellos proyectos personales o individuales que nunca fueron debatidos dentro del ámbito negocial, ya que al no ser discutidos, ni consecuentemente conocidos, dichas valoraciones escapan a la esfera de los tratos preliminares y a la relación jurídica precontractual que en su esencia es netamente bilateral.

En la materia afirma MANZANARES SECADES que:

- “se ha aportado una nueva idea que puede resultar esclarecedora en ese punto, la cual parte del supuesto que al juez no le corresponde hacer indagaciones de orden psicológico para averiguar el motivo de la ruptura y calificarlo de justo o injusto, no se trata de resolver una *quaestio voluntatis*, sino que, es el juez el que debe acudir a hacer evaluaciones sobre todo el desarrollo de las conversaciones para determinar que interés de entre los que están en juego ha de ser protegido y sobre cual debe recaer las consecuencias de la ruptura⁷⁶⁶”.

Se habla entonces de una confrontación entre derechos tutelados por el ordenamiento legal, pero de acuerdo al estudio objetivo del caso, tendrá el funcionario judicial que entrar a establecer cual interés merece una mayor protección jurídica.

⁷⁶⁵ MORENO QUESADA, B., “La oferta de Contrato”, *R.D.N.*, 1956, Año IV, núm. XIII- XIV, Julio-diciembre, pág. 122.

⁷⁶⁶ MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada...”cit., pág. 696.

Somos concientes, que los diferentes supuestos de ruptura cada vez son más frecuentes entre los operadores económicos, y no quiere decir lo anterior, que todos se puedan considerar como injustificados (como se afirmó, los daños son la excepción en vías de negociación contractual), por el contrario la movilidad con la que se hacen los negocios en la actualidad, el normal uso y tráfico, llevan a que en la actualidad las partes se centren en un negocio, pero en cuando encuentren que no tienen intereses en el mismo, lo abandonen; de ahí, la importancia en el juicio de cognoscibilidad que debe desarrollar el juez al estimar si el comportamiento de las partes estuvo acorde o no los diferentes niveles de diligencia exigible a cada una de las partes.

5. 3. UNA REAGRUPACIÓN DE LOS CASOS DE RUPTURA

En materia de la responsabilidad civil, la mayoría sino la totalidad de los ordenamientos civiles del mundo contienen diferentes reglas de responsabilidad, que se direccional como fuente de obligaciones, no sólo las que emanan de los actos propios que causan perjuicios a otros, sino también de igual forma como que existe la obligación de responder por los hechos de aquellos que están bajo nuestro amparo, custodia o cuidado, de la misma manera como si estos hubiesen sido cometidos por nosotros mismos.

Así encontramos entonces la norma del art. 1902 del Código Civil español:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

Frente a la responsabilidad originada por hecho de otros, reza el art. 1903:

“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Así, las cosas, es importante entrar a hacer un estudio sobre las diferentes hipótesis, frente a las que podemos estar, en los casos de la ruptura injustificada de las negociaciones, ya que cada día es más frecuente, que las negociaciones sean adelantadas no directamente por el propietario o titular del derecho sino con aquellos de los cuales cada uno se sirve, los auxiliares, empleados, administradores incluso representantes y apoderados, situación que por su propia particularidad necesita un estudio detallado⁷⁶⁷.

5.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS PROPIOS

Lo hasta aquí estudiado sin duda no presenta mayores complejidades, al momento de tratar de ajustarlo frente a la existencia de una ruptura injustificada de las negociaciones, cuando las mismas han sido iniciadas, adelantadas e incluso interrumpidas por un mismo sujeto, por tanto el art. 1902, es claro en establecer las consecuencias resarcitorias frente a la producción de un daño ocasionado. Ahora si se aborda la materia desde la teoría general de las obligaciones, pareciera que a simple vista la intervención de terceros en las negociaciones no es un hecho que se aparte de las reglas generales de la responsabilidad precontractual hasta aquí estudiadas, no obstante aquí la regla es la excepción de tal forma que el derecho procura en la mayoría de casos proteger frente a eventuales conflictos de

⁷⁶⁷ Situación ya percatada por ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 861, en donde afirma que: “los tratos se gestan muchas veces por conversaciones directas y personales entre los interesados, si bien frecuentemente se llevan a cabo entre personas lejanas, por medio de nuncio o de representante; a través de órganos si quien toma la iniciativa del contrato o quien se adhiere a la iniciativa ajena es un sujeto colectivo. Con frecuencia tienen lugar a través de un contrato de mediación o por auxiliares”.

intereses, a aquel representado o titular del derecho de propiedad o dominio (en el caso de la representación), y en los casos en los cuales una persona se ha servido de terceros que están bajo su dominio y orden (como el caso de los auxiliares, empleados etc.), la legislación protege aquí mayoritariamente a los dependientes⁷⁶⁸. Vista así las cosas, no siempre lo anterior es la regla y viceversa, por tanto, en aras a no sacrificar tanto los intereses del que se sirve de otros como de aquellos que actúan bajo las ordenes de otro, es necesario terminar de completar el panorama de la responsabilidad precontractual hasta aquí esbozado, y por tanto es menester entrar a revisar las situaciones, caracterizadas sin duda por la intervención tanto en las negociaciones como en la ruptura de los acercamientos contractuales.

Es importante establecer, que al respecto se presentaran los supuestos más frecuentes en las negociaciones, y debido a nuestra clara delimitación contractual en la materia, y frente a los postulados que se abordaran mayoritariamente aceptados, se estima que bastará con plantear la problemática y sus eventuales supuestos que resuelven las hipótesis planteadas.

5.5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS DE OTROS

Como muchos otros temas en el derecho, el contenido que a continuación se abordará es un fondo subordinado, en el sentido que las soluciones y consideraciones a las que se pueda llegar una vez se concluya, podrían cambiar sustancialmente debido a las diferentes premisas o formulaciones que se hagan y concretamente de los principios generales de los cuales se reconozcan. Así era -y en la actualidad lo sigue siendo- una constante, para quienes se ocupan de la materia presentar las amplias y notorias diferencias que tenía la regulación de la responsabilidad contractual de la extracontractual y asu vez en la forma como el principal respondía de la actividad dañosa de sus auxiliares. A pesar que en el derecho español, no existe antecedente legal que consagre un principio general de la responsabilidad del deudor de una obligación por la actividad de sus

⁷⁶⁸ La tradición francesa, nos ha enseñado, que los hechos incluso ejecutados por otros, serán considerados como hechos propios, aún cuando no se identifica con el hecho personal y se presenta, más bien, como hecho de las personas de las cuales se responde o como hecho de las cosas de las que se tiene custodia, atribuyendo la culpa a la persona llamada a responder: en otras palabras, el hecho ajeno y el hecho de las cosas son expresión del actuar culposo del responsable, son “hechos propios”.

auxiliares en el cumplimiento de aquella, la jurisprudencia y la doctrina coinciden que existe, así lo afirma GARCÍA RUBIO⁷⁶⁹.

Aún así, sigue siendo persistente la diferenciación que se le da a la materia en vías contractuales o extracontractuales; acuñándose dos postulados que con el tiempo han ido evolucionando y extendiéndose ostensiblemente hasta límites casi impensados. En la actualidad, en materia contractual el auxiliar no tiene por que ser subordinado o dependiente del deudor, basta entonces con que su intervención en el acto jurídico haya mediado por su intención o autorización del deudor, constituyéndose un postulado más de la responsabilidad objetiva. En contraposición a la anterior doctrina, en materia aquiliana, siguen siendo supuestos necesarios la marcada posición de subordinación y dominación sobre el auxiliar donde se denote o identifique fácilmente una independencia. Dicho sistema por tanto, admite la liberación de la responsabilidad del titular o empresario con la prueba de una conducta diligente frente a los criterios de *culpa in diligendo* y de la *culpa in vigilando*.

Presentado así el panorama, es necesario por tanto que se haga un análisis, sobre el extenso material doctrinal y jurisprudencial existente al respecto, aportando como hasta ahora se ha hecho una postura personal sobre la institución, no sin antes insistir que justamente sobre la admisión de una prueba exculpatoria que le asiste en materia extracontractual, al titular o empresario es que se fundamentó en sus principios la doctrina de la *culpa in contrahendo*, con inclinaciones contractuales en Alemania y en los años

⁷⁶⁹ GARCÍA RUBIO, M, P., “La responsabilidad...”, cit., pág. 219. Cita la autora la S.T.S. de 22 de junio de 1989 (R.J. 1989, 4776), así como el comentario que hizo a la misma en su momento GORDILLO CAÑAS., C.C.J.C., núm. 20 pág. 583. Donde tanto Tribunal como diferentes doctrinantes, citados en la nota núm. 3, coinciden en la validez inmaterial de dicha norma, teniendo como fundamento las *institutas* romanas, en especial la *culpa in diligendo e in vigilando*, por criterios de culpabilidad aplicables al que se sirve de terceros contractualmente. De igual forma se reconoce, que por vía del art. 1.903.4 y 1.904 en virtud del principio “*cuius est commodum eius est periculum*” siendo en la actualidad uno de los componentes esenciales del derecho de daños. En la misma dirección, ALONSO OLEA, M, A., “La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio” (Civitas, Madrid, 1990); BADOSA COLL, F., “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil” (Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 1987); BANCHIO, E, C., “Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones” (Astrea, Buenos Aires, 1973); RUBIO GARCIA-MINA, J., “La responsabilidad civil del empresario” (Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 1971), pág. 35 y ss; ZELAYA ETCHEGARAY, P., “La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente: naturaleza y requisitos” (Aranzadi Pamplona, 1995), pág. 21 y ss; MORENO DE TORO, C., “La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados” (Consejo Económico y social, Madrid, 1999), pág. 101 y ss., SOTO NIETO, F., “La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo”, (Montecorvo, Madrid, 1982), pág. 31 y ss; ZABALA DE GONZALEZ, M., “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” (Desalma, Buenos Aires, 1980), pág. 30 y ss.

cincuentas del siglo anterior en Suiza y Austria. La construcción de las teorías se originó, porque se evidenciaba el grado de indefensión en el que quedaba la víctima, si a pesar de causársele un daño, el empresario (en teoría tenía la capacidad económica para asumir una indemnización se podía liberar de la misma) resultaba absuelto y se hacía responsable exclusivamente al empleado (quien en la mayoría de situaciones no tiene como asumir patrimonialmente una indemnización), como solía suceder vía aplicación de las normas extracontractuales. Como ya ha quedado claro, se estudiará entonces, la vertiente contractual, por ser este nuestro postulado que se ha venido desarrollando en toda la investigación, y en contraposición demostraremos además, como en la actualidad a pesar que en la materia el Tribunal Supremo siga adoptando una posición aquiliana, en la práctica, se procede como verdaderos supuestos de responsabilidad objetiva (la del sistema contractual), al elevar el listón de la debida diligencia por parte del empresario o titular haciendo que el art. 1903.4 en la realidad se constituya como un supuesto inexcusable para el *dominus*.

5.5.1. LA CULPA DE LOS AUXILIARES Y DEPENDIENTES EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El hecho que las obligaciones en general admitan que el cumplimiento de las mismas se haga por medio de otra persona (salvo en los casos de las *intuitu personae*), así como la circunstancia que en los contratos en general y en especial los de consumo, sea el consumidor quien tenga contacto directo con los empleados de un almacén y en raras ocasiones con el dueño del mismo, hace que en muchas ocasiones, las negociaciones previas a la celebración de un contrato sea adelantada por los auxiliares o dependientes. La despersonalización de las actuales formas de hacer negocios, ha permitido una agilización y dinamización del tráfico jurídico, al multiplicar las alternativas en medio de las cuales se cierran cientos de negocios al tiempo, sin atenerse al trato personal del propietario como en otrora era considerada una circunstancia normal del comercio. Así entonces, cada día son más frecuentes las ocasiones, en la que en la fase de preparación del contrato el principal se sirve de sus auxiliares, actuando estos como representantes del principal en la formación del contrato y en la conclusión (si llega a celebrarse).

Frente a las anteriores circunstancias y frente a hechos notorios⁷⁷⁰ que hacen que en últimas a la contraparte le interese muy poco, entrar a averiguar si a esos colaboradores se les han otorgado poderes amplios y suficientes, o si están autorizados para la celebración de los contratos, que cierran, y que eventualmente podrían cerrar; lo realmente importante aquí, es determinar las implicaciones jurídicas que tiene la intervención de los tercero en un momento tan complejo y de tantas consecuencias como lo es la etapa de las negociaciones de un contrato. Pero ¿Qué ocurre si por un acto de ese dependiente se causan perjuicios al otro extremo negocial? ¿Responderá el empleador?

Los sujetos que participan en actividades negociales lo hacen, de ordinario, sobre la base de la confianza que les merece la contraparte y la seguridad que, llegado el momento, los acuerdos serán cumplidos, ya bien sea directamente por el propio obligado o por una persona de su entera confianza, siendo, una circunstancia, que en la actualidad importa muy poco frente a la despersonalización del trato y frente a los usos y costumbres actuales tanto del comercio como de los operadores.

Por esto es normal, que ocurrido un hecho dañoso, el perjudicado pueda reclamar al empleador o titular del derecho, por las acciones u omisiones de sus dependientes y auxiliares, ya que al haberse valido de los mismos y al haber ampliado su ámbito de acción es una actividad de la cual se beneficia, es obvio que se extienda su perímetro de responsabilidad. MESSINEO⁷⁷¹ sostiene, que ya en la época de los romanos daban una aplicación similar a casos en los que se causaba daños a otros por actuaciones de sirvientes y esclavos, fundamentándose en el principio *ubi commoda, ibi incommoda*.

En la actualidad es doctrina generalizada que el *dominus* responda por la violación de la buena fe *in contrahendo*, de aquellos de los cuales se ha servido para una labor específica que en el caso sería la relación contractual, de tal forma que se responderá por

⁷⁷⁰ Pueden variar por diferentes circunstancias (en especial notorias), como cuando los dependientes se encuentren uniformados, o por el sólo hecho de encontrarse dentro de las instalaciones, o tener acceso a la mercancía e información entre otros actos. Puede ser también determinante, el haber celebrado negocios precedentes sobre el mismo objeto y en nombre de un patrono, siendo todas estas circunstancias, que hacen que las partes fíen y confíen en la seriedad e iniciación de las negociaciones.

⁷⁷¹ MESSINEO, F., “Manual de derecho civil y comercial”, tomo IV (Buenos Aires, 1955), pág. 236.

el hecho que se tenga un interés directo en la conclusión del contrato y en aprovecharse de las negociaciones que se han llevado a cabo por su auxiliar⁷⁷².

5.5.1.1. LA DEPENDENCIA Y JERARQUÍA AL *DOMINUS*

En el derecho romano, la regla general era que el deudor no era responsable de la culpa de sus dependientes o agentes, salvo que el mismo hubiera incurrido en *culpa in eligendo* o en *culpa in vigilando* respecto a la elección y seguimiento de los mismos. La doctrina tradicional, amparada en los precedentes romanos y en el clásico principio de que no hay responsabilidad sin culpa, exigía para que el deudor pudiera ser responsable del incumplimiento acaecido por actos de sus subordinados que hubiese incurrido en *culpa in eligendo* o *in vigilando* respecto a los mismos, tesis que prontamente fue superada, por la celeridad con la que se celebraban los negocios y por los usos propios del tráfico.

Debido a nuestra delimitación del ámbito de la responsabilidad obligacional, no será necesario ocuparnos en el amplio dilema si incumplida la obligación por un acto del auxiliar, el deudor resultará responsable solo cuando él, a su vez, haya incurrido en culpa (criterio subjetivo) o si, por el contrario, asumirá la responsabilidad del incumplimiento al margen de su culpa (criterio objetivo). Nuestra premisa es que *el deudor, en su condición de sujeto obligado, está llamado a responder del incumplimiento de la obligación que lo vincula con el acreedor. Así, la circunstancia que sea un auxiliar del deudor quien ocasione los daños y perjuicios, no modifica en nada el ámbito de la responsabilidad obligacional. Basta para lo anterior, que la intervención del auxiliar se produzca por iniciativa del deudor.* Siendo el anterior un supuesto típico de la responsabilidad objetiva, se aplicaran sus principios y por tanto no procede la admisión exculpatoria del principal.

Si se opta por una naturaleza extracontractual, sería totalmente relevante, la existencia de una relación de dependencia, puesto que se constituye como el presupuesto de aplicabilidad de la norma del art. 1903, 4 C.c.⁷⁷³, lo anterior, debido a que, si el daño es producido por un sujeto a quien el principal no le ha dado indicaciones o no existe

⁷⁷² ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 911.

⁷⁷³ En la materia ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 911, se inclina por la misma posición.

subordinación, dichas circunstancias lo exculparan de la responsabilidad dimanante del hecho dañoso; o incluso como su fundamento se da en el clásico romano de la *culpa in eligendo o in vigilando*, probando que ha actuado su debida diligencia, se puede librar de la responsabilidad que generen los hechos daños ocasionados por los auxiliares, tal como lo contempla la norma del art. 1903.7 C.c.

Ahora lo que sucede es que, como bien lo anota GARCÍA RUBIO⁷⁷⁴ en la práctica los eventuales conflictos que se podrían presentar, por la conveniencia de adoptar un régimen u otro cada vez es más escasa, puesto que la tendencia de la jurisprudencia es a tener una interpretación relajada frente al precepto de la dependencia y frente un rigor excesivo frente a la prueba de diligencia del *dominus*. Frente a estos asertos, se encuentra la opinión del profesor DE ÁNGEL YAGÜEZ⁷⁷⁵ en la materia, el art. 1903.4 C.c., se ha constituido en un supuesto de responsabilidad objetiva, por la dependencia funcional que existe en la integración de la unidad jurídica de empresa, sobre cuyo patrimonio remite la ley el daño causado en el desempeño del negocio.

Las exigencias de la economía moderna, la rapidez y la seguridad del tráfico jurídico, y la cada vez más fuerte presencia del principio de la protección de la confianza en la apariencia razonable, hacen que se vaya imponiendo la idea que, según resalta LARENZ⁷⁷⁶ el fundamento de la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento no puede encontrarse en la culpa del deudor, aunque sea culpa leve, manifestada en la elección, dirección, instrucciones o vigilancia del auxiliar.

Contractualmente hablando, nadie duda, que el anterior enunciado, es la forma como se debe proceder frente a los daños ocasionados por los auxiliares dentro del cumplimiento de las obligaciones, pero la pregunta que hasta aquí se habrá podido formular el lector es ¿Realmente existe una vinculación obligatoria específica dentro de los tratos preliminares que permita entrar a aplicar las normas obligaciones como hasta este momento se ha hecho? Y la respuesta es afirmativa, como se ha sugerido en todo el desarrollo de la investigación hasta aquí efectuada. No obstante me permitiré resumir en

⁷⁷⁴ GARCÍA RUBIO, M. P., “La responsabilidad...”, cit., pág. 225.

⁷⁷⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La responsabilidad civil” (Universidad de Deusto, Bilbao, 1988), pág. 129.

⁷⁷⁶ LARENZ, K., “Derecho de obligaciones...”, cit., pág. 294.

el siguiente párrafo el fundamento jurídico, el cual adelante será profundizado y desarrollado en el último capítulo de la presente obra.

En la fase de las negociaciones (sin importar si se llegue o no a concluir el contrato) las partes están gobernadas por los postulados que impone la cláusula general de la Buena fe según la cual, a cada uno de los extremos negociales le asisten obligaciones en especial las de colaboración, solidaridad, información, secreto y cuidado (deberes secundarios de conducta), derivadas de la exigencia jurídica de actuar de acuerdo a la corrección y respetar y salvaguardar la confianza legítimamente suscitada entre los negociantes. Así entonces, quienes no están todavía vinculados por un contrato *per se*, si lo están al cumplimiento de un conjunto de deberes precontractuales, que se configuran como genuinas relaciones obligacionales, donde perfectamente se puede establecer los extremos negociales (deudor-acreedor de las obligaciones), con derechos y obligaciones de carácter recíproco. El incumplimiento de las obligaciones precontractuales por cualquiera de los sujetos ocasionando un perjuicio a otro, generan la responsabilidad precontractual.

Según lo anterior, no encontramos impedimento para aplicar las normas en las cuales se ha fundamentado el daño ocasionado por los auxiliares aún en formación contractual, puesto que se puede identificar en los tratos preliminares la responsabilidad del deudor y del principal, y según los postulados obligacionales en nada cambia la identidad del sujeto obligado si se vale de terceros o de auxiliares. Por esta vía, como apunta JORDANO FRAGA⁷⁷⁷ se llega bien a la afirmación de una forma más de responsabilidad contractual indirecta.

5.5.1.2. EL PROBLEMA DE LA REPRESENTACIÓN O AUTORIZACIÓN LEGAL

Como hasta aquí queda visto y, en suma, no es necesaria una calificación previa de la *culpa in contrahendo* frente a situaciones donde se causa un daño por la intervención de

⁷⁷⁷ JORDANO FRAGA, F., “La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento” (Civitas, Madrid, 1994), pág. 86. Según el autor, la responsabilidad indirecta consiste en que el deudor responde por su auxiliar, en las mismas condiciones en que respondería personalmente de haber intervenido en el cumplimiento de su obligación y actuando como su auxiliar.

terceros con quienes se tiene “alguna forma de subordinación”, pues el resultado en la práctica siempre será el mismo, el *dominus* siempre deberá entrar a responder. Ahora como queda claro, no todos los supuestos que se presentan en las negociaciones se pueden ajustar a lo antes dicho, como se verá más adelante los efectos y responsabilidades que se generan hablando en los casos en los que ha mediado la intervención de un tercero, son sustancialmente opuestos a cuando se actúa con autorización legal, con representación o con dependencia y la forma como se manifiestan sus diferentes intervenciones durante la fase del *iter* contractual.

En el primer caso –ya estudiado– se partió de la formulación de una inicial hipótesis, en la cual se presenta un daño por la intervención de los auxiliares y dependientes en cumplimiento de sus obligaciones civiles o laborales, dentro de la fase de las negociaciones. Aquí, no se requieren mayores supuestos para resolver el problema del ¿Quién y por qué? se debe responder. La segunda hipótesis que abordaremos, tiene su origen en una autorización legal o convencional donde no existe una clara dependencia jerárquica entre los intervinientes. Entre los principales temas analizados, estarán el mandato, sus efectos, y extralimitaciones.

5.5.2. LA REPRESENTACIÓN DIRECTA Y LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

Es una práctica común de la doctrina distinguir dos clases de representación, clasificación que se sustenta en si el tercero actúa en nombre propio o en nombre ajeno. Así cuando se actúa en un contrato con la voluntad propia pero en nombre ajeno, y por cuenta ajena, se está ante la llamada representación directa o propia, la cual tiene como resultado que los efectos jurídicos activos y pasivos se produzcan en el círculo de intereses del representado⁷⁷⁸. En cambio si ese tercero actúa por voluntad propia y en nombre propio se está frente a lo que se denomina como la representación indirecta, comisión o mandato oculto, según se encuentre frente a tratos de comercio o civiles, y con una consecuencia en común, la cual radica en que los efectos jurídicos de sus actividades sólo tienen consecuencias y repercusiones dentro de su propia esfera. Frente a

⁷⁷⁸ Supuesto que ya había sido delimitado por ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 908.

diferencias tan notorias, la representación directa es la que genera más dudas, por tal circunstancia nuestros esfuerzos se centraran en ella. Para una mayor claridad sobre los posibles casos de daños que se pueden presentar en los casos de representación directa, agruparemos los mismos en dos grandes supuestos, el primero, cuando el daño se produce por la extralimitación del mandato, y el segundo cuando existe una ocurrencia de daños dentro de los límites del mandato. A su vez, estos dos grandes enunciados presentan otras posibles hipótesis, que no se enunciaran sino hasta cuando se vaya desarrollando cada uno de los puntos para que el lector vaya teniendo un mejor y claro panorama al respecto.

5.5.2.1. EL DAÑO CAUSADO POR EXTRALIMITACIÓN DEL MANDATO

El caso típico de la representación directa es la figura contractual del mandato regulada en la mayoría de los códigos civiles de tradición latina, así como en los actuales y modernos códigos de comercio, donde producto de la evolución y dinamismo del Derecho se ha estipulado con mejor contenido y técnica jurídica que como originariamente fue consagrado en el Código Civil francés. No obstante, ambos contratos coinciden en que cuando el mandatario actúa en nombre del representante, él no queda personalmente obligado para con los terceros con quien contrató, ni contra ellos adquiere derecho alguno personal, siempre que haya contratado en conformidad con el mandato; y es que no pueden ser otras las implicaciones que para el derecho tuviera la figura, de lo contrario no tendría sentido su nominación y consagración legal.

Así el fundamento de lo anteriormente esbozado, se encuentra en la mayoría de las normas jurídicas en diversos postulados que consagran que *los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes, y a nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese contraído, son considerados como hechos por él personalmente.* Ahora, es entendible, que la situación cambie sustancialmente cuando se está frente a supuestos que se aparten de los principios anteriormente enunciados como lo es la extralimitación del mandato y el daño que se cause con ocasión de este actuar ilícito. Variable, será también la situación jurídica que se presente en la extralimitación de los poderes, pues no siempre el componente jurídico será el mismo, por tanto frente a múltiples hipótesis que se pueden presentar, nos permitiremos una breve lista donde se

consagren los postulados más frecuentes que puedan conllevar casos de responsabilidad *in contrahendo* por la ruptura de las negociaciones.

a) El daño causado a un tercero cuando no existen poderes

Siendo el caso más común que se podría presentar, en principio no se dudaría que el mandante no tiene responsabilidad alguna frente a las negociaciones adelantadas por el mandatario y por tanto se aplicaría el art. 1725⁷⁷⁹ del C.c. Aquí operaría la figura del *falsus procurator*, y por tanto responde de los daños ocasionados al tercero que confió sin su culpa en la idoneidad de sus actos, principalmente por la violación del deber de informar⁷⁸⁰. No obstante se podría llegar a pensar que si existe en el caso de estudio una objetiva apariencia representativa⁷⁸¹ que vincule al representado, la situación cambiaría de forma sustancial, y ya no sería tan clara la aplicación del art. 1725 del C.c., existiendo en principio, una responsabilidad solidaria entre el mandatario y el *dominus*. También se tiene referencia de una sentencia un poco antigua⁷⁸², pero que dio luz verde a que cuando se presenta extralimitación del mandato por falta de una delimitación exacta del contenido de lo mandado, la responsabilidad recaiga exclusivamente en el *dominus negotii*. Pero en todo caso, será en principio irrelevante respecto del tercero tal situación, e igualmente lo será cuando el mandatario actué de buena fe o con intención de dañar al *dominus*.

⁷⁷⁹ Art. 1725: El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

⁷⁸⁰ En el mismo sentido ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 908. El autor nos recuerda que de conformidad con el artículo 1338 del Código Civil italiano, se puede clasificar dichos casos dentro de la culpa *in contrahendo*.

⁷⁸¹ Son múltiples las sentencias del Tribunal Supremo donde se defiende la protección del terceros frente a las limitaciones del poder en la representación y donde se adopta la teoría de la apariencia representativa de carácter objetivo, la cual permite que el acto sea objetivamente imputable al *dominus*, y por tanto no pudiendo perjudicar al tercero las limitaciones del poder de representación que no hayan podido conocerse ni preverse racionalmente, y más cuando por medio de la exteriorización de diferentes actos, el *dominus* se comporta como si tuviera perfecto conocimiento del estado de las negociaciones entre el representante y el tercero. Así, la S.T.S. de 1 de marzo de 1990 (R.J. 1990, 1656), la S.T.S. de 22 de junio de 1989, sobre el *falsus procurador*; además se puede consultar un interesante trabajo realizado hace un par de años por RIVERO HERNANDEZ, F., “Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurador*”, A.D.C., 1976, vol. XXIX, tomo IV, págs. 1047 y ss.

⁷⁸² S.T.S. de 17 de mayo de 1968 (R.J. 1968, 2480).

Al respecto la jurisprudencia se ha planteado en múltiples ocasiones⁷⁸³, la eficacia o no de las negociaciones o contratos celebrados por el mandatario en extralimitación de sus funciones, y siempre ha coincidido que no es fácil determinar cuando esa extralimitación produce la nulidad de lo actuado, o se considera como una simple irregularidad entre dos extremos negociales (mandante y mandatario), y por tanto no se limita o afecta la actuación del tercero que ha actuado de buena fe. La mayoría de las sentencias parecen inclinarse por la última posición, no antes, sin hacer especial énfasis, que el tercero tiene el deber de conocer y de pedir que se le muestre el poder y aún de indagar su contenido si es desorbitado o de alcance incoherente con el fin pretendido. Así las cosas, habría que entrar a estudiar hasta donde el nivel de diligencia exigido en el caso concreto afecta la responsabilidad que se le imputa al mandatario, y por tanto acudiríamos al estudio del caso concreto, mediante una ponderación de deberes y obligaciones que le incumben a las partes, y que sólo el juez deberá establecer su prevalencia, determinando la procedencia del pago de daños y perjuicios.

b) El daño causado por extralimitación de funciones consentidas por la contraparte

Si se buscan antecedentes jurisprudenciales sobre éste aspecto en concreto, no habrá más que afirmar que son escasos, basta la sentencia del 10 de enero de 1990⁷⁸⁴, donde se extiende la responsabilidad del representante al tercero, pero no se vincula jurídicamente al mandante y donde se induce, -ya que los términos del fallo son un tanto abstractos- que no puede alegarse lo que de antemano se conoce, incluso frente al mandatario ya que no puede el tercero ampararse en una actuación que conoce como extralimitada, según los términos del tribunal.

⁷⁸³ No existe una doctrina pacífica al respecto, tal vez por dos situaciones claras, primero porque los negocios que ha conocido el Tribunal Supremo, en su mayoría han versado sobre situaciones complejas y nada correlacionadas la una y otra y por tanto ha sido difícil sentar doctrina, y la segunda, porque cada vez que se ha fallado al respecto en la mayoría de ocasiones, las decisiones han estado muy divididas, tal prueba son los múltiples salvamentos de votos, que acompañan cada una de las sentencias que a continuación se relacionan. La S.T.S. de 27 de octubre de 1958 sobre venta de acciones, la S.T.S. de 23 de febrero de 1963 (R.J. 1963, 180) en ventas a bajo precio, la S.T.S. de 15 de enero de 1989 (R.J. 1989, 122), por poder insuficiente entre comuneros. La S.T.S. de 25 de junio de 1990 (R.J. 1990, 4894) por un poder del administrador de una sociedad agrícola familiar. La S.T.S. de 24 de febrero de 1995 (R.J. 1995, 1135), declarándose que ni siquiera es título hábil para la usucapión por tratarse de un acto radicalmente nulo, la S.T.S. de 11 de octubre de 1990 (R.J. 1990, 7856).

⁷⁸⁴ S.T.S. de 10 de enero de 1990 (R.J. 1990, 32), donde se reconoce una compensación de culpas, y se exime de toda responsabilidad al *dominus*, por falta de vinculación entre lo actuado y lo causado.

Posición que se comparte, porque si el mandatario dio a conocer el carácter insuficiente de sus poderes, no podría obligarse ni al *dominus negotii* ni a si mismo. Ahora puede presentarse, por ejemplo que aún ante la inexistencia de la autorización para seguir adelante con las negociaciones, y ante la temporalidad que ostenta el poder otorgado para las circunstancias en mención, el mandatario, se haya comprometido por escrito a la obtención de un poder o ratificación del acto y frente, a la frustración de su cometido, y confiando en la buena fe del actuar, el tercero confía y por tanto se le causan unos daños por la ruptura ocasionada por la frustración de lo pretendido ya sea por expresa mención del mandatario o por los actos determinantes del mandante, que le permiten establecer al tercero la ruptura de las negociaciones. En tal caso, ya la situación cambiaría y por tanto se haría responsable, el mandatario al constituirse el primer supuesto anteriormente estudiado, y según el art. art. 1725 del C.c.

“El mandatario que obre en concepto de tal, no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”.

5.5.2.2. LOS CASOS DE OCURRENCIA DE DAÑOS DENTRO DE LOS LÍMITES DEL MANDATO

La doctrina ha asistido a los cambios de exigencia de responsabilidad que el mandatario ha tenido frente al mandante, desde la época de la codificación hasta la actualidad. Así se ha pasado de una época en la que al mandatario se le exigía una responsabilidad por culpa levísima, a la situación que se consagra en la actualidad en el art. 1726 C.c., la cual establece una formula laxa, y con preceptos en blanco la cual reza:

“El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido”.

Como puede observarse el nivel de responsabilidad está sujeto al grado de retribución del mandato, de tal forma que si él es oneroso (siendo la excepción), el nivel de diligencia

exigible será mayor, a que si por el contrario se desarrolla como lo fue en sus inicios y como por expresa disposición legal (Art. 1711 C.c.), lo sigue siendo (*mandatum nisi gratuitum nullum est*).

La línea jurisprudencial, en la materia no sigue los criterios de unificación, por el contrario en algunas ocasiones se presentan unos niveles muy altos de diligencia y en otras, se exculpa de cualquier responsabilidad al representante. Consideramos que sería importante aplicar la formula esbozada en la investigación y que adopta también el Tribunal Supremo, y es analizar cada supuesto al caso concreto y al cúmulo de circunstancias que pueden incidir en el mismo. Pero en términos generales puede afirmarse que en relación con el art. 1726⁷⁸⁵ C.c., la responsabilidad del mandatario no es exigida con especial rigor por la jurisprudencia. Los deberes de conducta: lealtad y diligencia no generan por si mismos responsabilidad, ni implican la pérdida de la comisión, hay que probar la culpabilidad o efectiva negligencia del mandatario en función del carácter del negocio y el daño efectivo sufrido por el mandante⁷⁸⁶.

La situación cambia, en los casos donde los daños no se causan entre los sujetos contractuales (mandante y mandatario), sino cuando son originados en un tercero, con quien se han adelantado las negociaciones (de conformidad con el mandato). Aquí es importante diferenciar los dos supuestos que se podrían presentar como originadores de los daños, el primero cuando los perjuicios son producto de una conducta ilícita (culpa o dolo) del mandatario y del representante, y el segundo supuesto, cuando se causan los perjuicios por culpa exclusiva al representante.

- a) Cuando se causan daños y perjuicios a un tercero, por la culpa o dolo del mandatario y representante

La doctrina reconoce que frente a los casos de un concurso o acuerdo de conductas dolosas, o culposas, tanto el mandante como el mandatario responderán frente a una eventual causación de daños y perjuicios. La diferencia radica en la forma de vinculación,

⁷⁸⁵ Art. 1726: El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido.

⁷⁸⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J., "El mandato y la comisión mercantil" (Comares, Granada, 1997), pág. 190.

así, obligacionalmente va a estar vinculado el representado y por vía extracontractual lo estará el representante. Si por el contrario los daños son ocasionados por una conducta evidentemente negligente por parte tanto del representante como del representado, ambos responderán por vía delictual.

- b) Cuando los daños causados al tercero son imputables exclusivamente al representante

Aquí, la víctima podrá repetir contra el representado por vía obligacional, por el comportamiento ilícito de su representante y por directa aplicación del aforismo *ubi commodum ibi et incommodum* y por la existencia de una responsabilidad obligacional indirecta. Ahora, si se adopta una postura aquiliana, como bien lo apunta GARCÍA RUBIO⁷⁸⁷, la víctima solo podrá dirigirse contra el representante y carecerá de acción frente al representado al no existir entre aquel y este relación de dependencia. Ahora podría presentarse la cuestión, en el que la actuación del tercero constituya la de un *falsus procurator* en ese caso, por no existir ratificación ni darse los requisitos legales de la representación aparente (vinculación del representado con el tercero interviniente, y quien directamente es el causante de los daños en la contraparte), no habrá responsabilidad obligacional indirecta por parte del principal (puesto que este no lo utilizó, ni autorizó su intervención), pudiéndose dar en algún caso si se dan los supuestos del art. 1903 C.c., una vinculación extracontractual, eso sí, sin olvidar que aquel que ha actuado como *falsus procurador*, tendrá por vía aquiliana que entrar a responder por los perjuicios causados.

Así, entonces, la aplicación de la responsabilidad por los auxiliares en el ámbito de la representación extralimitada, en todo momento sigue los lineamientos generales de la representación, de tal forma que hace responsable al principal de los actos de quien se sirve, sólo cuando existe una vinculación con ellos, o cuando aún actuando por fuera del mandato ratifica sus actos.

Es necesario tener en cuenta que las observaciones anteriormente presentadas, son hechas en su gran mayoría, sin precedentes legales dentro de la legislación española,

⁷⁸⁷ GARCÍA RUBIO, M, P., “La responsabilidad...”, cit., pág. 224.

puesto que no se consagran expresamente los supuestos estudiados, no obstante el desarrollo y análisis que aquí se presenta, se hace con fundamento en la legislación genérica que regula el contrato del mandato, con los principios generales del derecho y con los axiomas que rigen el derecho de daños. De igual forma es importante matizar que cuando en el numeral 5.5.2.1., se enunció que el tercero no conocía la inexistencia de un vínculo jurídico (extralimitación de poderes), es necesario entrar a hacer un juicio de ponderación, si en razón de las circunstancias especiales que se presentan en cada caso, se puede entrar a establecer si el tercero a pesar de no conocer, *debía* conocer el límite del poder invocado, así entonces, no podría hablarse de daño pues nadie puede alegar su propia culpa.

**VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA RUPTURA DE LAS
NEGOCIACIONES**

6.1. LA RUPTURA CON OCASIÓN A LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES EMANADOS DE LA BUENA FE

Cuando se habla de la ruptura de las negociaciones se está frente a un abandono del acercamiento que tuvieron las partes con ocasión a la celebración de un eventual negocio. Para determinar si el sujeto que ha roto las negociaciones ha violado o no la buena fe en sentido objetivo, es necesario proceder a efectuar un juicio comparativo entre su conducta precedente, mantenida durante las negociaciones y su conducta sucesiva, constitutiva de la ruptura.

Como ya se mencionó, el principio de la buena fe impone un estándar de conducta exigible no sólo a los sujetos que emprenden negociaciones, sino a todos aquellos que ejecutan actos dentro de una comunidad específica. Ahora lo que sucede es que para la labor en estudio, es fundamental tomar como marco de referencia la buena fe *in contrahendo*, teniendo como partida necesariamente la buena fe en sentido objetivo, aquella que es ajena al sujeto y le impone todo un parámetro de conductas, y pautas de comportamiento (aquellos llamados por la doctrina como códigos de conducta), a diferencia de la buena fe subjetiva, que describe un estado psicológico del sujeto, que se encuentra en la creencia que actúa en base a su propio derecho o que ignora que esta lesionando un derecho ajeno.

Lo anterior, conlleva a retomar el postulado (estudiado en el segundo capítulo) consistente en que si se observa que la conducta constitutiva de la ruptura no ha cumplido con el modelo de comportamiento de coherencia exigible, vulnerando la confianza despertada en su contraparte y por tanto vulnerándola, habrá que concluir que el deber de actuar de buena fe ha sido infringido. Aquí, el contenido de la buena fe, expresa una valoración *a posteriori* (en el momento del cotejo), consistente en un cierto comportamiento considerado a prescindir de la motivación que lo ha determinado, puede considerarse oportuno y como tal justificado, si él se ajusta a los cánones, de lo contrario deberá ser catalogado como generador de un daño por la inobservancia de las determinadas reglas del comportamiento o *correttezza* para la doctrina italiana.

Aquí resulta oportuno indicar que para GALGANO:

“Las reglas de corrección y lealtad son reglas consuetudinarias, que corresponden a lo que un contratante medianamente diligente y leal se siente en el deber de hacer o no hacer, de acuerdo con el sector económico o social en el que el mismo desarrolle su actividad⁷⁸⁸”.

Por tanto corresponderá al juez establecer dichas reglas con fundamento en el examen que realice de la costumbre, lo que puede conducir a un resultado que no coincida con su personal concepto de corrección o lealtad. Concretamente JORDANO FRAGA⁷⁸⁹ afirma que el deber general de *correttezza* es un trasunto del deber de buena fe, el cual, no es sino el deber de comportarse en modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la tutela legítima del interés propio, situación que se comparte en todo y cuya definición servirá para reconstruir la función y el valor del principio de buena fe, asignándole como efectivamente lo ha hecho la doctrina, un significado progresivamente mayor.

La ley ofrece un criterio elástico de valoración de conducta de un sujeto significa lo anterior, que es necesaria la referencia a un momento prejurídico como índice de mediación de las actuaciones de las partes en las negociaciones. Como en efecto la buena fe mentalmente exige la honestidad, la transparencia, la coherencia y rectitud en la conciencia y la fe en la palabra dada, *a dictorum conventunque constancia ac veritas* (tal era el significado originario de la buena fe romana, que designaba a la persona prudente y diligente, completamente determinada en el cumplimiento de la expectativa del otro)⁷⁹⁰. En la misma dirección se han examinado durante todo el transcurso del presente trabajo, las normas que por lo menos consagran o mencionan la buena fe, en el ordenamiento civil español, llegando a hacer aplicaciones extensivas y supletorias de situaciones que como el caso de los tratos preliminares no poseen un ordenamiento jurídico específico.

Pero ¿Qué comprende la rectitud a la que se ha hecho tanta alusión? En lenguaje común la rectitud se puede tomar en diversos sentidos. Una persona correcta es aquella

⁷⁸⁸ GALGANO, F., “El negocio jurídico” (Tirant lo Blanch, Valencia, 1992), pág. 453.

⁷⁸⁹ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 136.

⁷⁹⁰ BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, pág. 48.

que se abstiene de tomar aptitudes de perturben, o incomoden o desagraden al prójimo, seguido de las reglas de la moral y de la costumbre prevalente en una determinada sociedad⁷⁹¹. Reduciéndose todo a una conducta leal y honesta, en cuanto a los deberes que deben tomar los sujetos en las negociaciones.

La obligación general de buena fe en la formación el contrato adquiere, en las negociaciones preliminares un aspecto específico, no obliga a no romper las negociaciones, pero exige no cortarlas cuando se ha suscitado en el *partenaire*, la confianza en la conclusión del acuerdo. La búsqueda de una *faute* consistente en engañar la confianza creada deberá tener en cuenta la efectivamente instaurada en cada caso entre las partes⁷⁹².

La ruptura infundada de las negociaciones preliminares supone por tanto, por lo general, una defraudación de la confianza, una conducta repudiable y por tanto reprochable. Se estima, generalmente que la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos es preciso que suceda por lo general en etapa avanzada, es decir, en un momento en que lógicamente se han suscitado legítimas expectativas en orden a la conclusión del contrato y sin duda cuando la doctrina alude a la ruptura intempestiva, con lo cual se alude en realidad a una *ruptura culposa*. La anterior calificación corresponde a la ruptura efectuada arbitrariamente, la cual necesariamente vicia el deber de diligencia especial creado entre las partes como consecuencia de los tratos preliminares⁷⁹³ o en otras palabras como lo reconoce BREBBIA se comete un acto antifuncional⁷⁹⁴. Más adelante nos adentraremos sobre los efectos que tiene esa connotación en materia contractual adelantando, que allí *culpa es igual a incumplimiento*, y además entendiendo que el término culpa es empleado en un sentido amplio, comprensivo del dolo que existe cuando ha habido la intención de causar daño.

⁷⁹¹ Vid., BENATTI, F., “A Responsabilidad pré-contratual...”, cit., pág. 49.

⁷⁹² SCHMIDT, J., *op. cit.*, pág. 118

⁷⁹³ BREBBIA, R., “Responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 68.

⁷⁹⁴ Vid., BREBBIA, R., *op. cit.*, pág. 93. El cual comprende, aquellos actos que no son idóneos como el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones, donde se adopta arbitrariamente una postura, conociendo la posibilidad de que de ella resultaran perjuicios al otro contratante. En el texto se hace especial referencia a la falta de justificación que debe revestir el cese intempestivo de las tratativas, porque tal circunstancia es la que califica la culpa.

6.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES

Frente al incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe, ya los estudiosos del tema en el siglo pasado se planteaban la cuestión sobre la naturaleza de los deberes y la relación que ellos tenían frente a los tratos preliminares. Es difícil dar una idea precisa de la multitud de teorías existentes sobre la interesante cuestión que estudiamos, puesto que se basan en los más diferentes fundamentos y se critican recíprocamente. Para llegar a exponer algunas directrices de esta masa de opiniones, las agruparemos según que admitan un fundamento más o menos común. El debate se planteó desde dos ángulos totalmente opuestos, siempre teniendo como referencia la máxima romana “*Alterum non laedere*”, lo cual conllevó a posiciones necesariamente contrarias adoptadas por escuelas que veían en ese principio el fundamento de una acción aquiliana, y otras que por el contrario encontraban que en la relaciones fundamentadas en el contacto social, existían deberes especialísimos que constituían para las partes una vinculación jurídica que las hacía exigible al tenor de los canones contractuales.

Es necesario entonces, entrar a estudiar los principales fundamentos de cada una de las corrientes para después presentar una posición muy personal al respecto teniendo como punto de partida, las diferentes divergencias y similitudes entre los pensadores que han nutrido los más de cien años transcurridos desde aquel debate traído al universo jurídico por el ilustre maestro alemán IHERING.

6.2.1. LA TEORÍA AQUILIANA

Comenzaremos con el estudio de la escuela extracontractualista, para quienes el principio encarnado en el aforismo de origen romano *alterum non laedere*, informa en el ámbito de la responsabilidad civil la protección instrumentada por nuestro ordenamiento jurídico, sirviendo para delimitar junto con las categorías de la buena fe (ex art. 7, párrafo 1º del C.c.), el abuso del derecho (párrafo 2º del art. 7 del C.c.), el campo de actuación lícito en el ejercicio del derecho. Para ellos el aforismo romano, no es otra cosa que la

representación de un principio general del derecho⁷⁹⁵, y en cuanto tal, sirve para definir las fronteras de lo lícito y lo ilícito, de los linderos que ya en su momento fueron estudiadas por DE COSSIO:

“Hemos de admitir la existencia implícita en nuestro ordenamiento de una norma genérica que nos prohíbe dañar a otro con nuestra conducta activa o pasiva, naciendo de su infracción una responsabilidad civil atípica, que se traduce en la obligación de indemnizar pecuniariamente a la víctima de los daños y perjuicios que se le hayan podido producir⁷⁹⁶”.

Frente a los efectos que irroga este principio general durante todas las actuaciones que ejecutemos en el normal desarrollo de nuestras vidas, en aquellos países donde no existe una norma concreta *ad hoc* sobre la responsabilidad precontractual, la doctrina ha ubicado el daño ocasionado dentro de los tratos preliminares como un evento dañoso protegible por la vía de la responsabilidad extracontractual. De tal forma que en Francia y Bélgica se aplican las normas del 1382 y 1383 del Código Civil, similar situación es aplicable en Suiza⁷⁹⁷ y en países como España se aplica las normas del 1902, que no son otra cosa que las cláusulas generales de reparación, en las cuales se obliga a todo aquel que en sus actos, cause un daño, ya sea por culpa, dolo o negligencia a reparar el daño causado⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ Posición jurídica que se comparte en todo. En la doctrina española, lo han consagrado así, expresamente DÍEZ PICAZO, L., Y GULLON BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho civil...”, pág. 567, donde señalan que “El principio *alterum non laedere* es un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, siendo a su vez, fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesaria para que la convivencia sea posible. Similar doctrina es recogida por SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “Los principios Clásicos del Derecho” (Unión Editorial, Madrid, 1975), págs. 197 a 212, y LACRUZ BERDEJO, J., “Derecho de Obligaciones”, *Parte General. Delito y cuasidelito*, vol. III (3ª ed. Bosch, Barcelona), pág. 502.

⁷⁹⁶ DE COSSIO Y CORRAL, A., “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho Español”, *A.D.C.*, 1966, julio-septiembre, págs. 528 a 554. Aquí el profesor DE COSSIO, hace un exquisito análisis sobre la causalidad al tenor de las sentencias del Tribunal Supremo de la época, analizando las fuentes aquilianas y contractuales.

⁷⁹⁷ PIOTET, P., “*De la culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle...*”, cit., pág. 24 y ss. Afirma que los deberes precontractuales son deberes generales y no relaciones obligatorias concretas. Y dice que las teorías según las cuales los deberes precontractuales se crean por un acto jurídico son insostenibles y no han tenido apoyo en el derecho suizo. El derecho suizo conoce una regla general del delito civil, una noción general de acto ilícito. Por tanto la responsabilidad contractual es la regla especial y la aquilina la general, si pues todo acto prohibido que no constituya la violación de una verdadera obligación preexistente es un acto ilícito en el sentido del art. 41 C.O.

⁷⁹⁸ En Francia la misma situación se mantiene con el art. 1382 del Código Civil y por la mayoría defienden su extracontractualidad, Así: PIOTET, P., *op. cit.*, págs. 100 y ss. SCHMIDT, J., *op. cit.*, págs. 46 y ss; GHESTIN, J., “*Traité de droit civil, les obligations*”, *Le contrat* (2a ed., *L.G.D.J.*, París, 1988), pág. 250. Se puede además encontrar una abundante bibliografía al respecto, la mayoría de escuela francesa.

Los estudiosos que abordaron la problemática desde la metodología deductiva, no dudaron en establecer que la naturaleza de la *culpa in contrahendo* es de carácter extracontractual. Afirman, que con base en el principio que impone una norma de comportamiento que debe ser adoptado por las partes y el cual es aplicable a todas las relaciones sociales, económicas, jurídicas, y políticas que deban adoptar los hombres en su entorno o convivencia social.

Conforme a lo anterior, se halla el criterio de que los tratos preliminares no forman una obligación en sentido técnico, sino una simple relación de hecho que en ocasiones la actuación de los deberes universales impuestos a todas las personas y cuya trasgresión, siendo un acto ilícito ocasiona la responsabilidad extracontractual. Como consecuencia lógica de lo anterior, la responsabilidad precontractual se presenta como una manifestación de culpa extracontractual común, pues en las negociaciones no se establece un vínculo contractual.

Para los seguidores de esta doctrina, no se puede hablar entonces de responsabilidad contractual desde que en fase de negociaciones falta un vínculo obligatorio⁷⁹⁹, con ocasión a lo anterior es frecuente encontrar afirmaciones que consagran, que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos y que conceden un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento contractual será extracontractual⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ En los mismos términos, la cita anterior.

⁸⁰⁰ Podríamos entonces citar a diferentes autores, tanto españoles como extranjeros y coincidirían todos en lo anterior. Para ver más. TERCIER, P., *op. cit.*, pág. 229. PIOTET, P., “De la culpa in contrahendo...” cit., págs. 100 y ss. COHERIER, C., *op. cit.*, págs. 54 y ss. GHESTIN, J., *op. cit.*, págs. 293 y 551. VINEY, G., “Introduction a la responsabilité, en traite de droit civil” (2ª ed. *L.G.D.J.*, París, 1995), págs. 354-366. En el caso español se puede citar a TORRALVA, V., *op. cit.*, pág. 559. MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato...” cit., pág. 24 y ss. LASARTE ÁLVAREZ, C., “Principios de derecho civil...” cit., pág. 65, DE CASTRO, F., *op. cit.*, págs. 29-30. MENENDEZ MATO, J. C., *op. cit.*, págs. 88 y 89. LOBATO DE BLAS, J. M., *op. cit.*, pág. 548. En el ámbito italiano famosos los escritos de: CARRESI, F., “In tema...” cit., pág. 464, “Il contratto...” cit., pág. 734, FRAGALI, M., “Dei requisiti del contratto”, *Libro dele obbligazioni*, tomo I, (Firenze, 1948), pág. 369. SACCO, R., “Il contratto...” cit., pág. 676. CALUSI, V., “In tema di trattative...” cit., pág. 484. DELL’AQUILA, E., “La correttezza nel diritto privato”, (Milano, 1980), pág. 72. Últimamente BIANCA, M., “Diritto civile...” cit., págs. 161 y ss. PATTI, S., *op. cit.*, págs. 35 y ss. En el derecho Argentino, se puede citar a STIGLITZ, R., Y G., “La responsabilidad...” cit., págs. 47 y ss. LLAMBIAS, J. J.,

Considero que no es menester entrar a hacer un estudio pormenorizado de las diferentes tesis al respecto, ya que como lo mencionamos, la mayoría de los militantes de esta doctrina (sino la totalidad), coinciden con darle ese tratamiento legal a la responsabilidad precontractual, por tanto se hará un simple repaso sobre las principales posiciones extracontractualistas teniendo como punto de partida el derecho español e italiano. En donde se podrá observar la homogeneidad y continuidad de planteamientos.

Para PASCUAL ESTEVIL:

“Cuando la causación de los perjuicios habidos, tenga su fundamentación en la infracción del genérico deber *erga omnes*, de no causar daño a nadie y en su contra se haya invadido la esfera del interés ajeno, protegido por el Derecho, no cabe otra alternativa científica que la de calificar al daño como de perjuicio extracontractual o aquiliano, pues es harto sabido, que el principio *neminem laedere* hace transito al art. 1902 del nuestro código (aunque haya sido por mediación del art. 1382 del código de napoleón)⁸⁰¹”.

En similitud de posiciones CASTAN⁸⁰² afirma que la existencia de un deber de lealtad recíproca y buena fe en la fase de formación del contrato, de modo que si una parte se vuelve atrás sin motivo justificado, está obligada a responder sobre la base de los principios generales del derecho extraídos de algunos preceptos del Código Civil pero sobre todo del art. 1902.

DE LOS MOZOS⁸⁰³ parte de que:

“la buena fe que debe presidir la negociación precontractual como arquetipo o modelo de conducta debe completarse con la responsabilidad aquiliana, pues la responsabilidad en que incurre quien rompe los tratos deriva por encima de todo, de que obra con dolo o culpa”.

“Código Civil Anotado” (Abeledo-Perrot, Buenos Aires), pág. 120 y en “Tratado de Derecho Civil”, *Parte General y Obligaciones* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989), págs. 179 y ss.

⁸⁰¹ PASCUAL ESTEVIL, L., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 944., quien además, califica como una ficción legal producto de mentiras útiles, el tratar de encuadrar dicha responsabilidad como contractual.

⁸⁰² CASTAN, C. J., “Derecho civil español, común y foral...”, cit., págs. 383 y ss.

⁸⁰³ DE LOS MOZOS, J. L., “El principio de la Buena fe...”, cit., pág. 180.

Para ALBALADEJO⁸⁰⁴ en nuestra ley carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es solo un caso más de culpa extracontractual, a regirse por el art. 1902.

Existen por otra parte, posiciones como la de GARCÍA RUBIO, quien afirma que:

“La responsabilidad precontractual es sobre todo, un recurso lingüístico con el que se trata de aprehender supuestos de obligación de indemnizar cuyo eje conductor es la relación precontractual, debido a esta heterogeneidad, es que puede tener naturaleza contractual y extracontractual...la solución no es considerar a la precontractual como un genero autónomo de responsabilidad, tampoco que se trate de un tipo mixto o ecléctico aunque admita soluciones tradicionalmente propias de una u otra. Más bien pensamos que todo para por la unificación de nuestro régimen de responsabilidad civil, con pequeñas modulaciones o variaciones que, en ningún caso, justificarían la división bipartita⁸⁰⁵”.

No obstante, al momento de tratar de plantear su posición frente a la materia, la jurista se decanta por la responsabilidad aquiliana, pero no desde la clásica postura adoptada por quienes en su mayoría defienden la naturaleza frente a los tratos preliminares, sino como un supuesto concreto del abuso del derecho⁸⁰⁶.

Últimamente, hay quienes sostienen que no existe otra posibilidad que considerar la ruptura como un supuesto aquiliano, en la medida que en el ordenamiento civil español no existe el deber de comportarse de buena fe. Así lo afirma la profesora LLÁCER MATAACÁS quien afirma:

“Habida cuenta que nuestro Código no establece un deber de buena fe, deben utilizarse los mecanismos existentes, de forma que la culpa precontractual será aquella que frustra el cumplimiento siempre que haya contrato⁸⁰⁷”.

⁸⁰⁴ ALBALADEJO, M., *op. cit.*, págs. 111 y ss.

⁸⁰⁵ GARCIA RUBIO M, P., *op. cit.*, págs. 22 y ss.

⁸⁰⁶ *Vid.*, GARCÍA RUBIO M, P., *op. cit.*, págs. 131 y ss. Formulación originaria de JOSSEAND, L., “De l’abus...”, *cit.*, págs. 35 y ss.

⁸⁰⁷ LLÁCER MATAACÁS, M., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), pág. 163.

Situación que no compartimos, entre otras razones por que para nosotros la buena fe por ser un principio general no necesita formulación que la consagre, y además, porque como hasta aquí queda claro de la integración que podemos hacer del art. 1258 del C.c., nos permite afirmar incluso todo lo contrario (como hasta aquí ha quedado demostrado). Sobre el respecto nos pronunciaremos cuando expliquemos más adelante nuestros fundamentos obligacionales.

La doctrina belga, por su parte, aborda la problemática desde una perspectiva similar a la francesa, y la sancionan desde la base cuasidelictual (art. 1382 y 1383 del C.c.), al respecto no profundizaremos, pues los supuestos en general son los mismos que hasta aquí se han recogido, no obstante, parte de la doctrina⁸⁰⁸, y en algún momento la misma Corte de Casación belga fundamentó la responsabilidad precontractual en una teoría del abuso del derecho y en su técnica de control marginal la cual resumimos así:

“No se puede ejercer el derecho a romper los *pourparlers*, de una razón que se sobrepasen manifiestamente los límites del ejercicio del derecho por una persona prudente y diligente. El abuso se puede presentar no solo en los casos en los que se tiene intención de dañar, sino también cuando se sobrepasa este ejercicio de forma negligente⁸⁰⁹”.

La Corte encuentra que considerar estos supuestos como un abuso del derecho, no tiene en la realidad mayor incidencia práctica el admitir si es una variedad de la falta aquiliana a la que se aplica la teoría general de la responsabilidad. Al respecto nos encontramos en total acuerdo, pero lo que nos llama sin duda la atención, es lo que respecta a la *technique du contrôle marginal*, que es un procedimiento sobre el cual se puede hacer una apreciación diferente a la falta. Así que sólo el abuso manifiesto de los límites del ejercicio normal del derecho puede ser sancionado, por el juez, según lo anota la sentencia en comento. El tribunal aceptaba como supuestos exigibles de la ruptura injustificada de las negociaciones aquellos casos en los que los hechos eran manifiestamente contrarios a la razón y a la equidad, de tal forma que si ellos se encontraban por fuera del

⁸⁰⁸ DALCQ, R., “Traité de la responsabilité civile”, tomo I (Larcier, Bruxelles, 1967), págs. 124 y ss. CORNELIS, L., “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel” (R.G.D.C., París, 1990), págs. 391 y ss. DE PAGE, H., “Traité élémentaire de droit civile belge”, tomo II (Bruylant, Bruselles, 1940), págs. 516 y 517.

⁸⁰⁹ Sentencia del 10 de septiembre de 1971, *Pas.*, 1972, tomo I, pág. 28 y ss.

margen se daba el abuso del derecho. Se tomaba entonces como técnica para medir el comportamiento de las partes el concepto del hombre prudente y razonable. En la actualidad, se ha desmontado ese sistema por lo difícil que en la práctica resultaba demostrar todos los supuestos exigibles. La técnica en mención, demostró la impracticidad de la innavobilidad de los requisitos exigidos por los tribunales, ya que no se reconoció ningún caso de responsabilidad precontractual en los negocios que conocía la corte (mientras se aplicó dicho sistema), adoptándose entonces sentencias que en algunas ocasiones fueron abiertamente arbitrarias, por el formalismo y rigorismo que implicaba el tener un baremo tan elevado⁸¹⁰. Aún así, es importante resaltar que en la actualidad se aplican las reglas clásicas de la falta casi-delictual, reconducibles a la responsabilidad aquiliana.

Por su parte la doctrina clásica italiana, también se inclina por una postura extracontractual en la materia, utilizan los mismos fundamentos esbozados anteriormente por los juristas españoles, por tanto estimo que no es necesario transcribir de nuevo el pensamiento no obstante, referenciaré aquellos que presentan unas posturas diferentes las cuales se basan básicamente en desvirtuar el pensamiento que de la norma del art. 1337 no se deriva obligación alguna.

SACCO al momento de establecer la naturaleza de las reglas que se derivan del art. 1337 del *codice*, hace un racionamiento que lo decantan por la naturaleza aquiliana así:

“Tanto el art. 1337 y el Art. 1338 deben considerarse como una especificación del principio general del *neminem laedere* ya que los dos nos reconducen a los requisitos subjetivos (dolo o culpa) y objetivos (daño injusto)... además es claro que en el art. 1337 no existe la deslealtad y por tanto esta debe ser reprimida es por el art. 2043⁸¹¹”.

⁸¹⁰ Para ver más, STIJNS, S., “Abus, mais de quel(s), droit(s)?, Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels”, *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1990, pág. 43 y ss., DIEUX, X., “Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui” (Bruylant, Bruxelles, 1995), pág. 22 y ss. El último autor belga, es el que más reparos ha hecho a que se apliquen en los tratos preliminares las reglas de la responsabilidad aquiliana, y que se considere que al fundamentarse la misma, en el principio general de la buena fe, se tenga siempre que buscar la falta en la conducta de las partes, doctrina que no le parece al autor suficiente y quien se inclina por dar un tratamiento similar al alemán en la materia.

⁸¹¹ SACCO, R., “Trattato di diritto civil”, *Il Contratto* (Utet, Torino, 1975), pág. 676.

FORCHIELI por ejemplo refutando a sus detractores, sostenía que existía una renuente equivocación al considerar que de la violación del art. 1337 se deriva una responsabilidad contractual ya que:

“No puede considerarse que culpa equivale a mala fe, así se invertiría el principio que gobierna el derecho y entonces, se tendría que decir que se presume la mala fe, siendo sin duda una excepcional regla...⁸¹²”

Defendiendo la misma naturaleza PALMIERI afirma:

“La responsabilidad precontractual configurada por la violación del precepto consagrado en el art. 1337 constituye una forma de responsabilidad extracontractual, ya que ese precepto en particular –la buena fe *in contrahendo*– deriva de un principio general del derecho el cual tiene su verdadero sustento normativo en la norma que consagra el *neminem laedere* del art. 2043⁸¹³.”

No obstante, en la actualidad a los clásicos italianos les comienza a preocupar que no todos los supuestos de la ruptura injustificada de las negociaciones pueden ser reconducidos por la institución aquiliana, de hecho, existen autores como PATTI⁸¹⁴, que sostiene una postura extracontractualista al momento de establecer la naturaleza, pero reconoce que existe una “única” preocupación dogmática, consecuente al reconocimiento de dicha naturaleza (aquiliana) de la responsabilidad precontractual, derivada de la imposición al sujeto del deber extracontractual, de contenido positivo, precisamente el deber de comunicar. Precisamente sobre ese deber se encuentran diferentes sentencias francesas⁸¹⁵, en donde se reprocha al causante del daño su conducta ya sea por revelar información confidencial, o por no cumplir al informar a su contraparte en la formación del contrato; al respecto nos quedan entonces serias dudas, y es que ¿Cómo se justifican desde la teoría general de las reglas aquilianas, la existencia de reglas específicas (deber de informar) en la formación contractual y aún así se reconoce naturaleza extracontractual

⁸¹² FORCHIELLI, P., “Nota a Cass. 1667 de 1948”, *G.I.*, tomo I, 1948, pág. 295- 197.

⁸¹³ PALMIERI, D., “La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza” (Giuffrè, Milano, 1999), pág. 101 y ss.

⁸¹⁴ PATTI, S., *op. cit.*, págs. 47 y ss. Aquí el autor, trata de palear el inconveniente que él mismo reconoce, afirmando, que el deber a pesar de tener su fundamento en el art. 1337 es una particular connotación, consecuente de la peculiaridad del bien tutelado, que es la libertad negocial. Sin duda, es una solución más creativa, que acorde a la doctrina de la *culpa in contrahendo*.

⁸¹⁵ CHAUVEL, P., “Note sous Cass. Fr (com), 7 janvier 1997 et 22 avril 1997”, *D.J.*, 1998, págs. 49 y ss.

al daño ocurrido?, no deja de ser más que curioso encontrar sentencias de esa naturaleza, especialmente en el ordenamiento belga y francés, situación que no compartimos y que será suficientemente explicitada en las líneas posteriores.

En general todo el planteamiento aquiliano, es muy diferente al que se aborda desde la escuela contractualista, ya que para los primeros estudiosos de la *culpa in contrahendo*, así como para los juristas pertenecientes a las nuevas corrientes del derecho italiano, los deberes emanados de la buena fe llegan a la relación jurídica entre las partes, justo en el momento en el que comienzan sus acercamientos, su contacto social⁸¹⁶, por tal circunstancia dicha inobservancia es una relación contractual, encuadrable en una relación que en sentido lato podría calificarse como relación de obligación. Aquí se defiende, que contrario a lo que creen los extracontractualistas, los deberes de protección existen con independencia de los deberes delictuales, especialmente son independientes de los deberes de seguridad del tráfico (*verkehrssicherungspflichten*). La principal característica que distingue a los deberes radica en que ellos favorecen a un determinado sujeto, mientras que los deberes delictuales se dirigen a la generalidad. La inclusión de los deberes de protección en el círculo de la relación precontractual no es algo ajeno a la *culpa in contrahendo*. Ya las negociaciones contractuales determinan que las partes que puedan ser dañadas están protegidas por estos deberes, que son en esencia precontractuales, que surgen en los tratos basados en la confianza (*in anspruch genommenes und gewahrtes Vertrauen*)⁸¹⁷.

Hasta aquí se ha hablado constantemente de la teoría del contacto social, pero sin profundizar al respecto. Debido a su importancia y como ya se dijo, fundamentó y sigue orientando en la actualidad, a la mayoría de las escuelas contractualistas europeas, consideramos que es importante estudiarla un poco más a fondo para poder comprender en su total globalidad el sustento de la doctrina contractualista.

⁸¹⁶ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 40 ss, CHIRONI., *op. cit.*, pág. 100 y ss., VISINTINI, G., “La reticenza nella formazione dei contratti” (Padova, 1972), pág. 98 y ss. MESSINEO, F., “Il contratto in genere”, vol. I (Milano, 1973), pág. 365. Quienes antes habían defendido la naturaleza aquiliana. STOLFI, G., “Sulla responsabilità precontrattuale del minore”, *Riv.Dir. Comm.*, 1968, pág. 275; y del mismo autor, “tema di responsabilità precontractuale”, *foro it.*, 1954, il. Col. 1100. MENGONI, L., *op. cit.*, págs. 361 y ss. SCOGNAMIGLIO, R., “Responsabilità contrattuale ed extracontractuale”, *Novissimo digesto Italiano XV* (Torino, 1968), pág. 675., DE CUPIS, A., “Il danno”, vol I, (Giuffrè, Milano, 1966), pág. 99.

⁸¹⁷ Así lo pone de manifiesto CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 59, citando a FROST, *Vorvertragliche, und vertragliche Schutzpflichten*, (Berlin, 1981), pág. 23.

6.2.2. LA TEORÍA DEL CONTACTO SOCIAL

La teoría del contacto social llega al universo del derecho germánico, como una reacción a la teoría propuesta por STÖLL⁸¹⁸. Su creador DÖLLE⁸¹⁹, rechaza en todo la teoría del negocio jurídico unilateral, considerándola arbitraria y deplorable. Considera, que la fuente legal de los deberes precontractuales no se encuentra en los efectos jurídicos que puedan emanar de una declaración unilateral, sino por el contrario utiliza el término “contacto social”, para establecer que la verdadera fuente de los deberes accesorios se haya en una mutua relación obligatoria de carácter legal surgida entre los sujetos negociables.

Las conversaciones, que preceden a la mayoría de los contratos, generan entre las partes una confianza (*ein besonderes vertrauen*) de la cual nacen determinados deberes (*Schuldpflichten*) que encuentran sus apoyos legales en los párrafos del 157, 241.2 y el 282 y 311.2 del reformado *B.G.B.*

CABANILLAS SÁNCHEZ nos explica conceptualmente la teoría de una forma muy adecuada así:

“La doctrina del contacto social está enmarcadamente orientada por la relevancia de un momento fáctico: el paso de los individuos de una anónima convivencia con la posibilidad de lesiones ocasionales, que la norma delictual general del *neminem laedere* trataría de prevenir, a situaciones de un más estrecho contacto entre ellos, surgiendo cuando alguien, para alcanzar determinado fin expone sus bienes a la influencia ajena, y especialmente cuando entra en la esfera jurídica dominada por otro⁸²⁰”.

De tal forma que una vez se da, el contacto social entre los negociantes, ya las partes han entrado a confiar no solo sus bienes patrimoniales sino personales, con la obtención de una determinada finalidad encomendada en la prudencia, guarda y diligencia

⁸¹⁸ STÖLL, H., *op. cit.*, págs. 12. Propuso la teoría de la relación jurídica preparatoria emanada de las conversaciones contractuales ya fueran ante una oferta contractual o ante la simple invitación.

⁸¹⁹ DÖLLE, H., *op. cit.*, págs. 66 a 90 y ss.

⁸²⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 41.

del otro⁸²¹. Fundamenta entonces el famoso autor alemán, que los deberes de protección, previsión y conservación se originan donde tenga lugar el contacto social⁸²². Así, el riesgo aumentado de daño, proviene de una especial posibilidad de injerencia en los bienes de la contraparte, y por tanto, las anteriores razones justificarían la aceptación de una responsabilidad que sobrepasa el plano delictual⁸²³.

La naturaleza que emana del *sozialer kontakt*, se debe a que en el momento en el que los sujetos entran en negociaciones, abandonan la esfera de las relaciones de naturaleza extracontractual, para entrar en aquellas relaciones de naturaleza exquisitamente obligacional, cuyo nivel de diligencia exigible a las partes debe ser el mismo que se tiene, o se guarda durante la fase de ejecución y cumplimiento contractual⁸²⁴.

Por lo anterior, surgieron muchas críticas que se formularon en su contra, entre ellas la que más acogida tuvo, se fundó en la descalificación como una “*fictio juris*”, ya que según sus opositores tal formulación no obedecía más que a una presunta función de carácter ficticio de la culpa, la cual era típica de la responsabilidad objetiva (aplicable exclusivamente a casos muy contados) y por tanto no podía extenderse a todos los eventos de las negociaciones. Ya que atribuir tales características y alcances a la culpa, era acudir a una estipulación de un pacto inexistente entre los sujetos, el cual muchas veces no llegaba a celebrarse, por tanto ese no era el real sentido de la contratación honesta y correcta⁸²⁵.

Entre seguidores y detractores el término de *sozialer kontakt* comienza su larga carrera dentro de la doctrina jurídica internacional, logrando que en la actualidad hoy sea el fundamento sobre el cual se sustentan la mayoría de las teorías de la responsabilidad precontractual. Las cuales aceptan que gracias al contacto social, surgen para las partes deberes de comportamiento, de lealtad, de corrección de acuerdo a los mandatos de la

⁸²¹ DÖLLE, H., *op. cit.*, pág. 84 y ss.

⁸²² *Vid.*, DÖLLE, H., *op. cit.*, pág. 67 y ss.

⁸²³ En el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 41.

⁸²⁴ Así, lograban conectar los posteriores estudiosos de la teoría, la doctrina Iheriana, ya que recuérdese que le era exigible a la parte que ocasionaba el daño en vía contractual, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, justamente por su negligencia frente a los elementos esenciales del negocio celebrado. Siendo así defendido principalmente por VON THUR, A., “Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts”, vol. II, tomo I (Heymanns, Munchen-Lepzig, 1914), LEONHARD, F., “Verschulden beim Vertragsschlusse” (Vahlen, Berlin, 1910), ENNECERUS-LEHMANN, L., “Recht der Schuldverhältnisse”, (Mohr, Tübingen, 1954),.

⁸²⁵ Ver una crítica más profunda por ejemplo en CALUSI, V., *op. cit.*, pág. 65, CARRARA, G., *op. cit.*, pág. 322.

buena fe *in contrahendo*, reconociendo que de los clásicos deberes exigibles (información, secreto y custodia) hoy día se habla de un acrecimiento en cuanto a la exigibilidad de nuevas obligaciones precontractuales como el deber de buen fin, de confianza y lealtad. Así en Italia⁸²⁶ y España⁸²⁷, esta doctrina, cada día encuentra más adeptos, y conforme a las nuevas tendencias del derecho contractual, sus propuestas se hacen cada vez más interesantes e innovadoras.

El originario concepto que se esbozó sobre la teoría del contacto social, en ningún momento ha permanecido estático, por el contrario son variados los doctrinantes, en especial los alemanes⁸²⁸, que han limitado o extendido los alcances o implicaciones del originario concepto de DÖLLE, no obstante lo anterior, su idea originaria prácticamente ha sobrevivido a todos los embates que le han surgido durante el transcurso de estos 60 años, desde la época de su erupción.

⁸²⁶ En la doctrina italiana, el reconocimiento de la teoría del contacto social, se ha dado exclusivamente, en lo que denominamos en el III capítulo, como “la moderna escuela”. Es importante también, clarificar que el contacto social, no es el único fundamento que los doctrinantes pertenecientes a ésta doctrina utilizan para reconocer una naturaleza contractualista a la ruptura injustificada de las negociaciones. Por todos BENNATI, F., “La responsabilità precontrattuale” (Giuffrè, Milano, 1963), siguiendo los estudios de MENGOLI, L., *op. cit.*, págs. 360 y ss. SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, pág. 675, LOI Y TESSITORE., *op. cit.*, pág. 107 y ss. DE CUPIS, A., “Il danno...”, *cit.*, pág. 99, TURCO, C., “Interesse negativo e responsabilità precontrattuale” (Giuffrè, Milano, 1990), pág. 729, CARUSO, D., “La culpa in contrahendo. L’esperienza statunitense e quella italiana” (Giuffrè Milano, 1993), pág. 167., CASTRONOVO, C., “La nuova responsabilità civile”, (2° ed., Giuffrè, Milano, 1997). FERRO-LUZZI, F., “L’imputazione precontrattuale. Il preliminare e le trattative” (Cedam, Padova, 1999).

⁸²⁷ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos...”, *cit.*, pág. 276, PANTALEÓN A, F., “Comentario de la S.T.S. de 19 de julio de 1984”, pág. 1876, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” *cit.*, págs. 904, 914, 907 y 909.

⁸²⁸ La obra de CABANILLAS SÁNCHEZ., A., *op. cit.*, pág. 41 a 49, hace un interesante rastreo bibliográfico, haciendo especial énfasis en los autores alemanes, de tal forma que se citan a CANARIS., “Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung un Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen” Verträgen, *JZ*, 1965 pág. 475 y a ESSER y SCHMIDT., “Schuldrecht Allgemeiner Teil”, I-2 Heidelberg, Schuldverhältnis, Tübingen, 1989, quienes reformularon la originaria teoría del contacto social, denominándola el contacto social intensificado (*der gesteigerte soziale Kontakt*). Que consiste en el establecimiento fáctico de un contacto social más intenso, del cual surge una relación similar a la contractual, es decir, como si se tratara de la obligación de una relación jurídica entre las partes en contacto que se ha segregado de la convivencia anónima. Otros por ejemplo como LARENZ y CANARIS., “Lehrbuch des Schuldrechts”, tomo II, vol. II (Besonderer Teil, München, 1994), pág. 100. Afirman que en virtud de la iniciación del contacto comercial se origina una relación obligatoria sin deber primario de prestación que abarca tanto los deberes de protección o conservación como deberes de lealtad. citado también por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 45.

6.2.3. LA TEORÍA CONTRACTUALISTA

La teoría obligacionista germana tuvo sus orígenes en la pandectística bávara (la cual alcanzó todo su esplendor en el siglo XIX), como consecuencia de la elaboración de la *culpa in contrahendo* de IHERING. Al atribuir a la víctima del daño causado durante la fase de las negociaciones una acción contractual, considerándola como la más eficaz⁸²⁹ para la reclamación de los perjuicios irrogados con ocasión de las negociaciones. De origen justinianeo y su *ratio* encontrada en los partidarios de someter la responsabilidad *in contrahendo* a las reglas contractuales (así, rendían tributo a la consideración que el imperativo de la buena fe debe ser observado desde el momento en que entablan las negociaciones⁸³⁰), por la ausencia de una norma general acerca del delito civil (como la que contienen los ordenamientos latinos, sobre responsabilidad civil).

En general su fundamento y dogma en la actualidad, han sido recogidos por la moderna escuela italiana⁸³¹, quienes defienden la naturaleza contractual de aquellas obligaciones que tienen origen en el incumplimiento de los deberes previos que vinculan a las partes, ya provengan de un contrato propiamente o provengan del incumplimiento del deber de actuar de buena fe en el *iter* formativo de los negocios.

Con la reforma incorporada al *B.G.B.*, por la ley de modernización del derecho de obligaciones, del 26 de noviembre de 2001, no se hizo otra cosa que transformar una costumbre jurídica aceptada (que comenzó con la teoría la relación jurídica preparatoria

⁸²⁹ Como ya lo habíamos advertido, fueron dos los factores que contribuyeron a que IHERING determinara la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo*, por una parte la no inclusión de una noción general de delito civil en el *B.G.B.* y por otra, la posibilidad de que el dueño de un negocio se liberara de toda responsabilidad por los actos de sus auxiliares.

⁸³⁰ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 897. La concepción contractualista se dió debido a que con fundamento en la buena fe, las partes que pretendían contratar debían comportarse bajo los criterios de la lealtad, y la única vía que encontraron para lograr el propósito fue la de ampliar el ámbito de acción contractual a la responsabilidad precontractual, ya que estaba vigente el principio de la tipicidad de acciones.

⁸³¹ La cual a juicio propio comenzó a construir su dogmática con BENATTI, F., “la responsabilità...”, cit., pág. 40 y ss., siguiendo los estudios de MENGOLI, L., *op. cit.*, pág. 360 y ss. SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, pág. 675, LOI, L. M., y TESSITORE, T., *op. cit.*, pág. 107 y ss. DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 99. TURCO, C., *op. cit.*, pág. 729. CARUSO, D., *op. cit.*, pág. 167. CASTRONO, V., *op. cit.*, págs. 38 y ss. FERRO-LUZZI, F., “L'imputazione precontrattuale”, *Il preliminare e le trattative* (Cedam, Padova, 1999), pág. 23, DE MAURO, A., y FORTINGUERRA, F., “La responsabilità precontrattuale” (Cedam, Padova, 2002). Se hace claridad de la nueva escuela italiana, ya que la mayoría de la doctrina considera por el contrario, que la responsabilidad por *culpa in contrahendo* es de naturaleza aquiliana y así lo ponen de manifiesto gran parte de las sentencias de la corte de Casación, a pesar que existan también sentencias totalmente contrarias, donde se defiende la naturaleza contractual de los tratos preliminares.

de STÖLL⁸³²), a una norma clara y precisa frente al efecto jurídico-vinculante que tienen las relaciones jurídicas preparatorias y las relaciones obligatorias negociales. De tal forma que hoy día, en el panorama jurídico germano, los deberes precontractuales de comportamiento traen su causa en la relación obligatoria nacida de las conversaciones precontractuales.

Puede llegarse a pensar que el cambio en la legislación civil, es una verdadera novedad, pero lo cierto es que ésta práctica, ya hacía parte de la consideración legal dentro del pensamiento jurídico germánico. La reforma hecha en la materia, no tenía otro fin que llevar a norma, una costumbre jurídica consolidada en Alemania desde principios del siglo pasado. Situación, que no hizo más que reforzar la tesis contractualista que se había debatido tan arraigadamente en el país germánico⁸³³.

El verdadero cambio que sí se ha dado en la materia es como bien lo anota, MEDINA ALCOZ⁸³⁴, el experimentado en materia de prescripciones. Si antes el parágrafo 195 del *B.G.B.*, fijaba un plazo de 30 años para todas las acciones personales carentes de un plazo especial, que era el aplicado hasta antes de la reforma, ahora rige solo un plazo de 3 años. Plazo moderado, y que no sólo es aplicable en la materia de las obligaciones precontractuales, sino como bien lo enuncia su articulado a todas las acciones personales que no consagren plazos específicos.

Abordando la problemática desde la literatura jurídica española, y tomando como punto de partida la referencia italiana⁸³⁵, en el panorama ibérico, se aboga por la virtualidad de la buena fe en sentido objetivo en el período precontractual y por ende se reconocen unos deberes de conducta, denominado responsabilidad precontractual a la sujeción a una obligación de reparar en caso de inobservancia de los mandatos legales.

⁸³² STÖLL, H., *op. cit.*, pág. 143. Su fundamento radica, en que las partes desde el mismo instante en el que entran en contacto, están vinculadas a una relación jurídica contractual, y por ende, tanto en el período de las negociaciones como en el de la conclusión contractual, están bajo el ámbito obligacional. Ya la sola invitación de entrar en negociaciones, constituye para el autor, un acto jurídico unilateral.

⁸³³ Para consultar una profunda y completa bibliografía de la doctrina contractualista alemana, ver ASÚA GONZÁLEZ, C., “*La culpa in contrahendo...*”, cit., págs. 53- 65, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 897.

⁸³⁴ MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: Nota acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *R.D.P.*, Madrid, 2005, Mayo-Junio, pág. 91.

⁸³⁵ Es el reconocimiento o el *status*, que adquiere el tema dentro de la literatura jurídica española, para ver más, ASÚA GONZÁLEZ, C., “*La culpa in contrahendo...*”, cit., págs. 244 y ss.

Partiendo de la anterior primicia y con miras a presentar mi posición frente al tema, abordaré el tema de la responsabilidad precontractual como una problemática encajable dentro de los parámetros de la responsabilidad contractual; pero para esto es necesario el estudio del pensamiento de diferentes autores, que pertenecen a diferentes escuelas y con tradiciones disímiles, y quienes coinciden en sus posiciones legales con un tratamiento sistemáticamente homogéneo a la responsabilidad originada por la ruptura injustificada y abrupta de los tratos preliminares.

Comenzaremos con el análisis del pensamiento de ALONSO PÉREZ, pues como lo hemos manifestado con anterioridad, sus estudios fueron los primeros que se ocuparon de la doctrina de la culpa *in contrahendo*, y de los cuales sin duda han bebido todos aquellos que con posterioridad se han ocupado en la materia sobre todo en el plano hispanoamericano. No obstante, antes de retomar su pensamiento, le manifestamos al lector que debido a que hasta este momento hemos desarrollado en gran proporción su construcción jurídica, en el presente título, nos remitiremos a presentar en unos breves párrafos las diferentes consideraciones sobre la naturaleza de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

Al estudiar la naturaleza de la ruptura injustificada de las negociaciones ALONSO PÉREZ se inclina por delimitar la relación jurídica precontractual. Identifica en ella dos ingredientes, el primero (elemento objetivo), que esta conformado por una serie de actos, conversaciones, tanteos, proyectos, peritajes, viajes etc- que integran el *iter* formativo del contrato proyectado. El segundo (el más importante a su juicio) es el conformado por los principios rectores del ordenamiento jurídico (la buena fe *in contrahendo*, la protección a la confianza y la lealtad), y por tanto es el que vivifica el *iter ad contractum*, y cuya violación es causa directa de la llamada responsabilidad precontractual⁸³⁶.

Determina el Maestro al hacer un estudio histórico sobre las fuentes romanas que los mencionados principios rectores del ordenamiento jurídico (la buena fe *in contrahendo*, la protección a la confianza y la lealtad), son principios que gobiernan exclusivamente el Derecho de los negocios, y que además en la época clásica del Derecho

⁸³⁶ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 888.

romano se concibió la responsabilidad precontractual como una *actio doli*, en cuyo momento fue sustituida por la *actio bonae fidei* contractual a causa de la extensión del *iudicium bonae fidei* a la etapa preparatoria del contrato. Lo cual parece probar que el requisito de la buena fe precontractual es algo exigible ya desde Roma con idéntica firmeza que en la relación contractual⁸³⁷.

Al estudiar el alcance y contenido de la buena fe *in contrahendo*, establece que es inherente a la “relación social”, que forma el esqueleto de las negociaciones precontractuales, en virtud de la cual se imponen especiales deberes de conducta a las partes, en especial un arquetipo de conducta social, lealtad y fidelidad a la palabra dada. Debido a que dichas obligaciones son las mismas que acompañan a las partes durante todo el *iter* contractual, la buena fe es la misma noción *in contrahendo* y *post contractum*. Última, con razón la buena fe precontractual significa comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, al mismo tiempo, exigencia imprescindible en la conducta preparatoria del negocio.⁸³⁸

Después de analizar el art. 1258, afirma que:

“Incluso no es exagerado afirmar que las consecuencias conformes a la buena fe a que obliga el contrato según el artículo 1258 del Código Civil son extensibles, ante una *eadem ratio* que se ofrece evidente, aún con mayor intensidad en la etapa precontractual⁸³⁹”.

Además afirma ALONSO PÉREZ (continuando con el estudio histórico), que en un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas; los elementos, engaño, *fraus*, falacia, *machinatio*, como tipificadores del dolo son por sí mismos opuestos a la buena fe. De ahí que ya desde los comienzos de la época clásica del Derecho Romano el comportamiento opuesto a la *bona fides in contrahendo* fue sancionado por la *actio doli*.

Para concluir tomaremos literalmente las palabras del Catedrático, quien afirma:

⁸³⁷ *Vid.*, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 889

⁸³⁸ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 889.

⁸³⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 890. Sustenta sus acertos en una S.T.S. de 29 de enero de 1965, dónde el Tribunal Supremo afirma: “Es precisamente en esta fase donde pueden darse con mayor frecuencia que en la postcontractual conductas que contradigan o falten a la buena fe”.

“En términos sencillos y generales puede afirmarse que la responsabilidad precontractual es la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio...Responsabilidad que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las negociaciones preliminares... Lo que supone dar a la responsabilidad precontractual una amplitud similar o idéntica a la contractual⁸⁴⁰”.

Última el profesor que para establecer si un acto engendra responsabilidad precontractual deberán ocurrir dos circunstancias:

“Que se origine un daño para una parte durante la etapa preparatoria del negocio. Y que existe auténtica violación de la *buena fe in contrahendo* a través de una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa (*dolo in contrahendo*), que defrauda la confianza de la otra parte⁸⁴¹”.

De acuerdo a lo anterior para el Maestro ALONSO PÉREZ el comportamiento simplemente culposo o negligente no es incluido dentro de los casos de la *culpa in contrahendo*. Dichos actos generarían responsabilidad aquiliana, según el art. 1902. Frente a esta calificación, que no compartimos en principio, nos referiremos en el numeral 6.3.4., dónde expondremos nuestro parecer sobre la culpa o negligencia como un criterio de imputación típicamente precontractual.

Presentado el pensamiento de precursor de la doctrina en el ámbito español, nos dispondremos a exponer nuestra postura, la cual no sólo se apoya ampliamente en el tratamiento efectuado por ALONSO PÉREZ, sino que también se fundamenta en diferentes postulados esbozados por la doctrina internacional.

6. 2. 3. 1. NUESTRA POSTURA OBLIGACIONAL

Hasta aquí se ha dicho, que es indudable que con la iniciación de las negociaciones se establece una relación de confianza que impone recíprocas obligaciones con un contenido positivo, y por tanto es procedente asimilar la *culpa in contrahendo* a la

⁸⁴⁰ Vid., ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 890, 891, 892 y 893.

⁸⁴¹ Vid., ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 914.

imputabilidad contractual, es decir, a aquella imputabilidad a aquella culpa que se encuadra en una relación de obligación. Ya se decía con anterioridad que por vía del art. 1258 del C.c., cuando se aborda la temática de los daños causados en vía de formación del contrato, no puede hablarse de otro tema que el contractual, ya que el actuar dañoso del causante del perjuicio incumple no solo las obligaciones, que si bien no llegaron a consagrarse expresamente, si hacían parte del ordenamiento de la relación *inter partes*, situación que con la función integradora de la buena fe y de la norma en mención hacen posible su exigibilidad⁸⁴².

DÍEZ PICAZO del anterior artículo afirma que:

“Los deberes accesorios o de conducta, tienen su fundamento en la orbita contractual estricta, entre otras razones, porque de otra manera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1258 del C.c., y además, porque los deberes nacidos de una relación contractual –sean unos u otros específicamente pactados- deben tener un tratamiento uniforme en sede contractual⁸⁴³”.

La que podríamos denominar como “buena fe integradora” produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se origina una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad. Así, el contenido del art. 1258 del C.c., no sólo tiene la pretensión negativa de prohibir los actos abusivos y fraudulentos, sino además la virtualidad positiva de obligar a los extremos negociales al comportamiento leal y a la confianza mutua.

⁸⁴² En los mismos términos, ASÚA GONZÁLEZ, C., “La culpa in contrahendo...”, cit., págs. 247 y ss, de igual forma, LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 50 y ss., y de DE LOS MOZOS, J, L., *op. cit.*, págs. 124 y ss. GARCÍA AMIGO, M, “Integración del negocio jurídico”, *R.D.N.*, Madrid, 1980, pág. 118., OSPINA FERNÁNDEZ, G., Y OSPINA ACOSTA, E., Teoría general de los actos o negocios jurídico (Temis, Bogotá, 1980), pág. 409 y ss. MESSINEO, F., “Manual de derecho civil y comercial”, tomo II, *Doctrinas generales* (Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954), pág. 483. SCOGNAMIGLIO, R., “Teoría general del contrato”, tomo II (publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983). STOLFI, G., “Teoría del negocio jurídico” (Ed. *R.D.P.*, Madrid, 1959), pág. 285. VATTIER FUENZALIDA, C., “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *A.D.C.*, Madrid, 1987, pág. 495 y ss. y SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. *Revista Universitas*, julio-diciembre, 2004, Universidad Javeriana, Bogota, págs. 281 y ss.

⁸⁴³ DÍEZ PICAZO, L., Anotaciones y concordancia en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral” (Civitas, Madrid, 2000), pág. 19.

Famosas han sido las diferentes sentencias del Tribunal Supremo donde por vía del art. 1258 de conformidad con la buena fe, se integran en el contrato obligaciones no principales, como por ejemplo las obligaciones de seguridad, respecto a los bienes del acreedor mas allá de los casos en que dicho deber garantiza, de forma instrumental, la ulterior entrega o restitución obligada: “Su alcance puede extenderse a los bienes que simplemente se hallan en contacto con la prestación contractual (por ejemplo, venta de producto defectuoso, que ocasiona el deterioro de otros bienes del comprador)”.

Las obligaciones de seguridad que podrían establecerse por esa vía son numerosas a cargo del empresario: Respecto de la seguridad de los espectadores en los estadios deportivos; del arrendador respecto de la persona y bienes del arrendatario; del explotador de los medios de remonte en una estación de esquí, respecto de la seguridad de los esquiadores en las pistas, etc.⁸⁴⁴. Esas obligaciones, así no se pacten en los contratos concretamente, existen. Las obligaciones, llegan a la orbita jurídica, no sólo porque nazcan como auténticos actos de disposición de derechos, sino por mismo mandato de la ley, y en su caso del mandato del principio de la buena fe. Así, las cosas a partir de aquí, la admisibilidad de más o menos obligaciones de seguridad se presenta abierta, como consecuencia del margen de maniobra que concede al intérprete una cláusula general como la de la buena fe⁸⁴⁵.

Y es que el contenido integrador de la buena fe, no se explica sino desde el punto de vista de la carencia dentro del ordenamiento español, de cláusulas como la que contienen los italianos o los mismos portugueses, sobre la forma como se debe proceder en el período *in contrahendo*. Frente a la ausencia, la doctrina y la jurisprudencia no han tenido otra vía que hacer una ardua integración del sistema normativo, dándole a las

⁸⁴⁴ S.T.S. de 23 de marzo de 1988 (R.J. 1988, 2422), además, puede verse una ampliación de estas obligaciones de seguridad en JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 141 o en VINEY, G., *op. cit.*, págs. 595 y ss.

⁸⁴⁵ BIANCA, M., *op. cit.*, pág. 211. Ya hablaba el autor desde los inicios de la época de los ochentas del siglo anterior, de la existencia de una obligación de salvaguardia con fundamento en la buena fe y reseñaba los siguientes comportamientos típicos: a) Ejecución de prestaciones no previstas, por si el contrato no lo prevé, la parte se encuentra obligada a cumplir aquellos actos jurídicos y materiales para salvaguardar la utilidad de la contraparte, siempre que se trate de un comportamiento que no implique, un sacrificio cuantioso, b) Modificación del propio comportamiento. La parte que ha actuado según la buena fe, debe modificar el propio comportamiento (de prestación y oneroso), si es necesario para salvaguardar la utilidad de la contraparte, teniendo siempre en cuenta el límite del apreciado sacrificio, c) Tolerancia de las modificaciones de las prestaciones de la contraparte, d) Aviso, e) Ejercicio de poderes discrecionales.

cláusulas generales, como es el caso de la buena fe, los alcances que hasta ahora han quedado expuestos.

Razón y fundada, tiene el profesor DE LOS MOZOS cuando afirma que:

“El legislador debería tener en cuenta que no todo el mundo se da por enterado y que, por lo general, no se sabe muy bien como funciona un principio y hasta donde y cómo puede y debe invocarse. Por ello, lo más conveniente es que haya una remisión legal que evite imprecisiones y malos entendidos en su aplicación, como fácilmente puede apreciarse⁸⁴⁶”.

La buena fe en sentido objetivo⁸⁴⁷, de la que venimos hablando, no se sujeta expresamente a su mandato en la fase preparatoria del contrato; por el contrario, también tiene su vigencia de la norma consagrada en el título preliminar del Código Civil, propiamente desde el art. 7.1, la cual es aplicable a todas las esferas del derecho, como ampliamente se sustentó en el comienzo del presente capítulo.

Por tanto, “En la práctica es especialmente importante que la responsabilidad por infracciones de un deber de conducta precontractual se rija por los mismos principios que la responsabilidad por infracción de deberes de conducta contractual”. De ahí que cada parte soporte la culpa, por las personas de que se sirva para la preparación de la conclusión y para el cumplimiento de los deberes precontractuales que en dicha preparación le afectan, respondiendo ellos por su propia culpa⁸⁴⁸. El parámetro objetivo de conducta leal, integra una relación obligatoria, que revaloriza y moraliza las posiciones de las partes. De modo que si el nacimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente, establece entre las partes posiciones de sujeción y poder (a veces recíprocas) y determina, a su vez, una virtual posibilidad de injerencia dañosa en la esfera jurídica y personal de la contraparte, se comprende la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada

⁸⁴⁶ DE LOS MOZOS, J. L., “Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato...”, cit., pág. 178.

⁸⁴⁷ Al respecto afirma, BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, cit., pág. 149. Históricamente la llamada buena fe objetiva, surgió y se desarrolló en el ámbito de las relaciones de obligaciones y como comando particular por el cual las partes debían uniformizar su comportamiento, de donde se deriva que cuando una norma jurídica sujeta al desenvolvimiento de una relación social con el imperativo de la buena fe, es seguro que aquella relación se transforma en plano jurídico, en una relación obligatoria cuyo contenido se trata precisamente de especificar la buena fe.

⁸⁴⁸ LARENZ, K., “Derecho de Obligaciones...”, cit., pág. 110.

parte ponen en la lealtad de la otra, sin duda se está en el marco de una relación principal crédito-deuda⁸⁴⁹.

Sin duda la ampliación de la esfera de la relación obligatoria, da como resultado, una relación obligatoria de carácter general y porque no de carácter complejo⁸⁵⁰, que puede ser aplicada si se tiene claridad frente al concepto de legítima confianza, cuando aparece razonablemente dentro de las negociaciones. Cuando las expectativas son legítimas, es decir no son meras representaciones mentales de una de las partes, sino que son razonables de modo que un contratante medio del sector del tráfico al que pertenezca el contrato concreto, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias concretas contaría que ellas son vinculantes, a pesar de que no se haya concluido el contrato. En virtud del art. 1258 los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado sin a algo más. En todo contrato se da o se prevé, un núcleo propio expresamente pactado y otras vinculaciones que son las “consecuencias naturales” de lo acordado⁸⁵¹.

La obligatoriedad del contenido natural del contrato no se deriva del pacto, ni de fuentes de integración normativa (ley dispositiva y usos), sino del principio de la buena fe, que obliga a respetar la confianza legítima en la vinculatoriedad de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones que completan el programa contractual⁸⁵². Por lo tanto, las expectativas legítimas vinculan es decir quedan incorporadas al contrato, al margen de la voluntad de las partes incluso hipotética o presunta, por exigencias objetivas del propio ordenamiento jurídico⁸⁵³. De tal forma que expectativas, confianza y corrección se convierten en un modulo de conducta que

⁸⁴⁹ JORDANO FRAGA, J., *op. cit.*, pág. 139. Así, también lo reconocen en la doctrina portuguesa, autoridades como el profesor MENEZES CORDEIRO, A., *op. cit.*, pág. 585. Afirma que en la materia se está frente a una naturaleza obligacional, en la medida ella se traduce en la violación de los deberes específicos de comportamiento basados en la buena fe.

⁸⁵⁰ Así lo referencia JORDANO FRAGA, J., *op. cit.*, pág. 139, ver en los mismos términos a MANCINI, C., “La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro”, (Giuffrè, Milano, 1957), págs. 53 y ss. MENGONI, L., *op. cit.*, pág. 393.

⁸⁵¹ S.T.S. de 17 de enero de 1986 (R.J. 1986, 105).

⁸⁵² PASCUAU LIAÑO, M., “Comentario al art. 1258 del Código Civil”, *Jurisprudencia civil comentada*, tomo I (Granada, 2000), pág. 2149. Para quien la buena fe cumple en relación con la determinación del contenido del contrato, una función aún más importante que la de valorar el comportamiento de las partes en la ejecución del contrato: “la de dotar de fundamento a la extensión del contrato de la obligatoriedad de lo que viene denominándose contenido natural...”, se trata de contenidos no pactados ni tampoco previstos por normas dispositivas, y que sin embargo forman parte de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones, salvo indicación clara y suficientemente expresa.

⁸⁵³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, págs. 50 y ss.

funcionaliza las posiciones de exigencia y sujeción, de modo que los intereses de las partes se compatibilicen armónicamente. La anterior concepción del derecho jurídicamente protegible, nos hace que sin duda por razones de seguridad al tráfico se deba proteger, a aquel sujeto que se encuentra *legitimado* (el que ha confiado razonablemente), es decir a la seguridad del disfrute del derecho. Lo que conlleva que el individuo se pueda sentir satisfecho de esa certeza y que no sea perturbado por aquella persona con la que ha entablado relaciones, teniendo siempre, la posibilidad de ejercitar su derecho sin trabas y al amparo del ordenamiento legal. Recordemos la definición de EHRENBURG sobre el tráfico jurídico:

“La seguridad del tráfico consiste en que la previsible y favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona, no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona⁸⁵⁴”.

Además en el marco de los tratos preliminares, las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe, tienden a la promoción y satisfacción de las expectativas de un determinado sujeto, y por tanto, se diferencian de las originadas en el art. 1902, que se dirigen únicamente a proteger y a indemnizar el daño injustificado, más no a realizar el interés ajeno. *La responsabilidad precontractual ha de representar una protección más concreta a quien sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o culposa frente a la otra parte. Sin duda la anterior máxima, se ajusta sin duda a los principios de seguridad en el tráfico⁸⁵⁵, siendo necesario proteger aquí, al que ha confiado, porque este es el titular del derecho digno de mayor relevancia jurídica frente al juicio de reconocibilidad adecuado que se debe realizar en el caso* (sobre el que ya hicimos amplia alusión en el capítulo IV).

Los estudiosos que han abordado la materia, entre otras razones, han acudido al concepto de seguridad jurídica, para fundamentar sus posiciones, y para intentar dizeñar el valor que generan las expectativas legítimas y su vínculo contractual, alegando entre otras razones, *que dotar de efectos vinculantes a esta fase es poner en riesgo la seguridad jurídica que debe tener el iter contractual...* Así, las cosas, frente al posible *conflicto* de intereses que se plantea (seguridad jurídica vs. seguridad del tráfico) nos tendremos sin

⁸⁵⁴ EHRENBURG, V., *op. cit.*, págs. 36 y ss.

⁸⁵⁵ *Vid.*, EHRENBURG, V., *op. cit.*, págs. 36 y ss.

duda que inclinar por el valor prevalente que tiene dicha consideración frente a las actuales necesidades de *protección* que presenta el tráfico jurídico moderno. Son variadas las ocasiones y los hechos que nos demuestran que dicha valoración debe prevalecer, puesto que es el mismo ordenamiento jurídico el que establece que la convicción (entiéndase buena fe) de quien quiere adquirir un derecho o cancelar una obligación, sea plenamente suficiente para que se produzca el efecto jurídico previsto- por ejemplo: No es infrecuente que lo haga atribuyendo a ciertas personas el poder de actuar en nombre de otras, creando o transmitiendo derechos en nombre de otros, representación, tutela, patria potestad, etc.-. Así entonces, quien racional y legítimamente confía en que su contraparte celebrará el negocio por unos determinados supuestos (ya descritos en el capítulo IV), estará siempre protegido, cuando ignora, sin culpa la existencia de una determinada circunstancia que por si misma habría impedido ese efecto jurídico, puesto que de no haber actuado ilícitamente su contraparte, nunca se le hubiera causado daño alguno.

La seguridad jurídica, consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ella⁸⁵⁶. Pero nótese aquí que dicho concepto, no es encuadrable a la situación de la ruptura injustificada, puesto que justamente la ruptura se originó como producto de una conducta negligente o dolosa –según el caso- de quien libremente y en ejercicio de su voluntad contractual decidió entrar en negociaciones, y sólo por su comportamiento y conducta, creó una apariencia que *legítima* a la víctima a reclamar un daño, entonces, no puede en aras a defender la seguridad jurídica –al reclamar que no hay consentimiento definitivo en los tratos-, negar la naturaleza obligacional que pretendemos defender. Es el mismo padre de los anteriores conceptos EHRENBURG quien afirma que es:

“En aras de la misma seguridad jurídica, se debe favorecer la seguridad del tráfico jurídico a costa de la seguridad jurídica en ocasiones donde la razón y la misma celeridad del tráfico lo mandan...debe prevalecer la seguridad jurídica sólo en aquellos casos donde no exista actividad de la parte titular del derecho subjetivo...así: la confianza no tiene como consecuencia una obstaculización del tráfico, pues cada poder legal y cada poder con contenido legalmente predeterminado, conlleva, junto a una elevada seguridad del tráfico, una considerable agilización del mismo⁸⁵⁷”.

⁸⁵⁶ Vid., EHRENBURG, V., *op. cit.*, págs. 37 y ss.

⁸⁵⁷ EHRENBURG, V., *op. cit.*, pág. 48.

Al respecto sostiene STOLFI que el problema de la responsabilidad precontractual, en general se encuentra mal valorado por la escuela extracontractualista en la medida que parte de una hipótesis defectuosamente formulada al momento de interpretar la naturaleza que tiene la ruptura injustificada de los tratos preliminares a la luz de la norma 1337 así:

“La solución sería pausable y razonable en la medida que la premisa esté formulada en debida forma: No se puede partir del supuesto que la buena fe plantea obligaciones genéricas de carácter positivo, para justificar la responsabilidad del trasgresor del deber de *correttezza* se tiene que indicar caso por caso la norma violada, que necesariamente es diferente a la norma que formuló la buena fe. Pero la solución es la debida formulación: el deber de *correttezza* constituye una obligación específica, y por consiguiente la violación de una de esas normas es bastante para dar el origen por lo menos a la obligación indemnizar los daños y perjuicios⁸⁵⁸”.

Además, si la naturaleza de la responsabilidad fuera delictual, entonces los deberes de conducta, serían preexistentes al contacto social inherente en las negociaciones, y al concepto de la buena fe. En el mismo sentido MENGOLI pronuncia que son dos los factores que hacen que en la materia no se pueda hablar más que de una responsabilidad obligacional. El primero con base en un argumento histórico⁸⁵⁹ y unitario, el cual invoca así:

“Cuando una norma jurídica está sujeta al desenvolvimiento de una determinada relación social (al imperativo de la buena fe), es sin duda un indicio seguro que esta relación se transforma al plano jurídico obligacional, además así merecen ser clasificadas todas las normas que establece deberes de esclarecimiento en cuanto a los eventuales vicios de una cosa dada o comoditada”.

Frente a la ausencia de normas típicas e individuales que consagren los deberes y la naturaleza sobre los que se viene hablando, nos permitimos citar a CLEMENTE DE DIEGO quien sostiene:

“Que el contenido espiritual de las leyes, es mucho más rico que el literal expresado en su texto. Hay que hacer rendir a la ley, el *maximum* de su virtud normativa, la cual se encuentra, más que en su periferia en su interior sustancia. Sólo penetrando hasta ella, es como puede decirse, si hay o no dentro de la ley, solución para el caso en cuestión.

⁸⁵⁸ STOLFI, G., *op. cit.*, pág. 165.

⁸⁵⁹ BENATTI, F., “A responsabilidade...”, *cit.*, págs. 149 y 153, Sostiene también el autor, que históricamente la llamada buena fe objetiva surge en el desenvolvimiento del ámbito de las relaciones de obligación.

Al lado de las soluciones expresas están las soluciones latentes e implícitas, y ellas no por ser más recónditas y costar más trabajo obtenerlas, dejan de ser soluciones de la ley⁸⁶⁰”.

Véase como acudiendo a los principios generales del derecho que conceden amplio campo de acción, al juzgador y al interprete, y aún sin llegar a tanto, como una simple interpretación expansiva de nuestras leyes, puede obtenerse una solución adecuada al problema de las obligaciones precontractuales, solución que armoniza por igual, con las exigencias del derecho justo, y con los postulados fundamentales de nuestro derecho positivo.

La aplicación del concepto de buena fe objetiva, para determinar y atribuir la responsabilidad pecuniaria derivada de los actos efectuados, durante las conversaciones preparatorias de los contratos, además de armonizar con la necesaria protección a los débiles, equilibrando los intereses rivales y constituyendo a todos los futuros contratantes, en aseguradores del riesgo que crean con el fin de obtener un lucro, resuelve con criterio unitario el problema fundamental de las obligaciones precontractuales.

Ahora si miramos el ámbito de aplicación del art. 1902 C.c., por ser una máxima general, la del *alterum non laedere* (o la que más se asocia a ella), es aplicable a juicio propio en cualquier caso de responsabilidad ya sea aquiliana o contractual, ahora lo que sucede es que como hasta ahora se ha dicho, no es suficiente el contenido negativo que nos presenta la máxima, frente a su carácter social entre las dos esferas de intereses contiguas, al abstenerse de toda injerencia en la ámbito jurídico ajeno de todo comportamiento incorrecto, que pueda causar perjuicio al interés del otro contratante. Dicho planteamiento no se suficiente y exacto. Para BETTI:

“No es necesario ocultar que el comportarse según la corrección, en ese específico contacto social, exige no solamente un comportamiento negativo, sino que a menudo se concreta en deberes positivos de lealtad, en deberes de aclaración, en deberes de información para con la otra parte⁸⁶¹”.

⁸⁶⁰ CLEMENTE DE DIEGO, F., “Fuentes del derecho civil español” (Publicación de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922), pág. 187.

⁸⁶¹ BETTI, E., *op. cit.*, pág. 92.

Por tanto el punto de vista preferible, es el de adoptar una posición en la que concurren obligaciones de contenido positivo y negativo, ya que es más conveniente asemejar la inobservancia del deber de lealtad y de probidad en los tratos preparatorios, a la buena fe contractual, concibiéndola como una anticipación de ella un efecto prodrómico de la misma. Desde nuestra óptica, la responsabilidad extra contractual está esencialmente ligada a la violación de deberes absolutos, que surgen pero mas allá de una relación específica entre sujetos determinados, siendo cierto que la determinación del contenido de los deberes correspondientes es extraña a una valorización seguida de la buena fe. Al respecto entiende PUIG BRUTAU⁸⁶² que la responsabilidad precontractual no se fundamente en la violación del deber genérico del *neminem laedere*, sino en el quebrantamiento de la lealtad y la confianza que los sujetos negociales, se deben recíprocamente por el hecho de haber iniciado las negociaciones, de manera que el plazo para ejercitar la acción de reclamación por los daños se tienen 15 años al tenor del art. 1964 C.c., postura que respaldamos en todo y sobre la que seguiremos profundizando.

Además como bien lo anota BETTI:

“Para ver si la no-observancia del deber de buena fe (entendiéndose esto como la lealtad en el trato, como el ámbito de hablar claro, la negativa al comportamiento fraudulento, o de dolo pasivo tal para inducir a la contraparte en una falsa determinación) se idea en una relación jurídica o es en cambio reconducida al deber general del *neminem laedere*, basta con establecer que el deber se basa en una obligación de respeto, en cambio la relación jurídica se fundamenta en la posibilidad de una ingerencia de nuestra parte en la esfera del interés del otro⁸⁶³.”

Hemos dicho y en especial en el segundo capítulo, que en principio en los tratos preliminares impera ante todo la libertad contractual, la cual comienza a limitarse en la medida en que las negociaciones avanzan y el nivel de confianza y diligencia es mayormente exigible a las partes; cuando las partes han llegado a un punto, en el que se ha hecho nacer expectativas bien fundadas. Al ponerse socialmente en contacto surge para ambas partes el deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone eventualmente, no sólo deberes negativos, sino también deberes positivos, consistentes en

⁸⁶² PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, vol. 1...”, cit., págs. 219 y ss.

⁸⁶³ Vid., BETTI, E., *op. cit.*, pág. 93

revelar la realidad de las cosas tal y como cada uno las conoce según su ciencia y conciencia⁸⁶⁴.

No cabría la imputabilidad o atribución de un perjuicio a una determinada persona si no fuera que, libremente y sin excusa razonable en Derecho, ha incumplido una obligación específica o quebrantado otro deber más general de prudencia, diligencia y conservación del interés de otro. La responsabilidad por la infracción del principio de no causar daño a nadie, en el marco de las relaciones precontractuales, presupone una imputabilidad a título de culpa (la cual debe entenderse negligencia o dolo) o bien una atribución por *culpa in contrahendo*. La culpa extracontractual, se sustenta sobre la inobservancia de una obligación general, lo que cada persona tiene hacia las otras, razón por la cual, en el momento en que las partes entran en negociaciones y nace la connotada legítima y razonable confianza la violación de la obligación de comportarse de buena fe objetiva, la cual no nace sino en el *iter* contractual y por tanto da lugar a una responsabilidad obligacional. La distinción de la culpa (contractual o aquiliana) no depende de la fuente, como lo reconoce la doctrina pacíficamente, sino de la preexistencia o de una obligación que ha sido infringida.

La buena fe impide ejercitar abusivamente el propio derecho subjetivo. El ejercicio de un derecho de tal naturaleza es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social imponen en el tráfico jurídico. Así la inobservancia del deber de lealtad en las negociaciones se integra a la buena fe contractual. El derecho subjetivo se dice, debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte creando una clase de vinculación especial entre ellas⁸⁶⁵, por tanto en la medida en que las negociaciones avanzan sin duda, el ejercicio de ese derecho subjetivo, comienza a limitarse y por tanto las partes no pueden someter, a su arbitrio las normas que demandan la lealtad, honestidad siendo ellas exigencias impuestas por la buena fe, la costumbre y el tráfico jurídico.

⁸⁶⁴ Vid., BETTI, E., *op. cit.*, pág. 93.

⁸⁶⁵ DÍEZ PICAZO, L., “La doctrina de los propios actos...”, *cit.*, pág. 141.

LARENZ⁸⁶⁶ afirmaba que en las conversaciones preliminares como en la conclusión del contrato, cada uno de los que en el intervienen está obligado a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte que es de esperar según la buena fe de su futuro compañero en el contrato. La consecuencia de esta violación se denomina daños a la confianza o el interés negativo, admitido por el parágrafo 307 del *B.G.B.*

El parágrafo 242 del *B.G.B.*, establece que el deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la buena fe, conforme a los usos del tráfico y el Art. 1175 del C.c. italiano, conceptualiza que el deudor y el acreedor deber comportarse conforme a las reglas de la corrección y en el caso español dicha norma de comportamiento se encuentra consagrada en el 1258 del Código Civil. Por tanto, si existe un deber de comportarse de buena fe, toda conducta contraria a la buena fe, es por regla general antijurídica y por tanto, repudiable y merecedora de una sanción⁸⁶⁷.

En este caso, la responsabilidad contractual⁸⁶⁸ es algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, convirtiéndose, tendencialmente en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio. Por ello se debe tener un concepto más amplio de la responsabilidad contractual, en el que se incluye no sólo la responsabilidad por incumplimiento referida, sino también la responsabilidad precontractual y la derivada de la violación de deberes de protección o seguridad. La responsabilidad precontractual ha de calificarse de contractual, porque supone la violación de una obligación legal derivada de la buena fe (art. 7.1 y 1258 C.c.) que impone comportarse correctamente en la fase preliminar a su celebración del contrato⁸⁶⁹. Aquí la buena fe al convertirse en fuente de obligaciones secundarias de la prestación principal y producirse una integración de la regulación contractual u obligaciones, se produce una ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual,

⁸⁶⁶ LARENZ, K., “Derecho de obligaciones...”, cit., pág. 105.

⁸⁶⁷ DÍEZ PICAZO, L., “La doctrina de los propios actos...”, cit., pág. 140.

⁸⁶⁸ El concepto de la responsabilidad contractual no ha tenido siempre el alcance, naturaleza y extensión que tiene en la actualidad, por el contrario su evolución ha sido tan notoria que basta estudiar los clásicos para percatarse de su notable desarrollo. Así lo reconoce DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 98, VISINTINI, G., *op. cit.*, pág. 100, y sobretodo TURCO, C., *op. cit.*, pág. 729. Siguiendo el autor fundamentalmente a BENATTI, F., “A Responsabilidad pré-contratual...”, cit., pág. 149. Afirma que cualquier violación al deber de prestación, existente entre los extremos de la obligación originada de la buena fe, se constituirá en una violación y por tanto fuente idónea de una responsabilidad contractual, por fundarse en una obligación jurídica preexistente, obligación que aparece en la esfera jurídica de los negociantes, en el mismo momento en el cual la buena fe *in contrahendo* comienza a exigirles comportamientos de acuerdo a reglas de conducta generales.

⁸⁶⁹ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, págs. 31 a 32.

pues, en efecto la ritualidad de las obligaciones accesorias consiste en que la violación de las mismas da lugar a responsabilidad diferente a la *ex delicto*. *Aquí el elemento vinculante se encuentra en la ley, ya que antes de producirse el daño el derecho ha regulado una situación jurídica vinculatoria entre las partes.*

Así por ejemplo FROST⁸⁷⁰ reconoce, que las obligaciones accesorias y los deberes de conducta, son de la misma naturaleza tanto los contractuales como los precontractuales, y se muestra de acuerdo que con ocasión a ellos, surja una relación jurídica preexistente entre los interesados. Se da por tanto una relación obligatoria unitaria, en toda la fase de formación y de ejecución contractual.

Por su parte DE CUPIS⁸⁷¹ cataloga que el daño ocasionado en las negociaciones, cuando los sujetos se apartan del inicio o a la simple invitación a negociar, debe ser considerado como contractual, ya que es producto de la violación de la obligación de comportamiento durante las *trattative*, siendo la misma obligación que hay que cumplir y respetar en el contrato.

En los mismos términos SCOGNAMIGLIO⁸⁷² quien manifiesta, que es necesario extender la esfera de relevancia de la obligación mas allá de la prestación (principal) en la misma deducida, hacia la consideración de todas las obligaciones accesorias que concurren al objetivo de preparar o integrar el cumplimiento en forma que la satisfacción del acreedor sea plena. El resultado de esta evolución es como lo afirma el mismo JORDANO FRAGA⁸⁷³ (siguiendo a MANCINI), un concepto amplio de responsabilidad contractual en el que se incluye no sólo la responsabilidad por incumplimiento, sino también la responsabilidad precontractual, y la derivada de la violación de los deberes de protección. Ello no es más que la consecuencia de la consideración de la relación obligatoria como una relación compleja que no se agota en la realización de la prestación principal.

⁸⁷⁰ Citado por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 71. En el mismo sentido GARCÍA AMIGO, M., “Teoría general de las obligaciones y contratos”, *Lecciones de Derecho civil*, vol. II (McGraw-Hill, Madrid, 1995), pág. 372.

⁸⁷¹ DE CUPIS, A., “La natura della responsabilità” (Giuffrè, Milano, 1966), pág. 98 y ss. En los mismos términos MOSCO, L., *op. cit.*, págs. 434 y ss.

⁸⁷² SCOGNAMIGLIO, R., “Note sulla responsabilità ...”, *cit.*, págs. 447 y ss.

⁸⁷³ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, págs. 31 a 32.

Atrás quedó la consideración tradicional de la clasificación de la responsabilidad contractual, la cual sostenía que ésta responsabilidad deviene exclusivamente de los contratos (aunque en la actualidad existan todavía autores que la defiendan⁸⁷⁴), por el contrario, la doctrina ha advertido en los últimos años que esa zona ha venido adquiriendo una extensión creciente, debido entre otras a la evolución expansiva de la responsabilidad contractual, que alejándose del centro de gravedad tradicional, se manifiesta en la simplificación de las formas contractuales y multiplicación de las relaciones contractuales de hecho, en la adición a lo pactado de una amplia gama de obligaciones, que, con origen en la buena fe, en la publicidad o en naturaleza misma de las cosas vienen a integrar el contenido obligacional del contrato.

La obligación generadora de responsabilidad contractual puede tener su fundamento en un contrato, pero también en otras causas. Como señala GARCÍA VALDECASAS⁸⁷⁵ la expresión responsabilidad contractual suele tener en la doctrina española una significación muy amplia que comprende no sólo la derivada del incumplimiento de un contrato, sino también toda responsabilidad que provenga del incumplimiento de una obligación preexistente, tenga su origen en un cuasicontrato o directamente en la ley. En tal sentido, se ha sugerido que sería más exacta la expresión “Responsabilidad obligacional⁸⁷⁶” que la de responsabilidad contractual.

Y es que a pesar que el Código Civil regule las obligaciones en el libro IV, cuyo título primero se denomina precisamente *De las obligaciones*, más no ofrece a pesar de su amplia regulación, su concepto, por ello ha sido incluso necesario que por vía de sentencias del Tribunal Supremo, se trate de estructurar su limitación y origen. En su momento se ha afirmado: “Las fuentes de las obligaciones en sentido formal, son aquellos hechos en virtud de los cuales las obligaciones se originan y nacen creando un vínculo entre deudor y acreedor (S.T.S. de 4 de junio de 1970).

⁸⁷⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 80. Afirma el autor que en la responsabilidad civil contractual, el hecho dañoso viene producido precisamente como resultado del incumplimiento de un contrato, y viene a menoscabar precisamente el patrimonio de un acreedor que ya se encontraba determinado de antemano.

⁸⁷⁵ GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho Español”, *R.D.P.*, 1962, tomo XLVI, págs. 832 y ss.

⁸⁷⁶ En ese mismo sentido DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 98, VISINTINI, G., *op. cit.*, pág. 101, TURCO, C., *op. cit.*, pág. 729.

El art. 1089 del C.c., establece una quíntuple enumeración, fruto de la evolución histórica y la elaboración doctrinal (fundamentalmente POTHIER y el código francés) de los hechos de los que nacen las obligaciones. En general se trata de una clasificación de escasa trascendencia práctica y con un valor meramente expositivo y sistemático, lo ha estipulado así, el Tribunal Supremo (S.T.S. de 17 de octubre de 1975). Las obligaciones nacen, dice el citado precepto de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Tradicionalmente, las obligaciones se han definido como un vínculo jurídico en cuya virtud un sujeto (llamado deudor) debe observar una determinada conducta (prestación) a favor de otro sujeto (llamado acreedor). La obligación es por tanto, una concreta correlación entre dos posiciones o situaciones: una de poder jurídico o posición acreedora y otra de deber jurídico o posición deudora⁸⁷⁷. Frente a los deberes emanados de la buena fe, estos presentan los caracteres típicos de las obligaciones, en la que se da la bipartición de dos correlativas situaciones jurídicas subjetivas: pasiva (deudor) y activa (acreedor). En efecto dichos deberes impregnan de manera precisa el comportamiento de un sujeto respecto de otro, que a su vez espera de ésta conducta, una satisfacción de su propio interés. Así las cosas en la fase precontractual se da una sujeción, de tal forma que se tiene una obligación por adoptar una determinada conducta *específica*, frente a la otra parte y el poder exigir la observancia de un *deber de diligencia*.

Junto a los anteriores argumentos, BENATTI⁸⁷⁸ recuerda como ha sido una constante entre los escritores conectar la fase de las negociaciones y a la disciplina de la buena fe contractual⁸⁷⁹. Así había ocurrido ya en el derecho justiniano, cuando la *actio*

⁸⁷⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M., “Derecho civil Obligaciones y Contratos” (3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998), pág. 53. Al respecto la autora afirma, que la situación del deudor es una situación de deber y de sujeción, la situación del acreedor es una situación de poder o señorío jurídico. Más la estricta correlación entre un crédito y una deuda no define con exactitud el complejo fenómeno de obligación. La posición deudora no está conformada solo por deberes principales y accesorios, sino también por facultades, a la posición acreedora no se le atribuye solo facultades sino que también comprende cargos. Por ello, para aprender en su totalidad el fenómeno obligatorio, se debe hablar de la relación jurídica obligatoria.

⁸⁷⁸ BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, cit., pág. 152.

⁸⁷⁹ Situación que hemos seguido en el presente capítulo, cuando abordamos la conexión que existe entre los tratos preliminares y el art. 1258 del Código Civil. En estos mismos términos MENGOLI, L., *op. cit.*, pág. 369 y ss., quien afirma que el principio de la buena fe, se ha desarrollado históricamente y se ha conservado con una dirección especial de las relaciones jurídicas obligatorias. Por lo que ir contra la buena fe equivale a

doli fue sustituida por la *actio ex contractu*. Cuando una norma jurídica somete el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, es un índice seguro de que aquella relación se ha transformado, en el plano jurídico, en una relación obligatoria, cuyo contenido *si tratta appunto di specificare a strregua di buona fede*⁸⁸⁰.

La unánime doctrina reconoce naturaleza contractual a la responsabilidad conectada a la obligación de declarar los vicios y entonces no se comprende porque la violación de la regla del art. 1337, daría lugar a responsabilidad aquiliana en el supuesto que después no se concluya el contrato, mientras daría lugar a responsabilidad contractual en el caso opuesto, si único es el principio directivo de estas normas, de igual naturaleza debe ser, en todo caso la responsabilidad conexa⁸⁸¹.

Aun así, si estudiamos el artículo 1101⁸⁸² del Código Civil español con detenimiento, encontramos que la fase en cuanto al “cumplimiento de sus obligaciones” puede abarcar a más de una de esas situaciones en que dos personas se encuentran negociando y por decidirlo de algún modo siendo el encuentro de naturaleza obligacional, a pesar que nunca llegue a tener el carácter de contractual (siendo este el caso de ruptura de tratos preliminares). Incluso es el mismo Tribunal Supremo el que ha dejado entreabierta ésta posición al considerar en la S.T.S. de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386), en la cual se establece que la *culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato*, sino de otra clase como una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, de tal forma que si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del 1902 del C.c., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual, existiendo obligación derivada de contrato o de relación jurídica previa existente.

incumplir, de forma que el leguaje romano *fidem praestare* supone cumplimiento de una obligación. La aplicación del principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio.

⁸⁸⁰ BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, cit, págs. 145 a 154.

⁸⁸¹ MENGOLI, L., *op. cit.*, págs. 369 y ss.

⁸⁸² Artículo 1101.: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

La extensión de la responsabilidad contractual puede alcanzar: las relaciones entre comuneros, respecto de la cosa común, los cuasicontratos, las relaciones de vecindad y en último término, tal como señala PANTALEÓN⁸⁸³, las relaciones de *contacto social: tratos preliminares, responsabilidad precontractual y relaciones contractuales de hecho*. En cuanto a las relaciones entre comuneros, los cuasicontratos no existen en la actualidad inconveniente en aceptar que la responsabilidad que nace de ella es contractual⁸⁸⁴, pero respecto a las relaciones de *contactos sociales*, la concurrencia o no en una responsabilidad contractual se encuentra jurisprudencialmente irresuelta y doctrinariamente abierta al debate.

El mismo DÍEZ PICAZO⁸⁸⁵ se inclina también por el reconocimiento de una caracterización similar, afirmando que la existencia de una relación precontractual nacida del contacto social: (el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato), establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza (*vertrauenverhältnis*) que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en los tratos. Incluso afirma, que la teoría que justifica la responsabilidad precontractual como responsabilidad aquiliana no explica el entronque del supuesto con la idea de daño resarcible. La responsabilidad aquiliana presupone un acto antijurídico, que no puede encontrarse en el terreno en que las partes se mueven con libertad, otro sentido, puede decirse que el daño resarcible (ex art. 1902 del C.c.) ha de ser un daño injusto por constituir una injusta lesión de bienes o intereses que se encuentre jurídicamente protegidos. Si se aludiera al principio de *neminem laedere*, habría que explicar porque se puede hablar de lesión⁸⁸⁶.

Sin duda dentro de la amplia responsabilidad entre conocidos, cuyo origen se halla en el incumplimiento (*responsabilità per inadempimento*), se encontraría de un lado, la responsabilidad contractual, nacida del incumplimiento imputable del contrato; y, de otro lado, la responsabilidad precontractual, surgida del incumplimiento del deber genérico de actuar de buena fe en las negociaciones previas, concretado en la violación de los distintos deberes en que aquel se descompone. Por ello no es adecuado ubicar la responsabilidad

⁸⁸³ PANTALEÓN, A. F., “Comentario de la S.T.S...”, cit., pág. 1876.

⁸⁸⁴ GARCÍA VALDECASAS, G., *op. cit.*, pág. 831; YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza...”, cit., págs. 443 y ss.

⁸⁸⁵ DÍEZ PICAZO, L. “Fundamentos...”, cit., pág. 276.

⁸⁸⁶ *Vid.*, DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos...”, cit., págs. 275 y 276.

precontractual en vía aquiliana⁸⁸⁷. El ámbito delictual se encuentra tendencialmente conformado y armonizado con las normas de naturaleza general, básicas, y dirigidas a regular las normas de convivencia universal, por tanto no pueden aplicarse dichas reglas en el mundo de los contratos, así estemos ante su propia formación, aquí ya no hablamos de normas de intersección humana generales, sino concretas, que requieren ponderaciones específicas por el vínculo que une a las partes que intentan negociar, como lo es la corrección. Entonces, no tiene mucho sentido que incluso quienes defienden posiciones aquilianas, afirmen que la etapa de la formación contractual debe caracterizarse por el comportamiento acorde a la corrección y a los usos habituales del tráfico jurídico, puesto que estos conceptos están relacionados exclusivamente con el mundo de las obligaciones contractuales.

En el marco de la responsabilidad precontractual, al igual que en sede de la responsabilidad contractual, el daño se da entre personas que se conocen (aquí el daño se da en miras a la formación de un contrato), ¿Cómo entonces al tenor de la norma del 1902, se explica aquí la conducta culpable cuando en los tratos preliminares las partes gozan de libertad contractual⁸⁸⁸? ¿Cómo explicar que de conformidad con las normas de la buena fe *in contrahendo*, existen toda una cantidad de deberes secundarios de conducta?, Frente a los deberes secundarios, se disponen obligaciones positivas (información, conservación) y negativas (secreto, y no ejercer acciones que dañen el interés ajeno), acaso cuándo se falta a ellas no se está frente al incumplimiento de un deber u obligación predeterminado?, son estos sin duda cuestionamientos que nos llevan a inclinarnos, por una postura eminentemente contractual al momento de establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad originada por la ruptura injustificada de las negociaciones.

⁸⁸⁷ MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, pág. 104.

⁸⁸⁸ Supuesto, básico con el que comienza SALEILLES, su investigación y por tanto, encuentra que el retiro arbitrario o intempestivo de las negociaciones no se configura un hecho culposo en los términos del art. 1382 Cc., francés idéntica norma la que consagra el art. 1902 del Código Civil español.

Para ALONSO PÉREZ⁸⁸⁹ la responsabilidad precontractual parece exigir reglas propias, aunque sin duda se inclina por su naturaleza contractual, al encontrar su base inmediata en la buena fe de contenido prácticamente idéntico a la contractual, mientras que de otro, tiene su fundamento en el quebranto de la confianza generada en la etapa preparatoria de un negocio y no en una relación jurídica negocial. Considera que más que de una verdadera responsabilidad, lo que nace en caso de violación de los deberes precontractuales es una “obligación de resarcir o indemnizar” que aunque no aparece formulada en nuestro derecho con carácter general, puede encontrar su apoyo en distintos preceptos del Código Civil y de comercio, además considera su naturaleza contractual no solo porque le es aplicable el término de los 15 años consagrado en el art. 1964, sino porque la responsabilidad no se basa en la violación del genérico *alterum non laedere*, sino en el quebrantamiento de la lealtad y de la confianza que las partes se deben recíprocamente por el hecho de entrar en un contacto negocial (*die aufnahme eines geschäftlichen kontakts*).

A su vez PUIG BRUTAU⁸⁹⁰ apoya la calificación contractual de la responsabilidad surgida en la fase preparatoria de un contrato y fundamenta de igual forma su teoría en el contacto social y en la buena fe (Dicha calificación la elabora citando en múltiples apartes la tesis de ALONSO PÉREZ).

Por su parte ASÚA GONZÁLEZ⁸⁹¹ quien se muestra cauta para establecer su posición, afirma que se pueden encontrar recursos para sostener que las normas que disciplinan la reparación del daño contractual (hablando de la responsabilidad originada en los tratos preliminares), y de esta forma es aplicable el art. 1101 y ss., del Código Civil, configurándose como una vulneración de los imperativos de la buena fe en sentido objetivo. Cuando un sujeto no actúa como le era exigible en base a los mandatos de la

⁸⁸⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 904, 914, 907 y 909. Aunque en la actualidad, el autor ha cambiado de parecer y hoy afirma que sigue en toda la escuela alemana, del contractualismo originado en la *culpa in contrahendo*. Posición defendida en el período de docencia del curso 2004-2005, en el mes de junio dentro de la clase de metodología de la investigación, impartidas dentro del doctorado “Nuevas tendencias del derecho Privado” en la Universidad de Salamanca. Así también lo referencia, su discípulo, CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 75, anotación 146. Donde manifiesta que en la actualidad el Maestro, es absolutamente partidario de la tesis contractualista alemana, y en los orígenes de IHERING; la base de esta postura se halla en la idea de la buena fe como principio que envuelve toda relación negocial, desde sus primeros momentos preparatorios hasta sus últimas consecuencias.

⁸⁹⁰ PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de derecho...” cit., pág. 230.

⁸⁹¹ ASÚA GONZÁLEZ, C., “La *culpa in contrahendo*...” cit., págs. 252- 260.

buena fe, su comportamiento es antijurídico, sin prejuzgarse por ello el carácter contractual o extracontractual que la reclamación tenga, remata la catedrática.

6. 2. 3. 2. HACIA UNA RESPONSABILIDAD PRODUCIDA POR QUIENES ESTÁN LIGADOS POR UN VÍNCULO

Al ser vulnerada la buena fe objetiva, sin duda se origina, el incumplimiento de unas reglas y principios generales como la propia buena fe y la equidad, las cuales muchas veces no coinciden con las normas del derecho positivo. En los negocios, es necesario que la confianza y la buena fe reinen entre los contratantes. El comportarse deslealmente, rompiendo unas negociaciones sorpresiva y arbitrariamente, constituye un acto de retractación y de frustración de las aspiraciones ajenas (*nemo ex alterius facto praegravari debet*).

Es la escuela francesa, la que ha visto la necesidad de acondicionar y readaptar sus inamovibles posturas, en el tema, y hoy por hoy, concientes de la incoordinación jurídica existente, frente a la ausencia de normas que regulen el comportamiento y sus consecuentes parámetros en la formación contractual, comienzan a estudiar y a reconocer los alcances del principio de la buena fe en el tema. No en vano ya, POTHIER⁸⁹² afirmaba que el principio de la buena fe y de la equidad, son el punto de partida de las relaciones sociales, y a su vez veía como con el tiempo se podía imponer la consagración de una regla de equidad por los usos.

En la doctrina francesa moderna dicha transformación encontró defensores de la talla de GENY quien desea poner todos los negocios extracontractuales bajo la protección de la buena fe que regula ya los negocios contractuales, debido a que dicha noción en derecho moderno se constituye como “el eje moral del juego de las voluntades autónomas”. Al respecto afirma:

“Es necesario suavizar toda la teoría de la formación de los contratos, mediante la introducción de la idea de buena fe, porque la base psicológica de las discusiones

⁸⁹² POTHIER, R. J., “Tratado de las obligaciones” (Heliasta, Buenos Aires, 1978), anotación, núm. 142.

doctrinales es demasiado estrecha. Históricamente, los términos del contrato de buena fe y del contrato consensual se corresponden. Si la buena fe gobierna las relaciones contractuales existentes, ¿Cómo rechazar el mismo principio para las relaciones contractuales en vías de formación? Estamos obligados a no corromper la noción, faltando a la confianza necesaria, en las relaciones sociales, la noción de buena fe, es una noción que domina jurídicamente los deberes generales humanos. Es preciso que actuando, sepamos a que atenernos, y nuestra garantía está en el sentimiento que tenemos de actuar conforme al derecho y en el sentimiento que tenemos también que nuestros semejantes obraran conforme al Derecho⁸⁹³”.

Al régimen de la responsabilidad originada por los tratos preliminares, es aplicable en todo un sistema contractual, y por tanto, existe una presunción de culpa en la parte que no ha cumplido con la obligación impuesta por la Buena fe y por el uso y tráfico normal del comercio. Aquí por su misma naturaleza no es necesario entrar a demostrar la responsabilidad de aquel que se afirma es el autor del acto ilícito y causa directa del daño, por el contrario, *aquí el dañado deberá probar la violación de los deberes precontractuales de buena fe y sus perjuicios ocasionados*⁸⁹⁴. Además no se puede pasar por alto (y llama especialmente la atención), que la Corte de Casación Italiana, mantenga una postura extracontractual en la materia, y que los tribunales que le preceden en jerarquía, últimamente han mostrado su marcado rechazo, optando por una naturaleza obligacional al momento de establecer el régimen aplicable a la ruptura injustificada de las negociaciones.

*“Non è colpa aquiliana quella che ingenera la responsabilità nella fase delle trattative, bensì contrattuale perchè deriva dalla violazione specifica di doveri imposti dalla legge nella fase precontrattuale*⁸⁹⁵.”

Ahora por último consideramos que es de resaltar como el movimiento contractualista abanderado por lo que denominé como la “moderna doctrina italiana”, es una doctrina que cada día gana más adeptos en el panorama de los estudiosos de la

⁸⁹³ GENY, F., *op. cit.*, pág. 529.

⁸⁹⁴ Teniendo claro que no basta con la mera ruptura de las negociaciones para que se configure la responsabilidad precontractual, es necesario catalogarla como injustificada (antijuridicidad) y a su vez que se haya vulnerado los deberes impuestos por la buena fe, la corrección, siéndole además atribuible dichos comportamientos a un agente en concreto. Mas adelante, abordaremos cuales deben ser los criterios para catalogar como antijurídica dicha conducta, y los factores de imputación, aplicables.

⁸⁹⁵ *App. Venezia* 11.4.53, *FP*, 1954, tomo I, pág. 1050; *App. Milano* 6.11.87, *G.I.*, 1988, tomo I, vol. II, pág. 796 con nota de CASTELLANI; *Trib. Milano* 11.1.88, *N.G.CC*, I, pág. 499, con nota di BAZZANI; *App. Milano* 2.2.90, *B.B.T.C.*, 1990, tomo II, pág. 734.

problemática española y portuguesa⁸⁹⁶, a los que se hacía alusión anteriormente, entonces es de destacar como las ideas contractualistas de ALONSO PÉREZ comienzan a ganar más adeptos de la talla de pensadores como DÍEZ PICAZO, PUIG BRUTAU, ASÚA GONZÁLEZ, PANTALEÓN, JORDANO FRAGA, CABANILLAS, y por los jóvenes estudiosos que comenzamos a introducirnos lentamente en el universo de la llamada *culpa in contrahendo*⁸⁹⁷.

Hasta aquí, como se ha visto se han abordado las dos escuelas clásicas que han tratado de clasificar o ubicar la naturaleza de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, no obstante, es necesario clarificar que han existido diferentes estudios en especial los realizados por pensadores italianos, que cuyas doctrinas, no podemos ubicarlas fácilmente en las dos posturas, por el contrario sus pensamientos muchas veces fusionan estas teorías en posiciones *eclécticas*⁸⁹⁸, sobre la responsabilidad precontractual para quienes la naturaleza de la responsabilidad, varía en la medida que se viole un deber diferente. Así por ejemplo será de naturaleza contractual la ruptura de las negociaciones cuando se den por el indebido cumplimiento del deber de información, por el contrario será de naturaleza aquiliana, cuando la ruptura tenga fundamento en la violación de un deber genérico de buena fe. También han existido, no solo en el ordenamiento italiano, sino también en el español, quienes han propuesto la naturaleza de la ruptura de los tratos preliminares como los típicos casos de la formulación de un *tertium genus*⁸⁹⁹. Y también

⁸⁹⁶ Como ya se mencionó, defienden la tesis contractualista frente a la ruptura de las negociaciones, autores como MENEZES CORDEIRO, A., *op. cit.*, pág. 585, PRATA, A., *op. cit.*, pág. 83 y ss. RIBEIRO DE FARIA, J., *op. cit.*, págs. 130 y ss.

⁸⁹⁷ Si bien es cierto, que la propuesta contractualista en España, no ha tenido tantos adeptos como la tiene la moderna escuela en Italia. Es de destacar, que aún sin una cláusula especial que regule las relaciones precontractuales, se está generando un movimiento entre quienes se han ocupado de dicha temática últimamente (aparte de ALONSO, ASÚA, GARCÍA RUBIO, Y DÍEZ PICAZO entre otros) dentro de la doctrina Ibérica que busca su fundamento en las zonas obligacionales. Para ver algunos, MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, págs. 91 y ss., así como la tesis doctoral CUADRADO PÉREZ, C., “Oferta, aceptación...”, *cit.*, págs. 33 a 75. A pesar que el tema central de la investigación radica en la oferta y la aceptación, el autor, dedica un capítulo al tema aquí estudiado.

⁸⁹⁸ Se pueden considerar así, por ejemplo a DE CUPIS, A., *op. cit.*, págs. 101 y ss, SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, págs. 215 y ss, BIGLIAZZI, G., *op. cit.*, págs. 178 y ss, LUMINOSO, A., “La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo), nella responsabilità civile”, *C.I.*, 1988 págs. 792-803.

⁸⁹⁹ En el caso del derecho español, por ejemplo el mismo ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad...”, *cit.*, págs. 920 y ss., reconoce que la figura tiene características, para en cierto momento ser considerada como un caso de *tertium genus*, también lo hace MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza...”, *cit.*, págs. 1007-1009. Quien fundamenta su posición en los principios de la doctrina alemana sobre la confianza y sobre los alcances de la buena fe, pero que a falta de una normativa legal se inclina por la aplicación de *lege lata* del artículo 1902 C.c. En los mismos términos, ESPÍN CÁNOVAS, D., “Derecho civil español” *Obligaciones y Contratos*, tomo III (6a ed., Edersa, Madrid, 1983), pág. 380 y ss. En el derecho Argentino BREBBIA, R., “La responsabilidad precontractual. Ediciones la Rocca...”, *cit.*, pág. 85 y ss. Es partidario de una teoría

podemos encontrar en la materia a quien no le parece relevante el debate puesto que en determinado momento se pueden ejercitar ambas acciones (Contractual y la extracontractual) de forma alternativa o subsidiaria⁹⁰⁰.

6. 3. LA DIFERENCIA DE REGIMENES AL MOMENTO DE ESTABLECER LA NATURALEZA

El tratar de establecer la naturaleza de la responsabilidad precontractual, tiene unas implicaciones y unos efectos que se detallan por las notables diferencias de las dos formas de responsabilidad, la obligacional y la aquiliana. Así, se pueden encontrar tan diversas diferencias, que pueden ir desde inversión de la carga probatoria y plazos de prescripción, hasta el interés resarcible. Las principales diferencias son:

- a) Una primera distinción recae, en el régimen probatorio de tal forma que unitariamente la doctrina y la jurisprudencia reconoce una inversión de la

autónoma de la responsabilidad precontractual, fundamentada en lo relativo a las nulidades de los actos jurídicos (Lib. II, Sec. III, Tit.1 del Código Civil argentino), donde se contempla de manera específica el proceso de formación del acuerdo de voluntades, así como también la responsabilidad que incumbe a los contratantes en caso de nulidad o anulación de contratos, producida por alguna culpa de ellos (ar. 1158 y 1159), y lo que se refiere al nuevo texto del art. 1198, ap. 1º., impone a los contratantes el deber de obrar de buena fe en la celebración del contrato de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En el derecho portugués, llama la atención que quienes proponen un *Teritum genus*, se decantan por la naturaleza obligacional, son exponentes de esta doctrina: SOBRAL DO NASCIMENTO, P., *op. cit.*, págs. 249 y ss. Afirma: La responsabilidad emergente del art. 227, no se reconduce en las figuras de la responsabilidad obligacional ni en la delictual, sino a un *tertium genus*. Al momento de materializar la acción, se inclina por el régimen obligacional, resaltando que no se está técnicamente frente a obligaciones sino frente a deberes. ALMEIDA COSTA, M., *op. cit.*, págs. 338. Afirma que se configura una tercera vía de responsabilidad civil, aplicando sobretodo el régimen de responsabilidad obligacional en lo que respecta a la presunción de la culpa. En los mismos términos, MENEZES LEITÃO, L, M., “Obrigações”, vol. I, (Almedina, Coimbra, 2002), pág. 338.

⁹⁰⁰ VÁZQUEZ DE CASTRO E., “Ilícitud contractual, supuestos y efectos” (Tirant lo Blanch, Valencia, 2003), pág. 541, Cita el autor diferentes jurisprudencias del Tribunal Supremo donde en diversos casos, se admite la posible yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual a favor siempre del perjudicado. La reconoce también DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Constitución y derecho de daños”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 2007, vol. 55, núm. 1, págs. 166 y 167, afirma que: “En la segunda mitad de la década de los noventa, sobre todo, el Tribunal Supremo acuñó una doctrina que hoy puede calificarse de predominante. Nos referimos a la teoría llamada “*de la unidad de la culpa civil*”, por cuya virtud el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador invocando de forma conjunta o cumulativa la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad contractual y extracontractual.

carga de la prueba en materia contractual, situación que cambia ostensiblemente en el régimen aquiliano, ya que aquí se debe entrar a probar la culpa o el perjuicio producido por el dañador, así como otros elementos que por lo general se exigen en la materia, circunstancia que no se presenta en vía contractual, ya que el acreedor vasta con que pruebe el incumplimiento del deudor y que la imposibilidad de la prestación, derivada del incumplimiento no es imputable al mismo.

- b) La segunda diferencia recae en la materia indemnizatoria, ya que en sede extracontractual, están llamados a responder de una forma integral (debiéndose reparar los daños mediatos e inmediatos incluidos los morales) por todos los perjuicios causados, no obstante, en sede contractual, es doctrina mayoritaria el reconocimiento exclusivamente del resarcimiento del interés negativo, teniendo como determinadores del daño el concepto de previsibilidad y de dolo. Aunque en la actualidad esta última idea comienza a perder terreno debido entre otros a la importancia y relevancia que presenta el concepto de daño frente a sus diferentes fuentes o determinantes.
- c) La tercera gran diferencia recae, sobre los plazos de prescripción, así, las acciones que emanan de la responsabilidad extracontractual, según expresa disposición del art. 1968.2 C.c., prescriben en el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado, circunstancia totalmente opuesta en el régimen obligacional, aunque no exista en el sistema español, una norma expresa, según la regla establecida para las acciones personales en el art. 1964 C.c., prescribe a los 15 años. En general las tres grandes diferencias operan de forma casi idéntica en los países con tradición latina, siendo el caso de Italia, donde existe una menor brecha entre estos plazos, así el *codice*, establece que el ilícito extracontractual podrá ser accionado en un término de 5 años, según el art. 2947.1, caso contrario en el ilícito contractual, el cual se podrá ser exigido en 10 años según el art. 2946.

Sin duda frente a tan marcadas diferencias de las disciplinas aquí enunciadas, le asiste a la doctrina una responsabilidad muy grande al tratar de establecer la naturaleza

del daño precontractual. Consiente de lo anterior, con fundamento en nuestra posición obligacionista, dedicaremos las siguientes páginas, a justificar aun más una necesaria incardinación en la materia, teniendo en cuenta entre otros, la protección de la parte más débil de la relación negocial (principio fundamental del derecho patrimonial europeo) así como la adecuada unidad de materia, tanto de la etapa de formación con la de celebración, cumplimiento y ejecución contractual.

6. 3. 1. LAS NECESIDADES DE ESTA ADECUACIÓN LEGAL

Hasta el momento, hemos tratado de presentar al lector, nuestra visión sobre la materia, haciendo especial referencia a la teoría de la confianza y su protección al principio de la buena fe como un criterio direccionador y que irriga todo el proceso del *iter* contrato. No obstante existen dos columnas vertebrales que nos permiten seguir estructurando nuestra postura obligacional y que a la postre terminan de presentar nuestra posición en la materia, la cual consiste en demostrar que la responsabilidad precontractual es un instrumento eficaz de protección del más débil de la relación contractual, y considerar todo el proceso de formación contractual, como una unidad de materia que requiere un estudio sistémico.

6. 3. 1. 1. COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL MÁS DÉBIL

Lejos del debate que aquí se ha propuesto conforme a la importancia que se le reconoce a los conceptos hasta aquí analizados, la buena fe, la corrección, el tráfico jurídico y la confianza entre otros, hay un valor entendido y aceptado pacíficamente por la doctrina en general (la nacional y la extranjera), de tal forma que quien infringe el deber de buena fe, o quien se comporta indebidamente, ejerciendo arbitrariamente sus propios derechos, olvidando el interés del otro, y causando un perjuicio a su contraparte, este actor incurre en responsabilidad precontractual.

Se ha defendido, que el sólo hecho de iniciar las negociaciones no presupone la concreción del negocio propuesto, y de antemano las partes tienen conocimiento de dicha

situación. También se ha dicho que en la medida en que las partes comienzan a compenetrarse en las negociaciones y se acercan cada vez más al perfeccionamiento del negocio, la libertad de la que están investidas comienza a limitarse, de la misma forma como comienza a generarse la confianza en la celebración del negocio, y por tanto para poder dar por terminadas las negociaciones es más que razonable que les asista a las partes una justa causa, so pena de reparar los daños causados. Vistas así las cosas, sin duda el interés protegido debe salvaguardar a aquella parte damnificada por haber sido implicada o envuelta en unas negociaciones que a la postre no se culminaron por una conducta desleal, de mala fe o simplemente culposa de su contraparte, y si a esto sin duda sumamos el hecho que por lo general el dañado es aquel que no tiene poder de negociación, nos encontramos entonces, frente a lo que la doctrina ha denominado como *la parte débil de la relación contractual*.

Así, las partes que comienzan las negociaciones saben que ambas ostentan libertad para no contratar, pero no obstante lo que si aspiran cada una de ellas, es que las negociaciones se adelanten con claridad, lealtad, corrección y seriedad, por tanto, cuando la interrupción de las negociaciones se da como producto de una conducta contraria que conllevó a unos tratos preliminares inútiles e ineficaces, sin duda el derecho debe propender por proteger al agente damnificado, a aquel que no -tiene en principio- un real poder de negociación, lo que se traduce en una mayor aptitud de la parte fuerte en la negociación para imponer sus criterios a la parte débil, y de allí la posibilidad entonces más notoria de una retirada arbitraria de las negociaciones.

Ese interés se halla jurídicamente tutelado, y por tanto opera contra todas aquellas conductas, dolosas o culposas y se consagra en los preceptos de la buena fe *in contrahendo*, y en los principios de respeto y consideración al derecho de otro⁹⁰¹, como ya se explicitó en los capítulos precedentes. También como se enunció anteriormente esa protección se debe hacer de conformidad a las realidades del mercado, que obligan al

⁹⁰¹ MIRABELLI, G., "Dei contratti in generale" (Utet, Torino, 1987), pág. 111 y ss. Afirma: En el progreso y la intensificación del tráfico, está implícita la gravedad del daño que un sujeto puede sufrir, cuando estando en contacto con otro y extrayendo del comportamiento de éste, la convicción que con él puede ser concluido un contrato, se encuentra luego, frente a una conducta cuestionable, y si ello aparece como incorrecto, puede llegar a dañar gravemente sus intereses... la conducta incorrecta en los negocios, no puede ser configurada de otra manera que como una vulneración del precepto general de no dañar a otro, o sea como un acto ilícito.

derecho a hacer un análisis económico, y a conciliar lo justo y lo bueno con lo equitativo y lo provechoso.

Conforme lo anterior no es difícil, entender como bien lo anota GARCÍA RUBIO:

“Es una constante en la jurisprudencia alemana por medio de la responsabilidad precontractual servir como medio de protección de la parte más débil, pero lo mismo puede afirmarse en el campo del derecho francés, suizo o italiano, que los tribunales bajo el pretexto de los deberes precontractuales de información y esclarecimiento, tratan de proteger a la parte débil de la relación contractual persiguiendo el logro de una igualdad efectiva, llegando incluso a actuar en el interior de los propios contratos cuando su contenido parezca injusto⁹⁰²”.

El Derecho civil en general ha cambiado notablemente y en especial el de las obligaciones. En la actualidad existen nuevas formulaciones y principios que en la época codificadora eran impensables, no obstante este dinamismo jurídico se ha dado por la jurisprudencia, básicamente en la nueva forma de interpretar los textos, y por las nuevas iniciativas reguladoras de orden internacional, ante la permanencia estática e inamovible de la normativa codificada en general⁹⁰³. Estos nuevos principios⁹⁰⁴ que hoy día guían las diferentes reflexiones jurídicas y conducen poco a poco una modificación del derecho de las obligaciones se sustentan básicamente en la búsqueda de una igualdad efectiva, ya que como se explicaba ampliamente en el acápite de las obligaciones de información, la igualdad contractual en la actualidad no constituye más que un sofisma.

Se defiende entonces, que el principio de igualdad contractual permite según FONTAINE (y a quien seguimos en todo):

“Sancionar la inigualdad o reestablecer la igualdad entre las partes en la formación en la ejecución del contrato concluido, a fin que la parte en situación de inferioridad – técnica, económica...- pueda contratar y ejecutar en conocimiento de causa y que la otra no pueda abusar de su posición dominante o de fuerza⁹⁰⁵”.

⁹⁰² GARCÍA RUBIO, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 45.

⁹⁰³ Así, por ejemplo lo precisan THIBIERGE-GUELFUCCI, C., “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”. *R.T.D. Civ.*, 1997, págs. 397 y ss., y JESTAZ, P., “Les sources du droit: le déplacement d’un pôle à l’autre”, *R.T.D. Civ.*, 1996, págs. 311.

⁹⁰⁴ Se reconocen como nuevos principios el equilibrio y la fraternidad o cooperación contractual, para ver más, THIBIERGE-GUELFUCCI, C., *op. cit.*, págs. 377 y 378.

⁹⁰⁵ FONTAINE, M., “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, *Comparaisons Franco-Belges (L.G.D.J., París, 1996)*, pág. 615 y ss.

Con la aparición de estos nuevos derechos se protegen principalmente los intereses de los consumidores y de aquellas partes débiles de los contratos (que pueden ser incluso los mismos comerciantes o profesionales), que con las napoleónicas normas civiles estaban en total desprotección⁹⁰⁶. En la actualidad el reconocimiento de la desigualdad de las partes es un elemento natural y por tanto de ahí procede la validez de protección de la parte más *faible au contrat*⁹⁰⁷. Sin duda entonces, la responsabilidad precontractual puede ser utilizada como un instrumento que fomenta o reequilibra las desigualdades existentes entre los extremos negociales, así, entonces, el juez, mediante un juicio de cognoscibilidad puede exigirle un mayor grado o nivel de diligencia a la parte que tiene o debería tener más información sobre el objeto de las negociaciones o por el contrario también operaría en sentido contrario, cuando quien se constituye como dañado es el profesional, es el juez quien debe elevar el listón frente a las medidas que él debía haber tomado por los mandatos que le impone su nivel de experiencia y conocimiento de los negocios, lo cual le permitiría ser más cauteloso al momento de efectuar gastos o costos en vía contractual.

Una consideración así, estaría acorde con el desarrollo de las nuevas formas contractuales que en la mayoría de casos son agresivas y que hacen que incluso las partes actúen inducidas por la publicidad. El fenómeno cada día está más generalizado y por consiguiente existe una multiplicación de nuevas formas de celebrar los negocios (por vía telemática, por medio del internet y en general todos los instrumentos que utilizan las ventas a distancia) que hacen que *la confianza adquiera un valor supremo y en especial en aquellos que por aspectos, técnicos, físicos o económicos no están en condiciones de adquirir fácilmente la información*. Así entonces, el proteger a la parte débil de la relación

⁹⁰⁶ No se puede reprochar esa conducta, ya que justamente lo que se quería en la época codificadora era pregonar la igualdad entre las partes contratantes, situación que fue reconocida solo con las revoluciones de finales del siglo XVIII, de ahí, que los postulados codificados toman la igualdad como una premisa mayor y real.

⁹⁰⁷ En el mismo sentido se puede ver a FONTAINE, M., “Un régime harmonisé...”, cit., pág. 861, quien sostiene: “El principio de la ejecución de buena fe, juega un rol grandísimo en el complemento de las lagunas, el cual siempre está guiado en su aplicación por las consideraciones de equidad (art.1135 del Código Civil francés y belga) y de protección de la parte débil, muy distante de la consideración de eficacia económica”. Lo anterior con ocasión a si debían prevalecer las condiciones económicas de las negociaciones para establecer si la ruptura de las negociaciones es injusta o no, criterio defendido básicamente por los economistas por la teoría de los costes de transacción.

precontractual, exige en la práctica un control del uso arbitrario de sus propias razones, y del abuso del derecho (la buena fe impide ejercitar abusivamente el propio derecho subjetivo), ya que de no dar esta interpretación a las normas, se estará ante evidentes e irrazonables desequilibrios. La responsabilidad precontractual ha de representar una salvaguarda más concreta a quien sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o culposa frente a la otra parte. PORTALIS sostenía que :

“L’office de la loi est de nous protéger contre la fraude d’autrui et non pas de nous dispenser de faire usage de notre raison”⁹⁰⁸.

En realidad es conveniente reconocer que la responsabilidad precontractual es un mecanismo que responde a una necesidad real y que se acrecienta con el tiempo, el proteger a la parte más débil de la relación contractual. Razón tiene el profesor FONTAINE cuando afirma:

“Que la protección de la parte débil es en la actualidad un elemento omnipresente del derecho de los contratos en los Países de la Unión”⁹⁰⁹.

6. 3. 1. 2. COMO UNIDAD DE MATERIA

Ya en el numeral 6.2.3., presentábamos diferentes argumentos, del porqué era conveniente optar por una postura obligacional en los casos en los que existiera una ruptura injustificada de los tratos preliminares en el sistema español. Al respecto manifestamos que dicha posición se justifica entre otras razones, por la unidad de materia que se debe efectuar en todo el proceso del *iter* contractual. Esta postura no sólo ha sido defendida al momento de abordar la naturaleza de la responsabilidad precontractual, por el contrario -y paradójicamente los franceses- son quienes más han defendido la

⁹⁰⁸ Citado por THIBIERGE-GUELFUCCI, C., *op. cit.*, pág. 380.

⁹⁰⁹ FONTAINE, M., “La protection de la partie faible...”, *cit.*, pág. 652. En los mismos términos, ya en la doctrina ibérica LLÁCER MATAACÁS, M., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), pág.150. Sostiene que la contratación de consumo es una buena muestra de ello, de forma que tanto sus disposiciones generales como sectoriales denotan que una de sus constantes, en definitiva su objetivo o justificación, consiste precisamente en la Introducción de medidas tuitivas destinadas a proteger al consumidor o parte débil de la relación, hasta el punto que se propone sistematizar de alguna forma o codificar el derecho de consumo.

formulación de los principios generales de los contratos⁹¹⁰. Esta doctrina gala, se fundamenta en lo que algunos autores han denominado la *Induction amplifiante*⁹¹¹, que permite de pasar de lo particular a lo general, de la observación de algunos fenómenos ejemplares a una regla, las cuales establecen premisas que permiten en su más grande generalidad enriquecer también de manera esencial el contenido del sistema jurídico⁹¹².

Así las cosas, por ejemplo el profesor GHESTIN al ensayar en un sistema (como el mismo las denomina), unificado sobre los vicios del consentimiento, al denominarlos en su capítulo dos, *autres modes de protection du consentement* y donde afirma que estos son:

“La obligación precontractual de información, la institución de retrasos de reflexión o retractación por los arreglos de orden público, el desarrollo de menciones informativas, la sanción jurisprudencial de la reticencia fraudulenta o dolosa⁹¹³”.

Según el maestro francés, se pueden agrupar todas las anteriores nociones, en una sola que adsorbe a todas y que anima y *revela* algunas nuevas aplicaciones, y la formulación de estos principios generales del contrato estará siempre ligada a los elementos esenciales y al dinamismo del Derecho. Razón tiene el profesor francés, pues sin duda la formulación de la obligación precontractual de información, en términos generales, favorece la extensión de estas hipótesis y a su vez son un medio para favorecer la armonización de las soluciones dispares de los vicios del consentimiento, la garantía de los vicios ocultos y de la responsabilidad precontractual, y de insertar ciertas leyes especiales en un régimen de obligaciones de protección del consentimiento⁹¹⁴. En total acuerdo estamos con quienes aseguran que la formulación de éste tipo de reglas generales asegura la coherencia de las normas contractuales⁹¹⁵.

⁹¹⁰ Su máximo defensor es GHESTIN, J., “Le contrat: formation” (1ª ed., *L.G.D.J.*, París, 1980), pág. 282.

⁹¹¹ SILANCE, L., “Un moyen de combler les lacunes en droit: L’induction amplifiante. Le problème des lacunes en droit”, *Travaux du centre National de recherche de logique* (Bruylant, Bruxelles, 1968), págs. 490 y ss.

⁹¹² VAN DE KERCHOVE, M., Y OST, F., “Le système juridique entre ordre et désordre” (*P.U.F.*, París, 1988), págs. 80 y ss.

⁹¹³ *Vid.*, GHESTIN, J., “Le contrat...”, cit., pág. 532 y ss.

⁹¹⁴ GHESTIN, J., “Le contrat...”, cit., pág. 533.

⁹¹⁵ SAVAUX, E., *op. cit.*, págs. 150 y ss.

La construcción de formulaciones generales (reglas) ofrece un régimen idéntico a las situaciones esencialmente similares y de mismo origen y naturaleza, y evita las diferencias de tratamientos injustificados que contrarían el racionamiento jurídico. Ellas manifiestan una voluntad de elaboración en el orden contractual coherente donde se puede realzar la doctrina contemporánea de numerosas y diversas manifestaciones⁹¹⁶ ya que no podemos olvidar que los nuevos movimientos jurídicos apuntan a postulados de *un legislador racional* y a unos *fundamentos más evidentes de interpretación sistemática del derecho*.

Por otra parte los principios que rigen y gobiernan las negociaciones contractuales, deben servir como ejemplo a todas las fases de ejecución o incluso de la extinción contractual. Hemos dicho que el *iter* contractual es un arduo proceso que está conformado por un conjunto concadenado de acciones que conducen al cumplimiento del contrato, siendo la buena fe, una directriz constante en todo el proceso de formación contractual. Pues bien, la que podríamos denominar como “buena fe integradora” produce de un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio, a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad.

Por tanto “En la práctica es especialmente importante que la responsabilidad por falta a un deber de conducta precontractual se rija por los mismos principios que la responsabilidad por infracción de deberes de conducta contractual”. De ahí que este parámetro objetivo de conducta leal, integre una relación obligatoria, que revaloriza y moraliza las posiciones de las partes. De modo que si el nacimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente, determina entre las partes posiciones de sujeción y poder (a veces recíprocas) y determina, a su vez, una virtual posibilidad de injerencia dañosa en la esfera jurídica y personal de la contraparte, se comprende la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte ponen en la lealtad de la otra, sin duda se está en el marco de una relación principal crédito-deuda⁹¹⁷.

⁹¹⁶ Vid., SAVAUX, E., *op. cit.*, págs. 150 y ss.

⁹¹⁷ JORDANO FRAGA, J., *op. cit.*, pág. 139.

La buena fe tiene un efecto prodrómico, lo cual nos permite adoptar una posición en la que concurren obligaciones de contenido positivo y negativo, ya que es más conveniente asemejar la inobservancia del deber de lealtad y de probidad en los tratos preparatorios, a la buena fe contractual, concibiéndola como una anticipación de ella. En este caso, la responsabilidad contractual⁹¹⁸ es algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, convirtiéndose, tendencialmente en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio. Por ello se debe tener un concepto más amplio de la responsabilidad contractual, en el que se incluye no solo la responsabilidad por incumplimiento referida, sino también la responsabilidad precontractual y la derivada de la violación de deberes de protección o seguridad. La responsabilidad precontractual ha de calificarse de contractual, porque supone la violación de una obligación legal derivada de la buena fe (art. 7.1 y 1258 C.c.) que impone comportarse correctamente en la fase preliminar a su celebración del contrato⁹¹⁹. Aquí la buena fe al convertirse en fuente de obligaciones secundarias de la prestación principal y producirse una integración de la regulación contractual u obligaciones, se produce una ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual, pues, en efecto, la ritualidad de esas obligaciones accesorias consiste en que la violación de las mismas da lugar a responsabilidad diferente a la *ex delicto*. Aquí el elemento vinculante se encuentra en la ley, ya que antes de producirse el daño, el derecho ha regulado una situación jurídica vinculatoria entre las partes.

La conexión entre la fase de las negociaciones y la disciplina de la buena fe contractual, ha sido una constante y no sólo de la época codificadora, sino desde el derecho justiniano, cuando la *actio doli* fue sustituida por la *actio ex contractu* recuerda BENATTI⁹²⁰. Cuando una norma jurídica somete el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, es un índice seguro de que aquella relación se ha

⁹¹⁸ El concepto de la responsabilidad contractual, no ha tenido el alcance, naturaleza y extensión que tiene en la actualidad, por el contrario su evolución ha sido tan notoria que basta estudiar los clásicos para percatarse de su notable desarrollo. Así lo reconoce DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 98; VISINTINI, G., *op. cit.*, pág. 100, y sobretodo TURCO, C., *op. cit.*, pág. 729. Siguiendo el autor fundamentalmente a BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, *cit.*, pág. 149. Afirma que cualquier violación al deber de prestación existente entre los extremos de la obligación originada de la buena fe, se constituirá en una violación y por tanto fuente idónea de una responsabilidad contractual, por ser ésta una obligación jurídica preexistente, deber que aparece en la esfera jurídica de los negociantes, en el mismo momento en el cual la buena fe *in contrahendo* comienza a exigirles comportamientos de acuerdo a reglas de conducta generales.

⁹¹⁹ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 31.

⁹²⁰ BENATTI, F., A “Responsabilidade pré-contratual...”, *cit.*, pág. 152.

transformado, en el plano jurídico, en una relación obligatoria, cuyo contenido *si tratta appunto di specificare a stregua di buona fede*⁹²¹. Posición que ha sido ratificada en múltiples sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales⁹²².

6.3.2. EL DAÑO EN EL PATRIMONIO Y LAS NEGOCIACIONES

Estudiada la confianza, y la ruptura injustificada de las negociaciones como dos supuestos esenciales de la responsabilidad precontractual, sólo nos restaría por abordar la producción del daño, para dar por concluido el tema de la responsabilidad precontractual generado por la ruptura injustificada en las negociaciones. La doctrina italiana, con ocasión al art. 1337, se planteó en múltiples ocasiones, ¿Cuál sanción se debía aplicar a la violación del mencionado artículo? ya que es más que evidente que la norma, no formula hipótesis al respecto.

La idea tradicional que se adoptó al respecto, es que la norma impone al sujeto un comportamiento correcto, leal y por tanto en caso contrario se deberá resarcir los perjuicios causados a su contraparte, en la medida que sea susceptible de prueba⁹²³. En España, a pesar de no existir una regla precontractual de carácter legal que nos permita dichos cuestionamientos, por vía doctrinal se parte de la misma hipótesis como hasta aquí ha quedado claro, por tanto no queda más que entrar a hacer un estudio detallado sobre el daño, sus límites, alcances y formas resarcitorias en caso de una ruptura injustificada de los tratos preliminares⁹²⁴, ya que sin duda el daño se constituye en el principal presupuesto del derecho de la responsabilidad civil.

⁹²¹ *Vid.*, BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, cit, pág. 145.

⁹²² S. de 3 de febrero de 1989, 20 de marzo de 1990, S. de Navarra de 23 de junio de 1992, A.C., 562/1992, núm. 1236, Sentencia de Ap. de Girona del 20 de noviembre de 1992, A.C. 380/1992, núm. 615.

⁹²³ Cass. 20.1.1999, núm. 500. En la cual la Corte de Casación consagró: El punto central de la disciplina del ilícito civil se genera en concreto en la injusticia del daño imputable a un comportamiento de otro que lesiona una situación jurídica subjetiva.

⁹²⁴ Es importante, que el lector tenga claro, que debido a la limitación de nuestra investigación a la esfera de la ruptura de las negociaciones, no se abordará el tema como clásicamente se afronta en la doctrina italiana, en donde se plantea el problema de la dicotomía existente entre la buena fe como una regla de validez y una regla de comportamiento. Aquí se seguirá metodológicamente nuestro camino y por tanto no entraremos a hacer valoraciones conjuntas sino que se continuará con el estudio de la buena fe como una regla de conducta precontractual. Sobre la buena fe como regla de validez, BENATTI, F., “Culpa in contrahendo...”, cit., pág. 287 y ss. PIETROBON, V., “El error...”, cit., págs. 104 y ss, VISINTINI, G., *op. cit.*, pág. 111.

El concepto más antiguo de daño, es el que se conoce en la partida 7ª tit. VI, ley 3ra se define (en atención a su naturaleza intrínseca y por ende prescindiendo de su origen) como el empeoramiento, menoscabo o detrimento que un hombre recibe en si mismo, o en sus cosas por culpa de otro. Menoscabos o perjuicios: Es lo mismo que la privación del interés, de utilidad, de provecho, de ganancia o de lucro, como fenómeno físico, el daño significa nacimiento o perjuicio, vale decir, aminoración o alteración de una situación favorable⁹²⁵.

La responsabilidad *in contrahendo* no se encuentra regulada especialmente en el Código Civil, según se ha visto, por lo que deberán ser tenidos en cuenta para determinar la medida del perjuicio y consecuentemente la extensión del resarcimiento en los distintos casos que componen la teoría de la responsabilidad precontractual, los principios generales establecidos en materia de daños y perjuicios. No obstante, es importante clarificar que la mayoría de los ordenamiento legales europeos, no poseen una definición del daño. Ello presupone un significado natural del concepto, lo que implica situar el *Acquis* entre los sistemas de cláusula general⁹²⁶.

El perjuicio precontractual debe contener los requisitos que la doctrina exige a los daños en general para que sean resarcibles⁹²⁷. Puede decirse, por consiguiente, que el daño debe ser cierto (o sea, debe haber certidumbre sobre su existencia misma), debe ser ocasionado por la parte negociante, o por sus auxiliares a título de culpa, dolo o simple mala fe⁹²⁸, y el actuar ilícito debe haber violado un derecho subjetivo perteneciente al damnificado. Aparte de ello, debe encontrarse ligado por una relación de causalidad adecuada con el hecho que determinó la responsabilidad del agente.

⁹²⁵ STIGLITZ, R., Y G., “La responsabilidad...”, cit., págs. 40 y ss.

⁹²⁶ VAQUER ALOY, A., “El concepto de daño en el derecho comunitario”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo I (La ley, Las rozas, 2006), pág. 870. Tampoco el Tribunal de Justicia ha proporcionado una definición de daño. Certeramente se ha señalado que el Tribunal procede *ad hoc*, evitando la formulación de conceptos y principios generales. De hecho, la principal Directiva en materia de daños, la de responsabilidad por productos defectuosos, no define qué sea “daño”.

⁹²⁷ Que el daño sea real, cierto, cuantificable, y específico, entendiendo el último como aquél que afecta los intereses y los bienes del demandante de un modo especial e individual.

⁹²⁸ DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad en los tratos...”, cit., pág. 168.

6.3.2.1. EL DETRIMENTO PATRIMONIAL

Debido a la misma naturaleza que conllevan las negociaciones las partes pueden invertir horas de trabajo, hacer inversiones en locaciones, preparar proyectos, contactar peritos en fin, toda una serie de actividades que *per se* generan valore económicos, que ante la frustración de la eventual celebración contractual original el deber de resarcir⁹²⁹. Para poder entrar a valorar ese detrimento, es necesario retomar lo hasta aquí dicho en lo que tiene que ver con el comportamiento adecuado y correcto de los sujetos negociales. Por tanto en el mismo instante en el cual las partes entran en conversaciones, se ha dicho, deben comportarse de acuerdo a las reglas de la buena fe, la lealtad y el tráfico jurídico. Si en el transcurso de las negociaciones, con ocasión de la no conclusión del contrato una de ellas causa un detrimento patrimonial a su contraparte, ésta tiene la obligación de reparar los perjuicios que causa, de conformidad con principio general de *neminem ledere*, el cual es aplicable en cualquier tipo de responsabilidad.

Los daños producidos dentro del transcurso de los tratos preliminares pueden ser de variada naturaleza. Pueden ir desde los gastos, proyectos, presupuestos, elaborados por una de las partes, lo que comprendería un daño emergente, hasta los denominados lucros cesantes, los cuales pueden estar compuestos por las expectativas frustradas con ocasión a la realización del futuro contrato. Ahora donde ha estado centrado el debate por parte de los estudiosos que han abordado el tema hoy objeto de estudio, consiste en establecer ¿Qué es indemnizable? y bajo ¿Qué? criterios operaría esta reparación.

Como se ha dicho en las páginas precedentes, si bien los supuestos de responsabilidad contractual son complejos, al momento de entrar a aplicarlos en la práctica, el supuesto del daño es el que sin duda presenta más dificultades al respecto, ya que a primera vista, se puede observar que en la mayoría de situaciones, el daño causado en la ruptura de los tratos preliminares puede ser una problemática de redistribución del mismo, tal como lo propone en sus múltiples escritos BESSONE, de tal forma que hay que establecer si el que se denomina perjudicado debe asumir o no los daños que éste alega como causados, o si por el contrario éstos son los que ha denominado la doctrina francesa como los *riesque d'entrepise*.

⁹²⁹ En el mismo sentido ver a ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 884.

NANNI en uno de sus más recientes escritos sobre la materia nos presenta, un panorama completo y detallado, sobre la distribución del riesgo y sobre las circunstancias que se puede matizar determinando si los daños producidos por la ruptura de las negociaciones deben ser asumidos por cada una de las partes, o si por el contrario deben ser reparados de conformidad con el principio de la buena fe. Al respecto se manifiesta así:

“La exigencia de distribuir entre las partes el riesgo de los prejuicios, está satisfecha por la individualización de las circunstancias que han determinado la ruptura de las negociaciones: si de tal examen el motivo que ha inducido una parte para apartarse de los tratos resultan justos, estos serán conformes al parámetro de la buena fe precontractual, cada contratista soportará las consecuencias de un riesgo que siempre es inherente a los gastos realizados cuando el vínculo aún no se ha perfeccionado; en el caso contrario (y, si lo recuerdan, estando en presencia de una negociación justa en fase de una fundada legítima confianza), el ejercicio del potestativo derecho para retirarse de la negociación, lo demuestra abusivo y determina por tanto un perjuicio que no debe ser distribuido el cual siempre será consiguiente a la interrupción de la relación precontractual⁹³⁰”.

Para nosotros sin duda *el daño resarcible en virtud de la responsabilidad precontractual debe haber sido originado por la situación de confianza y guardar con ella una estrecha relación*⁹³¹. Por tanto nos permitiremos hacer una clasificación que nos dará claridad frente a lo que consideramos como indemnizable (hablando del daño emergente propiamente), por tanto diferenciaremos los gastos a los que pueden verse abocadas las partes en el transcurso de las negociaciones así:

a) Los gastos espontáneos o especulativos

Existe un primer grupo de gastos que son los llamados *espontáneos o especulativos*. Ellos se caracterizan porque una de las partes los ejecuta normalmente en el ejercicio de su actividad, como la publicidad, la capacidad instalada de los establecimientos, en fin todos aquellos gastos que desembolsa todo aquel que desarrolla

⁹³⁰ NANI, L., “La trattative”, *I contratti in generale*, tomo III (Utet, Torino, 1991), pág. 28.

⁹³¹ Recientemente en el panorama italiano, famosa fue la sentencia de Cass. Sez. U. 21.02.2002, núm. 2515. Donde la sesión plena de la sala de casación civil que por el sólo hecho de tener contacto con una cosa (en vía contractual o no), y produciéndose un daño imputable a un agente, la víctima debe ser integralmente indemnizada según el principio de la buena fe que impone una obligación de protección.

una actividad económica en general, o son los que constituyen un riesgo implícito de todo negocio⁹³², o los ejecutados en interés exclusivo⁹³³.

Por ello, *no son resarcibles (aunque la ruptura de las conversaciones no presente causa de justificación), los gastos que de todas formas habría que realizar para iniciar las negociaciones*. En el curso de la preparación de un contrato, los interesados están obligados a efectuar gastos, o a asumir riesgos considerables. Toda actividad económica implica siempre gastos, idea desarrollada y defendida por FAGGELLA y SALEILLES. Además que según el concepto estudiado en el segundo capítulo, ellos no hacen parte de la relación jurídica prenegocial, por tanto no deben ser considerados como criterios a reparar.

b) Los gastos provocados

El otro grupo de gastos efectuados son los denominados como *provocados*, los cuales se caracterizan (para poderlos diferenciar de los gastos anteriores), porque son efectuados con ocasión a la manifestación conjunta de la voluntad que tienen las partes, producto de los avances de la negociación. Por tal circunstancia estos, si están llamados a ser resarcidos. De tal forma que si existe un consentimiento mutuo o interés común⁹³⁴ en la realización de determinados gastos como planos, presupuestos, proyectos, etc., en ese instante, esos gastos consentidos deberán ser resarcidos del patrimonio de aquel que los ha ejecutado. En consecuencia, si una de las partes se retira de las conversaciones sin concurrir al pago, será justo que la otra pueda demandarle indemnización por un monto equivalente a la parte no aportada que debía cubrir el que se retiró. Por una parte ésta solución se justifica en el comportamiento conforme a la buena fe (que debe presidir los tratos), y por otra, la equidad aconseja que en el transcurso de la preparación del consentimiento los patrimonios de los tratantes no se vean injustificadamente deteriorados o disminuidos. Aquí este criterio, trata de evitar que el dañoso realice una ganancia a coste del dañado, dicho más brevemente, *hay sin duda que evitar el enriquecimiento injusto*⁹³⁵.

⁹³² En el mismo sentido DÍEZ PICAZO, L., “Fundamento...”, cit., pág. 279.

⁹³³ Así los denomina ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 914.

⁹³⁴ *Vid.*, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 914.

⁹³⁵ En esa misma dirección, FULLER LON, L., Y PERDUE, W., “Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza” (Bosch, Barcelona, 1957), pág. 10. Quienes denominan en este caso el interés dirigido a una restitución (*restitution interest*).

Los gastos provocados requieren entonces, del consentimiento en tratar y, además, que exista una manifestación de voluntad que mueva a efectuarlos o cree la apariencia de que son indispensables para proseguir con las conversaciones⁹³⁶. Excepcionalmente, se debe admitir lo anterior, ya que se diferencian de los primeros, porque son efectuados sin el consentimiento de ambas partes, ahora lo que sucede es que si esos gastos se ejecutan porque obedecen a una apariencia creada, como si se le hace aparecer como imprescindible, aunque no se ordene hacerlo, en tal caso, por depender directamente de los que si fueron acordados, tendrán su fundamento resarcitorio.

Ahora los llamados desembolsos o gastos espontáneos en ningún momento pueden entrar a ser exigidos, los cuales fueron hechos por simple liberalidad del empresario, nadie le obligó a hacer los estudios y proyectos preliminares. Si empleó en ellos su tiempo y su dinero, fue tan sólo con un fin lucrativo, en espera de obtener los pedidos de la presunta clientela. Y de ofrecer condiciones más beneficiosas que las de la concurrencia. Ahora los gastos que sí deben ser cubiertos son los ocasionados por cualquier acción que induzca a gastos innecesarios a la parte contraria si se los ha hecho aparecer como imprescindibles para el normal desarrollo de las negociaciones.

Cuando se realiza un acto que produce una pérdida de valor económico, ¿Quién debe soportar la pérdida procedente del acto? Planteada así la cuestión, la respuesta no puede ser dudosa. Es el patrimonio del autor del perjuicio quien debe soportar la pérdida sufrida, como contrapartida del beneficio o placer conseguido o esperado. Por lo tanto, es equitativo, que aun cuando esté libre de toda culpa, sea quien soporte en forma de reparación pecuniaria, el daño procedente de sus actos. *En otros términos, el que hace algo, debe soportar los riesgos de su acto.* Todo riesgo creado, debe quedar a cargo de la actividad creadora quien da lugar a ellos, en su beneficio, con el fin de procurarse un enriquecimiento patrimonial, debe estar, no sólo a las consecuencias del éxito, sino también a los perjuicios.

En sentido muy general puede decirse que, tanto antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo, cada uno de los que en

⁹³⁶ ROSENDE ÁLVAREZ, H., "Responsabilidad precontractual" (Universidad Católica de Valparaíso, Santiago de Chile, 1979), págs. 67 y ss.

ella intervienen se encuentra obligado a conducirse con diligencia y consideración al interés de la otra parte, lo que les permite esperar legítimamente comportamientos recíprocos durante todo el proceso del *iter* contractual. La anterior idea jurídica que en la ley ha hallado solamente defectuosa expresión en algunas disposiciones particulares, ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia en un instituto de derecho vigente que actualmente tiene fuerza de norma consuetudinaria a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general⁹³⁷. Así entonces, según nuestra tesis basada en la buena fe, la corrección y la confianza que debe presidir los tratos preliminares, nos lleva a afirmar que si el sujeto viola esos postulados ya sea con dolo o negligencia, será responsable de los daños causados.

Si falta por tanto alguna de esas condiciones señaladas, el daño deberá ser soportado por la víctima, puesto que será el resultado de una actitud aventurada al efectuar desembolsos que tal vez el estado de las negociaciones no justificaba. Así, pues se trata de un gasto hecho con miras a obtener un provecho propio y de dependerá de un alea, esto es, de la celebración o no de un contrato.

Puede suceder también, que en el transcurso de las negociaciones, las partes tengan cambios radicales en sus comportamientos, de tal forma que en un primer momento se comporte conforme a los usos del tráfico y de acuerdo a los postulados de la corrección y buena fe, y en un segundo momento su conducta dependa un actuar deshonesto y desleal, y se produzca un daño. En tal circunstancia, el agresor debe responder desde el momento en el que cambio su comportamiento. Así lo ratifica expresamente una sentencia de *Cassazione*, de 23 de abril de 1947, que señalaba que en la *culpa in contrahendo*, el daño resarcible no está en relación con el período que falta para la conclusión del contrato, sino en la consecuencia directa del comportamiento ilícito.

Concluyendo, para los primeros estudiosos de la *culpa in contrahendo*, así como para los juristas pertenecientes a las nuevas corrientes del derecho italiano, de la buena fe emanan unos derechos que fundamentalmente son: Deber de información, deber de conservación y secreto. Estos deberes emanados de la buena fe llegan a la relación jurídica entre las partes, justo en el momento en el que comienzan sus acercamientos, su contacto

⁹³⁷ LARENZ, K., "Derecho de Obligaciones...", cit., pág. 108.

social⁹³⁸, por tal circunstancia dicha inobservancia es una relación contractual, encuadrable en una relación que en sentido lato podría calificarse como relación de obligación, como se ha clarificado anteriormente. Así, la naturaleza de esta responsabilidad precontractual, cuando en la relación entre las partes existe confianza y por tanto debido al estado avanzado de las negociaciones, se sufre un daño en el patrimonio por un retiro injustificado de una de las partes, para nosotros es aplicable la responsabilidad contractual y por tanto para fijar los criterios reparatorios del daño, nos basaremos en las normas existentes al respecto.

Como se ha venido aquí fundamentando, la reparación del daño contractual se encuentra fijada por un interés jurídico determinado por la expectativa crediticia fallida. El daño indemnizable es el daño causado, delimitado según los criterios que ofrece el Código Civil en sus art. 1101, 1902, 1107, no obstante, la distinción entre el interés positivo y negativo puede ser útil, aún dentro del ordenamiento español, para referirnos al efecto, al daño que debe ser indemnizable en cada caso. Pero el daño indemnizable no resulta de una exigencia legal de indemnizar un determinado interés.

6.3.2.2. LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN

No cabe duda, que uno de los principales aportes que hizo el famoso escrito de IHERING⁹³⁹ a la cultura jurídica en el tema de la *culpa in contrahendo* fue, su formulación sobre la resarcibilidad del daño, denominándolo como el interés negativo⁹⁴⁰. Aquí, el autor alemán reconocía como la única medida resarcible ante la violación del deber precontractual fuente de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, al *Negatives Vertrauensinteresse*.

⁹³⁸ IHERING, R., *op. cit.*, pág. 40 y ss., CHIRONI., *op. cit.*, págs. 100 y ss., VISINTINI, G., *op. cit.*, págs. 98 y ss., MESSINEO, F., “Il contratto in genere...”, *cit.*, pág. 365, STOLFI, G., “Sulla responsabilità precontrattuale del...”, *cit.*, pág. 275; MENGOLI, L., *op. cit.*, págs. 361 y ss., SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, pág. 675, DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 99.

⁹³⁹ IHERING R., *op. cit.*, págs. 76 y ss.

⁹⁴⁰ Reconocido así, por el romanista alemán, como interés negativo el daño producto de un contrato anulado, o resuelto. En la actualidad se admite un tercer supuesto por parte de la doctrina internacional, el cual corresponde a aquella situación donde un contrato no llega a perfeccionarse por la ruptura intempestiva de las negociaciones. En general, tanto las hipótesis clásicas, como la última en ser incorporada, tienen en común, a parte de la frustración del contrato, un elemento homogéneo, y es lo que la doctrina alemana denominó como el interés de confianza.

Al respecto es necesario hacer una serie de matizaciones, puesto que los estudios del romanista alemán partieron de la hipótesis de los casos de daños ocurridos con la celebración de contratos inválidos, y no en el caso de contratos válidos y menos en el caso de los daños ocasionados en vía de formación contractual⁹⁴¹. Por ende y como es entendible, no podemos partir de los mismos supuestos Iherianos, y necesariamente nuestro punto de inicio serán los criterios aplicables en general a la materia contractual, por nuestra inclinación hacia tal naturaleza del daño por *culpa in contrahendo*. Comenzaremos el estudio haciendo la clásica diferenciación entre el interés positivo y el negativo, y determinando finalmente, según qué podrá ser resarcible o no, cuando se está frente al daño precontractual. No obstante, lo anterior, es importante establecer que no se tiene referencia normativa en Europa, sobre el tema de cuantificación del daño resarcible como consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones. Situación que si era contemplada en el caso del proyecto del Código Civil argentino de 1998, en su artículo 920:

“Deber de buena fe. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo⁹⁴²”.

Por lo anterior, no deja de ser un tema complejo como todas las instituciones que hasta aquí se han abordado, y sobre el cual tampoco ha existido unanimidad, no obstante nos aventuraremos a continuar delimitando los criterios indemnizables.

⁹⁴¹ Como ya se explicó en el segundo capítulo, fue FAGGELLA G., *op. cit.*, pág. 16. El primero que estudió el resarcimiento de los daños en vía de formación contractual, y propiamente por la ruptura intempestiva de las negociaciones, quien a su vez, limitó el *quantum* del resarcimiento a los gastos reales, los cuales correspondían a aquellos causados exclusivamente durante las negociaciones; posicionamiento que en la actualidad se encuentra ampliamente superado.

⁹⁴² Ya en el año de 1987, en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Argentina, se consagró en el artículo 520, el daño del interés negativo, así: corresponde a los gastos y pérdidas sufridas en el proceso de formación de un contrato.

6.3.2.3. EL INTERÉS NEGATIVO O DE CONFIANZA

Antes de abordar el concepto y las precisiones generales del interés negativo, nos ocuparemos de hacer una breve alusión al interés opuesto, al positivo, pues sólo así, el lector podrá tener una visión general de dos instituciones básicas de la materia de obligaciones. Al enfrentar estos dos conceptos se podrán identificar las diferencias entre uno y otro interés, lo que nos permitirá presentar con mayor claridad nuestra postura en la materia precontractual.

El interés positivo persigue rehacer la situación patrimonial en la que se hallaría el contratante si el contrato se hubiera realizado y cumplido, de ahí que también se denomine el interés de cumplimiento o de ejecución del contrato. Con el interés negativo, la indemnización pretende reponer, en términos económicos, las cosas al estado en el que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiado en su validez (*id quod contractum initum non fuisse*).

Y ¿Qué significa lo anterior? El acto lesivo es la vulneración del deber precontractual, luego se ha de calcular la situación patrimonial que existiría si el deber no hubiera sido incumplido. Para determinar lo anterior, habrá de entenderse por supuesto, al caso concreto y así se harán las líneas generales, a pesar que la doctrina y la jurisprudencia tanto francesa, belga, española e italiana, dominante sea extender el ámbito de indemnización hasta los límites del interés negativo⁹⁴³. Nuestra posición tendrá como fundamento las normas del Código Civil que regulan el daño contractual, ya que como se ha dicho anteriormente, el ordenamiento español, no posee normas concretas que nos permitan cuantificar el daño en mención como si lo contempla por ejemplo el 1338⁹⁴⁴ del *Codice civile*.

⁹⁴³ Así lo reconoce GALGANO, F., “Diritto Civile e Commerciale”, vol. II, tomo I (3^o ed., Cedam, Padova, 1999), págs. 552 a 554, BIANCA, C. M., “Diritto civile”, tomo III, vol. II, *Contratto* (2a ed., Giuffrè, Milano, 2000), ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 905 y 906, ASÚA GONZÁLEZ, C., “La culpa in contrahendo...”, cit., págs. 288 a 290. CHAUVEL, P., *op. cit.*, págs. 49 y ss. FONTAINE, M., *op. cit.*, pág. 42 y 43 entre otros.

⁹⁴⁴ “Art. 1338 il danno... risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”. No ostante, aún con la consagración de la norma no se descende en el problema de la concreción del daño, ya que nótese que la misma definición es demasiado amplia y compleja.

En realidad la importancia que tiene la imprevisibilidad o previsibilidad del daño al momento de establecer el *quantum* del resarcimiento es vital al momento de reconocer la responsabilidad precontractual; así es doctrina pacífica en materia de daños, reconocer que cuando existe una conducta fraudulenta (dolosa) que daña los intereses del acreedor, la indemnización debe ser integral⁹⁴⁵, por tanto deja de ser relevante, el establecimiento de la previsibilidad o no del daño por parte de aquel que lo sufrió. Ocurre todo lo contrario cuando, el daño se ocasiona en vías de la buena fe, en cuyo caso sólo podrá operar el resarcimiento de los daños que pudieron haberse previsto (de conformidad con una interpretación literal del art. 1107 C.c.). Así las cosas, la postura clásica al momento de abordar la temática en el caso italiano ha sido, que quienes optan por reconocer naturaleza contractual a la ruptura injustificada de los tratos preliminares tendrán que optar por lo anterior, pero quienes optan por reconocer una naturaleza extracontractual, el hecho ilícito determina la resarcibilidad del daño imprevisible independientemente del estado objetivo de la culpa o del dolo del autor del ilícito.

Remitiéndonos a las normas españolas encontramos que en principio la situación es exacta, ya que el art. 1225⁹⁴⁶ del *codice* es la misma norma consagrada en el art. 1107⁹⁴⁷ de la norma ibérica. En el caso de dolo, el *quantum* del resarcimiento es pleno o integral, sin posibilidad de pacto alguno o acuerdo previo para determinar su entidad⁹⁴⁸, de tal forma que de acuerdo con lo tipificado en la normatividad civil y según la doctrina judicial consolidada por el Tribunal Supremo (retomando la experiencia italiana sin duda y haciendo del caso una especie de regla de carácter general), sí en la ruptura injustificada de los tratos preliminares medio una conducta dolosa, por ese actuar puede operar el interés negativo como el positivo al momento de fijar el criterio indemnizatorio. Sin duda la limitación de la responsabilidad que nos extiende el artículo en mención, guarda relación

⁹⁴⁵ Se trata de una norma o principio que no está recogido con carácter general en norma alguna de nuestro ordenamiento civil, pero que se deduce de la regla del resarcimiento del daño recogido en el artículo 1106 del C.c., el cual, alude a los dos aspectos del daño resarcible, el daño emergente y el lucro cesante. Precepto del que se ha extraído la regla de que la reparación del perjuicio debe de ser integral y cubrir o alcanzar todo el daño, pero nada más que el daño. VICENTE DOMINGO, E., “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), pág. 932.

⁹⁴⁶ Art. 1225: “*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*”.

⁹⁴⁷ Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

⁹⁴⁸ S.T.S. de 23 de noviembre de 1984 (R.J. 1984, 5656).

con la previsibilidad del daño que marca la extensión de la obligación de indemnizar. Así, la previsibilidad, varía en función del “*casus interesse*”⁹⁴⁹ y de la buena o mala fe. Por tanto, es más que claro y evidente que la obligación de indemnizar será más extensa en el deudor de mala fe.

Una persona correcta es aquella que se abstienen de tomar aptitudes que perturben, o incomoden o desagraden al prójimo, sus actos siempre deben estar seguidos de las reglas de la moral y de la costumbre prevalente en una determinada sociedad⁹⁵⁰. Reduciéndose todo a una conducta leal y honesta, en cuanto a los deberes que deben tomar los sujetos en las negociaciones.

El incumplimiento doloso, conlleva una evidente falta de lealtad y un comportamiento ante todo antijurídico, que pone al agresor en una situación de un actuar intencionadamente dañoso, lo cual justifica plenamente la sanción, que para éste y todos los casos de incumplimiento de un vínculo obligacional impone la normativa, ya que de antemano, el dañador conoce el daño y los perjuicios que está causando a su víctima. Aquí (como quedó establecido), en aras a la libertad contractual, no podemos obligar a obtener el cumplimiento específico de las expectativas legítimamente fundadas, sino que tenemos que hablar de una acción de daños y obligar al dañoso a que pague en dinero el valor de la prestación, es entonces el caso del interés dirigido a obtener la prestación esperada (*expectation interest*⁹⁵¹). No obstante no quiere decir lo anterior, que aun en presencia de dolo, todos los “daños” son objeto de reparación (posición que hemos mantenido hasta aquí). Para explicar lo anterior retomamos las palabras del profesor LEÓN GONZÁLEZ quien sostiene que la reparación recaerá sobre:

“La responsabilidad no puede extenderse indefinidamente ni siquiera en presencia de dolo, a toda la cadena de daños que han podido experimentar el acreedor o la víctima, antes bien, debe limitarse a aquellas consecuencias lesivas, que según el curso normal

⁹⁴⁹ Así lo reconoce, POTHIER, R. J., “Traite des obligations”, *Oeuvres de Pothier*, tomo I (Tarlier, Bruxelles-Amsterdam, 1830), No. 166 “*Sans qu’il y ait cas de distinguer et de discuter en ce cas si le débiteur doit être censé s’y être soumis: car celui qui commet un dol s’oblige, velit nolit, à la réparation de tout le tort que ce dol causera* ». De igual forma DOMAT, J., *op. cit.*, pág. 20 y 22.

⁹⁵⁰ BENATTI, F., “A Responsabilidade pré-contratual...”, *cit.*, pág. 123.

⁹⁵¹ En Ita misma dirección, FULLER LON, L., Y PERDUE, W., *op. cit.*, pág. 10. y en el ámbito del derecho español MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, *A.D.C.*, Madrid, 1982, pág. 595.

de los acontecimientos, aparecen como una derivación cierta y segura del hecho que da origen al deber de reparación⁹⁵².

Nosotros somos partidarios como el lector se percatará, de indemnizar el daño en toda su dimensión, no obstante, hemos sido enfáticos hasta este momento en limitar su *quantum* resarcitorio a todo aquello que conforma la relación jurídica prenegocial y a los daños que tengan su nexo causal con ella, por tanto es necesario no extender el ámbito de reparación como lo sugiere el profesor LEÓN GONZÁLEZ a cualquier tipo de acontecimiento (para lo anterior, es válida la lista de que tipo de gastos son resarcibles o no y para los demás daños útiles son los supuestos que se desarrollan a continuación). No podemos olvidar que el fin que persigue la regla de la compensación es la de evitar que en esos supuestos se produzca un enriquecimiento injustificado del perjudicado que obtiene una indemnización por encima de la medida de su daño⁹⁵³.

Pero si hablamos que la dirección de aquel que interrumpió injustificadamente las negociaciones, se debió a una conducta donde faltó la diligencia o culpa, donde no estaba la intención primaria de causar daño a su contraparte, debemos aplicar el primer enunciado de la norma en mención (art. 1107) y por tanto sólo operaría el interés negativo, ese que pretenden reponer, en términos económicos, las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato. Por tanto el interés negativo se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados “daños de la confianza” por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas que el contrato se concluiría, que las negociaciones se llevaban con seriedad y conducirían al resultado apetecido; en definitiva, por haber fiado en la existencia del acuerdo⁹⁵⁴. Sin duda el art. 1107, consagra

⁹⁵² LEÓN GONZÁLEZ, J., “Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil”, *Estudios jurídicos in memoriam del profesor ALFREDO CALONGE*, tomo II (Servicios editoriales Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002), pág. 584.

⁹⁵³ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, pág. 932.

⁹⁵⁴ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 905. No obstante hay quienes defiende una posición contraria como lo hace por ejemplo TOSCANO, G., “Responsabilità civile”, *R.D.C.*, 1956, pág. 848 y ss. Quien afirma que es necesario abandonar la tradicional fórmula del interés negativo: “*che il suo rilievo non determina un allargamento eccessivo Della sfera dei dan risarcibili. Applicando con il dovuto rigore il criterio fissato dall’art 1223 (principio di causalità). Normalmene risarcibili saranno sempre i soli danni che si concretano nelle spese effettuate e nelle occasioni vantaggiose perdute, solo che in alcune particolari fattispecie si permetterebbe la indennizzabilità di alcuni danni che, pur derivando direttamente dall’illecito, non sono considerati risarcibili in quanto non si possono etichettare sotto la sigla spece o perdite*”. La anterior afirmación no puede tener buen recibo, puesto que la noción de interés negativo no puede ser eliminada ya que es necesario hacer una individualización del daño estrictamente

una importante excepción al principio de reparación integral del daño contractual, o si se prefiere a la plena responsabilidad contractual del deudor en caso de incumplimiento⁹⁵⁵. Así las cosas, trataremos de presentar nuestra postura al respecto frente a: ¿Qué comprende en la actualidad el concepto del interés negativo? y ¿Cómo se debe proceder en la materia precontractual?

6. 3. 2. 4. LA EVOLUCIÓN Y ACTUAL CONCEPTO DEL INTERÉS NEGATIVO

En la actualidad, atrás quedó el pensamiento originario del interés negativo, y por tanto el momento de su valoración, no se debe partir de la validez o invalidez del contrato, como lo planteó en sus estudios IHERING. Al respecto y compartiendo en todo el pensamiento de BENATTI⁹⁵⁶, ese interés puede ser aplicado incluso en los casos de la ruptura injustificada de las negociaciones, por vía de una interpretación extensiva del art. 1337, ya que de conformidad con los deberes emanados de la buena fe, denuncia, comunicación, custodia, la parte que incumpla tales obligaciones, que son fuente de responsabilidad, y por tanto está llamada a indemnizar el daño causado, independientemente al cumplimiento o no de un acuerdo posterior. En España existe una uniformidad por parte de la moderna doctrina (que comparte la naturaleza contractual de la ruptura), en tomar el principio del interés negativo para establecer la cifra indemnizatoria, dando alcance en principio a todos los gastos y pérdidas materiales sufridas por haber confiado.

Para nosotros el interés negativo es una *formula polisensa*⁹⁵⁷, cuyo resarcimiento se integra, por tanto, por dos partidas diferenciadas: Los gastos inútilmente efectuados

resarcible como consecuencia de la comisión del ilícito precontractual. Así, lo consagra por ejemplo las normas del *neminem ledere*, encontramos que solo será en concreto resarcible el daño que constituya una consecuencia inmediata y directa de la acción ilícita, pues así lo establece el principio general del resarcimiento del daño.

⁹⁵⁵ GÓMEZ POMAR, F., “Previsión de daños, incumplimiento e indemnización” (Civitas, Madrid, 2002), pág. 14. Sostiene que la regla de limitación de la indemnización de daños resulta explicable tan sólo desde la perspectiva económica de la diferencia de información entre los contratantes. El art. 1107, es un mecanismo cuya función económica es la de incentivar la eficiente revelación de información importante para el cumplimiento del contrato, precisamente cuando tal información no es conocida sino por una de las partes. El autor haciendo un análisis de los costes de transacción concluye que es más eficiente aplicar una regla de responsabilidad contractual plena, que es la posición que más adelante se desarrollará.

⁹⁵⁶ BENATTI, F., “A Responsabilidad pré-contractual...”, cit., pág. 134.

⁹⁵⁷ CARUSO, D., *op. cit.*, pág. 167.

durante la negociación infructuosa (daño emergente) y la pérdida de ocasiones alternativas de negocio (lucro cesante). Si quien inicia la negociación, con el conocimiento de que no va a culminarla, se hubiera abstenido de hacerlo, la contraparte no habría accedido a la misma, por lo que ni habría realizado gastos, ni habría descartado otras posibilidades alternativas.

Pero el tema se hace igual de complejo tanto en España, Francia, Bélgica como en Italia, ya que en ninguno de los citados países, existen normas especiales que consagren la medida del daño y bajo que criterios se debe establecer el mismo en vías de la responsabilidad precontractual. Más sin embargo existen ya unas directrices que permiten unificar criterios dentro de los diferente doctrinantes, es el *caso del interés negativo*, como ya se ha afirmado, también existe unificación en considerar que comprende el daño emergente en la ruptura injustificada, pero en lo que tiene que ver con el lucro cesante, se enfrentan multitudes de posiciones jurídicas.

El panorama en la jurisprudencia italiana no ayuda a resolver la cuestión, por el contrario aporta más al caos que a la construcción de una línea jurisprudencial presentando diversas sentencias que se contradicen entre sí, en unas ocasiones reconociendo la procedencia del lucro cesante y en otras ocasiones, se ha negado enfáticamente que por vías del interés negativo proceda su indemnización.

A favor se ha pronunciado el Tribunal de Casación en el año 1973 así:

“A favor de la indemnización del lucro cesante se ha afirmado que el daño resarcible por la ruptura injustificada de las negociaciones se reduce al solo interés a que no se hubieran iniciado las *trattative*, y se traduce, bajo el perfil del daño emergente, en los gastos realizados en vista del contrato no concluido, y en cuanto al lucro cesante, en las ventajas que se habrían podido conseguir si, en la razonable previsión de que el contrato sería concluido, no se hubieran rechazado otras ocasiones presentadas en el curso de las negociaciones de concluir con otro un contrato idéntico o similar al no concluido⁹⁵⁸”.

Años atrás ya se había proferido por parte del famoso tribunal, una sentencia en el mismo sentido:

⁹⁵⁸ Sentencia de casación, del 13 de abril de 1973 núm. 1057, *M.G.C.*, 1973, pág. 562.

“La obligación del resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las *trattative* está contenida en los límites del interés negativo, y se encuentra limitada a los gastos que la contraparte ha sostenido en previsión a la conclusión del contrato y a las pérdidas sufridas por otras ocasiones de contratos que han sido rechazados, siempre que, naturalmente, una y otra sean dependientes de las negociaciones que no han tenido éxito⁹⁵⁹”.

En contra del alcance indemnizatorio se puede citar diferentes sentencias en las cuales se trata de fundamentar dicha posición jurídica, dichos criterios van desde estudio de las diferencias existentes entre los regímenes de responsabilidad contractual y la extracontractual⁹⁶⁰, y por tanto la improcedencia del lucro cesante en vía de las *trattative*, hasta un análisis restrictivo del art. 1337, respecto al interés negativo⁹⁶¹.

Disentimos de las últimas sentencias, y consideramos que carecen de una verdadera fundamentación. Por fortuna, las nuevas tendencias del derecho resarcitorio, se apartan de los postulados y dogmas presentados en las sentencias citadas, propendiendo en la actualidad por reparaciones integrales. De igual forma, la doctrina ha advertido en los últimos años, que esta zona, la que trataba de delimitar tan tajantemente el tribunal italiano, ha venido adquiriendo una extensión creciente, es por la evolución expansiva de la responsabilidad contractual, que alejándose del centro de gravedad tradicional, se manifiesta en la simplificación de las formas contractuales y multiplicación de las relaciones contractuales de hecho, en la adición a lo pactado, de una amplia gama de obligaciones, que, con origen en la buena fe, en la publicidad o en naturaleza misma de las cosas vienen a integrar el contenido obligacional del contrato. Además, en la actualidad, se mantienen criterios modernos, como el de la unificación de los regímenes de responsabilidad, y por tanto entre los nuevos tratadistas⁹⁶² se advierte que los regímenes de ambas responsabilidades mantienen una igualdad en su base o estructura,

⁹⁵⁹ Sentencia de casación, del 28 de marzo de 1955, núm. 923, *Rep. Foro it.* 1955. Voce *Obbl e contr.* núm. 101. En los mismos términos la sentencia proferida por el Tribunal de Napoli del 21 de mayo de 1957, en *foro Nap.*, 1957, vol. I, pág. 319 y la del Tribunal de Catania del 25 de enero de 1956, en *M.G.C.*, 1956, pág. 333. En el caso español, se pueden consultar las sentencias del 18 de febrero de 1997 (R.J. 1997, 1240), sobre concurso de normas, entre la responsabilidad contractual y extracontractual, por idéntica naturaleza. Y la *S.T.S.* de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386) cambio de calificación, concurso de normas.

⁹⁶⁰ Sentencia del 6 febrero de 1957 del Tribunal de Venecia, *M.G.C.*, 1957, pág. 38.

⁹⁶¹ Sentencia de casación del 15 de febrero de 1971, núm. 372, *M.G.C.*, 1971, pág. 211.

⁹⁶² Véase a GARCÍA VALDECASAS, G., *op. cit.*, págs. 31 y ss., también YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre...”, *cit.*, págs. 443 y ss.

haciendo que las diferentes interpretaciones manifiestas se hagan con una tendencia a la unidad o uniformidad del sistema. Esto ha hecho que el proceso evolutivo a que todo sistema jurídico se ve sometido, provoque que algunas diferencias clásicas hayan desaparecido, o estén siendo superadas, sobre todo por la transformación que en nuestros días ha sufrido la responsabilidad extracontractual.

Más sin embargo, por todo lo hasta aquí fundamentado respecto al interés protegible de aquel que ha confiado en los buenos actos de su contraparte, no se entiende el ¿Por qué? se debería limitar el *quantum* indemnizatorio⁹⁶³. Si revisamos las normas contractuales, son claros (frente a su procedencia), tanto el art. 1107 y el artículo 1106⁹⁶⁴ del Código Civil español. Al respecto, nosotros compartimos la idea, que incluso, si se logra probar que se han dejado de percibir ganancias por la no celebración de otros negocios en similares circunstancias, entonces es posible que aquí opere, que ese lucro cesante que comprende el interés negativo, pueda llegar a superar lo que podría recibirse en vía del interés positivo⁹⁶⁵.

En la misma dirección encontramos la postura del ilustre profesor portugués, MENEZES CORDERO quien afirma:

“No hay motivo para limitar la responsabilidad del dañador, al interés negativo o de confianza, el debe responder como manda el art. 227 de todos los daños causados, en términos generales, seguido de una causalidad adecuada, lo que correspondería, los

⁹⁶³ En la misma posición se muestra CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 63. Quien no admite las limitantes que al respecto hacen DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos...”, *cit.*, pág. 280 y MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato...”, *cit.*, págs. 56 y 57. Estos dos últimos, rechazan que se incluya dentro del interés negativo, la pérdida de otras ocasiones de contratar, por considerar como un motivo justo de retirada, el abandono de las negociaciones por la presencia de unos motivos económicos más provechosos. Se refuta esa posición aduciendo que olvida este sector doctrinal aquel supuesto en que el negocio no concluido por el perjudicado, por confiar en la corrección de las negociaciones, era igual o menos provechoso que el que estaba negociándose, lo normal es que no abandone los tratos ante un contrato igual o menos provechoso que el que estaba negociando. Ahora refuerzo las consideraciones del profesor CUADRADO PÉREZ, C, en la medida, que aún presentándose mejores expectativas fuera de las negociaciones que se adelanten, y aún así se decida dar por terminadas las mismas, en ningún momento puede quedar inmune el daño causado, con el nacimiento de la legítima confianza en la concreción del contrato, y en todo siempre este actuar dañoso sería contrario al deber de comportamiento seguido por la buena fe. En aras a mantener el principio de libertad contractual, si se retira de las negociaciones aquella parte en un primer momento, no veo oposición a dicho criterio, pero si el retiro se hace mas tarde sin duda, esa conducta puede conllevar un comportamiento culposos que no debe quedar indemne.

⁹⁶⁴ El art. 1106 del Código Civil Español consagra: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

⁹⁶⁵ En la misma posición CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 65.

lucros cesantes, de acuerdo a los principios de la responsabilidad y de los daños emergentes producto de la violación de la ley⁹⁶⁶”.

Son los mismos autores Italianos, quienes ven las grandes dificultades para hacer una posible distinción, entre si es resarcible solo daño emergente, o si por el contrario también procede la reparación del lucro cesante. Por ejemplo FORTINGUERRA afirma:

“En caso de responsabilidad precontractual, es difícil sostener que se debe resarcir únicamente el interés negativo, limitando al daño emergente como lo plantea JHERING, puesto que es siempre necesario, en tal caso, tomar en consideración el lucro cesante⁹⁶⁷”.

En un mismo sentido, se puede citar a CARESI y GRISI quien en su estudio acoge las ideas del primero así:

“El daño del interés negativo consiste en el perjuicio que el sujeto sufre por haber inútilmente confiado en la conclusión o en la validez del contrato...en cuyos casos será resarcible con base en las eventuales pérdidas de ocasiones dejadas de celebrar con personas serias y correctas, en los mismos términos y condiciones negociadas⁹⁶⁸”.

Recuérdese que en sede de resarcimiento de daños y hablando del interés negativo propiamente, ha existido una constante por parte de la doctrina italiana de reconducirla a los principios generales de la reparación de los daños y perjuicios de una forma integral. Así, todos y cada uno de los daños y perjuicios deben ser reparados, sin exclusión ni limitación alguna, salvo lo estipulado por la ley, y como queda aquí visto, en el caso de los daños causados con ocasión de los tratos preliminares, existen limitaciones de orden doctrinal (por el criterio de los daños negativos) pero más no de orden legal⁹⁶⁹. Razón tiene FORTINGUERRA, cuando denomina a este interés como aquel *de la libertad negocial*

⁹⁶⁶ MENEZES CORDERO, A., *op. cit.*, pág. 585.

⁹⁶⁷ DE MAURO, A., Y FORTINGUERRA, F., *op. cit.*, pág. 296. En los mismos términos PATTI, S., *op. cit.*, pág. 85. Quien reconoce que se deben indemnizar tanto el lucro cesante, como el daño emergente en los casos de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

⁹⁶⁸ GRISI, G., *op. cit.*, págs. 430 y ss.

⁹⁶⁹ Así lo reconocen, SCOGNAMIGLIO, R., “*Dei contratti in generale...*”, cit., pág. 212, PATTI, S., *op. cit.*, pág. 85, entre otros.

y más propiamente como el interés del contratante a no ser envuelto en negociaciones desleales o negligentes⁹⁷⁰.

Hoy se debe entender la expresión interés negativo, como una expresión de tipo descriptivo, más no limitativo, ya que sin duda, el daño que se causa con la violación del deber precontractual como se explicitaba anteriormente, no tiene otra limitante que la ley, por tanto es aplicable *per se*, la teoría y los elementos que contienen en su entidad el daño y frente a la ausencia de restricciones, consideramos que nada es más justo que la completa e íntegra aplicación de la reparación de los perjuicios en determinación extensa⁹⁷¹.

Son incluso los mismos franceses, quienes afirman que en el derecho francés y belga se reconoce *tal vez inconcientemente*, la posibilidad de indemnizar el perjuicio del daño positivo, a través del concepto del lucro cesante. Situación que se permite según las reglas de la responsabilidad civil, siendo aun contraria con la doctrina y la jurisprudencia en materia de los *pourparlers*, pues desde allí siempre se ha defendido que el interés negativo es el único indemnizable, remata DE CONNICK:

“El daño reparable debe ser resarcido en la totalidad del beneficio dejado de recibir sin importar si el contrato fue concluido o no⁹⁷²”.

⁹⁷⁰ Vid., DE MAURO, A., Y FORTINGUERRA, F., *op. cit.*, pág. 297. Aquí, los autores realizan una interesante clasificación sobre las tres hipótesis que reconoce la doctrina italiana conforme al interés negativo en la responsabilidad precontractual. En el primer caso, la ruptura injustificada de las negociaciones, la segunda hipótesis cuando el contrato se concluye, pero éste es inválido e ineficaz por causa de la contraparte, y por último, en el cual por expresa disposición legal habiendo concluido un contrato, válido y eficaz, se consagra un acuerdo en otros términos a los queridos, induciéndose a un error, por omisión en la información.

⁹⁷¹ Así, en la doctrina italiana múltiples son los autores que apostan en favor que el interés negativo pueda ser superior incluso que el interés positivo, BENATTI, F., *op. cit.*, págs. 149 y ss, PIETROBON, V., “Errore, v volontà e affidamento nel negozio...”, págs. 117 y ss. STOLFI, G., “Teoría del negocio jurídico...”, cit., pág. 91; SCOGNAMIGLIO, R., “Dei contratti in generale...”, cit., pág. 213. DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 305, COLAGROSSO, E., “Il libro delle obbligazioni: parte generale” (Libreria, Milano, 1943), pág. 263, VERGA, A., “Errore e responsabilità nei contratti” (Cedam, Padova, 1941), pág. 287. De igual forma también es importante establecer que no toda la doctrina italiana sustenta tal posición, por el contrario, es surtida la lista de autores que niegan la extensión del resarcimiento del daño. Así, CARRESI, F., “Il contratto...”, cit., pág. 287, MESSINEO, F., “Il contratto in genere...”, cit., pág. 849 y “Doctrina general del contrato...”, cit., pág. 174, SANTAGATA, P., “Osservazioni in tema di recesso dalle trattative...”, cit., pág. 589, SALAFIA, V., “Brevi considerazioni in tema di responsabilità aquiliana per lesione del credito derivante dalla trattativa contrattuale” (nota a Trib. Milano, 28 Settembre 1972), *Mon. Trib.*, 1972, pág. 1065. BORSETTO, B., “La responsabilità precontrattuale e l’art. 1337 nel nuovo codice civile”, *Temì*, Roma, 1946. pág. 406. COVIELLO, L., “Della cosiddetta culpa in contrahendo, *Il filangeri*, 1900, año XXV, pág. 723.

⁹⁷² DE CONNICK, B., *op. cit.*, pág. 37.

En el mismo sentido afirma BENABENT que así debe ser la forma como se debe entrar a reparar el daño causado con la ruptura injustificada de las negociaciones, puesto que:

“La chance de conclure était suffisamment sérieuse, au motif que cette chance n'était pas destinée à rester telle mais à être courue et donc matérialisée dans le contrat, ou au contraire réduite à néant par la perte du contrat”⁹⁷³.

Seguros, que desde los principios de la reparación integral y en concreto del daño, se justifica la posibilidad de reparar incluso el interés positivo teniendo entonces en cuenta las circunstancias propias de cada caso, y constando igualmente que de no haberse abandonado las negociaciones, la celebración del contrato era inminente. Ya la misma doctrina española se ha cuestionado también sobre la conveniencia de mantener la exoneración del daño imprevisible (art. 1107), y se cree que es una derogación difícilmente justificable del principio de reparación integral del daño injustamente causado⁹⁷⁴. En este sentido YZQUIERDO TOLSADA:

“Si el signo de los tiempos exige una vigorosa defensa de la víctima, ello no ha de ser solo en el terreno de las relaciones no negociales, no se puede seguir diciendo ante un sistema contractual como el moderno que el tratamiento privilegiado que al deudor de buena fe da el art. 1107 responde a un deseo de favorecer las transacciones y de permitir un reparto de los riesgos que evite <desagradables sorpresas> al deudor”⁹⁷⁵.

En otro escrito y ya profundizando en la materia, el profesor YZQUIERDO TOLSADA sostiene haciendo un interesante análisis sobre las fuentes del Código Civil español (Anteproyecto de 1882-1888 de donde se tomó la expresión buena fe, que a su vez la siguió el Anteproyecto Belga de LAURENT), que se puede llegar a la conclusión, que el primer párrafo del art. 1107 del C.c., no atribuye la responsabilidad sólo por los daños intrínsecos (es decir, el valor mismo de la prestación) y sólo al deudor que incumple, no obstante su diligencia. Resume su posición:

⁹⁷³ BENABENT, A., “La chance et le droit” (*L.G.D.J.*, París, 1973), pág. 235.

⁹⁷⁴ GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *op. cit.*, pág. 76.

⁹⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Sistema de responsabilidad civil...”, *cit.*, pág. 286.

“Que la expresión buena fe hay que entenderla como negación del dolo en cuanto voluntad infractora: simple y llanamente, ausencia de dolo, por tanto todo deudor incumplidor, el doloso y el no doloso, viene a responder de los daños que sena consecuencia inmediata y directa del incumplimiento⁹⁷⁶”.

Me permito transcribir un aparte del estudio en mención que nos termina de aclarar la cuestión:

“Por amplio que sea el grado de especialización técnica por parte del obligado, podrá el medio o el arquitecto imaginar, al contratar con su cliente, todos y cada uno de los daños materiales, corporales o morales que le pueden sobrevenir como consecuencia de la inejecución de la obligación o de defectuoso cumplimiento? Está claro que no⁹⁷⁷”.

Sin duda consideramos que es la tendencia que se esta imponiendo en la moderna doctrina Europea, pues vasta con que se haga una revisión de la Convención de Viena, y encontramos que no existe en sus articulados una distinción entre el deudor de buena fe y el deudor doloso, al momento de limitar la responsabilidad del deudor. Además la eficacia de la limitación contenida en el párrafo primero del artículo 1107 del C.c., ha sido reducida y puede decirse que casi anulada por obra de la jurisprudencia, que en la mayoría de los supuestos, para determinar la cuantía de los daños contractualmente indemnizables, ni siquiera se detiene a clarificar la conducta del deudor⁹⁷⁸.

No debe olvidarse además, ¿Cuál es la función de la responsabilidad a la luz del art. 1101, del Código Civil, español?, la cual claramente señala LLAMAS POMBO como:

“El resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento siendo una función pura y exclusivamente indemnizatoria y por tanto, el causante de un perjuicio debe repararlo, en su totalidad para que al restablecer el derecho perturbado se restablezca también el

⁹⁷⁶ YZQUIERDO TOLZADA, M., “Comentario del Artículo 1.107 del Código Civil”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor DR. JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO*, vol. I (Bosch, Barcelona, 1992), págs. 851 y ss. Explica el autor que así debía ser la forma como se debía interpretar el art. 1107, porque entre otras razones, hay daños que siendo necesarios, no cabe anticiparlos razonadamente, y que la distancia que existe entre los dos párrafos del art. 1107 es cada día más corta.

⁹⁷⁷ *Vid.*, YZQUIERDO TOLZADA, M., “Comentario del Artículo 1.107...”, cit., pág. 861.

⁹⁷⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario del Código Civil, tomo II...”, cit., págs. 60 y ss. En el mismo sentido MENEZES CORDEIRO, A., *op. cit.*, págs. 593 y ss. Para quien no es relevante incluso la conducta determinante del daño precontractual, aquí lo importante es el daño, y por tanto no es importante la distinción entre el interés positivo o negativo.

equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación”⁹⁷⁹.

Además, nótese como en general el debate ha recaído sobre el incumplimiento de la esencia de la obligación indemnizatoria, siendo que el *interest* real debe fundamentarse es en el daño. Si así se hiciese, sin duda se esclarecería mucho más que sería lo indemnizable, recayendo entonces exclusivamente en la existencia de un daño, causado por la contravención de la obligación por parte del deudor. Al respecto afirma LLAMAS POMBO:

“Que se está frente a una nueva obligación, de contenido absolutamente diferente a la originaria (la de cumplimiento), que nace precisamente a causa de la generación de unos daños, a su vez debido al incumplimiento”⁹⁸⁰.

Por tanto el pago de la obligación es el cumplimiento de la nueva obligación y no una forma equivalente de cumplimiento de la obligación originaria ni un subrogado de la misma, en las palabras, del Catedrático. Así, las cosas no sería relevante entrar a *establecer si en el interés negativo, debe ser resarcido, el daño emergente y el lucro cesante, sino todo aquello que comprende el daño precontractual causado, ese daño injusto, antijurídico y a su vez imputable objetivamente a la falta de cumplimiento causado por el que ha interrumpido injustamente las negociaciones.*

Razón tiene el catedrático LLAMAS POMBO, al sostener que:

⁹⁷⁹ LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor” (Trivium, Madrid, 1999), págs. 270 y ss. Se apoya el autor en la S.T.S. del 28 de abril de 1955, la cual reconoce las características generales del resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento. En el mismo sentido PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, A.D.C., Madrid, 1989, pág. 1165. Para quien el contratante y el perjudicado no siempre tiene porque querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiese celebrado, sino solo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa aún no prestada.

⁹⁸⁰ Es la naturaleza de la reclamación que se hacía y en la actualidad continua en Alemania, cuando se vulnera un derecho de protección precontractual. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones”, *Homenaje a LUIS ROJO AJURIA, Escritos jurídicos*, (Universidad de Cantabria, Santander, 2002), pág. 178 y ss. Precisa el autor: Aquí no juega ningún papel la distinción entre el interés positivo y el interés negativo, puesto que los mismos son absolutamente independientes de la finalidad patrimonial del contrato y la expresión *in contrahendo* respecto a ellos en realidad solo alude al motivo del contacto.

“El daño no está predeterminado necesariamente por el valor de la prestación infringida⁹⁸¹”.

Se pretende dejar constancia, que lo resarcible incluso muchas veces puede ser menor que el valor de la prestación infringida, puesto que el sólo hecho de no cumplirse con la prestación, no es *per se* un daño, como lo decíamos anteriormente. Nosotros partimos de la idea, que si existe un daño se debe entrar a reparar íntegramente en todas sus dimensiones, no dando por cierto que por el simple hecho de darse el incumplimiento existe un daño⁹⁸². En el mismo sentido, encontramos recientemente, a VATTIER FUENZALIDA quien sostiene que existe una postura clásica, renovada hace poco por autores tan autorizados como DÍEZ-PICAZO, DELGADO ECHEVERRÍA, ROGEL VIDE O PANTALEÓN PRIETO, los cuales mantienen un realismo integrador que defiende:

“El equivalente pecuniario de la prestación incumplida se entiende como una partida que forma parte de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento; no sólo no se distingue de esta última, sino que el equivalente económico del incumplimiento está sometido a las mismas reglas que la responsabilidad contractual. Una vez acreditada la existencia del daño, esta orientación responde a la práctica de los Tribunales que suelen fijar - lo que acaso sea criticable - una indemnización en globo con la finalidad de reintegrar en el patrimonio del acreedor todas las consecuencias derivadas del incumplimiento⁹⁸³”.

⁹⁸¹ LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por...”, cit., pág. 280. Del art. 1007, hace una interpretación más amplia (en términos del autor), LEÓN GONZÁLEZ, J., “De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: Los daños previstos o previsibles”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006), pág. 146. Afirma: Creemos que el deudor de buena fe nada debe por lo que fuera imprevisible en su causa y en su cuantía. En *summa*, no debe sino la cuantía previsible del perjuicio.

⁹⁸² En el contexto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, imputable al deudor, en el ordenamiento español se ha reconocido por parte de la doctrina dos posibles soluciones, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, L., “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *A.D.C.*, 1969, pág. 386 y ss. La primera, conceder al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación como algo previo e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Y una segunda solución, por la que nosotros nos inclinamos, resolver la situación con una sola indemnización de daños y perjuicios, que comprendería todos los daños sufridos por el acreedor en atención al interés subjetivo que no satisfizo la prestación devenida imposible, siendo la misma indemnización integral. Importante también el análisis que al art. 1107 del C.c., (incluyendo si ha mediado dolo o no) efectúa LEÓN GONZÁLEZ, J., “Acotaciones históricas...”, cit., pág. 594. Donde el Catedrático nos orienta para poder determinar que puede ser resarcible o no, cuando se plantee el *quantum* de la reparación: “En un lenguaje más técnico podría decirse, que quedan excluidas del resarcimiento aquellas consecuencias que no constituyen la realización de un riesgo que normalmente depende del incumplimiento. La aplicación de lo anterior, lleva en definitiva *a fortiori*, a la siguiente afirmación: “Son irresarcibles aquellas situaciones dañosas que, aun habiendo sido ocasionadas por el incumplimiento no suponen, sin embargo la realización de un riesgo relacionado con él, es decir, sean eventos respecto de los cuales esa falta de cumplimiento no ha aumentado de forma apreciable la probabilidad de que se produzcan”.

⁹⁸³ VATTIER FUENZALIDA, C., “Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006),

Por otra parte, ya desde el punto de vista de la prevención del daño, consideramos que darle todo el protagonismo al perjuicio ocurrido por la ruptura injustificada, tomando una función reparadora del mismo como hasta aquí se ha explicado, crea incentivos para que las partes, una vez se pongan en contacto deban adoptar reales medidas de precaución contractual adecuadas al conjunto y naturaleza de los contratantes, puesto que de lo contrario, al otorgarle una función restrictiva al interés negativo, se crearían incentivos perversos que harían que los comportamientos de las partes fueran antijurídicos, como es el no revelar información⁹⁸⁴.

Por último, acudiendo a la idea de la reparación personalizada de los daños, será el juez quien, ante el grado de lesión de la *bona fides*, las circunstancias concretas de cada una de las situaciones que se ponen a su juicio, el tipo de negocio que se preparaba, la calidad de las partes que intervenían en él, la existencia de relaciones contractuales anteriores, los gastos, desembolsados y todo aquello que el considere como inherente y necesario en ese *iter* formativo, evalúe los daños y perjuicios indemnizables y todas y cada una de las partidas que los integran, debiendo analizar y estudiar cada caso en concreto, y quien con posterioridad, según el resultado de las pruebas, fijará necesariamente el *quantum* de la obligación resarcitoria.

6.3.3. EL MODO DE REPARACIÓN

Respecto al modo de reparación, como ya lo hemos anticipado, la reparación por resarcimiento de daños es la que se debe reconocer⁹⁸⁵. La libertad contractual se opone en

pág. 919 y ss. Al hacer un análisis, sobre el procedimiento civil, sostiene que en el mismo sentido, hay que reconocer que algo de esto se refleja en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil al regular la liquidación de los daños y perjuicios. En efecto, aún cuando la indemnización requiere una relación detallada de los invocados por el acreedor, así como la valoración de cada uno de ellos (art. 713.1), el juez fijará "la cantidad" - única o global - que deba abonarse al acreedor (art. 716-I).

⁹⁸⁴ Problema sobre el que profundiza notablemente GÓMEZ POMAR, F., *op. cit.*, págs. 16 y ss.

⁹⁸⁵ La doctrina reconoce que tiene varios remedios el acreedor cuando a existido una lesión en su derecho de crédito, en esta enumeración seguiremos la que elabora LLAMAS POMBO, E., "Cumplimiento por...", cit., pág. 215. Entre ellas: a) La pretensión de cumplimiento y la ejecución forzosa de la obligación, b) El cumplimiento por equivalencia c) Remedios especialmente establecidos para las relaciones obligatorias sinalagmáticas, la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento, d) Resarcimiento de

todo a una conclusión forzada del contrato, entonces mal haríamos en obligar a concluir un contrato que la parte contraria no quiere, o no puede cumplir, puesto que la indemnización de daños y perjuicios no es una forma más de cumplimiento.

Como ya lo enunciamos, el acreedor lesionado de su derecho de crédito tiene a su mano varias posibilidades o remedios para reparar su daño causado. Lo que sucede y como demostraremos a continuación, el optar por la vía del resarcimiento del daño es la solución que más se ajusta a la esencia y naturaleza de la responsabilidad precontractual, y en especial a la ruptura injustificada de los tratos preliminares. La función resarcitoria es la adecuada, puesto que por medio de ella, abordaremos el problema de la ruptura injustificada, que se fundamenta en el daño, así, lo primordial será tratar de compensar los daños que han surgido del incumplimiento de la primitiva obligación.

Nosotros nos basamos en abordar la institución del incumplimiento contractual desde el daño (insistimos), no buscamos una función de reintegración por equivalente del derecho de crédito lesionado, ni una función sustitutiva o subrogatoria de la prestación incumplida, ni pretendemos una forma de cumplimiento equivalente de la prestación, puesto que todas las anteriores buscan garantizar el crédito y su subsistencia.

En un estudio del año 2002, el profesor FONTAINE quien al tratar de analizar la posible armonización del derecho europeo de los contratos, y en especial el proceso de formación del contrato, precisa que sería muy difícil armonizar la materia de la reparación del daño precontractual, tal y como está planteado el debate (estableciendo si procede el interés negativo como es el caso francés y belga, o el interés positivo, postura admitida mayoritariamente en Alemania). No obstante afirma:

“Un droit harmonisé des contrats peut faire un choix ou donner des solutions nuancées, mais l'essentiel est de lever les ambiguïtés. Les textes eux-mêmes, dans les "black letters", devraient préciser ce qu'il faut entendre par réparer le préjudice”⁹⁸⁶.

daños, e) Restitución del enriquecimiento injustificado del deudor a costa del acreedor. Posición, que es ratificada por el autor en: “Prevención y reparación, las dos caras del derechos de daños”, *La responsabilidad civil y su problemática actual* (Dikynson, Madrid, 2007), págs. 448 y ss.

⁹⁸⁶ FONTAINE, M., “Un régime harmonisé...”, cit., pág. 868.

Considera el Profesor emérito de la Universidad de Lovaina, *que el problema se debe reconducir a reparar el perjuicio causado en todas sus dimensiones.*

En el ámbito español, como ya lo hemos precisado, lo viene proponiendo desde finales de los años noventas, al abordar no propiamente las relaciones precontractuales, pero si desde el incumplimiento de las obligaciones LLAMAS POMBO. Propone el Catedrático la función resarcitoria como un remedio eficaz para proteger el daño causado a la contraparte. La mejor explicación a lo antes afirmado la da así:

“La fuente de la función resarcitoria no está en la perpetuación obligatoria, porque la subsistencia de la obligación supone: a) La permanencia del vínculo, con un único cambio del objeto (devenido imposible o in idóneo) por su valoración económica, b) La intangibilidad de la fuente obligatoria, y c) El mantenimiento del objeto. Y la indemnización no cumple ninguno de ellos, pues tiene su fuente propia en los daños y en el factor de atribución, tampoco puede ocupar el lugar del objeto de la prestación, y además esa no es su función, sino la de compensar los daños que se han seguido del incumplimiento de la obligación primaria⁹⁸⁷”.

Así las cosas, mientras la pretensión de cumplimiento, la ejecución forzosa de la obligación y el cumplimiento por equivalencia, tienden a garantizar el crédito, el inclinarnos a una función resarcitoria, tiende es exclusivamente a restablecer el patrimonio del acreedor, y a eliminar los perjuicios y daños causados por el incumplimiento de su deudor. Con acudir a otros mecanismos no haremos más que limitar la reparación de los daños causados, de aquel que fue fiel a la corrección y al tráfico jurídico y aun así tendrá que acabar de soportar dentro de su esfera patrimonial, un daño provocado por la ilicitud de otro, perjudicando de un modo ostensible la teleología del instituto de la imputación de daños.

El resarcimiento de daños opera siempre y cuando se constate la contravención de la obligación con el correspondiente daño para el acreedor, el cual no siempre es homogéneo, según el tipo de lesión del derecho de crédito y también en función de la clase del interés del acreedor afectado varía su contenido y no siempre es el mismo. *Concluyendo la esencia de la obligación indemnizatoria no está en el incumplimiento, sino en el daño.* Por eso, para definir la obligación es totalmente irrelevante (lo que es

⁹⁸⁷ Vid., LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por...”, cit., pág. 275.

fundamental en otros remedios como si el incumplimiento es tardío, transitorio o definitivo, imposible o defectuoso), lo importante volvemos y reiteramos aquí, es la existencia de un daño, el cual debe ser acreditado y reunir sus elementos (objetivamente inmutable a la mora o contravención de la obligación y subjetivamente imputable al deudor).

Recordemos además, que la indemnización de daños y perjuicios no es una forma de cumplimiento de la obligación. Se trata como lo expresamos de una nueva obligación, de contenido muy diferente a la de cumplimiento (sustitutiva, equivalente), por el contrario la esencia de esta prestación del *id quod interest* es el pago de la indemnización surgida de la nueva obligación y no un forma “equivalente de cumplimiento de la obligación” originaria ni un subrogado de la misma⁹⁸⁸. Con esta fórmula o solución, estaremos en total conformidad con las palabras del maestro ALONSO PÉREZ⁹⁸⁹ frente al daño precontractual, sobre el cual se entraría a cumplir y ejecutar una *obligación resarcitoria*.

Recordemos que fue el Catedrático quien al formular algunas observaciones finales en su estudio sobre la responsabilidad precontractual, ya sugería una solución semejante:

“Debe pensarse, con FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, que tratándose de daños y perjuicios derivados tanto de relaciones contractuales como extracontractuales, lo que surge del acto originador de los mismos es una auténtica *obligación de resarcir o indemnizar*, nunca una responsabilidad...La doctrina es aplicable al caso que nos ocupa. Del quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*, si ocasionó perjuicios a una parte, surge una obligación de resarcir a cargo de quien violó la lealtad de las negociaciones⁹⁹⁰”.

Son varios los autores incluso de diferentes escuelas, quienes apoyan el modo de reparación propuesto por ALONSO PÉREZ. En la doctrina portuguesa, principalmente, ALMEIDA COSTA, M., quien a su vez es seguido por SOBRAL DO NACIMENTO, P., quienes sostienen:

⁹⁸⁸ Seguimos aquí en todo a *Vid.*, LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por...”, cit., pág. 275.

⁹⁸⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 871. En el mismo sentido, COSTANZA, M., *op. cit.*, pág. 71.

⁹⁹⁰ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...”, cit., pág. 903.

“La parte que viola la buena fe, se constituye en deudor de una obligación de indemnizar. En lo que respecta a la cuestión del daño indemnizable, los autores entienden que el monto debe someterse a través del interés negativo, el cual contendría los conceptos de daños emergentes y lucros cesantes⁹⁹¹.”

Igualmente en el ámbito portugués, también encontramos una variada doctrina que no sólo defiende esa orientación al momento de indemnizar los perjuicios causados en la ruptura de las negociaciones, sino hay quienes como PIRES DE LIMA Y ANTUNES VARELA, que sostienen:

“Que en los casos en los que haya una violación de conclusión del negocio, la indemnización deberá cubrir el interés positivo⁹⁹².”

En este mismo sentido RIBEIRO DE FARIA para quien:

“El daño a indemnizar por violación del art. 227, es el correspondiente, a todo lo que comprenda el perjuicio causado, incluso puede llegar a repararse lo que denomina la doctrina como el interés positivo⁹⁹³.”

Nuestra posición como hasta aquí queda claro, se fundamenta en una reparación del daño, concerniente en un concepto dinámico de extensión del perjuicio a reparar. De tal forma que los alcances del mismo siempre podrán variar dependiendo de las circunstancias de *facto* que se generen, prescindiendo entonces de limitación alguna (daño negativo o positivo), basta con que estén probados todos y cada uno de los supuestos que generan la responsabilidad precontractual, para entrar a reparar el daño en toda su integridad, con la debida prestación de constatar y probar los perjuicios causados. Dicha acción indemnizatoria, tendría las mismas orientaciones de las novísimas reformas del *B.G.B.*, y propiamente con el parágrafo 280, el cual sistematiza los deberes de indemnización originados en los casos de la *culpa in contrahendo*.

⁹⁹¹ ALMEIDA COSTA, M., “Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato” (Coimbra, Coimbra, 1984), pág. 67 y ss. SOBRAL DO NACIMENTO, P., *op. cit.*, págs. 247 y ss.

⁹⁹² PIRES DE LIMA, F., Y ANTUNES VARELA, J., “Código Civil Anotado”, vol. I (4 ed. Coimbra, 1987), pág. 216.

⁹⁹³ RIBEIRO DE FARIA, J., “Direito das Obrigações”, vol. I (Almedina, Coimbra, 2003), pág. 130.

Así, el parágrafo 280 del *B.G.B.*, establece como supuesto de hecho básico, que cada violación de un deber⁹⁹⁴ genera la obligación de indemnizar los daños. Esencialmente, la noción de violación de un deber incluye todo tipo de incumplimiento. Según el razonamiento del legislador germánico, no depende de sí el deudor ha infringido un deber principal o accesorio, un deber de prestación o un deber de protección, y tampoco, de si no ha cumplido a tiempo o en el lugar indicado, o si ha cumplido con cosa distinta de la debida, o con una prestación que tiene defectos o que no corresponde a la clase o calidad pactada. El concepto de violación de un deber, comprende lo referido al incumplimiento por imposibilidad, mora, cumplimiento defectuoso y violación positiva del contrato, pero también – a partir del parágrafo 311.2 y 3 *B.G.B.*- el grupo de casos de la *culpa in contrahendo*⁹⁹⁵.

En lo que corresponde al *quantum* indemnizatorio, el *B.G.B.*, se presenta mucho más generoso, y permite extender incluso la reparación del daño ya no a la limitante del interés negativo, sino también acepta que se llegue al interés positivo, siempre y cuando se logren demostrar los consabidos perjuicios⁹⁹⁶. Sin duda queda claro, entonces, que con lo que se pretende proponer en éste trabajo, no sólo se busca una mayor operativización del derecho en cuanto a la protección de la víctima, sino que en lo que se refiere a los supuestos de la *culpa in contrahendo*, las modernas y actuales tendencias no sólo alemanas, sino italianas y portuguesas apuntan a que se opte por una reparación total e integral de los perjuicios causados en sede de responsabilidad precontractual.

⁹⁹⁴ También es claro que en la materia, la reforma es un adelanto importante, ya que al cambiar la noción de incumplimiento obligacional por incumplimiento originado por la violación de deberes que resultan de una relación jurídica obligacional, no sólo se zanja y clausura el debate sobre la naturaleza de la *culpa in contrahendo* germánica, sino que también es una clara orientación para la doctrina y jurisprudencia europea sobre cual es el norte que va teniendo la materia, en el ámbito de la formación contractual.

⁹⁹⁵ EBERS M., *op. cit.*, pág. 55. En el mismo sentido, VATTIER FUENZALIDA, C., “Nota sobre el incumplimiento...”, *cit.*, pág. 927. El reformado *B.G.B.*, consagra en el parágrafo 324, que en los casos de infracción de los deberes accesorios de conducta que impone la relación obligatoria, se admite la indemnización de perjuicios cuando ya no sea posible exigir al acreedor que acepte la prestación del deudor, monto que debe regirse por las reglas generales de la responsabilidad contractual. Es de notar que la última alternativa se presenta siempre que el acreedor ostenta el derecho a pedir la indemnización en sustitución de la prestación, pues puede solicitar, en su lugar, el resarcimiento de los gastos que han devenido infructuosos por el incumplimiento, la violación de deberes obligatorios o la imposibilidad, siempre que los hubiere hecho en la confianza de recibir la prestación y sea justo pedir su restitución, salvo que la finalidad de estos gastos tampoco se hubiera alcanzado, sin la lesión del deber por parte del deudor (parágrafo 284). Ello dependerá probablemente de las circunstancias del caso, la cuantía económica y de la conveniencia probatoria del acreedor, sin que se deba deducir de aquí que la indemnización en lugar de la prestación se limite estrictamente al interés negativo.

⁹⁹⁶ Dejando de un lado, las normas que en la materia consagran en similares condiciones el *code*, y el Código Civil español, frente a la previsibilidad del daño.

6.3.4. LOS CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD FRENTE A LA REPARACIÓN

Teniendo claro que no basta con la simple ruptura de las negociaciones para que se configure la responsabilidad precontractual, es necesario catalogarla como injustificada (antijuridicidad) y a su vez que se hayan vulnerado los deberes impuestos por la buena fe, y la corrección, siéndole además atribuible dichos comportamientos a un agente en concreto. Clarificado hasta el momento, los criterios para catalogar como antijurídica dicha conducta, es necesario entrar a establecer los factores de imputación.

La imputabilidad en materia de responsabilidad civil, debe ser entendida como la capacidad de querer y entender un daño por parte de un sujeto de derecho, para tenerlo como su autor, por la posibilidad de serle reconducido y aceptar las consecuencias desfavorables en cuanto le sean adversas⁹⁹⁷. En otras palabras no es otra cosa que la aptitud que tiene o puede tener una persona al momento de cometer el hecho ilícito, discerniendo sobre los efectos que se puedan llegar a producir.

En el derecho español siguiendo las directrices del código napoleónico, es la ley civil la que precisa la imputabilidad de las conductas, tal es el caso de los artículos 1101, 1902, 1107. En la actualidad, está superada la tesis de la teoría clásica⁹⁹⁸ de la culpa, hoy estamos frente a un sistema más objetivado de responsabilidad civil, donde la teoría del riesgo⁹⁹⁹, establece que la obligación indemnizatoria surge cuando se produce un daño y este puede ser reconducido materialmente a un sujeto de derecho sin más consideraciones. Ahora si bien es cierto, que las nuevas tendencias son cada vez más propensas a aplicar

⁹⁹⁷ SANTOS BALLESTEROS, J., “Instituciones de la responsabilidad civil”, tomo II (Pontificia Universidad Javeriana, 2005), pág., 211.

⁹⁹⁸ Bajo los conceptos de la escuela esencialmente francesa, la culpa constituía el fundamento de la responsabilidad civil y dominaba toda la institución. El concepto de culpa dominante era el del criterio psicológico. El criterio, aplicado al derecho, parte del supuesto de la existencia de un estado anímico reprochable en un sujeto por su obrar antijurídico en perjuicio de otro, que excita la reacción del ordenamiento jurídico para la defensa del derecho ofendido. El estado psicológico lleva a distinguir entre la culpa y el dolo según que pueda manifestarse una intensidad decreciente de lo reprochable. Para ver más, SANTOS BALLESTEROS, J., “Instituciones de la responsabilidad civil”, tomo I (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005), pág. 16.

⁹⁹⁹ La teoría parte del supuesto según el cual, todo perjuicio debe atribuirse a su autor y repararse por el que lo ha ocasionado, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a un problema de causalidad, cualquier hecho del hombre obliga a quien ha perjudicado a reparar el perjuicio, para ver más RIPERT, G., “La regla moral en las obligaciones civiles”, (Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 1946), pág. 351.

criterios objetivos, no podemos en ésta materia sustentarnos en ellos,- Por el contrario como hasta aquí hemos dicho- *solo es justificable el daño cuando haya mediado por lo menos culpa*. Y es que no cabría la imputabilidad o atribución de un perjuicio a una determinada persona si no fuera porque, libremente y sin excusa razonable en derecho¹⁰⁰⁰, ha incumplido una obligación específica o quebrantado otro deber más general de prudencia, diligencia y conservación del interés de otros.

Aún así, para no incurrir en impresiones, es necesario entrar a diferenciar cual debe ser el tratamiento que se le debe dar a una conducta ilícita en la etapa de negociaciones, cuando se actúa con intencionalidad (dolo, mala fe) o no (*culpa stricto sensu*), siendo estos sin duda componentes de la teoría de la imputabilidad en general.

6. 3. 4. 1. EN CASO DE CULPA

Si en un principio se estableció que se debía responder únicamente cuando existía una intención de causar daño (basta con remitirnos al capítulo primero para estudiar el pensamiento jurídico del siglo XIX), en la actualidad en lo que tiene que ver con la responsabilidad originada por la ruptura de etapa de tratos preliminares; ya no sólo se tiene en cuenta la noción las conductas dolosas (aquellas en las que existiendo un acuerdo verbal, una de las partes se subtrae de la obligación de documentar su acuerdo, o cuando se inician las negociaciones con la intención de no concluir las nunca teniendo una intencionalidad clara de causar daño), sino que los actos en donde hay lugar a la omisión del deber de diligencia y por tanto la culpa también está llamada a ser juzgada. Se impone una obligación la diligencia *in contrahendo*. No solo en las relaciones contractuales existentes, sino en las que están en formación, debiendo quedar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, pues en caso contrario cada contratante correría el peligro de ser sacrificado por la negligencia ajena¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ Se aborda por lo general la temática en la doctrina internacional, partiendo que cuando falta discernimiento no puede hablarse de imputabilidad. Los siguientes son los casos excusables de mayor reconocimiento: Inmadurez mental (casos cometidos por lo general por menores impúberes, los cometidos por los enajenados mentales, por los interdictos y disipadores declarados judicialmente), y aquellos que gozan de una insanidad mental transitoria, mientras la presenten.

¹⁰⁰¹ DE COSSIO, A., *op. cit.*, págs. 436-437.

Como ya lo dijimos anteriormente, ALONSO PÉREZ se muestra contrario a lo anterior, diciendo que quienes participan en las negociaciones solo responderán si su conducta defraudó gravemente la confianza ajena, porque los que comienzan a negociar no pueden encontrarse bajo la amenaza constante de responder por cualquier actuación culposa o negligente¹⁰⁰². Situación que no compartimos y que muy seguramente sería reformulada si el Maestro se hubiera ocupado nuevamente de la temática (de igual forma hay que tener en cuenta que para la fecha de publicación del estudio de ALONSO PÉREZ, no se tenían antecedentes jurisprudenciales que reconocieran abiertamente la culpa como factor de imputación en vía precontractual). En la actualidad es un criterio de aceptación general, tanto en la doctrina española como en la extranjera, considerar que la responsabilidad precontractual nace cuando por la conducta del sujeto se rompen injustificadamente las negociaciones, al no ajustarse al deber de corrección que resulta exigible durante la fase de formación contractual, según el parámetro determinado por la buena fe en sentido objetivo. De ahí que no resulte necesaria la prueba de que dicho infractor actuó con dolo, mala fe o simple culpa¹⁰⁰³, pues la falta de diligencia en la fase *in contrahendo* es un criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad¹⁰⁰⁴.

Por lo general el criterio en el cual se fundan los fallos al respecto es que el fundamento de la obligación de comportarse de buena fe en la formación del contrato y en las negociaciones precontractuales, se constata en el hecho de hacer creer por negligencia y *a fortiori*, conscientemente una falsa apariencia sobre la cual se fundamenta la legítima confianza en que se concluirá el contrato proyectado, así las cosas este comportamiento

¹⁰⁰² ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., pág. 890. No obstante da la sensación que admite en algunos apartes la responsabilidad precontractual, frente a los casos distintos al dolo, no rechazando las situaciones de grave negligencia, al afirmar, por ejemplo que solo se responderá si su conducta defraudó gravemente la confianza ajena, pág. 890. En la pág. 909, afirma: Las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad, como eje central de la etapa preparatoria del negocio, exigen que sólo se responda cuando el deber de comunicación o información se infringe conscientemente o por negligencia crasa. Más adelante en la pág. 914, concluye que el comportamiento simplemente culposo o negligente generaría responsabilidad aquiliana, según el art. 1902 del Código Civil, no típicamente precontractual. Al respecto no encontramos justificación alguna para catalogar como responsabilidad precontractual el hecho que medie una circunstancia de imputación (dolo), y frente a otras como simplemente un ilícito aquiliano. Sin duda en ambas situaciones se estaría frente a casos de responsabilidad precontractual.

¹⁰⁰³ En este mismo sentido, en un reciente trabajo hecho sobre la formación contractual, por un doctorando de la Universidad de Bolonia, y bajo la dirección de ALONSO PÉREZ, M. Para ver, CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 45. En este mismo sentido BIANCA, M., “Diritto civile, tomo III, Il contratto...”, cit., pág. 172.

¹⁰⁰⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C., “Comentario a la S.T.S....”, cit., pág. 513 y ss.

negligente es el que se constituye en *la piedra angular*¹⁰⁰⁵ del reproche de las conductas precontractuales. Se trata como bien lo afirma TURCO:

“Se trata de conciliar la libertad de las partes, que debe permanecer incoercible hasta el momento de la conclusión del contrato, con la exigencia de imponer a los contrayentes un comportamiento respetuoso de los intereses de la otra parte, para evitar que los tratos puedan transformarse en fuente de daño para una de ellas¹⁰⁰⁶”.

Así entonces, está llamado a responder aquel sujeto que no ha actuado con la normal prudencia para no inducir a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, o cuando no se han tomado las medidas tendientes a verificar las propias y verdaderas posibilidades de concluir el negocio proyectado, o sin tener una adecuada y correcta determinación para el mismo.

A finales de los años ochentas del siglo anterior, la Corte de Casación Italiana profirió una sentencia donde quedó más que claro, que la culpa en las negociaciones puede ser un criterio de imputación, al momento de establecer responsabilidades frente a la ocurrencia de perjuicios, en ese entonces, la Corte manifestó:

“No es necesario un particular comportamiento subjetivo de mala fe, para determinar la intención de uno de los contratantes para imputar perjuicio a otro, es suficiente que el comportamiento no sea intencionado o meramente culposo de la parte que sin justo motivo ha interrumpido las tratativas, eludiendo también las expectativas de su contraparte, que ha confiado validamente en la realización del contrato, para causar un daño, ya que las obligaciones emanadas de la *correttezza* y de la buena fe deben ser extensivas en toda la etapa de formación contractual¹⁰⁰⁷”.

Es importante tener claro, que la responsabilidad precontractual se origina, cuando el comportamiento del recedente, es opuesto o está en contraposición con el precepto de la buena fe, sin importar si se actúa con dolo o culpa. No se trata, de una hipótesis de responsabilidad objetiva, puesto que aquí lo importante, no es la ruptura de la negociación, sino en el carácter injustificado del accionar, de forma que la hipótesis

¹⁰⁰⁵ Así lo denomina, DE CONINCK, B, “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles), pág. 32.

¹⁰⁰⁶ TURCO, C., *op. cit.*, pág. 42.

¹⁰⁰⁷ Sentencia de Cass. 18 de Enero de 1988, núm. 340.

del ilícito precontractual consiste en el receso injustificado de las negociaciones, que siempre en la práctica, deberá ser reconducido ya sea a un caso de dolo o de culpa. Además, como ya se dijo, el protagonista de la ruptura injustificada será el daño, al cual habra que otorgándole un carácter eventual¹⁰⁰⁸, puesto que no toda ruptura conlleva una generación de perjuicios.

6. 3. 4. 2. FRENTE AL DOLO DEL DAÑADOR

En principio se juzgaban las conductas dolosas o cuasi dolosa, sin embargo, el afirmar que solo las conductas dolosas puedan dar lugar a esta responsabilidad supondría, en la práctica, que no se exigiera responsabilidad por numerosas actuaciones precontractuales, por que en la mayor parte de las ocasiones podrán juzgarse como negligentes pero no dolosas¹⁰⁰⁹. Además, como ya se ha indicado anteriormente, y siguiendo aquí a ASÚA GONZÁLEZ¹⁰¹⁰ la palabra culpa frente a la *culpa in contrahendo*, es ambivalente. Ya que en el pasado no se admitía la culpa como un criterio de imputación de responsabilidad (falta al nivel de diligencia exigible), hoy día por el contrario se admite que por lo menos la actuación del agresor ha de ser calificada, como mínimo, de negligente porque se trata de una responsabilidad sujeta a un criterio de culpa. Además también la ambivalencia, se funda en el término *culpa in contrahendo*, con el cual no se quiere aludir a un criterio de imputación de responsabilidad (falta del nivel mínimo de la diligencia exigible en el caso de las negociaciones) sino al incumplimiento de determinados deberes en la fase precontractual¹⁰¹¹.

No obstante, quienes participan en las negociaciones pueden haber pre-pactado, o celebrado con anterioridad, acuerdos donde se puede aumentar o disminuir, las obligaciones *in contrahendo*, es decir pueden establecer deberes no incluidos por la doctrina y la jurisprudencia como obligaciones que encuentran su fuente en el concepto de la buena fe, o si lo desean pueden incluso suprimir alguno de los que son normalmente

¹⁰⁰⁸ En este sentido LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por...”, cit., pág 287 y JORDANO F., “La responsabilidad civil...”, cit., pág. 238.

¹⁰⁰⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C., “La culpa in contrahendo...”, cit., pág. 286.

¹⁰¹⁰ Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C., “La culpa in contrahendo...”, cit., pág. 80.

¹⁰¹¹ ASÚA GONZÁLEZ, C, I., Y HUALDE SÁNCHEZ, J, J., “Codificación de la culpa in contrahendo...”, cit., pág. 28679.

aceptados. Para BENATTI¹⁰¹² este tipo de acuerdos no sólo responde a exigencias que el ordenamiento debe considerar merecedoras de tutela (para favorecer el desarrollo del comercio de acuerdo con la naturaleza de los negocios y con la calidad y condiciones de las partes), sino también al interés concreto que pueda tener cada uno de los sujetos. A pesar que esos tipos de acuerdos rara vez se realicen, no quiere decir que en la práctica no puedan llegar a tener todo el respaldo y justificación tanto en los intereses patrimoniales como de la protección jurídica. Estos pactos incluso se podrían hacer sí lo que buscan las partes es alejarse del criterio de la buena fe objetiva. Según la doctrina y la jurisprudencia su legitimidad estaría vinculada a la no inclusión de las cláusulas de responsabilidad, sobre el dolo o culpa grave que en algún momento lleguen a cometer las partes, de tal forma que de acuerdo a las limitantes derivadas de las normas de orden público, las partes no podran excluir su responsabilidad¹⁰¹³.

Siendo el dolo el criterio sobre el que existido mayor conformidad al momento de establecer criterios de imputabilidad de la responsabilidad precontractual, no es necesario seguir profundizando al respecto. En los tratos preliminares cuando se obra con *dolo*, éste se da como consecuencia deliberada y calculada de la intención de lograr el incumplimiento contractual habiendo provocado deliberadamente una ruptura intempestiva, previendo que el resultado de su actuar sería la frustración injusta del perfeccionamiento del acto proyectado, y por tanto de producir un daño, sin duda la voluntad del agente que causa el daño es amplia y abiertamente ilícita y por tanto su reproche y reparo no presenta mayores complejidades.

6. 3. 4. 3. EL INCUMPLIMIENTO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Adentrándonos en lo que corresponde a los títulos de imputación, cuando queremos encuadrar el tema dentro de los dos sistemas de responsabilidad civil, encontramos que el tema se presenta de una manera compleja, ya que los títulos que rigen

¹⁰¹² BENATTI, F., “Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali” (Contratto e impresa, Milano, 1994), pág. 1103 y 1104.

¹⁰¹³ En el mismo sentido BENATTI, F., “Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali ...”, cit., pág. 1103 y 1104 y CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, pág. 48.

estas instituciones, en principio son diferentes y por tanto he ahí la complejidad de los mismos.

En el ámbito de la responsabilidad delictual, los títulos de imputación son tres: *la culpa*, consagrada en el art. 1902 del Código Civil, aplicable a cualquier tipo de actividad, sea indistintamente esta peligrosa o no; *el riesgo* aplicable a aquellas actividades exclusivamente peligrosas o de peligro específico al tenor de los artículos (1905, 1908. 2 y 3, 1910) del ordenamiento civil español, y el llamado sacrificio del interés ajeno o *sacrificium*, que obliga a quien se halla en estado de necesidad a indemnizar los daños que se causen a terceros para salvarle (art. 118.1, regla 3 C.p) y que se encuentra a lo largo de diferentes articulados que consagran obligaciones resarcitorias en el Código Civil.

En el seno de la responsabilidad contractual, el título de imputación se constituye desde el momento en que nace una relación jurídica perfeccionada, y que se compone en principio de una obligación principal de realizar una determinada prestación. Y digo que en principio ya que como se ha venido planteando en todo el transcurso del presente trabajo, los deberes secundarios de conducta o accesorios también hacen parte de ese tipo de obligaciones, ocupando además un puesto privilegiado y estelar. Recordamos aquí las palabras de ALONSO PÉREZ¹⁰¹⁴ cuando haciendo alusión al art. 1258 del C.c., afirma que la buena fe lo es todo en la etapa precontractual y un *plus* en lo contractual, recordando el deber de actuar de buena fe, como una obligación consagrada en el principio del art. 7.1. Del Código Civil. El título de imputación, al cual se ha venido haciendo referencia, no es otro que *el incumplimiento*. Aquí la fuente de la responsabilidad no ha de encontrarse necesariamente en el dolo o la culpa (*fault*) sino en el mero incumplimiento (*default*). El legislador ha estimado que las circunstancias que provocan el no cumplimiento deben ser imputadas al deudor y no lo será cuando demuestre que la verdadera causa del daño se encuentra en un caso fortuito o una fuerza mayor (art. 1105 C.c.).

No quiere decir lo anterior que la culpa, no sea tenida en cuenta o no desempeñe papel alguno de imputación dentro del ámbito contractual. Por el contrario la culpa aún en las obligaciones de resultado, debe ser considerada porque para la determinación de la imprevisibilidad y de inevitabilidad del suceso causante el incumplimiento, habrá que

¹⁰¹⁴ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual...” cit., págs. 919 y ss.

analizar si el deudor pudo prever y evitar la presencia del mismo, de conformidad con un modelo objetivo de diligencia. Ahora bien, esto no debe confundirnos y darnos a entender que el título de imputación de la responsabilidad contractual es la culpa, el criterio de atribución es el incumplimiento, prueba de lo cual es que al deudor no le basta con acreditar la ausencia de culpa para quedar exonerado, debiendo demostrar a tal efecto, el hecho impeditivo del exacto cumplimiento¹⁰¹⁵.

Ahora lo que sucede es que en el caso de los tratos preliminares, la ruptura se puede dar por un actuar negligente, y por tanto esa negligencia constituye la causa del incumplimiento de los deberes, lo cual conlleva a afirmar que en muchos casos la negligencia no constituirá un criterio de imputación, sino un hecho determinante del incumplimiento mismo: “*culpa es igual a incumplimiento*”¹⁰¹⁶. En últimas si recapitulamos lo hasta aquí dicho, no tenemos otra opción más que concluir que tanto en los casos de culpa o dolo, el título de imputación aquí no sería otro que el de la violación del deber objetivo de buena fe, explicado ampliamente en el capítulo III del presente trabajo.

6. 4. LA MORA Y SU IMPLICACIÓN EN LAS OBLIGACIONES PRECONTRACTUALES

A la doctrina clásica que se ocupó del estudio de las obligaciones y su cumplimiento, de siempre era una constante el dogma que “sin previa constitución en mora no era posible considerar al deudor incurso en incumplimiento definitivo”. Lo anterior era aplicable a las obligaciones de hacer, puesto que la norma que en su momento sostuvo este dogma el art. 1146 del *code*, era clara frente a las obligaciones de no hacer en cuyo caso, la indemnización se debe desde el momento de la contravención¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁵ MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, pág. 101. Por todos criticando el dogma de la responsabilidad por culpa, DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de derecho civil patrimonial”, *Las relaciones obligatorias*, tomo II (4ª ed., Civitas, Madrid, 1993), pág. 575-590. LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por equivalente y resarcimiento...”, *cit.*, págs. 291-297. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, págs. 291-297; PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de derecho civil”, *Derecho general de las obligaciones*, tomo I, vol. II (3ª ed., Bosch, Barcelona, 1985), pág. 424 y 442 ss.

¹⁰¹⁶ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de derecho civil patrimonial, *Las relaciones obligatorias...*”, *cit.*, pág. 586-587.

¹⁰¹⁷ Al respecto la doctrina italiana, menciona también que una de las grandes diferencias entre la responsabilidad contractual y la aquiliana es la exigencia de la puesta en mora. Así lo defienden por ejemplo

Ya en el siglo pasado, se preguntaban los civilistas franceses, si no ¿Existirá algún caso en el que deba ser descartada la exigencia de constituir en mora al deudor- a efectos indemnizatorios- establecida en el art. 1146 del Código Civil francés? A cuya cuestión se solía responder, que la constitución en mora cumple su finalidad y tiene razón de ser cuando el cumplimiento aún es posible, o resulta todavía útil, o el acreedor alega haber sufrido una inejecución solo transitoria. A falta de esos presupuestos, por lo contrario la constitución en mora carece de sentido; siendo ésta sin duda la situación analizada en la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

Según PERROT el dato objetivo que se ha de tomar como criterio para saber si nos encontramos ante un simple retraso o ante un incumplimiento definitivo, es el del daño causado por el no cumplimiento. Si el acreedor alega haber sufrido un daño o perjuicio ya desde el primer momento consumado, la constitución en mora es inútil, el retraso deviene incumplimiento definitivo. El mismo autor indica:

“Que a la constitución en mora se le asigna la función de exigir del deudor que verifique el cumplimiento (en adelante), solamente responde esa exigencia a su razón de ser, si el comportamiento del deudor es todavía posible, o es adecuado a satisfacer al acreedor, por el contrario, si la ejecución se manifiesta ya actualmente irremediable, la constitución en mora, deviene superflua, puesto que la advertencia al deudor de que si no cumple puede incurrir en responsabilidad en nada cambia las cosas¹⁰¹⁸”.

Al respecto la constitución en mora no tienen ninguna utilidad cuando no se trata de instar a la ejecución, puesto dicha solicitud, es una intimidación a cumplir ¿A que respondería cuando se solicite reparación del daño resultante de una inejecución ya segura? A nadie se le constituye en mora de no haber hecho aquello que ha hecho¹⁰¹⁹. En líneas muy generales y siguiendo aquí a DÍEZ PICAZO el incumplimiento definitivo de una obligación se produce en los siguientes casos:

VISINTINI, G., “Responsabilità contrattuale ed extracontrattua, una distinzione in crisi?”, *R.a.D.C.*, 1983, pág. 1087.

¹⁰¹⁸ PERROT, J., “Mise en demeure”, *Encyclopedie Droit civil* (Daloz, París, 1989), pág. 25.

¹⁰¹⁹ CARDENAL FERNÁNDEZ, J., “El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones” (Montecorvo, Madrid, 1979), pág. 65.

“Cuando la prestación ya no llegará por sobrevenida imposibilidad definitiva de la misma, *cuando concurre una declaración formal del deudor de no querer cumplir*, cuando la prestación resulta inútil para el acreedor a causa del retraso, cuando se haya pactado un término resolutorio o exista una cláusula resolutoria convencional o legal y otras¹⁰²⁰”.

En la mayoría de casos de la ruptura injustificada de las negociaciones, la prestación puede ser posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor, pero no hay una clara voluntad de no cumplir juzgada a través de sus actos u omisiones. No ha cumplido y ha revelado con sus acciones que no tiene intención de hacerlo. La mora solo es relevante cuando se da una omisión de cumplimiento que constituya retraso y no incumplimiento definitivo¹⁰²¹. Así las cosas el juicio sobre la conducta desarrollada por el deudor es claro cuando ha manifestado su voluntad de no cumplir, por tanto se puede afirmar que en el caso de la ruptura injustificada la constitución en mora no tiene sentido práctico ni funcional.

Además, desde el punto de vista legal, el ordenamiento jurídico español art. 1101, se aparta de la doctrina francesa en mención, y reconoce aparte de la mora, el dolo y la negligencia como fuentes de incumplimiento obligacional, por tanto el tema de la mora y su consecuente exigibilidad en materia *in contrahendo* es un dilema netamente retórico, pero no obstante si tiene plena importancia en ordenamiento como el colombiano (y en todas aquellas codificaciones elaboradas por Andrés Bello), pues según su normativa civil toda obligación se hace exigible desde el momento en el que se constituye en mora al deudor¹⁰²².

¹⁰²⁰ DÍEZ PICAZO, L, “El retraso, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *A.D.C.*, 1969, pág. 387 y ss.

¹⁰²¹ CAVANILLAS MÚGICA, S., Y TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual” (Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992), pág. 48.

¹⁰²² Encontramos un posicionamiento jurídico, que nos llama la atención, no sólo por inclinarse al momento de establecer la naturaleza de la ruptura de los tratos preliminares como obligacional (siendo la doctrina nacional mayoritariamente aquiliana), sino por que al momento de estudiar la exigibilidad, se acude a afirmar que: “ Debe entenderse como objeto de la obligación de no actuar abusivamente en ese período, como un deber de comportamiento, concreto y singularizado entre sujetos que entran en una relación específica y no genérica o abstracta, acorde con un modelo objetivo , y en consecuencia, lo que se sanciona con la obligación reparatoria es la mala fe o la realización de una contravención al incumplirse una obligación de no hacer, en cuyo caso no se requiere la constitución en mora”. Ver por todos, SANTOS BALLESTEROS, J., “Instituciones de responsabilidad civil, tomo II...”, cit., pág. 228 y ss. Posición que no compartimos básicamente porque la buena fe *in contrahendo* nos impone obligaciones positivas y negativas, por tanto no podríamos afirmar que el modelo de conducta exigible a la parte siempre va a ser negativo o de abstracción. También disentimos puesto que el profesor SANTOS BALLESTEROS, no hace diferenciación, o

6. 5. LA CARGA DE LA PRUEBA

Uno de los aspectos que diferencian notablemente según algunos sectores de la doctrina, al momento de calificar la naturaleza de la ruptura injustificada de los tratos como obligacional o aquiliana, es justamente la carga de la prueba. Para nosotros la diferencia, se difumina, y la tan notoria línea divisoria, comienza a debilitarse. En la responsabilidad obligacional, el incumplimiento del deudor hace presumir la culpa, pero la demostración de ese incumplimiento difiere según se trate de una obligación de medios o de resultados¹⁰²³.

En las obligaciones de medios, el incumplimiento se produce por la culpa del deudor, la cual deber ser probada por el acreedor. En las obligaciones de resultado, el incumplimiento (y por tanto, la culpa del deudor) se infiere del simple hecho de no haber cumplido con la prestación a su cargo. En el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones, no es suficiente para que se genere responsabilidad precontractual, el simple hecho del incumplimiento de la obligación (la buena fe *in contrahendo* y los deberes que de ella se derivan), sino que como ya se afirmó, *exige la demostración de daños y perjuicios y la imputabilidad del deudor del incumplimiento*. La indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento sólo se da cuando concurren y en la medida en que existan tales daños, lo que otorga al resarcimiento un carácter eventual¹⁰²⁴.

claridad en que momento nace el vínculo jurídico. Por el contrario éste afirma que una vez ocurrido el daño en vías de negociación siempre su naturaleza será obligacional. Nosotros creemos que la solución en dicho caso, no está justamente en buscar las respuestas en las obligaciones de no hacer sino en el mismo concepto de la mora, puesto que no tiene sentido como ya se afirmó en todos los casos constituirla si existe una clara expresión de no continuar con las negociaciones. Otra respuesta se encuentra en lo que es indemnizable, ya que la esencia de la mora es que una vez se constituye, se exigirán desde ese momento unos perjuicios, pero si estamos en materia precontractual, los daños son anteriores a su eventual exigibilidad, por tanto, según la teoría de la mora, no podrían darse, así las cosas nos encontraríamos entonces frente a una inoperabilidad clara y abierta del art. 1615 del Código Civil colombiano. No siendo el objeto de estudio el derecho colombiano no nos seguiremos pronunciando, aunque no podemos ocultar que existe material para una futura profundización en la materia.

¹⁰²³ La distinción entre obligaciones de medio y de resultados es original de DÉMOGUE, R., "Traité des obligations en générale", tomo V (*L.G.D.J.*, París, 1931), núm. 1237, y tomo VI, núm. 599.

¹⁰²⁴ Así, lo reconoce JORDANO FRAGA, J., "La responsabilidad civil...", cit., pág. 238, nota 266, y LLAMAS POMBO, E., "Cumplimiento por...", cit., pág. 287.

6.5.1. LA INVERSIÓN DE LA PRUEBA

Como se mencionó en líneas anteriores, por nuestra inclinación, en principio la carga de la prueba la tendría el deudor de la obligación. Ahora lo que sucede es que desde nuestro punto de vista, no existe una total inversión de la prueba en la práctica, ya que más bien sería una labor conjunta, pero con mayor carga para el deudor. Así entonces, estaríamos frente a dos labores específicas por parte de cada una de las partes trabadas en *litis*, por un lado el dañado, quien tiene que fundamentar y demostrar su legítima confianza y los perjuicios causados, y por otra parte, el dañador, quien deberá demostrar la existencia de su no imputabilidad para adoptar una postura acorde con las negociaciones.

Nuestra postura se fundamenta en que el creditor debe entrar a probar la razonabilidad de su confianza, teniendo en cuenta, los gastos y sus ocasiones pérdidas, así como la ausencia de justificación del receso. Teniendo siempre claro que no debe entenderse que existe una presunción de culpa (aplicable exclusivamente en los regimenes especiales subjetivos) puesto que el daño no está en el retiro o receso de las negociaciones (que como se clarificó ampliamente, nadie esta obligado a contratar, esta siempre tiene sin duda que ser una acción libre, y así también será su alejamiento de las negociaciones), sino en el carácter injustificado del actuar, al ser su conducta opuesta a la buena fe *in contrahendo*.

Confirmando lo anterior, en una reciente sentencia la Corte de Casación italiana, ha establecido que:

“La responsabilidad precontractual, además se aplica cuando la interrupción de las negociaciones se hace sin justificación razonable, y por tanto se sacrifica arbitrariamente la confianza lógica y razonable de la contraparte sobre la conclusión del contrato, siendo reconducible a la más amplia categoría de la responsabilidad obligacional, aquí, por tanto estando en un acto de naturaleza contractual, es necesaria aplicar sus directrices probatorias, así tendrá que probarse el daño, y si es el caso, la mala fe del que se aparta de las negociaciones¹⁰²⁵”.

¹⁰²⁵ Cass. 1.2.95, núm. 1163, *M.G.C.*, 1995, pág. 254.

Así entonces, habiendo mostrado la ausencia de una justificación por parte de la víctima, el deudor no puede librarse simplemente con la exhibición de la ausencia de culpa teniendo que mostrar, más bien, su no imputabilidad de una causa bien individualizada que ha determinado para él, la imposibilidad para llevar a cabo (o para celebrar), una conducta acorde a las reglas de la buena fe, la lealtad y la corrección, lo que sin duda constituye su incumplimiento.

En otros términos, el recedente al momento de la interrupción o en sede judicial, debe siempre probar la subsistencia de una justa causa de la ruptura de las negociaciones, so pena de indemnizar los perjuicios causados. Y es que el tratamiento no podría ser otro, si lo que se propende es por un derecho moderno, que se ajuste a las realidades circundantes. Hoy, se abren caminos diversos principios extraprocerales, como el *principio pro damnato o pro consumatore*, y nuevos procesos mucho más complejos, que obligan a buscar otras reglas probatorias flexibles o dinámicas¹⁰²⁶.

Lo aquí propuesto, sin duda sigue los lineamientos de una novedosa propuesta hecha por parte del Catedrático LLAMAS POMBO¹⁰²⁷ quien propone:

“Que se debe aplicar la distribución dinámica de la prueba, de tal forma que ésta sea una regla fija, en los nuevos horizontes legales obligando a que el juez adopte una postura valorativa en cada momento para considerar quien está en mejores condiciones de probar, o que extremo de los hechos ha de acreditar cada una de las partes”.

La jurisprudencia como la doctrina son concientes de la necesidad de dinamizar las reglas culpabilistas sobre las cuales se han fundamentado nuestras instituciones civiles de tradición latina, y basta con hacer una revisión jurisprudencial y legal para establecer que hoy se busca una compatibilización entre esas reglas, y las nuevas tendencias sobre los criterios de imputación subjetiva. Así lo reconocen los más afamados juristas españoles por ejemplo DE ÁNGEL quien afirma:

¹⁰²⁶ LLAMAS POMBO, E., “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo Milenio* (Dykinson, Madrid, 2000), pág. 299.

¹⁰²⁷ *Vid.*, LLAMAS POMBO, E., “Responsabilidad médica, culpa y carga...”, cit., págs. 313 y ss. Consiste en atribuir directamente el *onus probando* a aquel que está en mejores condiciones de hacerlo, atribución que perfectamente puede establecerse como una regla fija.

“Existe una tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales –basados en la doctrina de la culpa- por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos¹⁰²⁸”.

Lo aquí propuesto, no sólo está acorde con las nuevas tendencias del Derecho de daños, sino que el panorama no dista mucho de la realidad circundante en España, llevándonos a aceptar en todo las palabras del profesor DÍEZ-PICAZO L.

“En la España de hoy existe una deformación de la noción de la culpa civil, según la cual nuestra responsabilidad es teóricamente por culpa, y en la práctica se actúa frente a un régimen objetivo”.

En la misma dirección, se encuentra no sólo los juristas, sino también los economistas, quienes han propuesto la aplicación de un régimen de similares características fundamentándose en los costes de la información, de tal forma que deberá aportar las pruebas a un proceso, aquel que esté en mayor posibilidad de adquirir la información o a quien le salga el coste más barato posible.

Visto lo anterior, no queda más que afirmar que desde la doctrina se están comenzando a gestar interesantes procesos, que denotan el rechazo por la adopción de posturas clásicas, frente a los principios de la culpa, la causalidad y carga de la prueba, ya que de ser así se podría frustrar el objetivo actual del derecho de daños, que propende como ya se dijo, acotar las desigualdades existentes entre las partes trabadas en *litis*, y ante todo proteger a la parte más vulnerable de la relación jurídica, fortaleciendo la idea del crédito indemnizatorio, y dejando de un lado la deuda de la responsabilidad.

¹⁰²⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Responsabilidad por informar”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Dykinson, Madrid, 2000), pág., 180 y ss.

6. 5. 2. COMO UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA

Las actuales tendencias del derecho de daños, se inclinan por presentar una sociedad mucho más sensible a los intereses de las víctimas y mucho más expuesta a los riesgos y los daños, y por ello, abiertamente proclive a modelos objetivos de responsabilidad¹⁰²⁹. El sistema de responsabilidad civil, ha cambiado sustancialmente, y como bien lo anota el Profesor LLAMAS POMBO¹⁰³⁰ los protagonistas de igual forma lo han hecho, ya el papel principal no lo tiene el determinar las normas aplicables (1902 o 1101 del Código Civil), sino por el contrario “el primer actor” es ese otro, aquella víctima del daño, de tal forma que importa poco por quién o por qué motivos se va a afrontar la indemnización del daño, con tal que dicha reparación se produzca.

Así las cosas, el tomar una postura, como la que hasta aquí se ha adoptado, es también consecuente con las nuevas tendencias y en aras a la justicia como quedó demostrado en el capítulo III, es el deudor el que está en mejores condiciones y posibilidades de probar la justa causa de la ruptura.

Los últimos estudiosos de los diferentes sistemas de responsabilidad, coinciden en presentar en la actualidad frente a la víctima del daño, se ha construido un principio general del derecho el cual se puede resumir como el *favor victimae*, el cual se sustenta básicamente en las siguientes características¹⁰³¹:

- 1- Inversión de la carga de la prueba.
- 2- Expansión de la apreciación de la prueba, “cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su propia diligencia”.

¹⁰²⁹ LLAMAS POMBO, E., “Responsabilidad médica, culpa y carga...”, cit., pág. 308.

¹⁰³⁰ *Vid.*, LLAMAS POMBO, E., “Responsabilidad médica, culpa y carga...”, cit., págs. 301 y ss.

¹⁰³¹ La enumeración se hace siguiendo la propuesta por *Vid.*, LLAMAS POMBO, E., “Responsabilidad médica, culpa y carga...”, cit., págs. 302 y ss. No obstante con la misma postura se encuentran, DIEZ-PICAZO, L., “Estudios sobre la jurisprudencia civil”, tomo I, (Tecnos, Madrid, 1973), págs. 27-28 y ss. DE ÁNGEL YAGÜEZ., “Tratado de responsabilidad civil” (Civitas-U.D., Madrid, 1993), págs. 56 y ss. ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español” (Civitas, Madrid, 1976), pág. 92. CAVANILLAS MÚGICA, S., “La transformación...”, cit., págs. 66 y ss.

- 3- Elevación del nivel de diligencia exigible en el desarrollo de cualquier actividad, aplicando de una forma rigurosa y estricta el art. 1104 del Código Civil. Las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, obligan a desplegar una conducta mucho más cuidadosa que la diligencia simple, siendo hoy exigible la *diligentia diligentissimi*.
- 4- Insuficiencia, a efectos de diligencia, del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que contemplan la obligación de tomar medidas de previsión para evitar la causación de los daños.

6. 7. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Como queda hasta aquí establecido, nos inclinamos por una postura obligacional, al momento de establecer la naturaleza de la ruptura injustificada de las negociaciones, por tanto el plazo a aplicar será el de 15 años, el cual dista ampliamente del consagrado por la responsabilidad aquiliana de 1 año. Para nosotros la complejidad se presenta al momento de establecer el conteo del término. Al respecto, hemos tratado de enumerar varios supuestos en tres grandes hipótesis, que pueden orientar al lector para dicho establecimiento.

- a) Cuando una parte comunica a su contraparte su voluntad de interrumpir las negociaciones, entregando una justificación o no de sus motivos.
- b) Cuando una de la partes se aparta abruptamente de las negociaciones, omitiendo efectuar cualquier comunicación.
- c) Cuando una parte interrumpe justificadamente las negociaciones por identificar una conducta desleal provista de una falta de verdadera intencionalidad de contratar, de su contraparte (dolo).

Así, en el primer caso, el término de prescripción se debe comenzar a contar desde el momento en el que la parte perjudicada recibe la comunicación (en el caso que exista

cuando se documenta la misma), o desde cuando es enterada de la ruptura de las negociaciones por el responsable directamente o por un representante legítimo del mismo.

En la segunda hipótesis, es un poco más complejo entrar a establecer el momento de la ruptura, pero podrán servir como referencia todas aquellas referencias que nos permitan fundar que la contraparte no tiene intención alguna de continuar con las negociaciones hasta la conclusión del contrato. (Pueden citarse a manera de referencia ponderativa, por ejemplo: Si las partes establecen una fecha precisa por encontrarse y la cita no se da, cuando se rehúsa cualquier contacto etc....)

En la última hipótesis, podría comprender a su vez varios comportamientos, los cuales siempre estarán caracterizados, por el actuar doloso y desleal de la contraparte, y por tanto deberá contarse el tiempo de prescripción desde el momento en el que la contraparte identifica la conducta ilícita. Con estas tres hipótesis sin duda damos una aplicación práctica a la norma del art. 1969 del C.c., según la cual el cómputo ha de comenzar el día en que la acción pudo ejercitarse.

6. 7. LOS TITULARES DE LA ACCIÓN

La responsabilidad precontractual se genera entre personas que se han puesto en contacto para negociar, por tal circunstancia y como se evidenció en capítulos anteriores, los dos términos de la relación jurídica (los extremos negociales), aquellos que participaron ya fuera directamente o por intermedio de sus auxiliares son quienes en principio están legitimados para impetrar cualquier tipo de acción. Por tal circunstancia la acción de resarcimiento le tiene que pertenecer exclusivamente a la parte damnificada, sus representantes o sucesores y ser presentada contra el dañador.

En los casos de responsabilidad originada por hechos de otros, ya en su momento en el capítulo V, se desarrollaron cada una de las hipótesis debido a lo anterior, nos remitimos a informarle al lector que haga una relectura del tema tratado.

CONCLUSIONES

-I-

La protección de aquel que ha sufrido un daño en la etapa de la formación contractual, propiamente en los tratos preliminares, llega al universo jurídico con los diversos trabajos de FAGGELLA, quien al estudiar y extender la doctrina de *la culpa in contrahendo* de IHERING, establece que aquel que en la fase de las negociaciones se aparta abruptamente de las mismas, y causa un daño a su contraparte, debe entrar a responder con su patrimonio. Precepto que al presente cobra toda su vigencia y que goza de aceptación por la doctrina europea. A pesar de que estos estudios sobre *la culpa in contrahendo* fueron rechazados y debatidos desde el siglo XIX, en la actualidad todavía continúan en vigor parte de sus teorías, y cada vez que se quiera abocar el análisis del instituto es imprescindible retomar los famosos escritos tanto del jurista italiano como del romanista alemán.

-II-

A pesar que los tratos previos fueron objeto de profundos estudios y análisis durante los siglos XIX y XX, con desolación se constata cómo la institución presenta en la actualidad un panorama de desprotección y de desvinculación jurídica en la normativa clásica (los ordenamientos civiles de cada Estado, producto de los movimientos codificadores). En los recientes proyectos que trabajan por una armonización y unificación del Derecho europeo, se incluyen normas que regulan la institución precontractual. No obstante, frente a tan importantes avances, se considera que se hubiese podido aprovechar de mejor forma estos instrumentos entrando a regular entre otros factores, la naturaleza de la responsabilidad precontractual, el interés resarcible y los deberes secundarios de conducta. Existe por tanto un singular contraste entre la ausencia de textos legales y la atención creciente que suscita la problemática precontractual.

Los marcos legales que pretenden hacer frente a las nuevas y más apremiantes necesidades que reflejan las actuales actividades comerciales y las modernas formas de

contratación mundial, deben ajustarse a las realidades circundantes, como la globalización del mercado, y el aumento de las desigualdades entre contratantes. Frente a la ausencia de normas en las codificaciones europeas, no sólo hay que acudir a procesos ingeniosos para interpretar e integrar la ley, sino que se denota una notoria y marcada necesidad de crear ya sea de forma comunitaria o nacional, normas que regulen la institución precontractual, debido a que en la actualidad para intentar resolver las diferentes hipótesis, se fundamentan sus contenidos en escasos y contradictorios pronunciamientos jurisprudenciales que hacen que sobre la materia no exista un criterio uniforme y consolidado.

-III-

Los tratos preparatorios se constituyen como la primera fase de la preparación del *iter* contractual. En ellos las partes gozan de autonomía y libertad, la cual se refleja en los diferentes acercamientos que hacen los sujetos dentro de las negociaciones. Aquí intercambian ideas, presentan propuestas, reflexionan y se preparan de acuerdo con sus expectativas, para la emisión del consentimiento definitivo, el cual se concreta con la eventual celebración del acuerdo proyectado. Este procedimiento formativo conforma una relación jurídica prenegocial, la cual está presidida por el principio de la buena fe que se prolonga a la etapa de perfección y conclusión del contrato.

Al intentar delimitar los tratos preliminares de otros supuestos jurídicos generados en la fase de formación contractual, resulta difícil expresar en una fórmula concreta las diferencias, a pesar de que a nivel teórico sean actos de naturaleza totalmente distinta. En la práctica, sólo un análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, podrá determinar su naturaleza y vinculación jurídica para las partes, lo que pone de relieve que los problemas de calificación jurídica se reconducen a los resultados de la resolución de los problemas de interpretación de la intención y del comportamiento de las partes.

-IV-

Los mandatos y prescripciones que demanda la buena fe siempre serán aplicados, no sólo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamados a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución contractual. La buena fe como una norma general, es un precepto integrador y creador dentro del sistema jurídico, ya que es por expresa disposición legal del art. 1258 C.c., que se reconoce su carácter heterónomo tanto del contrato como de todo el proceso de formación y construcción. Es, a su vez, fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles por vía del concepto de la buena fe *in contrahendo*, en el instante en el que las partes entran en negociaciones, y se origina el contacto social, producto de las relaciones económico-patrimoniales entre dos sujetos. La buena fe *in contrahendo* impone la adopción de actitudes leales que deben adoptar las partes, en cuanto a sus deberes y comportamientos, presentando siempre situaciones reales y cognoscibles en las negociaciones.

Los deberes secundarios de conducta tienen su nacimiento en la doctrina y en la actualidad, en diferentes países europeos, se reconoce su existencia y vinculación por vía jurisprudencial. Su inclusión legal comenzó en las normas de consumo y su extensión ha alcanzado los diferentes proyectos de unificación y armonización del Derecho privado como una de las políticas de la Unión Europea. La importancia de los deberes no se presenta solamente en la ejecución del contrato como complemento de las obligaciones nucleares, sino también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa postcontractual, toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se produce una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya generado entre las partes.

-V-

Las partes no se deben sólo aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente lo que determina el texto legal, sino a todo lo que impone cada situación. En

ese sentido se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes cuando se encuentran en negociaciones, por un lado absteniéndose de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su extremo negocial, y a su vez ejercitando todos aquellos actos necesarios para la satisfacción de sus mutuas necesidades.

El principio de lealtad es un principio de acción que guía la actividad contractual a fin de que el acuerdo de voluntad sea concluido en condiciones justas y equilibradas. La lealtad implica para las partes un actuar de cooperación permanente y constante, que requiere tener en cuenta las expectativas legítimas de la contraparte, ello incluso puede representar el deber de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira el otro extremo negocial. En éste tipo de relación no basta con actuar conforme a Derecho o no ejercer conductas fraudulentas, sino por el contrario, es necesario emprender actuaciones positivas y negativas, con tal de satisfacer las necesidades que le incumben a cada uno de ellos, en unos intereses que en principio se presentan como antagónicos, y que terminarán siendo armónicos.

La lealtad exigible impone normalmente obligaciones de carácter negativo. Las principales son: el deber de secreto, el de custodia, cuidado y de abstención de ejecutar acciones que dañen el interés ajeno. De hecho, la buena fe no sólo es lealtad, sino que impone obligaciones de carácter positivo como las de comunicar y suministrar toda la información que se conoce o se debe conocer de acuerdo con la debida diligencia, así como el deber de cooperación permanente y constante con el fin de satisfacer los intereses solidariamente contractuales.

-VI-

En los negocios, es necesario que la confianza y la buena fe reinen entre los contratantes. El romper unas negociaciones de forma sorpresiva y arbitraria, constituye un comportamiento desleal, y un acto de retractación y de frustración de las aspiraciones ajenas. Aparece aquí la licitud como sinónimo de confianza, de tal forma que si una parte por sus actos ejecutados, por su forma de comportarse, generó una legítima y razonable confianza de que el contrato se iba a concluir, lícito es que para terminar los tratos

necesite una justa causa. Cualquier excusa o pretexto, invocando la consabida libertad contractual, no han de servirle para justificar una ruptura, la que no podría calificarse de otra manera que de caprichosa, con la consiguiente causación de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad, corrección y congruencia de unos comportamientos humanos, de tal manera que se había hecho dogma de aquella creencia que afirma que nadie podrá hacerle creer a la otra parte que las cosas son diferentes de cómo realmente son. Quien entra en negociaciones, y avanza en ellas, debe prever el alcance virtual de los efectos y consecuencias que puedan generar sus actos.

El principio de la confianza consiste en que el efecto de una declaración de voluntad depende del sentido que debe darle el destinatario cuando se comporta con diligencia y honradez. La ley y la doctrina han reconocido como prevalente y prioritaria la declaración externa que hace un individuo frente a la otra parte de la relación negocial. Por tanto, primaran sus actos, sus manifestaciones sobre cualquier otra circunstancia que se quiera hacer valer dentro del problema de las rupturas y en general de cualquier situación que se presente dentro de la formación del *iter* contractual. Aquí las partes no están ligadas más que a comportarse de acuerdo con la buena fe y las buenas costumbres, de tal forma que mientras no se haga crear expectativas contractuales en la contraparte, las partes podrán abandonar con total libertad los tratos.

Dentro de la labor interpretativa y de razonamiento jurídico que debe realizar el juez para la calificación de una ruptura de las negociaciones como justa o no, es necesario centrar los esfuerzos interpretativos no en indagaciones de orden psicológico, sino que se debe limitar a estudiar y analizar todos aquellos elementos que integran la relación jurídica precontractual, así como los estados de facto susceptibles de fundar dicha creencia, y por tanto descartando aquellos componentes que no fueron compartidos dentro de la esfera del contacto social, puesto que al no ser participados o conocidos, no pueden ingresar al tráfico negocial inter partes.

-VII-

El derecho debe proteger las expectativas de las partes cuando son legítimas, es decir, no simples ejercicios mentales de una de las partes, sino razonables y fiables de modo que un contratante medio del sector del tráfico al que pertenezca el contrato concreto, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias, contaría que ellas son vinculantes, a pesar de que no se haya concluido el negocio. La protección de la apariencia radica en el amparo que el derecho reconoce a la existencia objetiva de una situación (que a pesar que no corresponde a la realidad lo querido con lo actuado o manifestado), que tiene consecuencias de igualdad jurídica entre apariencia y la realidad. Esta unidad que se da dentro del universo de la confianza se manifiesta con una imposición de una obligación de indemnizar al dañado, deber que coloca a aquel que ha confiado en una posición jurídica correspondiente a las expectativas que alimentó, aún en los casos en los que no existe conclusión contractual. El contratante que no ha previsto de forma negligente o dolosa aquellas consecuencias inherentes al tipo de negocio adelantado, se comporta contra *ius* y lesiona intereses del otro extremo negocial, obrando de forma antijurídica.

En el período precontractual, la buena fe objetiva, tiene unos vectores fundamentales de la tutela de la confianza. Así entonces, en primer lugar, impide que la conducta de una de las partes frustre la confianza que la otra depositó en la rectitud de la respectiva conducta, y por otra parte, evita que la conducta ocasione un retiro de las negociaciones, puesto que la formación contractual busca un consenso en el nacimiento de un contrato válido, apto para el Derecho, y acorde con las mutuas expectativas de las partes, de tal forma que la confianza permite controlar el nacimiento y el contenido del contrato, frente a los desequilibrios e injusticias.

-VIII-

La indeterminación de los criterios normativos que permitan delimitar objetivamente la responsabilidad por la vulneración de la confianza, puede ser compensada por la formación y determinación de diferentes grupos de supuestos. Desde el punto de vista de la responsabilidad del declarante, se debe valorar su conducta como

un sujeto situado en el mundo de los negocios, en el tráfico, y no de forma aislada, debiendo respetar ciertas reglas y normas de relación impuestas por la buena fe que, en caso de ser infringidas, contrarrestan y hasta en ciertos casos anulan la consideración de la voluntad. El declarante ha de comportarse normal y prudentemente, en ciertas ocasiones no debe permanecer inactivo, y al realizar un negocio debe ser honrado, preciso y avisado, debe expresar clara y exactamente, además de unívocamente, su querer, sirviéndose para ello de medios adecuados de emisión y comunicación, además, tiene el deber de conocer las circunstancias de hecho (usos), las normas, y debe ser conciente del significado y del valor vinculante del acto que realiza.

La corrección en vías de formación contractual, también puede ser utilizada como un instrumento para un adecuado juicio de reconocibilidad, debido a que ella aporta una doble función, en primer lugar como un instrumento de medida del desequilibrio obligacional, que nos permite establecer si con ocasión a las obligaciones que le corresponden a cada una de las partes, se han cumplido, y en segundo lugar previa identificación de las obligaciones, como un instrumento de sanción. Después de determinar el desequilibrio, la corrección nos permitirá recriminar la conducta injustificada, dándole protección a la víctima. Así entonces la proporcionalidad se constituye en el límite primordial al momento de la calificación de la conducta.

-IX-

Superada la consideración tradicional de clasificar que la responsabilidad contractual deviene exclusivamente de los contratos, la doctrina ha advertido en los últimos años que esta zona, ha venido adquiriendo una extensión creciente. Por tanto la responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, convirtiéndose tendencialmente en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio. Ese vínculo es dado por la buena fe *in contrahendo*. Por ello se debe tener un concepto más amplio de la responsabilidad contractual, en el que se incluye no solo la responsabilidad por incumplimiento referida, sino también la responsabilidad precontractual y la derivada de la violación de deberes secundarios de conducta. Aquí el elemento vinculante se

encuentra en la ley, ya que antes de producirse el daño, el Derecho ha regulado una situación jurídica vinculatoria entre las partes.

Frente a los deberes emanados de la buena fe *in contrahendo*, estos presentan los caracteres típicos de las obligaciones, en la que se da la bipartición de dos correlativas situaciones jurídicas subjetivas: pasiva (deudor) y activa (acreedor). En efecto, dichos deberes impregnan de manera precisa el comportamiento de un sujeto respecto de otro, que a su vez espera de la conducta una satisfacción de su interés, por tanto con el conjunto de actos con los que se causa un daño en la etapa precontractual, se incumplen las obligaciones en los términos previstos en el art. 1101 del Código Civil español. El ámbito delictual está tendencialmente conformado y armonizado con las normas de naturaleza general, básica y dirigida a regular las normas de convivencia universal. En vías de formación contractual, no se puede hablar de normas de intersección humana generales, sino concretas, que requieren ponderaciones específicas por el vínculo que une a las partes que intentan negociar y que a su vez favorecen y obligan a sujetos determinados. Por tanto, la corrección, la doctrina de la tutela jurídica de las buenas costumbres y los usos habituales del tráfico jurídico, no pueden utilizados como modelos o estándares de comportamiento social, son reglas de referencia que se utilizan para valorar los modelos de conducta aplicables exclusivamente al derecho de los negocios.

-X-

En la responsabilidad originada por la ruptura de los tratos preliminares, en un principio, se estableció que se debía responder únicamente cuando existía una intención de causar daño, en la actualidad ya no sólo se tiene en cuenta la noción de las conductas dolosas, sino que también están llamados a ser juzgados aquellos actos en donde hay lugar a la omisión del deber de diligencia, exigiéndose, una obligación de diligencia *in contrahendo*. No sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que están en formación, deben quedar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, pues en caso contrario cada contratante correría el peligro de ser sacrificado por la negligencia ajena. Para que se genere responsabilidad civil por un acto o manifestación realizada durante el período de los tratos preliminares, resulta menester que las conductas o manifestaciones

de voluntad no hayan observado el deber de diligencia, lealtad y cooperación que se deben las partes, ocasionando por su conducta un daño. El retiro intempestivo de las negociaciones no constituye un acto en sí generador de responsabilidad, puesto que se requiere que el acto en mención sea ilícito y que como consecuencia de una conducta jurídicamente reprochable se ocasione un daño.

-XI-

En la ruptura injustificada de los tratos preliminares, en general, el debate doctrinal ha recaído sobre el *quantum* de la esencia de la obligación indemnizatoria, siendo que el *interest* real debe fundamentarse es en el daño. Si así se hiciese, sin duda se esclarecería mucho más que sería lo indemnizable, recayendo entonces exclusivamente en la existencia y dimensión de un perjuicio causado por la contravención de la obligación por parte del deudor de comportarse de acuerdo a los estándares de conducta que impone la buena fe *in contrahendo*. El dañador debe responder como mandan los modernos principios resarcitorios *pro damnato*, aquellos que fortalecen la idea de la existencia de un crédito indemnizatorio.

El daño resarcible en virtud de la responsabilidad precontractual debe haber sido originado por la situación de confianza y guardar con ella una estrecha relación, de tal forma que el modo de reparación se fundamenta en un resarcimiento de perjuicios, basado en un concepto dinámico de extensión del perjuicio a reparar. Sus alcances siempre podrán variar dependiendo de las circunstancias de *facto* que se generen, prescindiendo entonces de alguna limitación (daño negativo o positivo). Basta con que estén probados todos y cada uno de los supuestos que generan la responsabilidad precontractual, para entrar a reparar el daño en toda su integridad, con la debida prestación de constatar y probar los perjuicios causados.

El dañado debe entrar a probar la razonabilidad de su confianza, teniendo en cuenta los gastos y sus ocasiones pérdidas, así como la ausencia de justificación del receso. Teniendo siempre claro que no debe entenderse que existe una presunción de culpa, puesto que el daño no está en el retiro o receso de las negociaciones, (ya que nadie esta obligado a contratar, y por tanto las negociaciones se fundamentan en un accionar libre y así también será su alejamiento de las negociaciones), sino en el carácter injustificado del actuar, al ser su conducta opuesta a la buena fe *in contrahendo*.

Una vez demostrada la ausencia de una justificación por parte del dañado, el deudor no puede librarse simplemente con la demostración de la ausencia de culpa teniendo que mostrar, más bien, su no imputabilidad de una causa bien individualizada que ha determinado para él, la imposibilidad para llevar a cabo, o para ejecutar una conducta acorde a las reglas de la buena fe, la lealtad y la corrección, lo que constituye su incumplimiento. Esta labor le corresponde al deudor, por estar en mejores condiciones y posibilidades de probar la justa causa dentro de la ruptura de las negociaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., “Constitutional law constitutional politics”, *Yale law Journal*, 1989, vol. 99, núm. 3, págs. 466 y ss.
- ALBERICI, A., “Il dovere precontrattuale di buona fede”, *R.a.D.C.*, Roma, 1982, págs. 1062 y ss.
- ALBERTARIO, E., “Della responsabilità precontrattuale”, *Dir. Comm.*, Roma, 1910, págs. 48 y ss.
- ALBIEZ DOHRMANN, K, J., “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del B.G.B.”, *A.D.C.*, julio-septiembre 2002, págs. 1192 y ss.
- ALMEIDA COSTA, M., “Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato” (Ed. Coimbra, Coimbra, 1984).
- ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *R.C.D.I.*, 1971, págs. 887 y ss.
- Anotaciones y concordancias, a la obra de PIETROBON V., “El error en la doctrina del negocio jurídico” (Ed. *R.D.P.*, Madrid, 1971).
- ALPA, G., “Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1981, págs. 535 y ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J., “El mandato y la comisión mercantil” (Comares, Granada, 1997).
- AMAT LLARIT, M, E., “La protección de las ideas durante los tratos preliminares”, *Derecho de los negocios*, 1995, año nº 6, núm. 55, págs. 21 y ss.
- APARICIO, J, M., “Contratos, Parte General” (Hammurabi, Buenos Aires, 1997).
- ARIAS RAMOS, J, A., “Derecho Romano”, tomo II (18ª ed., Ed. *R.D.P.*, 1986).
- ASÚA GONZÁLEZ, C., “La culpa in contrahendo” (Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989).
- “Responsabilidad civil: daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se le había hecho confiar. fundamento de la reclamación. Congruencia. Culpa in Contrahendo”, *C.C.C.J.*, 1988, núm. 17, pág. 525.
- ASÚA GONZÁLEZ, C, I., Y HUALDE SÁNCHEZ, J, J., “Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán”, *Estudios Homenaje al profesor Díez PICAZO*, Derecho civil, Derecho de obligaciones, tomo II (Thomson-Civitas, Madrid, 2003).
- ATYIAH, P, S., “The rise and Fall of Freedom of contract” (Clarendon Press, Oxford, 1979).
- BADOSA COLL, F., “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil” (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987).

- “Comentario del Código Civil”, tomo II (Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993).
- BAGOLINI, L., “Notas acerca de la relación jurídica”, *A.D.C.*, 1950, tomo I, págs. 7 y ss.
- BALLESTEROS, M., Y COSTEA, M., “La manifiesta intención de obligarse y el derecho nuevo” (Madrid, 1963).
- BARBERO, D., “Derecho privado”, vol. I (3 ed. Ejea, Buenos aires, 1967).
- BARCHA, M, H., “Les obligations naissant des pourparlers” (Daloz, París, 1990).
- BECHILLON, M., “La notion de principe général en droit privé” (*P.U.A.M.*, París, 1998).
- BEHAR-TOUCHAIS, M., “Rapport introductif. Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?” (*Le Petites Affiches, C.E.D.A.G.-París V*, París, 1998).
- BENABENT, A., “La chance et le droit” (*L.G.D.J.*, París, 1973).
- BENNATI, F., “A responsabilidade pré-contratual”, Trad Port. por VERA JARDIM, A (Almedina, Coimbra, 1970).
- “*Culpa in contrahendo*” (Contratto e Impresa, Milano, 1987).
 - “Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali” (Contratto e Impresa, Milano, 1994).
- BERCOVITZ, A., “Apuntes de derecho Mercantil” (3º ed., Aranzadi, Pamplona 2002).
- BESSONE, M., “Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza”, *Annali della facolta di giurisprudenza di Genova* (Giuffrè, Milano, 1971), págs. 269 y ss.
- “Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza”, *R.T.D.P.C.*, Roma, 1972, vol. I, págs. 962 y ss.
 - “Adempimento e rischi contrattuale” (Giuffrè, Milano, 1969).
 - “Unilateral Mistake e teoria del contratto nell’esperienza nord-americana”, *R.d.C.O*, tomo I, 1970, págs. 252 y ss.
 - “Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilita per danno ingiusto”, *G.M.*, 1978, págs. 1162 y ss.
 - “Trattato di diritto privato”, tomo XII, vol. II (Giappichelli, Torino, 2000).
- BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones”, tomo I, traducción y notas por DE LOS MOZOS, J, L., (Ed. *R.D.P.*, Madrid, 1969).
- “Teoría general del negocio jurídico” (Ed. *R.D.P.*, Madrid).
- BIANCA, M, C., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *R.D.C.*, 1983, tomo I, págs. 230 y ss.
- “Diritto civile”, *Contratto*, tomo III, vol. II (2º ed., Giuffrè, Milano, 2000).
- BIGLIAZZI, G., “Profili sistematici dell’ autotutela privata” (Giuffrè, Milano, 1971).
- “Contributo ad una teoria del l’interesse legittimo nel diritto privato” (Giuffrè, Milano, 1967).

- BREBBIA, R., “La responsabilidad precontractual” (Molachino, Rosario, 1957).
- “La responsabilidad precontractual” (La Roca, Buenos Aires, 1987).
- BRECCIA, U., “Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio” (Giuffrè, Milano, 1968).
- BOBBIO, N., “El problema del positivismo jurídico” (Fontamara, México, 1994).
- BÖKENFÖRDE, E. W., “Escritos sobre el Estado de Derecho y la Democracia” (Trotta, Madrid, 2000).
- BORSETTO, B., “La responsabilità precontrattuale e l’art. 1337 nel nuovo codice civile”, *Temì*, Roma, 1946. pág. 406.
- BOULANGER, J., “Principes généraux du droit et droit positif”, *Le Droit privé au milieu du XXe siècle, Etudes* G. RIPERT, tomo I (L.G.D.J., París, 1950).
- BOURSIER, M., “Le principe de loyauté en droit processuel” (Daloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, París, 2003).
- BOYER, Y., “L’obligation de renseignements dans la formation du contrat” (*P.U.A.M*, Aix Marseille, 1978).
- BURÓN, G., “Derecho civil español”, tomo III (Madrid, 1900).
- BUSTOS PUECHE, J. E., “La doctrina de la apariencia jurídica” (Dikynson, Madrid, 1999).
- BUSTOS GIBBERT, R., “La Constitución Red: Un estudio sobre estabilidad y constitución” (Oñate, 2005).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral” (Civitas, Madrid, 2000).
- “Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones”, *Homenaje a LUÍS ROJO AJURIA, Escritos jurídicos* (Universidad de Cantabria, Santander, 2002).
- CALAIS-AULOY, J., “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats” *R.T.D.civ.*, 1994, págs. 239 y ss.
- CALUSI, V., “Tema di trattative e responsabilità precontattuale”, *R.T.D.P.C.*, tomo I, 1956, págs. 470 y ss.
- CANO MATA, A., “El principio jurídico de solidaridad”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor DR. D JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO*, vol. I (Bosch, Barcelona, 1992).
- CANO MARTÍNEZ, J. I., “La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia” (Bosch, Barcelona, 1990).

CARBONNIER, J., “Droit civil”, *Théorie des obligations*, tomo IV (Presses Universitaires de France, París, 1963).

CARDENAL FERNÁNDEZ, J., “El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones” (Montecorvo, Madrid, 1979).

CARRARA, G., “La formazione dei contratti” (Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1915).

CARRESI, F., “Il contratto”, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, tomo II (Giuffrè, Milano, 1987).

- “Tema di responsabilità precontrattuale” (Temi, Roma, 1965).

CARUSO, D., “La culpa in contrahendo. L’esperienza statunitense e quella italiana” (Giuffrè, Milano, 1993).

CASIELLO J, J., “El deber de información precontractual”, *Homenaje a DALMACIO VELEZ SARFIELD*, tomo II (Academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Cordoba, Cordoba, Argentina, 2000).

CASTAN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español, común y foral”, tomo III (10ª. ed., Reus, Madrid, 1967).

- “Derecho civil español, común y foral”, tomo II (Reus, Madrid, 1925).

CASTRESANA, A., “Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho” (Tecnos, Madrid, 1991).

CASTRO LUCINI, F., “Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor DE CASTRO F”, *A.D.C.*, 1983, vol. 36, núm. 4, págs. 1230 y ss.

CASTRO PORTUGAL, M, A., “Teoria da confiança e responsabilidade civil” (Almedina, Coimbra, 2004).

CASTRONO, V., “La nuova responsabilità civile” (2º edición, Giuffrè, Milano, 1997).

CAVANILLAS MÚGICA, S., Y TAPIA FERNÁNDEZ. I., “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual” (Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992).

CHAUVEL, P., “Note sous Cass. Fr (com), 7 janvier 1997 et 22 avril 1997” (*D.*, Jurisprudence, 1998).

CHAZAL, J, P., “Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin?”, *La nouvelle crise du contrat* (Université de Lille II, Dalloz. Coll. Thèmes et commentaires, París, 2003).

CLEMENTE DE DIEGO, F., “Fuentes del derecho civil español” (Publicación de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922).

COASE, R, “The problem of social cost”, *Journ of law and Economics*, Chicago, 1960, tomo III, págs. 1-44.

COHERIER, C., “Des obligations qui naissent des pourparlers préalables a la formation des contrats” (Publications Paris, París, 1939).

COIPEL, M., “Eléments de théorie générale des contrats” (Diegem, Kluwer, 1999).

COLAGROSSO, E., “Il libro delle obbligazioni”, Parte generale, tomo I (Libreria, Milano, 1943).

COLIN, A., Y CAPITANT, H., “Curso elemental de Derecho civil”, tomo III (*R.G.L.J.*, París, 1960).

CORNELIS, L., “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *R.G.D.C.*, París, 1990, págs. 408 y ss.

CORRADINI, D., “Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato” (Giuffrè, Milano, 1970).

CORRIPIO GIL-DELGADO, M, R., “Los contratos informáticos, el deber de información precontractual” (Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999).

COVIELLO, L., “Della cosiddetta culpa in contrahendo, *Il filangeri*, 1900, año XXV, pág. 723.

CUADRADO PÉREZ, C., “Oferta, aceptación y conclusión del contrato” (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003).

CUFFARO, V., “Responsabilità precontrattuale”, *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIX (Giuffrè, Milan, 1988).

DALCQ, R., “Traité de la responsabilité civile”, tomo I (Larcier, Bruxelles, 1967).

DA ROCHA E MENEZES, A, M., “Da boa fe no direito civil” (Almedina, Lisboa, 2001).

DE ALMEIDA ACOSTA, M, J., “Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de un contrato”, *Revista legislação e de jurisprudencia*, separata, 1984, págs. 63 y ss.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Responsabilidad por informar”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Dykinson, Madrid, 2000).

- “La responsabilidad civil” (Universidad de Deusto, Bilbao, 1988).
- “Tratado de responsabilidad civil” (Civitas- U.D., Madrid, 1993).
- “Comentario del Código Civil”, tomo II (Ministerio de Justicia, Madrid, 1993).
- “Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, *Cuadernos de Valoración del Daño Corporal*, Madrid, 2003, núm. 18, págs. 9 y ss.
- “Una expresión de lo que no es Buena Fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia Española de las dos últimas décadas”, *Estudios de*

- Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 2002, vol. 50, núm. 2, págs. 12 y ss.
- “Constitución y derecho de daños”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 2007, vol. 55, núm. 1, págs. 123 y ss.
- DE BONDY, W., “Precontractuele aansprakelijkheid”, *R.G.D.C.*, 1990, págs. 391 y ss.
- DE CASTRO, F., “El negocio jurídico” (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971).
- “El negocio jurídico” (Instituto Nacional de Estudios jurídicos, Madrid, 1967).
- DE CONINCK, B., “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002).
- DE COSSIO, A., “Instituciones de derecho civil”, tomo I (Alianza Editorial, Madrid, 1975).
- “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español”, *A.D.C.* 1966, vol. 19, núm. 3, págs. 527 y ss.
 - “El dolo en el Derecho civil” (Ed. *R.D.P.*, Madrid, 1955).
- DE CUPIS, A., “Il danno”, tomo I (Giuffrè, Milano, 1966).
- “La natura della responsabilità” (Giuffrè, Milano, 1966).
- DEJEAN DE LA BATIE, N., “Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français et belge” (*L.G.D.J.*, París, 1965).
- DEL FANTE, A., “Buena fe prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà”, *R.a.D.C.*, Roma, 1983, págs. 122 y ss.
- DELL’AQUILA, E., “La correttezza nel diritto privato” (Giuffrè, Milano, 1980).
- DE LOS MOZOS, J. L., “El anteproyecto de Código europeo de los Contratos de la Academia de Pavía”, *La ley*, 2002, núm. 5, págs. 1768 y ss.
- “El principio de la Buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español” (Bosch, Barcelona, 1965).
 - “La buena fe en el título preliminar del Código Civil”, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas* (Civitas, Madrid, 1988).
 - “Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato”, *Estudios de Responsabilidad civil, en homenaje al profesor ROBERTO LOPEZ CABANA* (Editorial Ciudad Argentina- Dikynson, 2001).
 - “La conversión del negocio jurídico” (Bosch, Barcelona, 1959).
- DE MAURO, A., Y FORTINGUERRA, F., “La responsabilità precontrattuale” (Cedam, Padova 2002).
- DE MIER VELEZ, A., “La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV” (Colección canónica de la Universidad de Navarra, Navarra, 1966).
- DEMOGUE, R., “Notions fondamentales du droit privé, essai critique” (Rousseau, París, 1911).

- “Traité des obligations en générale”, tomo V - VI (*L.G.D.J.*, París, 1931).

DEMOULIN, M., Y MONTERO, E., “La conclusion des contrats par voie électronique”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002).

DE PAGE, H., “Traité élémentaire de droit civile belge”, tomo II (Bruylant, Bruxelles, 1940).

DESCALZO GONZÁLEZ, A., “Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial” (Dykinson, Madrid, 2003).

DE VERDA Y BEAMONTE, J., “Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual”, *Libro-Homenaje al Profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA* (Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006).

- “La reticencia en la formación del contrato”, *Aranzadi Civil*, 1998, núm. 3, pág. 197.

DIEUX, X., “Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit” (*L.G.D.J.* – Bruylant, Bruxelles, 1995).

DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos del derecho civil Patrimonial”, *Introducción a la teoría del contrato*, tomo I (Civitas, Madrid, 1996).

- “Derecho civil”, tomo II, vol. I (Bosch, Barcelona, 1970).
- “Fundamentos de derecho civil Patrimonial”, tomo I (Tecnos, Madrid, 1972).
- “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, vol. 1 (4ª ed., Civitas, Madrid, 1993).
- “La doctrina de los propios actos” (Bosch, Barcelona, 1952).
- “Fundamentos de derecho civil patrimonial”, *Las relaciones obligatorias*, tomo II (4ª ed., Civitas, Madrid, 1993).
- Anotaciones y concordancia a WIEACKER, F., “El Principio general de la buena fe” (Civitas, Madrid, 1986).
- Anotaciones y concordancia a CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral” (Civitas, Madrid, 2000).
- “Estudios sobre la jurisprudencia civil”, tomo I (Tecnos, Madrid, 1973).
- “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *A.D.C.*, 1969, vol. 22, núm. 2, págs. 386 y ss.

DÍEZ PICAZO, L., Y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho civil”, vol. II (Tecnos, Madrid, 1992).

DÖLLE, H., “Aussergesetzliche Schuldpflichten”, *Zges, Staats*, 1943, vol. 103, págs. 67 y ss.

DOMAT, J., “Les lois civiles dans leur ordre naturel”, tomo IV (Durand, París, 1822).

DORAL GARCÍA, J., “Tutela jurídica de las buenas costumbres”, *Libro homenaje a ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA*, vol. I (Colegios Notariales de España, Madrid, 2002).

- “El negocio jurídico” (Trivium, Madrid, 1982).

EBERS, M., “La reforma y Europeización del derecho alemán de obligaciones”, *La Armonización del derecho de obligaciones en Europa* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2006).

EHRENBERG, V., “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico” (Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2003).

ENNECCERUS, L., KIPP, T., Y WOLF, M., “Tratado de derecho civil”, tomo II, vol. I (Bosch, Barcelona, 1933).

- “Tratado de derecho civil”, *Parte general*, tomo II (Bosch, Barcelona, 1934).

ESPÍN CÁNOVAS, D., “Derecho civil español”, *Obligaciones y Contratos*, tomo III (6a ed., Edersa, Madrid, 1983).

FAGES, B., “Le comportement du contractant” (*P.U.A.M.*, Marseille, 1997).

FAGGELLA, G., “Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica, *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, Napoli, 1906, tomo III, págs. 217 y ss.

- “II periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale”, Roma, 1918.

- “Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali”, *Arch. Giur.*, 1909, págs. 128 y ss.

FARNSWORTH, E. A., “Precontractual liability and preliminary agreements”, *Columbia law rev.*, Columbia, 1987, núm. 87, págs. 217 y ss.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., “Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad “ex” artículo 1902: Comentario a la S.T.S. 14 de junio 1999 (R.J. 1999, 4105), *R.D.Pat.*, núm. 4, págs. 281 y ss.

FARRANDO, M. I., “El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas”, *Estudios de derecho mercantil* (Civitas, Madrid, 2001).

FERRER TAPIA, B., “Algunas reflexiones sobre el contrato de aparcamiento de superficie”, *R.D.Pat.*, 2001, núm. 7, págs. 207 y ss.

FERRO-LUZZI, F., “L’imputazione precontrattuale. Il preliminare e le trattative” (Cedam, Padova, 1999).

FLUME, W., “El negocio jurídico” (Fundación Cultural de Notariado, Madrid, 1998).

FRAGALI, M., “Dei requisiti del contratto”, *Libro delle obbligazioni*, tomo I (Firenze, 1948).

FREZZA, P., “Studi sulla buona Fede” (Giuffrè, Milano, 1975).

FRYDMAN, B., “Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation. Droit négocié, droit imposé” (Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996).

- FONTAINE, M., “Le processus de formation du contrat” (Bruylant, Bruxelles, 2002).
- “Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique”, *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002).
 - “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, *Comparaisons Franco-Belges* (L.G.D.J., París, 1996).
- FORCHIELLI, P., “Nota a Cass. 1667 de 1948”, *G.I.*, tomo I, 1948.
- FULLER LON, L., Y PERDUE, W., “Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza”, Traducción por PUIG BRUTAU (Bosch, Barcelona, 1957).
- FURMSTONS, M, P., “CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON’S, Law of Contract” (13a ed., Butterworth’s, London, 1996).
- GALGANO, F., “El negocio jurídico” (Tirant lo Blanch, Valencia, 1992).
- “Diritto Civile e Commerciale”, tomo I, vol. II (3° ed., Cedam, Padova, 1999).
- GANDOLFI, G., “Code Européen des contrats avant- projets ” tomo I (Giuffrè, Milano, 2001).
- “Sul progetto di un codice europeo dei contratti”, *R.D.C.*, 2001, págs. 455 y ss.
- GARCÍA AMIGO, M., “Integración del negocio jurídico”, *R.D.N.*, Madrid, 1980, págs. 118 y ss.
- “Teoría general de las obligaciones y contratos”, *Lecciones de Derecho civil*, vol. II (McGraw-Hill, Madrid, 1995).
- GARCÍA-CRUCES, J, A., “Globalización Económica y derecho mercantil” (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza 2002).
- GARCÍA RUBIO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho español” (Tecnos, Madrid, 1991).
- “Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones”, *La ley*, Madrid, 1989, núm. 4, págs. 112 y ss.
 - “Hacia un derecho europeo de contratos”, *Estudios de Derecho Mercantil Europeo* (Marcial Pons, Madrid, 2005).
 - “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo I (La ley, Las rozas, 2006).
- GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho Español”, *R.D.P.*, 1962, tomo XLVI, págs. 832 y ss.
- GENY, F., “Méthodes d’interprétation et sources en droit prive positif” (L.G.D.J., Reimpresión, París, 1996).
- GERAUD-LLORCA, E., “L’introduction des bonnes mœurs dans le code civil. Les bonnes mœurs” (P.U.F., París, 1994).

- GETE-ALONSO, M., “Manual de derecho civil”, tomo II (Marcial Pons, Madrid, 1996).
- GHIDINI, G., “La Responsabilità del produttore di beni di consumo”, *Profili precontrattuali*, tomo I (Giuffrè, Milano, 1970).
- GHESTIN, J., “Traité de droit civil”, *La formation du contrat* (3ª ed., L.G.D.J., París, 1993).
 - “Traité de droit civil”, *Les effets du contrat* (3ª ed., L.G.D.J., París, 2001).
- GODREAU, M, J., “Lealtad y buena fe contractual”, *R.C.D.I.*, 1992, núm. 609. págs. 291 y ss.
- GÓMEZ CALLE, E., “Los deberes precontractuales de información” (La Ley, Madrid, 1994).
- GÓMEZ POMAR, F., “Previsión de daños, incumplimiento e indemnización” (Civitas, Madrid, 2002).
- GONZÁLEZ PORRAS, J., “La obligación de información y protección al consumidor a través de la publicidad registral”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).
- GOODE, R., “Formation of contracts and precontractual liability”, *I.C.C.*, París, 1990, núm. 440, págs. 169 y ss.
 - “Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen” *R.I.W.*, 1990, núm. 9. págs. 700 y ss.
- GORPHE, FR., “Le principe de la bonne foi” (Dalloz, París, 1928).
- GOUNOT, E., “Le principe de l’autonomie de la volonté”, *Contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique* (L.G.D.J., Dijon, 1945).
- GRASSETTI, C., “L’interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti” (Cedam, Padova, 1938).
- GRIDEL, J, P., “La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé” (Dalloz, París, 2002).
- GRISI, G., “L’obbligo precontrattuale di informazione” (Jovene, Napoli, 1990).
- GUILARTE MARTIN-CALERO, M., “La moderación de la culpa por los tribunales” (Lex Nova, Valladolid, 1999).
- HABERMAS, M., “De l’éthique de la discussion” (Cert, París, 1992).
 - “Morale et communication. Conscience morale et activité communicationnelle” (Cert, París, 1986).
- HAUSER, J., “Ordre public et bonnes mœurs”, *Répertoire civil*, 1993, tomo V, núm. 157, pág. 35 y ss.

HAYEK, A., “Procéduralisation du droit et négociation collective”, *Démocratie et procéduralisation du droit*, Travaux des XVIIe d’études juridiques DABIN J, organisées par le centre de Philosophie du Droit (Bruylant, Université catholique de Louvain, Tome XXX, Bruxelles, 1996).

HERNÁNDEZ GIL, A., “Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la Buena fe” (Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 1979).

HILSENRAD, A., “Las obligaciones precontractuales”. Trad, esp. De MENÉNDEZ PIDAL (Góngora, Madrid, 1932).

HUET, J., “Formation of Contracts”, *Formation of contracts and precontractual liability, Dossiers Interncional Chamber of Comerse*, 1995, París, págs. 188 y ss.

IHERING, R., "De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restées imparfaites", traducción francesa por DE MEULENAERE, *Ouvres choisis de R. VON IHERING*, tomo II (Marescq, París, 1893).

JESTAZ, P., “Les sources du droit: le déplacement d’un pôle à l’autre”, *R.T.D.Civ.*, 1996, págs. 311 y ss.

JORDANO FRAGA, F., “La responsabilidad contractual” (Civitas, Madrid, 1987).

- “La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento” (Civitas, Madrid, 1994).

JOSSERAND, L., “Derecho Civil”, *Teoría general de las obligaciones*, tomo II, vol. I (Bosch, Buenos Aires, 1951).

- “De l’abus des droits” (Rousseau, París, 1905).
- “Essai sur la responsabilité précontractuelle” (Rousseau, París, 1911).

JOURDAIN, P., “Le devoir de “se” renseigner” (Daloz, Sirey, 1983).

- “Rapport français, la bonne foi”, *Travaux de l’Association HENRI CAPITANT*, tomo XLIII (Litec, París, 1992).

KESSLER, F., Y FINE, F., “Culpa in contrahendo. Bargaining in good faith and freedom of contract”, *Harvard law rev.*, 1964, vol. 77, núm. 3, págs. 404 y ss.

KELSEN, H., “Teoría pura del derecho” (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981).

LABARTHE, FR., “La notion de document contractuel” (*L.G.D.J.*, París, 1994).

LACRUZ BERDEJO, J, L., “Elementos de derecho civil”, *Parte general, teoría general del contrato*, tomo II, vol. I (Bosch, Barcelona, 1994).

- “Estudio de derecho privado común y foral”, tomo II (Bosch, Barcelona, 1992).
- “Derecho de Obligaciones”, *Parte General, Delito y cuasidelito*, vol. III (3ª ed., Bosch, Barcelona).

LAFAILLE, H., “Tratado de Derecho Civil”, *Obligaciones*, tomo III (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1950).

LANDO, O., “Principles of european contract law”, *Performance, Nonperformance and remedies*, tomo I (Martinus, Nijhoff, 1995).

LANDO, O., “Principles of european contract law”, tomo II (The Hague, London, Boston, 2000).

LARENZ, K., “Derecho de obligaciones”, tomo I (*Ed. R.D.P.*, Madrid, 1959).

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. En torno a la sentencia del T. S. del 27 de enero de 1977”, *R.D.P.*, 1980, Año 64, Mes 1, págs. 50-78.

- “Principios de derecho civil”, *Contratos*, tomo III (Trivium, Madrid, 1994).
- “La protección del consumidor como principio general del derecho”, *Estudios sobre consumo*, 2005, núm. 73, págs. 55-68.
- “La protección del consumidor como principio general del derecho”, *Libro homenaje al profesor MANUEL ALBALADEJO GARCÍA*, tomo II (Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 2004).

LASHERAS, M., “La regulación económica de los servicios públicos” (Ariel, Barcelona, 1999).

LASSALE, B., “Le pourparlers” (*R.R.J.*, París, 1994).

LEBORGNE, A., “L’impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d’un grand principe”, *R.T.D, civ.*, 1996, núm. 3, págs. 535 y ss.

LE GAC-PECH, S., “La proportionnalité en droit privé des contrats” (*L.G.D.J.*, París, 2000).

LEÓN GONZÁLEZ, J., “De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: Los daños previstos o previsibles”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).

- “Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil”, *Estudios jurídicos in memoriam del profesor ALFREDO CALONGE*, tomo II (Servicios editoriales Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002).

LLACER MATA CAS, M, R., “El dolo por saneamiento de vicios ocultos”, *A.D.C.*, 2002, vol. 45, núm. 4, págs. 1499 y ss.

- “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).

LLAMBIAS, J, J., “Código Civil Anotado” (Abeledo-Perrot, Buenos Aires).

- “Tratado de derecho civil”, *Parte General y Obligaciones* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989).

LLAMAS POMBO, E., “La responsabilidad civil del médico” (Trivium, Madrid, 1988).

- “Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor” (Trivium, Madrid, 1999).
- “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo Milenio* (Dykinson, Madrid, 2000).
- “Responsabilidad médica contractual- Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto. Deberes que integran la obligación de medios del médico, obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgos”, *C.C.J.C.*, 1994, núm. 36, págs. 1009 y ss.
- “Reflexiones en torno a la veracidad informativa en relación con el derecho al honor”, *Retos de la sociedad de la información estudios de comunicación en honor de MARÍA TERESA AUBACH GUIU* (Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1997).
- “Prevención y reparación, las dos caras del derechos de daños”, *La responsabilidad civil y su problemática actual* (Dykinson, Madrid, 2007).

LLOBREGAT, M, L., “Aproximación al concepto de secreto empresarial”, De los Estudios de Derecho Mercantil, *Homenaje al profesor JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ*, vol. II (Universidad de Valladolid, secretariado de publicaciones, Valladolid, 1998).

LLODRÀ GRIMALT, F., “Reflexiones en torno a los PECL y la fase preliminar del contrato. Letters of intent: pactos de intenciones, precontrato”, *El Dret civil català en el context europeu*. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002, (Girona, 2002).

LOBATO DE BLAS, J, M., “Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares”, *R.G.L.J.*, 1976, págs. 570 y ss.

LOI, M, L., Y TESSITORE, T., “Buona fede e responsabilità precontrattuale” (Giuffrè, Milano, 1975).

LUMINOSO, A., “La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile”, *C.I.*, 1988, págs. 792 y ss.

MACHADO, J, B., “Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, *R.F.D.U.L.*, Lisboa, 1988.

MANCINI, C., “La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro” (Giuffrè, Milano, 1957).

MANS PUIGARNAU, J, M., “Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas máximas y aforismos jurídicos” (Bosch, Barcelona, 1979).

MANZANARES SECADES, A. “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *A.D.C.*, 1985, vol. 38, núm. 4, págs. 979 y ss.

- “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *A.D.C.*, 1984, vol. 37, núm. 3, págs. 687 y ss.

MARÍN CASTAN, M., “Algunas reflexiones sobre los principios generales del derecho”, *Libro-Homenaje al profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA* (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006).

MARKESINIS, B., “The German Law of obligations”, *The law of contract and restitution: a comparative introduction*, vol. I (Calrendon Press, Oxford, 1997).

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación” (Marcial Pons, Madrid, 2000).

MASSAGUER, J., “Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: Régimen jurídico” (C.D.C., Madrid, 1994).

MAZEAUD, H., “Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle”, *R.T.D.civ.*, 1929, págs. 551 y ss.

- “Essai de classification des obligations”, *R.T.D.civ.*, 1936, págs.1 y ss.

MAZEAUD, D., “Mystères et paradoxes de la période précontractuelle”, *Le contrat u debut du XXIe siècle, Etudes GHESTIN J (L.G.D.J., París, 2001).*

- “Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?”, *L’avenir du droit* (Dalloz, PUF. Ed. juris-classeur, 1999).
- “Les nouveaux instruments de l’équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d’aller trop loin? La nouvelle crise du contrat” (Université de Lille II, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Lille, 2003).
- “Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé”, *Colloque du 20 de mars 1998 organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V (P.A., París, 1998).*

MAZEAUD, H., Y L., - TUNC, A., “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual”, tomo I, vol. I, trad. De la 5ta Edición francés, De ALCALAZAMORA (Juris. Europa-america, Buenos aires, 1961).

MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: Nota acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *R.D.P.*, 2005, mes 5-6, págs. 79 y ss.

MEIGNIE., “Responsabilité et contrat” (Thèse, Lille, 1924).

MEKKI, M., “L’intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé” (*L.G.D.J., París, 2004).*

MENÉNDEZ MATO, J, C., “La oferta contractual” (Arazandi, Pamplona, 1998).

MENÉNDEZ PIDAL, F., Anotaciones y concordancias, a la obra de HILSENRAD, A., “Las obligaciones precontractuales”, Trad, esp. De MENÉNDEZ PIDAL (Góngora, Madrid, 1932).

MENEZES CORDEIRO, A., “Da boa Fé no Direito Civil”, vol. I (Almedina, Coimbra, 1984).

MENEZES LEITÃO, L, M., “Obrigações”, vol. I (Almedina, Coimbra, 2002).

MENGOLI, L., “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, *R.D.C.o.*, 1956, tomo II, págs. 370 y ss.

MESSINEO, F., “Doctrina general del contrato” (*E.J.E.A.*, Buenos Aires, 1952).

- “Manual de derecho civil y comercial”, tomo I, traducción de SENTIS MELEDO (Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954).
- “Il contratto in genere”, tomo I (Giuffrè, Milano, 1973).
- “Manual de derecho civil y comercial”, tomo II, *Doctrinas generales*, traducción de SENTIS MELEDO (Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954).
- “Manual de derecho civil y comercial”, tomo IV, traducción de SENTIS MELEDO (Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955).
- “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, vol. XXI, tomo I (Giuffrè, Milano, 1968).

MESTRE, J., “Transparence et droit des contrats”, *La transparence, R.J.*, 1993, núm. special. pág. 82 y ss.

- “L’influence des relations de travail sur le droit commun des contrats”, *Dr. Soc.* 1988.
- “La période précontractuelle et la formation du contrat”, *P.A.*, París, 2000, núm. special 90, págs. 7 y ss.
- “Jurisprudence française en matière de droit civil”, *Obligations et contrats speciaux, R.T.D.civ.*, 1999, págs. 78 y ss.

MICHAUX, S., “La formation du contrat: pour un rapprochement entre psychologie et droit”, *Le processus de formation du Contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002).

MIGGIANO, P., “La natura della responsabilità precontrattuale”, *Nuovo diritto* (Giuffrè, Milano, 1954).

MIQUEL GONZÁLEZ, J., “La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil”, *Anales de la academia Matritense del Notariado*, 1990, núm. 29, págs. 7 y ss.

- “Acción de división de cosa común. Buena fe y abuso del derecho. Presunción de buena fe”, *C.C.J.C.*, 1986, págs. 4061 y ss.
- “Observaciones en torno a la buena fe”, *Homenaje al profesor JUAN ROCA JUAN* (Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 1989).

MIRABELLI, G., “Dei contratti in generale” (Utet, Torino, 1987).

MIRMINA STEVEN, A., “A comparative survey of culpa in contrahendo, focusing on its origins in roman, German and French law as well as its application in American law”. *Connecticut journal of international law*, 1992, núm. 8, págs. 77 y ss.

MOLLEDA FERNÁNDEZ, A., “La presunción de buena fe”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I (Madrid, 1962).

MONATERI, P. G., “Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale” *R.C.P.*, Roma, 1985, págs. 760 y ss.

MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, *A.D.C.*, 1982, vol. 35, núm. 3, págs. 591 y ss.

- “Los principios del Derecho Europeo de contratos” (Civitas, Madrid, 2002).

MORAND, A., “Le droit néo-moderne des politiques publiques” (*L.G.D.J.*, París, 1999).

MORELLO, A. M., “Indemnización del daño contractual” (2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974).

MORENO DE TORO, C., “La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados” (Consejo Económico y social, Madrid, 1999).

MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato” (Nereo, Barcelona, 1963).

- “La oferta de Contrato”, *R.D.N.*, 1956, Año IV, núm. XIII- XIV Julio diciembre.
- “La oferta de contrato cuarenta años después”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor AURELIO MELÉNDEZ*, tomo IV, derecho civil y derecho público, (Civitas, Madrid, 1996).
- “La protección del consentimiento contractual, hoy”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).

MOTA PINTO, C., “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XIV, Coimbra, 1966, págs. 143 y ss.

MOUSSERON, J., “La durée dans la formation des contrats” (Mélanges offerts à Jauffret, París, 1974).

MUSY, A. M., “Responsabilità precontrattuale, culpa in contrahendo” (*D.d.P.S.*, Torino, 1988).

NANNI, L., “La buona fede contrattuale” (Cedam, Padova, 1988).

- “La trattative”, *I contratti in generale*, tomo III (Utet, Torino, 1991).
- “La buona fede contrattuale nella giurisprudenza”, *C.I.*, 1986, págs. 557 y ss.

NEVOLI, R., “L’art. 1337 cod. Civ. E il recesso unilaterale dalla trattativa”, *Foro pad.* 1992, tomo I, págs. 453 y ss.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Compendio de derecho civil”, *Derecho de obligaciones*, tomo II, Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito, vol. I (Edersa, Madrid, 1987).

OLIVA RODRÍGUEZ, A. M., “Panorama del derecho de obligaciones y contratos en CASTAN TOBEÑAS”, *R.C.D.I.*, Madrid, 1989, tomo II, págs. 1454 y ss.

OSPINA FERNÁNDEZ, G., Y OSPINA ACOSTA, E., “Teoría general de los actos o negocios jurídico” (Temis, Bogotá, 1980).

- OSSORIO, A. “El hecho generador de las obligaciones”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1934, págs. 257 y ss.
- PACCHIONI, G., “Diritto civile italiano”, tomo II, vol. I (Cedam, Padova, 1939).
- PALMIERI, D., “La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza” (Giuffrè, Milano, 1999).
- PANCRAZI-TIAN, M., “La protection juridique du lien contractuel” (*P.U.A.M.*, Aix Marseille, 1996).
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Voz [culpa]”, *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II (Civitas, Madrid, 1995).
- “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *A.D.C.*, Madrid, 1989, vol. 42, núm. 4, págs. 1143 y ss.
 - “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, tomo II (Centenario del Código Civil, Madrid, 1990).
 - “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, Madrid, 1993, vol. 46, núm. 4, págs. 1719 y ss.
- PASCUAL ESTEVILL, L., “Derecho de daños”, tomo II (Bosch, Barcelona, 1995).
- “La responsabilidad precontractual”, *La Ley*, 1994, núm. 4, págs. 934 y ss.
- PASCUAU LIAÑO, M., “Comentario al art. 1258 del Código Civil”, *Jurisprudencia civil comentada*, tomo I (Comares, Granada, 2000).
- PATTI, S., “Responsabilità precontrattuale e contratti standard” (Giuffrè, Milano, 1993).
- PEDRAZZI, G., “Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio” (Giuffrè, Milano 1955).
- PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia” (Thomson Aranzadi, Navarra, 2004).
- PICOD, Y., “Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat” (*L.G.D.J.*, París, 1989).
- PIETROBON, V., “El error en la doctrina del negocio jurídico” (Ed. *R.D.P.*, Madrid, 1971).
- “Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico” (Cedam, Padova, 1990).
- PIETTE, G., “La correction du contrat” (*P.U.A.M.*, Aix-Marseille, 2004).
- PIOTET, P., “Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse”, (Stempfi, Berne, 1963).
- “La formation du contrat, en doctrine générale et en droit privé suisse” (Stempfi, Berne 1956).
- PIRES DE LIMA, F., Y ANTUNES VARELA, J., “Código Civil Anotado”, tomo I (4ª ed., Coimbra, 1987).

PLANIOL, M., Y RIPERT, J., “Tratado práctico de Derecho civil Francés”, *De las obligaciones*, tomo VII (Cultural, La Habana, 1932).

PRATA, A., “Notas sobre responsabilidade pré-contratual” (Almedina, Coimbra, 2002).

POSNER, R., “Economic Analysis of Law” (3a ed., Little Brown and Company, Boston, 1986).

POTHIER, J., “Traité du contract de mandat”, *Oeuvres de POTHIER*, tomo III (Tarlier, Bruxelles-Amsterdam, 1830).

- “Tratado de las obligaciones” (Heliasta, Buenos Aires, 1978).
- “Traite des obligations”, *Oeuvres de POTHIER*, tomo I (Tarlier, Bruxelles-Amsterdam, 1830).

PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de derecho civil”, *Doctrina general del contrato*, tomo II, vol. I, (Bosch, Barcelona, 1978).

- “Fundamentos de derecho civil”, tomo II, vol. II (Bosch, Barcelona, 1982).
- “Fundamentos de derecho civil”, *Doctrina general del contrato*, tomo II, vol. II, (Bosch, Barcelona, 1978).
- “Fundamentos de derecho civil”, *Derecho general de las obligaciones*, tomo I, vol. II, (3ª ed. Bosch, Barcelona, 1985).

RABELLO, A., “La théorie de la culpa in contrahendo, et la loi Israélienne sur les contrats 1973”, *R.I.D.C.*, 1997, año 49, núm. 1, Jan-Mar, págs. 42 y ss.

RADRUCHS, G., “Filosofía del derecho” (Madrid, 1952).

RANGEL SÁNCHEZ., “Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos” (Dykinson, Madrid, 2000).

RANOUIL, V., “L’autonomie de la volonté: naissance et évolution d’un concept” (*P.U.F.*, París, 1980).

RASI, S. A., “Tema di responsabilità precontrattuale”, *G.I.*, tomo I, vol. 1, Roma, 1972, págs. 1315 y ss.

RAVAZZIONI, A., “La formazione del contratto”, *Le fasi del procedimento*, tomo I (Ristampa nalterata, Milano, 1973).

RAWLS, J., “La théorie de la justice comme équité: une théorie politique et non pas métaphysique” (Seuil, París, 1988).

REGLERO CAMPOS, F., “Lecciones de Responsabilidad civil” (Aranzadi, Navarra, 2002).

REYES CORRIPIO, M., “El deber de información precontractual” (Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999).

RIBEIRO DE FARIA, J., “Direito das Obrigações”, vol. I (Almedina, Coimbra, 2003).

- RIEG, A., “Les modes non formels d’expression de la volonté en droit civil français”, tomo XX (Dalloz, París, 1968).
- RIPERT, G., “La regla moral en las obligaciones civiles” (Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 1946).
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator*”, A.D.C., 1976, tomo XIX, vol. IV, pág. 1047 y ss.
- ROCA SASTRE, R., Y PUIG BRUTAU, J., “Función de la voluntad en la creación del negocio jurídico” (Estudios de Derecho Privado, Barcelona, 1948).
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., “Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).
- ROGEL VIDE, C., “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *Homenaje al profesor LLUIS PUIG I FERRIOL*, vol. II (Tirant lo Blanch, Valencia, 2006).
- “La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español” (Civitas, Madrid, 1976).
- ROMAN GARCÍA, A., “El precontrato” (Montecorvo, Madrid, 1982).
- ROSENDE ÁLVAREZ, H., “Responsabilidad precontractual” (Ediciones Universidad Católica de Valparaíso, Santiago de Chile, 1979).
- ROUBIER, P., “Essai sur la responsabilité précontractuelle” (Rousseau, París, 1911).
- ROVELLI, L., “La responsabilità precontrattuale”, *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, tomo II (Giappichelli, Torino, 20002).
- RUBINO, D., “La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari” (Giuffrè, Milano, 1939).
- RUBIO GARCÍA-MINA, J., “La responsabilidad civil del empresario” (Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 1971).
- SACCO, R., “Trattato di diritto civile”, *Il Contratto* (Utet, Torino, 1975).
- SALAFIA., “Brevi considerazioni in tema di responsabilità aquiliana per lesione del credito derivante dalla trattativa contrattuale”, *Mon. Trib.*, 1972, págs. 1065 y ss.
- SALEILLES, R., “De la responsabilité précontractuelle”, *R.T.D.civ.*, 1907, págs. 712 y ss.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “Los principios Clásicos del Derecho” (Unión Editorial, Madrid, 1975).
- SANTAELLA LÓPEZ, M., “Derecho de la publicidad” (Thomson Civitas, Madrid, 2003).
- SANTORO, P, F., “Dottrine generali del diritto civile” (Jovene, Napoli, 1954).

SANTOS BALLESTEROS, J., “Instituciones de la responsabilidad civil”, tomo II (Javegraf, Bogotá, 2005).

- “Instituciones de la responsabilidad civil”, tomo I (Javegraf, Bogotá, 2005).

SANTOS BRIZ, J., “La contratación privada” (Montecorvo, Madrid, 1966).

- “La responsabilidad civil” (Montecorvo, Madrid, 1977).
- “Derecho civil: la obligación y el contrato en general, derecho de daños”, *Derecho de obligaciones*, tomo III (Ed. R.D.P., Madrid, 1975).

SAVATIER, R., “Les contrats de conseil professionnel en droit privé” (Daloz, París, 1972).

SAVIGNY, F., “Sistema del diritto romano attuale” tomo III (Scialoja, Torino, 1900).

- “Traité de droit Roman”, tomo III (Pantheon, París, 2002).

SCHMIDT, J., “La sanction de la faute précontractuelle”, *R.T.D.civ.*, 1974, París, tomo 72, págs. 46 y ss.

- “Negotiation et conclusion de contrats” (Daloz, París, 1982).

SCHMIDT- SZALEWSKI, J., “La période précontractuelle en droit français”, *R.I.D.C.*, 1990, págs. 545 y ss.

SCOGNAMIGLIO, R., “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale” (Novissimo digesto Italiano XV, Torino, 1968).

- “Teoría general del contrato”, traducción de HINESTROSA F (Publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983).
- “Contratti in generale”, *Trattato di diritto civile* (Ed. Vallardi, Milano, 1977).

SILANCE, L., “Un moyen de combler les lacunes en droit: L’induction amplifiante. Le problème des lacunes en droit”, *Travaux du centre National de recherche de logique* (Bruylant, Bruxelles, 1968).

STIJS, S., “Abus, mais de quel(s) droit(s)?, Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1990, pág. 43 y ss.

STIGLITZ, R., Y STIGLITZ, G., “Responsabilidad precontractual” (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992).

STIGLITZ, R. S., “Contratos civiles y comerciales”, *Parte general*, tomo I (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998).

STIGLITZ, J. E., “On the Economic Role of the state”, *The economic Role of the State*, (Basil Blackwell, Oxford, 1989).

SOBRAL DO NACIMENTO, P., “A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações”, *Estudos em homenagem ao Prof. DOCTOR INOCÊNCIO GALVÃO TELLES*, vol. IV (Almedina, Coimbra, 2003).

SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Universitas*, 2004, núm. 108, Julio-Diciembre, págs. 281 y ss.

SOTO NIETO, F., “La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo” (Montecorvo, Madrid, 1982).

STÖLL, H., “Die Lehre von den Leistungsstörungen” (Tübingen, 1936).

STOLFI, G., “Teoría del negocio jurídico” (Ed. *R.D.P.*, Madrid, 1959).

- “Sulla responsabilità precontrattuale del minore”, *R.D.Co.*, 1968, tomo I, págs. 271 y ss.
- “Colpa in contrahendo e prescrizione”, *Giur. it.*, 1974, tomo I, vol. II, págs. 430 y ss.
- “Tema di responsabilità precontrattuale”, *Foro it.*, 1954, tomo I, págs. 1110 y ss.

TAFARO S., “Hombre y obligaciones: Equilibrio entre las prestaciones”, Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. *Libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA*, vol. III (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

TAMBURRINO, C., “Il vincoli unilaterali nella formazioni progressiva del contratto” (Giuffrè, Milano 1954).

TEGETHOFF, M., “Culpa in contrahendo in German and Dutch Law- a comparison of Precontractual Liability-”, *Maastricht Journal of European of European and Comparative Law*, 1998, vol. 5, págs. 341 y ss.

TERCIER, P., “La culpa in contrahendo en droit Suisse”, *Premières journées juridiques yugoslavo-suisse* (Publications de l’Institut Suisse de Droit Comparè, Lousanne, 1984).

TERRE, FR, Y LEQUETTE, Y., “Droit civil”, *Les obligations* (Daloz, París, 1996).

THIBIERGE-GUELFUCCI, C., “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, *R.T.D. Civ.*, 1997, págs. 397 y ss.

THOMAS, Y., “La langue du droit Roman. Problèmes et méthodes” (Librairie de jurisprudence ancienne & moderne, París, 1974).

TORRALVA, V., “Lecciones de Derecho civil”, vol. II (Publicaciones Universitaria, Barcelona, 1984).

TORRELLES TORREA, E., “El leve acercamiento de la ley de garantías de los bienes de consumo a la *Non-performance*”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).

TOSCANO, G., “Responsabilità civile”, *R.D.C.*, 1956, págs. 848 y ss.

TURCO, C., “Interesse negativo e responsabilità precontrattuale” (Giuffrè, Milano, 1990).

VALES DUQUE, P., “La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”, *Libro-Homenaje al Profesor MANUEL AMORÓS GUARDIOLA* (Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006).

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M., “Derecho civil. Obligaciones y contratos” (Tirant lo Blanch, Valencia, 1998).

VAN DE KERCHOVE, M., Y OST, F., “Le système juridique entre ordre et désordre” (*P.U.F.*, París, 1988).

VAN OMMESLAGHE, P., “L’exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *R.G.D.C.*, 1987, págs. 101 y ss.

VAQUER ALOY, A., “El concepto de daño en el derecho comunitario”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo I (La ley, Las rozas, 2006).

VASSILI, C., “L’obligation d’informer dans la vente des produits mobiliers” (Story-Scientia, Bruxelles, 1987).

VATTIER FUENZALIDA, C., “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *A.D.C.*, Madrid, 1987, vol. 40, núm. 2, págs. 495 y ss.

- “Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Ilicitud contractual, supuestos y efectos” (Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

VERGA, A., “Errore e responsabilità nei contratti” (Cedam, Padova, 1941).

VICENTE DOMINGO, E., “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, *Estudios de derecho de obligaciones Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, tomo II (La ley, Las rozas, 2006).

VIGURI PEREA, A., “En pro del estudio de un desconocido, los tratos preliminares”, *Homenaje al profesor BERNARDO MORENO Q.*, vol. III (Almería, 2000).

- “Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales” (P.P.U., Barcelona, 1994).

VINEY, G., “Introduction à la responsabilité”, *Traité de droit civil* (2ª ed., *L.G.D.J.*, París, 1995).

VISINTINI, G., “La reticenza nella formazione dei contratti” (Padova, 1972).

VIVANTE, C., “Traité de droit commercial”, tomo IV (Giard, París, 1911).

VON BAR, C., “Die study group on a European civil code”, *Fs Für* (Dieter Heinrich, Bielefeld, Gieseking, 2000).

- “Le groupe d’études sur une code civil Européen”, *R.I.D.C.*, 2001, vol. 53, núm. 1, págs. 127 y ss.

VON THUR, A., “Tratado de las obligaciones”, tomo I (Madrid, 1934).

WALINE, M., “L’individulaisme et le droit” (Domat, Montchrestien, 1949).

WIEACKER, F., “El principio general de la Buena fe” (Cuadernos Civitas, Madrid, 1982).

WILS, W, P., “Who should bear the costs of failed Negotiations? A functional Inquiry into Precontractual Liability” (Harvard Law School, Boston, 1992).

WOLFGANG, S., “Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema del derecho alemán”, *R.D.P.*, 1942, núm. 305, págs. 448 y ss.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual” (Dykinson, Madrid, 2001).

- “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”, *R.C.D.I.*, 1991, núm. 603, págs. 443 y ss.
- “Comentario del artículo 1.107 del Código Civil”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor DR. JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO*, vol I (Bosch, Barcelona, 1992).

ZABALA DE GONZÁLEZ, M., “La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente” (Desalma, Buenos Aires, 1980).

ZAGREBELSKY, G., “El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia” (Trotta, Madrid, 1997).

ZELAYA ETCHEGARAY, P., “La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente: naturaleza y requisitos” (Aranzadi, Pamplona, 1995).

ZIMMERMANN, R., “The law of obligations -Roman Foundations of the civilian Tradition-” (Oxford University Press, Oxford, 1996).

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Tribunal Supremo

S.T.S. de 2 de abril de 1946 (R.J. 1946, 403)	221
S.T.S. de 23 de febrero de 1963 (R.J. 1963, 180)	348
S.T.S. de 18 de enero de 1964 (R.J. 1964, 204)	75
S.T.S. de 29 de enero de 1965 (R.J. 1965, 262)	146, 317
S.T.S. de 17 de mayo de 1968 (R.J. 1968, 2480)	347
S.T.S. de 12 de diciembre de 1976 (R.J. 1977, 433)	88, 251
S.T.S. de 8 de julio de 1981 (R.J. 1981, 3053)	285
S.T.S. de 9 de octubre de 1981 (R.J. 1981, 3595)	169
S.T.S. de 26 de octubre de 1981 (R.J. 1981, 3956)	252
S.T.S. de 6 de junio de 1982 (R.J. 1982, 3416)	169
S.T.S. de 26 de enero de 1984 (R.J. 1984, 386)	13, 91, 252, 317
S.T.S. de 9 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3802)	91, 252, 317
S.T.S. de 19 de julio de 1984 (R.J. 1984, 3812)	13, 91, 317
S.T.S. de 23 de noviembre de 1984 (R.J. 1984, 5656)	415
S.T.S. de 17 de enero de 1986 (R.J. 1986, 105)	239, 377
S.T.S. de 23 de febrero de 1988 (R.J. 1988, 1278)	159
S.T.S. de 23 de marzo de 1988 (R.J. 1988, 2422)	375
S.T.S. de 6 de abril de 1988 (R.J. 1988, 3111)	285
S.T.S. de 16 de mayo de 1988 (R.J. 1988, 4308)	13, 88, 91, 251
S.T.S. de 30 de octubre de 1988 (R.J. 1988, 8183)	251
S.T.S. de 30 de octubre de 1988 (R.J. 1988, 8182)	88
S.T.S. de 21 de noviembre de 1988 (R.J. 1988, 7595)	159
S.T.S. de 15 de enero de 1989 (R.J. 1989, 122)	348
S.T.S. de 22 de junio de 1989 (R.J. 1989, 4776)	339, 347
S.T.S. de 10 de enero de 1990 (R.J. 1990, 32)	348
S.T.S. de 1 de marzo de 1990 (R.J. 1990, 1656)	347
S.T.S. de 25 de junio de 1990 (R.J. 1990, 4894)	348
S.T.S. de 11 de octubre de 1990 (R.J. 1990, 7856)	348
S.T.S. de 23 de diciembre de 1991 (R.J. 1991, 9476)	159
S.T.S. de 26 de marzo de 1993 (R.J. 1993, 2395)	91
S.T.S. de 12 de noviembre de 1993 (R.J. 1993, 8760)	193
S.T.S. de 15 de enero de 1994 (R.J. 1994, 437)	308
S.T.S. de 26 de febrero de 1994 (R.J. 1994, 1198)	88, 139, 308
S.T.S. de 29 de marzo de 1994 (R.J. 1994, 2304)	174
S.T.S. de 12 de julio de 1994 (R.J. 1994, 6390)	193
S.T.S. de 24 de febrero de 1995 (R.J. 1995, 1135)	348
S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (R.J. 1997, 1240)	317, 420
S.T.S. de 3 de mayo de 1997 (R.J. 1997, 3668)	210
S.T.S. de 2 de abril de 1998 (R.J. 1998, 1870)	210
S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (R.J. 1998, 2934)	91, 317
S.T.S. de 30 de mayo de 1998 (R.J. 1998, 4112)	210
S.T.S. de 3 de julio de 1998 (R.J. 1998, 5411)	210
S.T.S. de 8 de Julio de 1998 (R.J. 1998, 5544)	210

S.T.S. de 15 de septiembre de 1998 (R.J. 1998, 6742)	210
S.T.S. de 5 de abril de 1999 (R.J. 1999, 1873)	88, 297
S.T.S. de 14 de junio de 1999 (R.J. 1999, 4105)	13, 91, 251, 309
S.T.S. de 2 de diciembre de 1999 (R.J. 1999, 9477)	308
S.T.S. de 16 de diciembre de 1999 (R.J. 1999, 8978)	13, 88, 91, 251
S.T.S. de 16 de junio de 2000 (R.J. 2000, 5288)	284, 285

Audiencias Provinciales

S. de la A.P. de Navarra de 23 de junio de 1992 (A.C. 1992, 562) núm. 1236	405
S. de la A.P. de Girona de 20 de noviembre de 1992 (A.C.1992, 380) núm. 615	405
S. de la A.P. de Asturias de 4 de noviembre de 1993 (A.C. 1993, 2309)	193
S. de la A.P. de Málaga de 2 de noviembre de 1996 (A.C.2006, 280)	193
S. de la A.P. de Málaga de 23 de octubre de 2000 (JUR. 2001, 25537)	257
S. de la A.P. de Madrid de 29 de marzo de 2004 (JUR. 2004, 248496)	297
S. de la A.P. de Salamanca de 31 de enero de 2005 (A.C. 2005, 181)	298
S. de la A.P. de Burgos de 12 de septiembre de 2005 (JUR 2005/141209)	298
S. de la A.P. de Pontevedra de 21 de junio de 2006 (A.C. 2006, 1518)	298

JURISDICCIÓN ITALIANA

Corte de Casación

S. de 23 de febrero de 1916	37
S. de 6 de enero de 1925	38
S. de 5 de junio de 1952, núm. 1599	327
S. de 28 de marzo de 1955, núm. 923	420
S. de 24 de marzo de 1958, núm. 958	270
S. de 25 de marzo de 1959, núm. 929	103
S. de 12 de junio de 1959, núm. 1789	89,266,327,333
S. de 7 de marzo de 1963, núm. 543	104
S. de 17 de abril de 1970, núm. 1098	327
S. de 24 de abril de 1970, núm. 11790	104
S. de 15 de febrero de 1971, núm. 372	420
S. de 15 de mayo de 1971, núm. 1499	328
S. de 28 de enero de 1972, núm. 199	310
S. de 13 de abril de 1973 núm. 1057	419
S. de 14 de abril de 1975, núm. 1411	327
S. de 14 de octubre de 1978, núm. 4626	223
S. de 20 de agosto de 1980, núm. 4942	104
S. de 17 de enero de 1981, núm. 430	89, 268
S. de 22 de junio de 1982, núm. 2765	244
S. de 22 de octubre de 1982, núm. 5496	269

S. de 18 de abril de 1983, núm. 2651	89, 309, 328
S. de 9 de mayo de 1983, núm. 3152	268
S. de 10 de julio de 1984, núm. 4049	89, 268
S. de 21 de enero de 1985, núm. 226	310
S. de 26 de enero de 1985, núm. 399	266, 309
S. de 29 de noviembre de 1985, núm. 5920	309
S. de 18 de enero de 1988, núm.340	309, 437
S. de 11 de septiembre 1989, núm. 3922	269
S. de 30 marzo de 1990, núm. 2623	269
S. de 11 mayo de 1990, núm. 4051	269
S. de 1 de febrero de 1995, núm. 1163	445
S. de 22 de agosto de 1997, núm. 7857	103
S. de 20 de enero de 1999, núm. 500	405
S. de 22 de abril de 1999, núm. 3988	242
S. de 14 de junio de 1999, núm. 5830	319
S. de 21 de marzo de 2000, núm. 3001	242
S. de 21 de febrero de 2002, núm. 2515	408

Corte de Apelación

S. de la corte de apelación de Venecia de 11 de abril de 1953	393
S. de la corte de apelación de Milán de 15 de marzo de 1968	328
S. de la corte de apelación de Milán de 6 de noviembre de 1987	393
S. de la corte de apelación de Milán de 2 de febrero de 1990	393

Tribunales

S. del tribunal de Nápoles de 31 de marzo de 1909	37, 38
S. del tribunal de Nápoles de 27 de marzo de 1911	37
S. del tribunal de Nápoles de 9 mayo de 1916	37
S. del tribunal de Roma de 27 de enero de 1947	327
S. del tribunal de Roma de 24 de enero de 1955	328
S. del tribunal de Catania de 25 de enero de 1956	420
S. del tribunal de Venecia de 6 de febrero de 1957	420
S. del tribunal de Nápoles de 21 de mayo de 1957	420
S. del tribunal de Roma de 24 de julio de 1965	328
S. del tribunal de Nápoles de 23 de diciembre de 1971	299
S. del tribunal de Nápoles de 30 de abril de 1984	328
S. del tribunal de Milán de 11 de enero de 1988	393

JURISDICCIÓN FRANCESA

Corte de Casación

Cass. 3ª civ., 5 de junio de 1970, <i>Bull. Civ.</i> , tomo III, núm. 387	233
Cass. com., 20 de marzo de 1972, <i>Bull. Civ.</i> , tomo IV, núm. 93	311

<i>Cass. com.</i> , 8 de julio de 1975, <i>Bull. Civ.</i> , tomo IV, núm. 195	233
<i>Cass. com.</i> , 1 de diciembre de 1975, <i>Bull. Civ.</i> , tomo IV, núm. 283	233
<i>Cass. civ.</i> , 21 de junio de 1979, <i>Bull. Civ.</i> , tomo V, núm. 567	258
<i>Cass. 2ª civ.</i> , 9 de diciembre de 1981, <i>Bull. Civ.</i> , II, núm. 212	153, 258
<i>Cass. civ.</i> , 14 de diciembre de 1982, <i>Bull. Civ.</i> , tomo I, núm. 317	233
<i>Cass. com.</i> , 7 de abril de 1987, <i>Bull. Civ.</i> , tomo IV, núm. 93	232
<i>Cass. 3ª civ.</i> , 23 de abril de 1992, <i>Bull. Civ.</i> , tomo III, núm. 137	232
<i>Cass. com.</i> , 22 de febrero de 1993, <i>Bull. Civ.</i> , IV, núm. 79	202, 312
<i>Cass. com.</i> , 12 octubre 1993, <i>Bull. Civ.</i> , V, núm. 156	188, 312
<i>Cass. com.</i> , 25 de octubre de 1994, <i>Bull. Civ.</i> , tomo I, núm. 101	232
<i>Cass. com.</i> , 7 de enero de 1997 <i>Bull. Civ.</i> , tomo I, núm. 13	311, 364
<i>Cass. com.</i> , 22 de Abril de 1997, <i>Bull. Civ.</i> tomo III, núm. 245	311
<i>Cass. 1ª civ.</i> , 6 de enero de 1998, <i>Bull. Civ.</i> , tomo I, núm. 7	311

Corte de Apelación

S. de la corte de apelación de París, de 13 de mayo de 1989	311
S. de la corte de apelación de Riom, de 10 de junio de 1992	311
S. de la corte de apelación de Versailles, de 21 de septiembre 1995	311
S. de la corte de apelación de Agen, de 21 octubre de 2002	311

JURISDICCIÓN BELGA

Corte de Casación

	362
S. de 10 de septiembre de 1971 Bruselas (4 ch)	313
S. de 30 de junio de 1983, Bruselas (<i>comm.</i>)	312, 313
S. de 19 de enero de 1990, Bruselas (11 ch. <i>comm.</i>)	312, 313
S. de 5 de enero de 1992, Bruselas (4 ch)	260
S. de 5 de febrero de 1992, Bruselas (4 ch)	

Corte de Apelación

S. de la corte de apelación de Liège, (7ch <i>Comm.</i>), de 20 diciembre 1984	313
S. de la corte de apelación de Liège, (7ch <i>Comm.</i>), de 20 octubre 1989	312, 328
S. de la corte de apelación de Dinant, (5 ch), de 16 de febrero de 1994	313

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Tribunal Internacional de Comercio

Sentencia <i>CCI.</i> , núm. 2291/1975	313
--	-----

