

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
inéditas



TESIS DOCTORAL

La responsabilidad civil derivada de los tratos o negociaciones preliminares : la culpa in contrahendo

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Pablo Valdés Duque

Madrid, 2015

Rda. 101.405

12
928

BIBLIOTECA UCM



5306844526

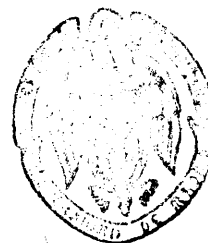
P A B L O V A L E S D U Q U E

T E S I S D E L I C E N C I A T U R A

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS TRATOS O

NEGOCIACIONES PRELIMINARES : LA CULPA IN CONTRAHENDO

DONATIVO



DIRECTOR

BIBLIOTECA
DE DERECHO

FELIX BELTRAN DE HEREDIA

"EXCLUIDO DE PRESTAMO"

.- MADRID 1.991 -.

A Pablo y Blasa,
mis padres.

Quiero hacer mención de agradecimiento al Profesor FELIX BELTRAN DE HEREDIA quien no solamente estuvo dispuesto a prestarme ayuda en tan ardua tarea que es la investigación sino que ha sabido con su oportuno y eficaz consejo llevar el desarrollo y evolución de lo que hoy es mi tesis de licenciatura. Creo que no pudo ser mejor mi elección como director, consejero y orientador por lo que quiero darle mis más expresivas muestras de gratitud y agradecimiento, adjuntándole toda la colaboración futura que pudiera precisar.

.- S U M A R I O -.

CAPITULO I : Los tratos o negociaciones preliminares en la formación del contrato.

I.- Consideraciones generales : Elemento objetivo y subjetivo..	2
II.- Concepto.....	10
III.- Duración de los tratos preliminares.....	13
1º Iniciación.....	13
2º Terminación.....	14
IV.- Situación de los tratos preliminares en la formación del contrato.....	14
1º Tratos preliminares que desembocan en la celebración de un contrato.Tratos preliminares stricto sensu.....	15
2º Tratos que se agotan en sí mismos:tratos preliminares lato sensu.....	15
V.- Naturaleza jurídica.....	17
VI.- Características de los tratos preliminares.....	19
1º Bilateralidad.....	20
2º Vinculación jurídica.....	21
3º Finalidad.....	22
4º Necesidad.....	23
5º Anteproyecto del acto volitivo.....	23
6º Relevancia jurídica.....	23
7º Facultativas.....	24
8º Terminación del periodo preparatorio.....	24
9º Desembolsos y gastos.....	25
10º Minuta.....	25
VII.- Formalización de los tratos preliminares.....	26
VIII.- Diferencias con figuras afines.....	30
1º Distinción con el precontrato.....	31
2º Distinción con la oferta.....	32
3º Distinción con los actos coetaneos y posteriores al contrato.....	34
IX.- Contratos susceptibles de negociaciones preliminares.....	35
X.- Relevancia práctica del iter formativo del contrato y sus repercusiones en la responsabilidad precontractual.....	37
XI.- Notas.....	40

CAPITULO II : Origen y desarrollo de la culpa in contrahendo.

I.- Derecho alemán.....	45
1º La culpa in contrahendo segun Ihering.....	45
a) Concepto y características.....	45

b) Reacción de la literatura jurídica ante la propu esta de Ihering.....	49
2º Transformación del principio de responsabilidad por culpa in contrahendo:de una responsabilidad por in validez contractual a una más general por actuacio- nes lesivas en el periodo de formación del contrato..	50
a) Búsqueda de un fundamento indemnizatorio al mar- gen de lo previsto.....	50
b) La teoría de Leonhard.....	52
c) Aceptación jurisprudencial de la responsabilidad por culpa en la realización del contrato.....	54
d) Relaciones entre la responsabilidad por culpa in contrahendo y la responsabilidad por culpa en la realización del contrato.....	55
a') Identificación de la responsabilidad por cul pa in contrahendo y por culpa en la realiza- ción del contrato.....	56
b') Reconocimiento de una responsabilidad especí fica por daños derivados de actuaciones deri vados de actuaciones en el periodo de nego- ciaciones contractuales sin que se haya ve- rificado un contrato valido.....	58
II-. Derecho italiano.....	59
1º Antecedentes históricos de la responsabilidad por culpa in contrahendo:la obra de Faggella.....	59
2º Antecedentes próximos.Los Art 1.337 y 1.338 del Códig o civil itálico.....	66
III-. Notas.....	72

CAPITULO III : La responsabilidad por culpa in contrahendo.

I-. Noción de responsabilidad precontractual.....	75
1º Noción de responsabilidad precontractual en el dere- cho español.....	76
II-. Ambito de aplicación de la responsabilidad precontractual	80
III-. Fundamento de la responsabilidad precontractual.....	83
1º Fundamento de los deberes precontractuales en el De- recho alemán.....	83
a) Reconducción de los deberes precontractuales a una relación obligatoria nacida de conversaciones con- tractuales	83
a') Introducción.....	83

b')	Carácter legal de la relación jurídica preparatoria.....	84
c')	Comienzo de la relación obligatoria preparatoria.....	85
d')	La confianza y la culpa in contrahendo: la relación preparatoria como una relación de confianza.....	87
b)	Clases y extensión de los deberes precontractuales.....	88
2º	Fundamento de la responsabilidad precontractual en el Derecho español.....	89
3º	Fundamento de la responsabilidad precontractual en la doctrina.....	94
a)	La doctrina italiana.....	94
b)	La doctrina española.....	101
c)	La doctrina alemana.....	106
IV-	Régimen de la responsabilidad precontractual.....	108
1º	Régimen de la responsabilidad precontractual en derecho alemán.....	108
a)	Introducción.....	108
b)	Contenido de la reclamación.....	110
a')	Indemnización de daños y perjuicios.....	110
a'')	Extensión de la reparación :interés positivo y negativo.....	110
b')	La liberación del contrato.....	116
c)	Sujetos.....	117
a')	Personas obligadas.....	117
a'')	El titular de la relación obligatoria.....	117
b'')	Responsabilidad compartida y exclusiva del auxiliar.....	119
b')	Personas a indemnizar.....	120
d)	La culpa como criterio de imputación de responsabilidad.....	120
a')	Introducción.....	120
b')	La culpa del sujeto activo.Su prueba.....	121
c')	La culpa del perjudicado.....	123
d')	Prescripción.....	124
2º	Régimen de la responsabilidad precontractual en derecho español.....	125
a)	Responsabilidad por hechos de los auxiliares...	125

b) La culpa:su prueba.....	126
c) Prescripción.....	132
V-. Elementos necesarios de la responsabilidad precontractual.	132
VI-. Efectos de la responsabilidad precontractual.....	134
VII-. Actos que engendran responsabilidad precontractual.Diver <u>sas</u> hipótesis.....	134
VIII-. La jurisprudencia en la responsabilidad precontractual.	141
IX-. La responsabilidad precontractual en otras ramas jurídic <u>as</u>	147
1º En el Derecho mercantil.....	147
2º En el Derecho público.....	148
3º En el Derecho internacional privado.Ley aplicable...	150
X-. Notas.....	152

CAPITULO IV : La naturaleza jurídica de la culpa in contrahendo.
Alcance de la decisión.

I-.La naturaleza jurídica de la culpa in contrahendo.....	153
1º Derecho alemán.....	153
2º Derecho italiano.....	153
3º Derecho suizo.....	171
4º Derecho francés.....	172
5º Derecho belga.....	175
6º Derecho español.....	175
II-. Alcance de la decisión.Diferencias entre responsabilidad civil extracontractual y contractual.....	178
III-. Notas.....	182

CAPITULO V : La buena fe en el periodo de formación del contrato : La buena fe in contrahendo.

I-. Introducción.....	185
II-. La buena fe objetiva y la buena fe subjetiva.....	188
III-. Significado de la buena fe in contrahendo.....	191
IV-. La buena fe en el periodo de formación del contrato.....	194
1º Delimitación de la buena fe in contrahendo.....	194
2º Contenido de la buena fe in contrahendo.....	197
3º La versión negativa de la buena fe:el dolo in con <u>trahendo</u> y la mala fe.....	199
V-. Notas.....	203

CAPITULO VI : El daño en la responsabilidad precontractual:
el interés negativo.

I.- Antecedentes historicos.....	205
1º Sistema de la voluntad.....	205
2º Sistema de la declaración.....	208
II.- El concepto de interés negativo en la doctrina.....	214
1º En el derecho alemán.....	214
2º En el derecho español.....	215
III.- Determinación del "quantum" en el interés negativo.....	219
IV.- Elementos que deben integrar el resarcimiento del interes negativo.....	223
1º El daño emergente.....	223
a) Gastos no indemnizables.....	224
b) Gastos indemnizables.....	227
2º El lucro cesante.....	227
IV.- Notas.....	230

CAPITULO VII : Supuestos de responsabilidad por culpa in con-
trahendo.

I.- Delimitación de supuestos posibles de responsabilidad pre- contractual.....	233
II.- La ruptura injustificada de las negociaciones prelimina- res.....	236
1º Introducción.....	236
2º La posibilidad de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones. Argumentos so- bre la admisibilidad de esta responsabilidad. El carácter interlocutorio de los tratos.....	245
3º La protección de la confianza.....	251
a) Modulos para apreciar la confianza.....	261
b) Supuestos concretos de confianza.....	263
III.- La responsabilidad precontractual en la nulidad de los contratos.....	264
1º Introducción.....	264
2º No encuentra fundamento jurídico.....	266
a) Mala fe, culpa.....	267
b) Elementos esenciales de validez en el con- trato.....	268
c) Restitución entre partes.....	269
3º Desconocimiento de la causa de nulidad.....	271
a) Conocimiento por ficción legal.....	271
b) Causa penal.....	272

b) Causa penal.....	272
c) Error, dolo y violencia.....	273
4º Características de la causa de acción.....	273
a) La nulidad como antesala a la responsabilidad....	273
b) Prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción.....	274
c) Acción entre partes.....	275
d) ¿Quién puede pedir la acción?.....	275
e) Acumulación de acciones.....	275
f) Daños resarcibles.....	275
IV-. Notas.....	277

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

C A P I T U L O P R I M E R O :

LOS TRATOS O NEGOCIACIONES PRELIMINARES
EN LA FORMACION DEL CONTRATO.

C A P I T U L O P R I M E R O

LOS TRATOS O NEGOCIACIONES PRELIMINARES EN LA FORMACION DEL CONTRATO.

I-. CONSIDERACIONES GENERALES : Elemento objetivo y subjetivo de los tratos o negociaciones preliminares.

No es frecuente en el tráfico económico de nuestros días que el contrato se genere instantaneamente. El consentimiento raras veces se forma en el acto. Más bien suele ser culminación de una serie de situaciones previas: conversaciones, tanteos, exploraciones, negociaciones preliminares; en definitiva, el resultado de un iter lento y a menudo costoso.

Los contratos en materia civil y mercantil (que ofrecen un relevante interés económico, tienen un contenido complejo o exigen observar una forma solemne, lo que trae como consecuencia el hecho de que oferta y aceptación se van formando a través de actos separados cronológicamente) (1), las más notables operaciones financieras y económicas, 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 común. En definitiva, llegar al consentimiento que da vida al contrato y clausura la etapa preliminar (2).

La trascendencia de los tratos preliminares se manifiesta prima facie en una doble vertiente: de un lado, como elemento de interpretación del contrato que originaron, en virtud del sentido extensivo en que debe ser tomado el artículo 1.282 del Código Civil, (en lo sucesivo Cc), según la unánime opinión de la doctrina y jurisprudencia (sentencias de 9 de diciembre de 1.944, 30 de marzo de 1.974 y 12 de noviembre de 1.984 del Tribunal Supremo). Y, de otro lado, como generadores de una especial responsabilidad, cuando media la llamada culpa in contrahendo, o en otros casos de una responsabilidad extracontractual (3).

Pero debe tenerse muy presente que los tratos productores de un contrato posterior, es decir, los tratos preliminares que cristalizan en el contrato a que tienden, no pueden originar ni una responsabilidad precontractual, por culpa in contrahendo, ni una responsabilidad contractual, ya que, concluidos, la situación deviene en puramente contractual. De la misma manera que los tratos que, agotándose en sí mismos, no llegan a producir o generar el contrato hacia el que en principio se dirigen, no podrán tener relevancia a los efectos interpretativos del artículo 1.282 del Cc, por no ser preliminares de ningún contrato, y a lo más podrán entrar en este campo por la vía de ser actos coetáneos o posteriores de otro contrato independiente.

Suele designarse esta fase formativa o de generación contractual con el nombre de tratos, negociaciones o conversaciones preliminares (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1.964), trattative en la terminología italiana, Vertragsverhandlun-

gen en la alemana (4), pourparlers en la francesa.

Los tratos constituyen la materia prima para la elaboración del contrato (5), actividad dirigida a facilitar la conclusión del negocio, lo que no supone que deban tener forzosamente naturaleza polémica o que las partes deban adoptar posiciones antagónicas. Esto sucede normalmente, pero no necesariamente (6). En todo caso, los tratos ofrecen un contenido sociológico diverso: propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista comunicados, etc, integran el sustrato de esta fase preliminar con las miras puestas en el contrato diseñado. Nada vincula, porque sólo hay contrato cuando "una o varias personas consienten en obligarse" (art. 1.254 del Cc), y en el período de tratos o negociaciones previas se intenta únicamente llegar al consentimiento; "Quien trata se limita a discutir y proyectar".

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. Los tratos a menudo se prolongan y en ese intervalo de tiempo se multiplican los gastos o inversiones de las partes que negocian. Lógico, por otra parte, pues suponen inmadurez de una situación en sí misma prejurídica. Parece claro que durante la fase preliminar las partes actúan con libertad, pues su conducta se traduce en contactos, fijación de puntos de vista, remoción de obstáculos y determinación, en suma, de aquellos que pueden ser los elementos del futuro contrato.

En los tratos o negociaciones preliminares falta una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se

debate; solamente existen perspectivas incompletas, acuerdo, en to do 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, pues que las partes, desde el momento en que están tratando o dilucidando el futuro contenido negocial, no consienten sobre el objeto debatido (7). La doctrina moderna sostiene idéntica opinión, pues se recuerda que las conversaciones precontractuales suponen un esquema hi potético o programa transformable en contrato si desembocan en el concurso de propuesta y aceptación (8).

La inclusión de tal fase en el procedimiento de formación de los contratos resulta indudable, si bien, como una fase meramente facultativa, ya que puede ser incluida o rechazada por las partes. Algunos autores italianos que consideran que mientras la oferta es un elemento de la actividad de formación de la relación contractual, los tratos no lo son nunca. Esta tesis aislada en el pa norama doctrinal, ha resultado posteriormente avalado en la doctrina italiana por el Art 1.337 de su Código Civil, el cual al imponer el deber de comportarse según la buena fe, lo hace "... en el desenvolvimiento de los tratos y en la formación del contrato", por lo que parece que para el legislador los tratos no forman parte de la actividad de formación del contrato (9). LOBATO DE BLAS considera tal teoría como una apreciación excesivamente formalista, de escasa fundamentación y ninguna relevancia (10).

Así pues, la etapa precontractual o fase previa 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 contra tantes, inicialmente opuestos y distantes. Están animados por una voluntad de discutir y no necesariamente de contra tar (11). Hay

un ánimo de entenderse, de tratar, no de crear un vínculo jurídico. Las negociaciones preliminares suponen un diseño o proyecto de contrato; no hay en ellas voluntad de traducirlas en fuente de relaciones jurídicas obligatorias (12).

En la misma idea abunda SANTOS BRIZ al indicar que "el período preparatorio del contrato no crea por sí sólo vinculación jurídica alguna, en tanto no se llegue a la perfección del contrato o de un precontrato. No hay más alternativa que llegar a esa perfección o al fracaso en cuanto a obtener una vinculación jurídica (13).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1.929 ha declarado que en el desenvolvimiento y vida jurídica de todo contrato hay un período preparatorio que no liga ni produce vínculos jurídicos mientras no exista la conformidad exacta de las partes, fase que origina la perfección por el concierto de voluntades mediante el consentimiento, que es cuando el convenio tiene su nacimiento y produce fuerza legal coactiva, según enseñan los artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil.

Pero si bien es cierto que la fase de tratos no produce vinculación jurídica alguna, de carácter contractual puro, no es menos cierto que deben hacerse algunas consideraciones críticas sobre ese ánimo de "tratar" del que, en sentir general de la doctrina, están animadas las partes.

a) De un lado, la indudable obligación que las partes tienen de comportarse según la buena fe. Aunque en nuestro Derecho ninguna norma legal impone exactamente el deber de la buena fe en las relaciones precontractuales, tal doctrina se puede construir en base a aplicaciones particulares dispersas en nuestro Código Civil (14).

Partiendo de aquí, resulta suficientemente claro, indica RAVAZ

ZONI "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 contrario a la norma legal"(15).

b) De otro lado, queda fuera de toda duda la importancia que en el tráfico moderno adquiere esta fase preliminar del contrato, ya que en general todos los contratos (16) y, por supuesto, los más importantes contratos en materia civil y mercantil, las más notables operaciones financieras y económicas, 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 común (17).

Como etapa preparatoria, su valor es instrumental y programático (18). Esto no supone, como cree RAVAZZONI, que sean únicamente fases o momentos del proceso formativo del contrato (19). Los actos preliminares contienen todo un programa en el que se integran intereses económicos, relaciones de buena fe, valores patrimoniales, etc.

Hay una relación jurídica precontractual que es menester configurar adecuadamente. Como toda relación jurídica, implica 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. En el denso entramado social hay determinados contactos humanos acotados por la normatividad jurídica (relación de derecho), y en cuyo clima los sujetos relacionados imponen sus derechos, cumplen deberes jurídicos correlativos y se hallan afectados por limitaciones. La 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.

La relación jurídica precontractual se halla integrada por un elemento objetivo y otro subjetivo. Aparte del elemento normativo o disciplina jurídica que, según cada ordenamiento, regule la fase de negociaciones preliminares al contrato.

A) ELEMENTO OBJETIVO, lo constituyen el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etc., que forman la etapa in contrahendo. Actividad o proceso que no es puramente fáctico, sino que forman lo que en la técnica alemana se denomina "contacto social", instaurado entre las partes a los efectos de preparar el contenido del posible negocio. No solamente hay proyectos, fijación de puntos importantes, discusiones prenegociales y, en general, todo un procedimiento dirigido a contratar. Hay también intereses económicos en juego, desembolsos, valores económicos comprometidos, aparte de la posible actuación ilícita en que alguna de las partes pueda incurrir. Lo que puede ser frecuente cuando se viola la lealtad que los principios del tráfico económico exigen a quienes se relacionan socialmente como situación previa a la constitución de un negocio jurídico.

El elemento objetivo de la relación jurídica precontractual no se reduce tan sólo a los denominados tratos o conversaciones preliminares. Comporta toda una serie de actos, situaciones, proyectos, etc., encaminados a la conclusión del contrato. Todo lo que precede al concurso de la oferta y aceptación (Art 1.262 del Cc). De ahí que no sea admisible esa opinión tan extendida, especialmente en España, que limita el problema de la responsabilidad in contrahendo al de la ruptura de las conversaciones preliminares. No es extraño que autores como MORENO QUESADA (20), CARRARA (21) o NATTINI (22), señalen las diferencias entre tratos y oferta de contrato, a las que posteriormente se hará referencia.

No forman parte de la etapa in contrahendo las decisiones internas de los sujetos que negocian, los proyectos individuales o

valoraciones intrínsecas que no se traduzcan en un contacto social. Lo que trae como consecuencia el hecho de que las negociaciones preliminares son necesariamente bilaterales, presuponen vinculación entre partes, cálculos o proyectos compartidos que se objetivan en una relación prenegocial. Cualquier actividad puramente unilateral de un sujeto debe excluirse de la esfera de los tratos, aún cuando vaya encaminada a la formación del consentimiento contractual. Deliberaciones o motivaciones personales condicionantes del acuerdo posterior no tienen relevancia prenegocial si no trascienden y se hacen conocidas por el destinatario.

B) ELEMENTO SUBJETIVO, lo constituye el deber general de actuar de buena fe. Esta debe presidir el comportamiento de las partes que negocian. El ordenamiento jurídico, bien a través de una consagración legislativa (como sucede en Italia, con los Art 1.337 y Art 1.338 del Cc italiano), o bien, a través de principios generales, abuso del derecho, impone a las partes el deber de conducirse correctamente en el desarrollo de las negociaciones preliminares. Las partes, que todavía no son 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 fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo, que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte.

Implica la buena fe, como elemento subjetivo, tutela de la confianza que una persona depositó en las negociaciones, proyectos y comunicación de planes que le hizo la contraparte; protección por haber confiado, según los usos del tráfico, en la lealtad y honradez exigidas a quienes pretenden instaurar una vinculación jurí-

dica.

II-. CONCEPTO.

Entre los antiguos autores, y bajo el nombre de tractatus, concebía CLAUDER SALOMON AUGUSTUS los tratos preliminares como las proposiciones precedentes al acuerdo, con las cuales las partes, sin intención de obligarse, se comunican recíprocamente la intención de contratar (23).

Para PACIONI los tratos no buscan un acuerdo deliberado, sino sólo una disposición hacia la conclusión del contrato y hacia las discusiones relativas (24).

La doctrina española del siglo XIX y XX, apenas si se ocupan de la figura de los tratos preliminares, aludiendo indirectamente a ella al comentar el artículo 1.282 del Cc, en lo que se refiere a la interpretación de los contratos.

ALBALADEJO señala que "hay tratos previos cuando a la emisión de la oferta precede un período de tanteos preliminares, en los que ambas partes, o una de ellas (pues basta que la intervención de la otra se limite a apreciar lo que somete a su consideración aquella), hacen cálculos y valoran posibilidades, para señalar las eventuales condiciones en las que cabría o convendría concluir el contrato; pero sin proponer en firme una a la otra su conclusión en tales o cuales condiciones definitivamente determinadas" (25).

DIEZ PICAZO y GULLON indican "que los tratos son actos que los interesados y sus auxiliares realizan con el fin de elaborar, discutir y concertar un contrato" (26). Su conceptualización como actos, es decir, como actos jurídicos parece la exacta, ya que como pone de relieve DE CASTRO, "acto jurídico (no. comercial) será todo el que tenga un fin extrajurídico, de modo que los efectos jurídi

cos no se tengan en cuenta o lo sean de modo secundario"(27).

DE CASTRO señala que "el ordenamiento jurídico, en materia de Derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones. Más cuando se solicita su intervención coactiva, lo hecho se medirá, para ver a qué figura o tipo negocial se ajusta; y los que conoce y admite el Derecho se han acuñado en las leyes y en la práctica no como nombres vacíos, sino conforme a su variada significación social"(28). Por ello, los tratos preliminares, en sí mismos, son actos jurídicos simples y no actos jurídicos en sentido estricto, entendiendo por tales aquellos a los que el ordenamiento jurídico anareja unos concretos y predeterminados efectos.

Siguiendo a DE CASTRO, el trato preliminar tiene, en principio, una finalidad extrajurídica, porque "la distinción entre negocio y acto, apunta a una diferencia de caracteres cierta; pero la ha formulado inadecuadamente. En el negocio jurídico se imputa a la declaración, de quien o quienes la hagan, el efecto jurídico producido; más para determinar cuál sea este, el Derecho no atiende al efecto que se diga conocido o querido, sino que tiene en cuenta como querido el propósito práctico negocial, y conforme al mismo establece cuál haya de ser su eficacia jurídica. La existencia de una voluntad dirigida expresamente a que lo hecho y dicho tenga eficacia jurídica, en general o en concreto, se estima superflua" (29).

De la observación de la realidad, se desprende la existencia de dos tipos de tratos, que son :

- aquellos tratos preparatorios de un contrato que posteriormente se celebra, y
- aquellos tratos que, agotándose en sí mismos, no conducen a la celebración de contrato alguno.

Ambos tipos, en su inicio, es decir, antes de la celebración del contrato a que tienden, tendrán relevancia en su carácter de generadores de una especial responsabilidad, pero sólo los primeros serán los que verdaderamente integran esa primera fase de la vida del contrato, ya que los segundos no llegan a generar contrato alguno del que sean antecedente, y sólo a ellos, puede referirse el artículo 1.282 del Cc en su interpretación extensiva de los actos anteriores.

De lo dicho se desprende que la calificación de "tratos preliminares" en su más ajustado sentido contractual, como primera fase de la formación del contrato y elementos de interpretación del mismo, es una cuestión cuya determinación sólo es posible realizar a posteriori, en un momento ulterior en el tiempo. Así no queda más remedio, en un intento serio de conceptualización, ensayar una definición que acoja los dos supuestos de tratos preliminares: los que generan un contrato ulterior (=tratos strictu sensu), y los que se agotan en sí mismos (=tratos lato sensu), (30).

DIEZ PICAZO, en este sentido, define a los tratos preliminares como: "los actos jurídicos que los interesados y sus auxiliares realizan con el fin de elaborar, discutir y concertar un contrato o ver la posibilidad de concertarlo" (31).

Desde un punto de vista, técnicamente más exacto de trato preliminar, haciendo -en cierta manera- abstracción de la realidad económico social, sólo merece rigurosamente la calificación de trato preliminar, el acto previo de elaboración o discursión que cristaliza en la celebración de un contrato posterior: trato preliminar stricto sensu. Aquellos en que no se dé tal cristalización contractual posterior, no podrán tener esta consideración estricta de tratos preliminares, siéndolo sólo en sentido general: tratos preliminares lato sensu, los cuales, serán actos jurídicos inte-

grantes de simples comportamientos de hecho.

Para LOBATO DE BLAS, reafirma esta idea discriminadora la circunstancia de que la figura de los tratos preliminares entra en nuestro Derecho por la vía de la interpretación contractual (Art 1.282 del Cc) al ser considerados como la primera fase en la formación de un contrato cierto, por lo que caso de no existir contrato de ellos derivado y, en consecuencia, objeto de interpretación mediante los mismos, resulta obvia la desvirtuación de su naturaleza, al menos, en sentido estricto. No quiere decir esto, que los tratos en sentido amplio no puedan producir efecto alguno, ya que pueden actuar como generadores de una especial responsabilidad, por culpa in contrahendo, e incluso ser elementos de interpretación de un contrato independiente de ellos, como actos coetáneos del mismo (32).

III-. DURACION DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

1º. Iniciación :

MORENO QUESADA afirma que "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 caracteriza la actuación de las partes en este período es que su actividad no se encamina directamente a la creación de relaciones obligatorias entre ellas, sino a la elaboración de una oferta que, una vez aceptada, constituirá el contrato" (33).

ALBALADEJO da una mayor amplitud a la fase, al señalar que "en sentido amplio, también se consideran tratos la discursión entre las partes, sobre la oferta que una hizo, las contraofertas de la otra, las nuevas ofertas de la primera, y así sucesivamente hasta que llegan a un acuerdo o rompen la relación entablada con el fin de celebrar el contrato" (34).

2º Terminación :

En el caso de los tratos preliminares stricto sensu, sólo puede darse por la celebración del contrato que preparan. En el caso de finalización de la fase por ruptura de los tratos, éstos serían tratos preliminares lato sensu, y no en sentido estricto.

En este apartado, la jurisprudencia ha clarificado ambos momentos (iniciación y terminación), y así en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1.980 indica que "aún siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con manifestaciones de voluntad, o mejor exploraciones, contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones.....se sigue que encaminados los tratos preliminares a la formación de la oferta, desapareceran una vez cumplida su misión en el momento que en el iter contractual se llegó a formular una proposición final, con todas las notas de una verdadera oferta". Ello no impide, de todas formas, que los tratos se inicien por tener lugar una oferta contractual propiamente dicha, aunque luego eventualmente se matice y modifique, alcanzando una nueva formulación como definitiva, en función de las conversaciones previas a la conclusión del contrato.

IV-. SITUACION DE LOS TRATOS PRELIMINARES EN LA FORMACION DEL CONTRATO.

Aquí se va a tratar, como señala DIEZ PICAZO, "el puesto que debe ocupar dentro de la total organización jurídica" (35), es decir, tanto de los tratos preliminares stricto sensu, que preparan y originan la celebración efectiva de un contrato, como de aquellos otros supuestos, tratos preliminares lato sensu, que únicamente adquieren aquí relevancia como generadores de una especial

responsabilidad, al no originar contrato alguno

1º Tratos que desembocan en la celebración de un contrato:tratos preliminares "stricto sensu":

No cabe duda que el encaje de tales supuestos se realiza en la primera de las fases de la vida del contrato. Los tratos preliminares constituyen la fase previa a la celebración del contrato. La sentencia de 13 de enero de 1.964 del Tribunal Supremo afirma que: "en la vida del contrato existen tres fases o momentos principales, que son la generación, la perfección y la consumación, comprendiendo la primera los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares".

En este sentido, no queremos decir que los tratos preliminares originen ya el contrato, iniciando su vida, sino que una vez celebrado el mismo, y en consecuencia nacido, se entiende que existe, a efectos conceptuales, una retroacción, de manera que su origen, el comienzo de su vida, se traslada al momento de las primeras negociaciones o tratos.

La relevancia de los tratos preliminares, aquí contemplados, es doble :

- Como elementos de interpretación del contrato originado, y
- Como verdadera fase previa o preparatoria de dicho contrato en la que pueden tener su juego determinadas circunstancias que, una vez celebrado el contrato, podrán aparecer como vicios del mismo. De ahí que el carácter contractual de la fase preliminar se adquiera sólo una vez que haya sido celebrado el contrato en cuestión.

2º Tratos que se agotan en sí mismos:tratos preliminares "lato sensu":

Se ha venido encuadrando estos contactos entre las partes, presuntos contratantes, dentro del esquema general del contrato,

tal encuadramiento podría ser realizado con carácter eventual, en una contemplación apriorística de los tratos, una vez rotos éstos sin haberse logrado la celebración del contrato a que inicialmente tendían, su encuadramiento varía sustancialmente.

En tales supuestos, su relevancia como elementos de interpretación contractual desaparece, al no existir contrato al que se haya de interpretar (36), adquiriendo relevancia como generadores de una especial responsabilidad en virtud de la figura de la llamada culpa in contrahendo. Pudieran tal vez, mantener una virtualidad interpretativa como actos coetaneos y posteriores, incluso, de otro contrato distinto al que ellos preparaban, y también, como actos anteriores, pero no como auténticos tratos preliminares que, siendo actos anteriores, tienen la específica finalidad de preparar directamente un determinado contrato, distinguiéndose así de aquéllos. Todo trato preliminar es un acto anterior al contrato, pero no todo acto anterior es un trato preliminar.

Su situación rebasa el esquema general del contrato, integrándose dentro de la teoría general de los hechos y actos jurídicos. Esto se aprecia al ver como la doctrina, al lado de la culpa contractual, generadora de la responsabilidad contractual, y de la culpa extracontractual, generadora de la responsabilidad extracontractual, configura la culpa in contrahendo, distinta de las anteriores y generadora de una responsabilidad diferente, cual es la responsabilidad precontractual. Por ello, no parece ajustado ni exacto admitir un doble tratamiento o consideración: contractual para su encuadramiento, y no contractual en la regulación de sus posibles efectos (37).

Así pues, el trato preliminar apriorísticamente contemplado, encaja, en principio, en el marco general del contrato: en su formación. El mismo encuadramiento tienen los tratos preliminares que

han desembocado en la efectiva realización de un contrato.

Por otra parte, los tratos preliminares que no han logrado su propia finalidad, la consecución de un contrato ulterior, es lógico que no se puedan incluir, tras un examen atento, dentro del marco general del contrato. No son preliminares de nada efectivo o actual, y que se agotan en sí mismos. Precisamente por este carácter de agotarse en sí mismos su encuadramiento sólo es posible dentro de la teoría general de los hechos y actos jurídicos.

En realidad, todo supuesto integrante de trato preliminar se incluye, en una visión aislada, dentro de esta teoría general de los hechos y actos jurídicos, pero al desembocar en la celebración de un contrato, es lógico, en una visión de conjunto, que, sin perder su naturaleza, se integre en la teoría general del mismo, como la primera fase en su formación. En otro caso, quedará dentro del marco en el que nació sin que pueda integrarse dentro de la esfera de un contrato que no ha llegado a originar, aún cuando su tendencia hacia él pueda servir como referencia hipotética en la medición y valoración jurídica de tales tratos.

V-. NATURALEZA JURIDICA.

La distinta situación de los tratos preliminares, según sean contemplados en diferentes momentos de su desenvolvimiento: antes o después de la celebración del contrato a que tienden, y según lleguen o no a producir la celebración del mismo; su naturaleza jurídica, como tales tratos, no varía por la circunstancia de que se llegue a celebrar o no el contrato posterior, es decir, porque lleguen a cumplir o no la finalidad a la que tienden.

En los tratos falta una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se debate; solamente existen perspectivas incompletas, acuerdo, en todo caso, sobre aspectos par-

ciales. De ahí que, como puso de relieve CARRARA, los tratadistas del Derecho común pensaron unánimemente que las negociaciones preliminares no vinculan, pues que las partes, desde el momento en que están tratando o dilucidando el futuro contenido negocial, no consienten sobre el objeto debatido (38). La doctrina moderna sostiene idéntica opinión, pues se recuerda que las conversaciones precontractuales suponen un esquema hipotético o programa transformable en contrato si desembocan en el concurso de propuesta y aceptación (39).

ALONSO PEREZ se inclina por la vía de configurar la relación entre las partes en la fase de tratos, en principio, como relación jurídica precontractual (40).

DIEZ PICAZO y GULLON precisa que "la relación jurídica es siempre una situación en que se encuentran dos o más personas respecto de determinados bienes o intereses vitales y que aparece estable y orgánicamente regulada como cauce para la realización de una función social merecedora de la tutela jurídica. De esta definición derivan los caracteres de la relación jurídica.

- a) La relación jurídica es siempre una situación jurídica. Deriva de ello el que se trate de un fenómeno de carácter estático, que debe ser distinguido de los fenómenos de signo dinámico, como son los actos jurídicos. Los actos jurídicos pueden incidir sobre una relación jurídica, bien creándola o constituyéndola, o bien modificándola o bien extinguiéndola. Caben así actos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas, pero siempre serán cosa distinta el acto y la relación afectada por el acto.
- b) Para que exista relación jurídica es necesario que aparezcan dos términos personales como polos de la relación. No cabe hablar de relaciones jurídicas para referirse a la situación de una persona respecto de una cosa, de una persona respecto de un

lugar o de cosas entre sí, sino que la relación ha de darse siempre entre personas.

- c) La relación jurídica es siempre una relación unitaria y establemente organizada y disciplinada por el ordenamiento jurídico. Se trata de situaciones que aparecen como institucionalizadas y que representan un cauce de realización de una función social o económica. Son relaciones jurídicas las que hay entre marido y mujer, entre padre e hijo o entre arrendador y arrendatario. En cambio, no existe verdadera relación jurídica cuando se dan supuestos de mero contacto social entre personas, cuyos efectos jurídicos son fugaces y desconectados" (41).

Por tanto, parece deducirse que es posible considerar la configuración de los tratos preliminares como relación jurídica. A este respecto, debe distinguirse entre el puro acto y la relación. En este sentido, la actuación de las partes en la fase de tratos preliminares supone la realización de los llamados "comportamientos de hecho", que no son, desde luego, actos jurídicos en sentido estricto. Por ello, la relación de las partes en dicha fase será una mera relación social, pero no una relación jurídica.

Esta sería la verdadera naturaleza de los tratos preliminares en sí mismos considerados. Naturaleza que no se desvirtuara por la circunstancia de que mediante ellos se llegue o no a la celebración de un contrato, ya que éste será algo que les afecte más tarde en otros aspectos, pero no en sí mismos ni en el momento de su aparición al exterior, de su simple realidad.

VI-. CARACTERISTICAS DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

LOBATO DE BLAS" señala como principales caracteres generales de los tratos preliminares los siguientes :

- a) Los tratos preliminares suponen, en principio, un ánimo de contratar, no en sí mismo, sino en contemplación de toda la fase

preliminar en la que se integran. En este sentido ha de entenderse el tradicional ánimo de tratar.

- b) Los tratos preliminares no producen el efecto de compeler a las partes a concluir el contrato en cuestión.
- c) No es esencial a los tratos preliminares el que las partes, posibles futuros contratantes, adopten posiciones antagónicas.
- d) Los tratos preliminares obligan a las partes, en su desarrollo, a comportarse según los dictados de la buena fe.
- e) La naturaleza jurídica de los tratos preliminares no difiere según que su contemplación sea antes o después de haber llegado a producir la celebración del contrato a que, en principio, tienden. Lo que sí varía, en último caso, es su encuadramiento" (42).

DIAZ LOPEZ señala diez características de los tratos preliminares, que son los siguientes: bilateralidad, vinculación jurídica, finalidad, necesidad, anteproyecto al acto volitivo, relevancia jurídica, facultativos, terminación del período preparatorio, desembolso y gastos y minuta.

1º Bilateralidad: los tratos o negociaciones preliminares tienen su aparición dentro de la fase progresiva de la formación del contrato, donde a través de un diálogo entre las partes se va evolucionando hasta llegar a la formulación de una oferta, y ésta se forma a través de los tratos en que ambas partes tienen igual participación.

La participación de ambas partes en las negociaciones como tales y, en la formulación de la oferta, caracterizan de un elemento esencial de bilateralidad en los tratos. Las partes, en las negociaciones, serán los autores de la oferta y los "arquitectos" de lo que más tarde constituirá el contrato.

Ya se apuntó antes, que no forman parte de la etapa in contrahendo las decisiones internas de los sujetos que negocian, los proyec

tos internos ya que las negociaciones preliminares son necesariamente bilaterales, presuponen vinculación entre partes que, se objetivan en una relación prenegocial. Deliberaciones o motivaciones personales no tienen relevancia prenegocial si no trascienden y se hacen conocidas por el destinatario.

2º Vinculación jurídica : en este momento de la fase procedimental de la formación del contrato no se incluye la oferta, aunque se llega a formular la misma. La razón es que cuando se emite una propuesta contractual se hace con la seria intención de obligarse de ahí que existe vinculación jurídica en los términos con que se hiciera esta declaración de voluntad. Esto no es factible en las negociaciones donde no se duda que exista una seria intención de llegar a concluir el contrato, pero no por esto existe vinculación jurídica alguna. Indudablemente que aquí, las partes dialogan libremente sin que éste tenga vínculo obligacional entre ellas.

Al efecto, MESSINEO también admite que los tratos no son vinculantes, debido a que lo que sugiere de ellos todavía no es contrato, sino "un esquema nuevamente hipotético que se convertirá en contrato si sobre él, es decir, sobre cada una de las cláusulas se forma y en cuanto se forme el consentimiento de las partes. Por tanto, los tratos no obligan; y lo mismo el contenido de los puntos sobre los cuales el debate se ha agotado, no es todavía vinculante para las partes" (43).

BARASSI sostiene que las negociaciones preliminares el contrato surgen cuando ambas partes son equiparables en sus fuerzas, "y el efecto jurídico no nace hasta la estipulación del contrato; estas negociaciones constituyen sólo una fase preparatoria que puede no llegar a su fin..." (44).

CARRARA en ocasión de abordar el mismo problema distingue que las negociaciones son un acto preparatorio distinto de la propuesta y la aceptación, que por si mismo están dirigidas a la for-

mación del contrato, mientras que la otra tiende a la formulación de la oferta"(45), estableciendo así que: "el elemento distintivo esencial tanto en la propuesta y tratos va referido al diverso contenido de la voluntad de las partes en la una y en la otra. El contenido de la voluntad del proponente en la propuesta contractual, consiste en asumir la promesa de retenerse vinculado por el caso que la otra parte acepte. Nada de esto ocurre en las negociaciones: La voluntad de la parte en éste período no tiene otro objetivo que el preparar la materia de aquel contrato que se tiene idea de llevar a cabo"(46).

Siguiendo a CARRARA, la voluntad en las trattativas por ser una simple voluntad de tratar, no puede tener por tanto efectos obligatorios a la vez que con ellas únicamente no puede llegarse a la conclusión del contrato. De ahí, que no pueda dársele a una cláusula en las negociaciones valor contractual sin que la misma aparezca en el contrato, a menos que ésta haya sido consecuencia directa de una determinada voluntad contractual. Pero en este caso, es necesario la intervención del magistrado, por ser una cuestión de interpretación reservada a los tribunales (47).

3º Finalidad: existe en las negociaciones una seria intención de llegar a la conclusión del contrato; motivo por el cual ambas partes conducen todos sus esfuerzos a ese fin. CARRARA, sin embargo, "hace incapié en que la voluntad que dirige a las partes en las negociaciones es una, de sólo tratar el asunto, mientras, en la propuesta contractual ésta encaminada a la conclusión del contrato" (48).

RAVAZZONI indica que esta conducta estaría en contra de la propia norma de ley que, exige la buena fe durante las negociaciones de parte de quien no tiene intención de concluir el contrato. "Se puede decir que existe la posibilidad de coexistencia de ambas voluntades, o sea, la voluntad de tratar y la voluntad de con-

cluir el contrato dentro de las negociaciones más únicamente en estado potencial y que devienen relevantes sólo al momento de la emisión del acto formativo del contrato; aunque se sostiene que las negociaciones no son elementos formativos del contrato" (49).

4º Necesidad: estas negociaciones, tratos y dialogos entre las partes son necesarias por su fundamental importancia en el mejor desarrollo y desenvolvimiento de la voluntad contractual. Sin embargo, estas no son precedente necesario para la formación del contrato ya que igualmente se puede llegar **sin ellas** a la conclusión del contrato.

5º Anteproyecto del acto volitivo : siendo la formulación de la oferta un acto volitivo es necesaria que, como todo acto humano, esté precedido de ideación, deliberación y resolución para cada una de las partes (50).

RAVAZZONI afirma que "por ser la propuesta y la aceptación actos volitivos su emisión conlleva un proceso formativo de investigación e información, teniendo en cuenta que las partes al formular una propuesta deben tener en mente : 1) un conocimiento completo de la situación de cada uno de los elementos sobre los cuales el futuro contrato va a operar; 2) una valoración económica general de cada elemento; 3) una consideración en términos de intereses tomando como base la situación subjetiva de cada parte" (51). Este proceso puede ser hecho por cuenta propia de una de las partes pero no es siempre así, y por tanto es durante las trattativas donde se lleva a cabo el mismo, participando en ésta declaración de conocimiento y juicio que es la propuesta contractual, ambas partes conjuntamente.

6º Relevancia jurídica: RAVAZZONI afirma que: "su significado posterior no sólo sirve para interpretar la intención de las partes en el futuro contrato, sino que es en las trattativas donde surge

el dolo, error o el haber callado los vicios de la cosa vendida. Estas aún cuando son actividades formalmente distintas a las negociaciones, sin embargo, pueden tener su nacimiento en esta fase procedimental de formación del contrato"(52).

DIEZ PICAZO considera que "las conversaciones, proyectos o minutas no constituyen per se ningún acto jurídico en sentido estricto, lo mismo que no puede decirse que estos creen una relación jurídica vinculante, pero tampoco significa esto que, los mismos sean irrelevantes, y es por tanto, clara su importancia tanto en la formación como en la interpretación del contrato"(53).

7º Facultativas: la existencia, desarrollo y finalización de los tratos es algo que depende totalmente de la voluntad de las partes. Se da inicio a las mismas si ambas partes prestan su consentimiento a ello, de ahí que pueda decirse que las mismas son también facultativas. Su evolución y término de duración será cuestión de la voluntad de las partes, ya que las mismas, son absolutamente libres en poder retirarse en el momento que más lo crean conveniente; ya que pueden poner fin a las negociaciones por mutuo acuerdo o de forma unilateral.

8º Terminación del periodo preparatorio : ALBALADEJO considera que : "Hay tratos previos cuando a la emisión de la oferta le precede un período de tanteos preliminares, en los que ambas partes o una de ellas hacen cálculos y valoran posibilidades, para señalar los eventuales términos en los que cabría o convendría concluir el contrato; pero sin proponer en firme, una u otra, su conclusión en tales o cuales condiciones definitivamente determinadas"(54). Asimismo señala que: "la oferta en firme acaba el período de tratos propiamente dicho, pero en sentido amplio, también se consideran tratos la discusión, entre las partes sobre la oferta que una hizo, las contraofertas de la primera, y así sucesivamente, hasta

que llegan a un acuerdo o rompen la relación entablada con el fin de celebrar el contrato"(55).

9º Desembolsos y gastos : puede ocurrir que durante las negociaciones las partes debido al interés que para ellas representa llegar a la conclusión del contrato, hacen desembolsos y gastos en planos, investigaciones, peritos, evaluaciones de expertos, viajes, etc. Estos desembolsos pueden ser hechos por una o por ambas partes. Lo cual no tiene importancia si llegara a concluirse el contrato, pero sí al ocurrir lo contrario; la frustración de éste podría tener una repercusión patrimonial que podría ser de cierta embergadura.

HILSENRAD cree que las partes cuando hacen estos desembolsos durante las negociaciones lo hacen corriendo su propio riesgo, debido a que no es hasta la oferta donde nace un negocio jurídico preparatorio. (56).

10º Minuta : las negociaciones preliminares pueden terminar en lo que puede llamarse un proyecto contractual, o sea, donde las partes habiéndose puesto de acuerdo sobre diferentes puntos, o inclusive, sobre todas las cláusulas, les dan un valor aún de mayor seriedad entre ellas poniéndolas por escrito, las cuales pueden llegar a ser firmadas por las partes en el sentido estricto de que están de acuerdo con ellas y van a pasar exactamente como están al contrato definitivo, pero es claro que aún siendo firmada por ambas partes no tienen vinculación, ni obligación contractual, respecto a ellas hasta que no se trasladen al contrato definitivo. Esta tiene lugar casi siempre cuando las partes, después de unas negociaciones y tratos sobre un contrato de gran embergadura por tratarse de un sin número de acuerdos y cláusulas, sobre las que van poniéndose de acuerdo, para facilitar el trabajo van pasando las por escrito, para así ir dando forma a lo que llaman proyecto de contrato.

Este proyecto de contrato, después de terminado y hasta después de firmado, puede ser enmendado, o dejado sin efecto, pues nunca tiene fuerza contractual entre las partes hasta no firmarse el acuerdo definitivo, que es el contrato. Este, sin embargo, después de firmado por ambas partes con la seria intención de obligarse más adelante en el acuerdo definitivo, según aparece en el proyecto contractual, puede tomar un caliz de oferta, la cual es aceptada por ambas partes en el contrato definitivo. El proyecto de contrato puede decirse que es una oferta neutral de ambas partes por la bilateralidad que tienen las negociaciones y la participación de ambas partes en su formulación.

Hay que tener claro que, para que exista la misma, ambas partes deberán expresar su deseo de obligarse en los términos formulados en el proyecto de contrato, más adelante en el contrato definitivo, no basta que se llegue a un proyecto de contrato y que se firme, pues las negociaciones preliminares están faltos de la seria intención de obligarse las partes, que es un elemento volitivo que sólo las partes mediante voluntad expresa pueden inferirlo en los tratos preliminares. No basta su firma, sino que se hace necesario ésta manifestación expresa para convertirlos en una oferta (57).

VII-. FORMALIZACION DE LOS TRATOS PRELIMINARES.

Como pone de relieve ALONSO PEREZ "los tratos ofrecen un contenido sociológico diverso: propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista, comunicados, etc; integran el sustrato de esta fase preliminar con las miras puestas en el contrato diseñado. En un orden formal los datos preliminares pueden consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores. En definitiva, no hay inconveniente en que se consignen por escrito, aunque luego el con

trato se concluya verbalmente. El documento en que se expresa el curso y circunstancias de las negociaciones, sólo vale como prueba de que existieron y, puede servir de orientación para la interpretación del contrato. En ningún caso, revelan un contenido negocial" (58).

De todas estas manifestaciones de tratos preliminares, la que probablemente reviste mayor importancia por su carácter, un tanto de resultado, y su forma escrita, y a la que alude ALONSO PEREZ, es la llamada minuta del contrato. La minuta aparece recogiendo las discusiones de las partes sobre puntos concretos en el período de los tratos preliminares.

Con la minuta es necesario realizar una precisión terminológica, pues con el mismo vocablo se suelen indicar fenómenos esencialmente diversos. Designándose con él, o bien, la documentación del desarrollo de los tratos, o bien, acuerdos provisionales sobre puntos concretos, en los casos de auténtica formación progresiva o sucesiva del contrato. En caso de duda, el término deberá entenderse en el primero de los sentidos enunciados.

Distingue CARRARA entre :

- Minutas preparatorias, las entiende como simples tratos a los que se ha dado forma escrita, no produciendo, en consecuencia, efectos diferentes a los meros tratos, es decir, no originando obligación contractual alguna.
- Minuta perfecta, no son tales minutas, pues, por contener todos los requisitos necesarios, constituyen verdaderos contratos (59).

Naturaleza jurídica de la minuta:

RAVAZZONI considera que "es preciso referirse necesariamente a cual haya sido el espíritu o ánimo para la redacción de la misma. En tal sentido, indica que su función se ha considerado simple-

mente como nemotécnica, al observar que sirve a las partes de simple recordatorio de aquellos puntos sobre los que se han puesto de acuerdo y de los que aún faltan por discutir. Entiende por ello el expresado autor, que en un sentido amplio, si bien no en un estricto sentido técnico-jurídico, es posible afirmar la naturaleza exclusivamente recordatoria de la minuta"(60).

La doctrina afirma que la minuta del contrato posee un carácter meramente interlocutorio, lo que supone, en consecuencia, que carece de la posibilidad o naturaleza adecuada para crear por sí misma una vinculación entre las partes. Incluso la minuta suscrita por las mismas partes no produce vinculación contractual alguna, porque con ella no han querido éstas concluir ningún contrato, sino únicamente fijar unos puntos sobre los que, de momento existe una consideración coincidente y que podrán, tal vez más adelante, ser plasmados en el contrato que se proyecta. Es, pues, un simple paso en el iter contractual.

Pero pueden surgir algunos problemas, como son los siguientes:

a) Si la minuta suscrita por las partes, y de la que no surge vinculación jurídica alguna, podría originar otras obligaciones, no contractuales, distintas a las que se derivan del principio **general de buena fe**. Estas obligaciones podrían ser las siguientes: de un lado, la obligación de continuar en los tratos, y de otro lado, la de no volver a discutir o reconsiderar los puntos concretos contenidos en la minuta, y sobre los que ya se ha dado esa consideración coincidente.

Tal enunciación carece de consistencia, porque niéñese que por el propio carácter interlocutorio de la misma y por el ánimo que mueve a las partes en esta fase de tratos, del que ya se ha hablado, no cabe duda alguna sobre la posibilidad que tienen las mismas de volver a tratar puntos concretos ya vistos sobre

los que en un momento determinado coincidieron. Y ello, porque del ulterior desarrollo de los tratos pudiera resultar, por ejemplo, que alguno de los puntos contenidos en la minuta deviniere en excesivamente gravoso para una de las partes, motivando, lógicamente, un cambio de consideración en la misma. Es claro que fuera de los casos, como el expuesto, no podrán arbitrariamente las partes volver sobre los extremos contenidos en una minuta suscrita por ambos, por ello, no por la minuta en sí, sino por el deber general de comportarse según los dictados de la buena fe, directa o indirectamente, se admite y consagra en todas las legislaciones.

- b) En cuanto a que de la minuta misma puede surgir la obligación de continuar en los tratos, las mismas consideraciones anteriores deben hacerse, toda vez que las partes son libres para concluirlos en el momento que tengan por conveniente. Ahora bien, el retirarse injustificadamente de los tratos tras la común suscripción de una minuta podría suponer una patente violación del deber general de la buena fe, por cuanto cabe suponer que la redacción común de la misma presupone necesariamente que los tratos han llegado a un punto en que su ruptura o retirada carece de justificación. Evidentemente, en los casos expuestos, la minuta en sí constituirá un elemento de prueba de la mayor utilidad para fundamentar la posible acción de daños al demostrar la violación del principio de buena fe por la carencia de justificación en la ruptura.

Se puede, por tanto, concluir, que el tema dependerá de la intención o ánimo de las partes en cada caso concreto, si bien en la duda deberá resolverse según las reglas generales aquí enunciadas. Así, por ejemplo, habitualmente toda relación comercial comienza con la presentación por una de las partes de una oferta-presu-

nuesto o minuta de contrato que aparece firmada por la misma. Si dicha oferta se acepta estaremos en presencia de un verdadero contrato, pero en otro caso, la presentación de la oferta-presupuesto por el oferente no es más que una simple iniciación de la fase de tratos preliminares, lo que muestra que será la intención la que verdaderamente califique el supuesto concreto.

SANTOS BRIZ afirma que "los problemas que plantea la fase preparatoria del contrato y la culpa in contrahendo ofrecen matices especiales al ser trasladados a la moderna contratación en masa por medio de formularios o de ofertas al público. Entonces, una parte, el empresario o comerciante, ofrece al público sus mercancías o servicios y unas condiciones de contratación generalmente invariables. La publicación de las condiciones de contratación (precios, calidad de los géneros, entrega, pago, etc) y su difusión no son negocios jurídicos, sino líneas rectoras de futuros contratos"(61).

ALONSO PÉREZ "las condiciones ofrecidas por la empresa respecto a la calidad de los productos, integran un programa económico prenegocial que sólo la adhesión concreta y manifestada del destinatario transformaría en contrato", (62).

El valor programático e instrumental de los tratos se pone también de relieve en esta forma de contratación masiva, propia del tráfico económico moderno. No se origina ni para la empresa, ni para los posibles destinatarios una vinculación jurídica, en ningún caso se instaura un esquema negocial. Pero 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.

VIII-. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES.

La figura de los tratos preliminares debe ser diferenciada de

otras que, por su aparente afinidad con ella, podrían en principio inducir a confusiones. En tal sentido, deben ser realizadas las siguientes distinciones :

1º Distinción con el precontrato:

Resulta clara la diferenciación entre los tratos preliminares y el precontrato. Evidentemente, el primer criterio de distinción será la intención de los contratantes. Así en los tratos preliminares, las partes tienen la intención de elaborar, discutir y concertar un contrato, o ver la posibilidad de celebrarlo en su momento, es decir, sus actuaciones se encaminan a la formación de un consentimiento. Por el contrario, en el precontrato existe ya una verdadera intención de obligarse, un auténtico consentimiento; existe ya un contrato.

Así señala MORENO QUESADA que "la voluntad del que efectúa tratos preliminares se mueve en el sentido de buscar soluciones armónicas, de intercambiar acuerdos parciales, de elaborar las bases del contrato, pero sin que piensen al adoptar los acuerdos que por virtud de ellos vayan a quedar vinculados, ya que siempre saben que en el momento en que no les convenga la marcha de las negociaciones pueden desistir de ellas. En cambio, una de las características del precontrato, es haberse realizado con la intención de obligarse"(63).

Desde luego, que tanto el precontrato como los tratos preliminares, tienen como esencial finalidad preparar la celebración de un contrato futuro, pero en el caso del precontrato se hace a través de un verdadero contrato y las partes, que es eso lo que persiguen, prestan una voluntad decidida con las características necesarias para que se forme el consentimiento contractual, no sucede así en los tratos, durante los cuales conservan la conciencia de la posibilidad que les presta la trascendencia de lo tratado,

de apartarse de ello.

Por otra parte, mientras en los tratos preliminares no producen o generan vinculación entre las partes; el precontrato, como contrato que es, sí produce vinculación inter partes.

2º Distinción con la oferta:

Se habla de que los tratos van dirigidos a la formulación de la oferta mientras, la oferta esta dirigida a la conclusión del contrato. Esto puede ser una realidad aparente a simple vista, por la condición de que los tratos son el proceso mediato para llegar a la oferta y conclusión del contrato; a diferencia de la oferta que es la emisión de voluntad inmediata a la conclusión del contrato.

Cierto es que en los tratos, los acuerdos y el dialogo sostenido por las partes no obligan, ni en ellas existe la intención de obligarse, pues las mismas aún cuando se hayan puesto sobre el mismo punto, puede variar luego. Esto nos deja ver que los acuerdos entre partes en las negociaciones no son definitivos aunque pueden llegar a ser definitivos en el contrato ya concluido. Cuando ya se formula una oferta, la misma es definitiva en sus términos y no puede variarse y, además, existe una intención vinculante con arreglo a sus términos de parte de quien la hace. que, de ser aceptada por su destinatario queda formado el contrato.

Aún cuando pueden concurrir todos los elementos de la oferta dentro de los tratos, o sea que, estas negociaciones lleguen al punto en que se formule la oferta no puede, por consiguiente, hablarse en el sentido de que existe una oferta. Y es que en esta fase faltará siempre la seria intención de obligarse las partes. Por esta razón, la oferta sucede a los tratos y nunca pueden haber una coexistencia de ambas figuras.

Una declaración de voluntad dirigida a concluir un contrato para que sea considerada como una oferta, la misma ha de contener los elementos del contrato. En los tratos preliminares aún no puede decirse que existe una base sólida y definida que establezca cuales son los elementos que cualifiquen a estos como tratos preliminares.

A pesar de todo, ni en la oferta ni en los tratos preliminares existe la obligación jurídica vinculante a la conclusión del contrato.

La doctrina más que diferenciar los tratos preliminares de la oferta, lo que diferencian son dos tipos de oferta: la vinculante u oferta propiamente dicha y la simple oferta o mera invitación a ofrecer. Ciertamente que entre ellas se aprecian claras diferencias, como son, además de la intención en sí, que la oferta vinculante haya de ser completa, pero según LOBATO DE BLAS, desde el prisma de estas consideraciones, la oferta forma parte de los tratos preliminares, constituyendo un trato preliminar, específico y con efectos típicos y peculiares, pero integrante de la fase a que nos estamos refiriendo y no como distinto a ella (64).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 10 de octubre de 1.980 establece, muy claramente, la distinción, en los siguientes términos: "aun siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con exploraciones de voluntad contenidas en los tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio, y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es bien distinta de la oferta, en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida al otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce,

surgiendo el consentimiento por la coincidencia de esas declaraciones de los contratantes en que la oferta y la aceptación consisten, de donde se sigue que encaminados los tratos preliminares a la formación de la primera, desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento en que en el iter contractual se llegó a formular una proposición final con todas las notas de una verdadera oferta".

3º Distinción con los actos coetáneos y posteriores al contrato:

Determina el artículo 1.282 del Cc, que : "para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato". Es precisamente por este precepto por el que tienen entrada en nuestro derecho, a efectos de interpretación, los actos anteriores o tratos preliminares, objeto de estas consideraciones.

Conviene realizar unas precisiones acerca de la diferenciación de estos actos anteriores o tratos preliminares con los actos coetáneos y posteriores mencionados en el Art 1.282 del Cc.

Ninguna dificultad existe en orden a su distinción con los actos posteriores, pero sí pueden plantearse, en determinados casos, algunas dudas respecto de los actos coetáneos. Los actos simultáneos o coetáneos pueden ser entendidos como aquellos actos que son realizados independientemente del contrato para que su eficacia sea simultánea a la de éste, pero en modo alguno pueden ser considerados como actos integrantes del mismo.

Ahora bien, el término "acto" no debe ser entendido aquí con un sentido técnico-jurídico estricto, sino con un sentido amplio que abarca también el negocio jurídico y el contrato. Así, por ejemplo, la celebración de un contrato de préstamo, puede ser considerado como acto simultáneo o coetáneo de un contrato de compra

venta, cuando la cantidad que se recibe en prestamo sirve para realizar el pago de la compraventa en todo o en parte. Igual podría decirse de las capitulaciones matrimoniales en el derecho foral.

Así entendido el acto coetáneo puede tener, y de hecho la tiene, sustantividad propia, y su relación con el contrato respecto del que se predica la coetaneidad es únicamente a efectos interpretativos, en los términos del Art 1.282 del Cc, por lo que no puede ser confundido con el trato preliminar que tiende a conformar la voluntad contractual constituyendo la fase de formación del contrato en los términos expresados.

IX CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE NEGOCIACIONES PRELIMINARES.

En el ámbito de los principios y en la esfera fecunda de la praxis resulta evidente que todos los negocios jurídicos inter vivos de contenido patrimonial son susceptibles de negociaciones preliminares. Con razón puede decirse que en nuestros días la exigencia de una etapa preparatoria se hace sentir con mayor perentoriedad, pues que el tráfico jurídico se caracteriza por el número cada vez más creciente de negocios de extrema complejidad, cuya gestación se realiza a expensas de notables esfuerzos y después de un sinnúmero de preparativos. Es, pues, **característica** acusada de nuestra época es la necesidad impuesta por la compleja economía moderna de que los negocios jurídicos vayan precedidos de una formación lenta y gravosa. Comportan intereses relevante y ponen en movimiento innumerables bienes cuyo desplazamiento es menester regular sin precipitaciones, mediatamente. Por eso, cualquier acto jurídico que implique movilización de valores patrimoniales suele estar precedido, a menudo, de etapa formativa. Debemos incluir, en todo caso, aquellos negocios privados de carácter recepticio que al faltar un destinatario de la declaración de voluntad no

se provoca modificación económica.jurídica en la esfera concreta de un interesado.De ahí que tampoco surja, en sentido técnico, ese contacto social, sustrato básico de la relación precontractual.La tensión de intereses por el logro de posiciones de ventaja patrimonial no existe en determinados negocios, como por ejemplo, en el Derecho de familia.En un orden concreto, es evidente que la relación in contrahendo se produce, fundamentalmente, en la preparación de los contratos, específicos negocios jurídicos bilaterales caracterizados por incidir sobre relaciones jurídicas de índole patrimonial.Y no cabe duda, que son los contratos onerosos, como figuras que envuelven una proporcionalidad de atribuciones, donde el proceso de las negociaciones preliminares funciona por lo general.

Proyectos, contactos, inversión de cantidades, adecuada programación y, en general, los actos constitutivos del iter ad negotium son típicos de aquellos contratos, como la compraventa, el arrendamiento en todas sus manifestaciones, la sociedad, etc; en los que cada parte busca el máximo beneficio y desea hacer menos gravosas sus adquisiciones.Es, por tanto, el contrato oneroso el que, per se, exige preparativos, discusiones, y a menudo una lenta y difícil etapa formativa.Lógico si pensamos que su esencia esta valorada en términos de sacrificio para cada obligado, pero a la vez con la compensación que le proporcione la atribución correlativa.La búsqueda de un equilibrio prestacional es una meta a lograr en la onerosidad objetivamente perfecta, pues que nadie quiere ser víctima de las defraudaciones y falacias del contrario.Onerosidad supone buscar el máximo equilibrio entre las prestaciones, proporcionalidad entre ventaja y sacrificio.Y ello presupone, normalmente, luchas y tensiones, concesiones y valoración de las propias posibilidades; en definitiva, un período previo de maduración conexo a un ejercicio reflexivo y mediato de la autonomía privada.

En cambio, no es frecuente ni aun normal que los contratos gratuitos se formen mediante negociaciones preliminares. Mientras los contratos que tienden a una equitativa contemperación de intereses suelen ir precedidos de la correspondiente relación preparatoria, no parece que los contratos lucrativos requieran una etapa formativa, o sea, el despliegue de todo el elemento objetivo de la relación jurídica prenegocial: diseños, programaciones, inversiones, actos todos que puedan crear en la contraparte una razonable confianza. La razón está en la misma naturaleza de este tipo de contratos, en los que alguien hace una atribución patrimonial sin obtener ventaja alguna en compensación.

Presupone este dar sin recibir nada a cambio, un espíritu de liberalidad, en todo caso, un sentimiento generoso y altruista que parece chocar con las tensiones y la búsqueda de lucro, factores implicados en el iter ad contractum. El hecho de atribuir ventajas sin corresponsabilidad, propio de todo negocio gratuito, genera espontaneidad, no reflexión compartida y dialogada supone proporcionar beneficios a alguien, actitud que en sí misma no vale discutir, negociar o programar.

X RELEVANCIA PRACTICA DEL ITER FORMATIVO DEL CONTRATO Y SUS REPERCUSIONES EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

La importancia práctica de la etapa precontractual y la necesidad, por ello, de una adecuada disciplina jurídica no puede ponerse en duda si tenemos en cuenta la complejidad del tráfico económico actual. Los acuerdos no se forman muchas veces entre presentes y los cambios se realizan a menudo entre países lejanos. Con frecuencia quien trata, antes de decidirse a conseguir la mercancía, expresa el deseo de examinarla y pide al oferente su envío para constatar personalmente su calidad y decidir si le conviene o no obligarse. Sobre todo, las negociaciones de la etapa precon-

tractual suelen comportar dispendios y notables desembolsos, valores económicos de diversa índole que alguien debe soportar si no se concluye el negocio. Con frecuencia los contratos se hallan afectados de anomalías que pueden incluso ocasionar su nulidad, anomalías que pueden incluso ocasionar su nulidad, anomalías que tienen su origen en la etapa in contrahendo y que originan el deber de resarcir. Su utilidad no puede reducirse a mera cuestión de discusiones o a la consideración de una pura relación social, sin repercusión jurídica. La relación precontractual es algo inherente al tráfico jurídico de nuestros días, a la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos y a la protección de quien confía fundadamente en la honorabilidad ajena.

Su valoración y relevancia jurídica deriva de tres factores primordiales, que son :

- a) De la forma como se gesta la contratación en nuestros días, precedida, por lo general, de dilatados períodos preparatorios en los que se proyecta, discute y se valoran todas las vías conducentes a la conclusión del futuro convenio. El progreso de la técnica, la gran extensión de los negocios y la complejidad cada vez más grande de objetos materia del comercio jurídico hacen que aparezca, al lado del importante problema relativo a la ejecución de los contratos, el no menos trascendental problema referente a la preparación de los contratos.
- b) De los gastos y desembolsos realizados frecuentemente en la etapa preparatoria. Ciertamente que el desistimiento, justificado o no, por sí sólo no motiva responsabilidad. Pero sí la generan las actuaciones, hechos o circunstancias, a menudo muy costosas, que una parte concluye con las miras puestas en la conclusión del contrato: viajes, diseños, informes, etc, representan in-

versiones que son objeto de adecuada indemnización siempre que el conjunto de la actuación de la parte que se retira de los tratos pueda ser considerada como acto ilícito, es decir, lesiva para la buena fe exigible en las relaciones sociales. La complejidad del tráfico económico en nuestros días origina con más frecuencia que en otras épocas largas y costosas negociaciones preliminares: no se adquiere un chalet o una vivienda inmediatamente o se crea una sociedad sin discusiones. Casi todos los contratos que implican una fuerte movibilidad patrimonial se preparan con sacrificio y despliegue de cuantiosas sumas.

c) Los contratos se hallan afectados a menudo por anomalías que pueden incluso provocar su nulidad, anomalías que tienen su origen en la etapa preparatoria. Porque una parte provocó la adhesión de la otra a través de maniobras fraudulentas (dolo), o induciéndola a una defectuosa intelección de la realidad comercial (error), o bien ocultándole cautelosamente su incapacidad para contratar, la ilicitud del objeto propuesto. Bien, en otros casos, no empleando la debida diligencia por lo que se silencian a la contraparte circunstancias que le favorecerían, o se hace uso de reticencias que llevan a contratar sin suficiente libertad en la emisión de la declaración volitiva. Sin duda puede afirmarse que un negocio invalidable o nulo debe su deformidad a vicios que lo corrompieron en su período generador.

Parece claro, que si bien el legislador ha previsto la ejecución de los contratos, descuidó su fase preparatoria, porque en la época codificadora del derecho francés esta cuestión no interesó.

Su utilidad y la congruente perentoriedad de configurar adecuadamente su naturaleza jurídica, son aspectos por los que el legislador debería tener en cuenta a este período precontractual.

.- N O T A S -.

- (1) Se produce una actividad dirigida a elaborar el texto de un futuro contrato y, eventualmente una conducta encaminada a estipularlo; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, Giuffr , 1.968, pág, 297.
- (2) ALONSO PEREZ, M. La responsabilidad precontractual. RCDI, 1971 pág, 360.
- (3) LOBATO DE BLAS, Concepto de tratos preliminares, RGLJ, 1.975 pág 541-542.
- (4) Es corriente que se hable también de culpa in contrahendo, por influencia de IHERING, o Verschulden beim Vertragsschluss, para referirse a la responsabilidad en que incurre una parte contra tante por no manifestar a la contraria aquellas circunstancias que serían fundamentales para decidirle o no a negociar.
- (5) FERRARA, F, Teoria dei contratti, Napoli, 1.940, pág, 173.
- (6) RAVAZZONI, La formazioni del contrato, I, Milano, 1.966, pág 57, pues debe pensarse que si bien en la base de todo contrato sub yace normalmente un contraste de intereses (al menos no intere ses no coincidentes subjetivamente), la etapa preliminar con frecuencia se limita a preparar o esclarecer el contenido del futuro negocio. Y de momento est  gestándose la situación con flictiva que se pacificar  a través de las r cprocas concesio nes que las partes se harán cuando emitan sus respectivas de claraciones de voluntad formativas del consentimiento.
- (7) CARRARA, La formazione dei contratti, Milano, 1.915, pág 8.
- (8) MESSINEO, op. cit. pág 298; antes en la voz Constratto (dir. civ.), separata de la Enciclopedia del Diritto, Milano, 1.965, pág 65.
- (9) RAVAZZONI op. cit. pág 45; MESSINEO, voz Contratto, en Enciclone dia del Diritto, pág 66.
- (10) LOBATO DE BLAS, op. cit. pág 543.

- (11) CALUSI, V.E., In tema di trattative e responsabilità precontrattuale, Rev. trim. Dir. e proc. civile, I, 1.956, pág 470 ss.
- (12) ALONSO PEREZ, M. op. cit. pág 862.
- (13) SANTOS BRIZ, La contratación privada, Madrid, Ed. Montecorvo, 1.966, pág 98.
- (14) DE LOS MOZOS, El principio de buena fe, Barcelona, 1.965, págs 222 y ss.
- (15) RAVAZZONI, op. cit. pág 47.
- (16) CARBONNIER, Derecho civil, T. II Vol. II, traducción española de Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1.971, pág 163 que "el debate no existe en las ventas a precio fijo típicos de los grandes almacenes, sin que por ello se ponga en duda que el consentimiento del comprador constituya un verdadero consentimiento ni que la operación suponga un contrato en toda regla".
- (17) SANTOS BRIZ, op. cit. pág 97 y 98.
- (18) ALONSO PEREZ, op. cit. pág 862.
- (19) RAVAZZONI, op. cit. pág 54, quien considera que el tratamiento jurídico de la fase preliminar no tiene razón de ser desconectado del iter procedimental o formativo del contrato. Su relevancia debe ligarse a la consideración como etapa generadora del contrato. El problema se complica, con todo, cuando hay defraudación de la confianza o lesión de la buena fe, en cuyo caso lo decisivo no es la conexión de las negociaciones preliminares con el contrato proyectado sino el quebrantamiento de la lealtad en las cosas.
- (20) MORENO QUESADA, La oferta de contrato, Nereo, Barcelona, 1.963 págs 24 y ss.
- (21) CARRARA, op. cit. pág 6, mientras en la oferta existe ya el elemento volitivo dirigido a la formación del contrato, en los tratos se pretende únicamente preparar la materia del contrato.

- (22) NATTINI, Cenni critici sulla cosiddetta responsabilità precontrattuale, "Rev. Dir. comm", 1.910, págs 235 ss.
- (23) CARRARA, op. cit. pág 3.
- (24) De locatione et conductione , Roma, 1.977, Cap XXII, pág 213.
- (25) ALBALADEJO, Derecho civil, T. II, Vol. I, Barcelona, 1.970, pág 271.
- (26) DIEZ PICAZO, Instituciones de Derecho civil, T. I, Madrid, 1.973, págs 328 y 329.
- (27) DE CASTRO, El negocio jurídico, Madrid, 1.971, pág 27.
- (28) DE CASTRO, op. cit. pág 28.
- (29) DE CASTRO, op. cit. pág 29 y 30.
- (30) LOBATO DE BLAS, op. cit. pág 549.
- (31) DIEZ PICAZO y GULLON op. cit. pág 328 y 329.
- (32) LOBATO DE BLAS, op. cit. pág 550.
- (33) MORENO QUESADA, op. cit. pág 20,
- (34) ALBALADEJO, op, cit. pág 271.
- (35) DIEZ PICAZO, op. cit. pág 328 y 329.
- (36) Nos referimos a un contrato directamente formado por los tratos preliminares y no a otro contrato distinto e independiente.
- (37) LOBATO DE BLAS, op. cit. 554.
- (38) CARRARA, op. cit. pág 8.
- (39) MESSINEO, op. cit. pág 298.
- (40) ALONSO PEREZ, op. cit. pág 865-866.
- (41) DIEZ PICAZO, op. cit. pág 177.
- (42) LOBATO DE BLAS, op. cit. pág 570-571.
- (43) MESSINEO, Manual de Derecho civil y comercial, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1.955; T. VI, pág 456.
- (44) BARASSI, Instituciones de Derecho Civil, traducción de Ramón García de Haro y Mario Falcón, Barcelona, 1.955, T. II, pág 147.
- (45) CARRARA, op. cit. pág 108.
- (46) CARRARA, op. cit. pág 112.

- (47) CARRARA,op. cit. pág 118.
- (48) CARRARA,op. cit. pág 112.
- (49) RAVAZZONI,op. cit. pág 47 y ss.
- (50) SANTOS BRIZ,op. cit. pág 166.
- (51) RAVAZZONI,op, cit. pág 49.
- (52) RAVAZZONI,op. cit. pág 41 y ss.
- (53) DIEZ PICAZO,op. cit,pág 189.
- (54) ALBALADEJO,op. cit. pág 319.
- (55) Ibid.
- (56) HILSENRAD,Las obligaciones precontractuales,traducido por Faustino Menendez Pidal,Madrid,1.932,pág 55.
- (57) DIAZ LOPEZ,La formación del contrato y la responsabilidad precontractual,Madrid,1.976,Tesis doctoral inédita,nag 13 a 27.
- (58) ALONSO PEREZ,op. cit. pág 867.
- (59) CARRARA,op. cit.pág 114.
- (60) RAVAZZONI,op. cit. pág 41 y ss.
- (61) SANTOS BRIZ,op. cit. pág 101.
- (62) ALONSO PEREZ,op. cit. pág 868.
- (63) MORENO QUESADA,op. cit. pág 20.
- (64) LOBATO DE BLAS,op. cit. pág 572-576.

C A P I T U L O S E G U N D O :

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA CULPA IN
CONTRAHENDO.

C A P I T U L O S E G U N D O

ORIGEN Y ~~DESARROLLO~~ DE LA CULPA IN CONTRAHENDO

Acudimos al Derecho alemán y Derecho italiano, por una doble razón :

- Por ser dos países, con el mayor número de autores que han estudiado este tema.
- Por ser, también, los dos países que tienen una normativa que, claramente consagra esta responsabilidad.

I-. DERECHO ALEMAN.

1º La culpa in contrahendo según la teoría de R. von IHERING:

a) Concepto y características:

El concepto de culpa in contrahendo aparece por primera vez en 1.861, año en que apareció la obra de R. von IHERING : "Culpa in contrahendo oder Schadensarsatz bei michtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen". Dicha obra pretende encontrar la base para la responsabilidad de una de las partes intervinientes en un contrato si éste resulta nulo y origina daños al otro contratante, que había confiado en la validez del contrato.

Los casos de nulidad contractual sometidos a análisis son fundamentalmente, los relacionados con la problemática del error, fuertemente influenciada en esta época en Alemania por las ideas de SAVIGNY. Según este autor, máximo exponente de la teoría de la voluntad, un contratante solo 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 que exista esta nulidad o, en otros términos, para que el error llegue a ser trascendente, la divergencia debe producirse entre la voluntad ya formada y lo manifestado. Consiguientemente, será irrelevante el error que afecte al proceso de formación de la voluntad, debiendo el declarante, en tal caso, permanecer vinculado.

Esta es la premisa de la que IHERING (fiel seguidor de la teoría de la voluntad) parte: cuando alguien queriendo decir "metro" se refiere a otra unidad de medida (kilometro, centrimetro, etc), o se sirve de un mensajero que se equivoca en la transmisión, lo declarado no resultará vinculante y la sanción del contrato será la nulidad, aun cuando pueda apreciarse culpa en el declarante. No obstante, pretendiendo paliar la situación de quien, habiendo confiado en la validez del contrato, ve defraudados sus intereses, opina que los daños experimentados deberían ser de algún modo indemnizados; el problema radica en encontrar un fundamento para ello.

Este fundamento no lo proporcionan ni la *actio doli*, ni la *actio legis Aquiliae*, ni tampoco, en principio, una acción de culpa contractual. Son estas las posibilidades estudiadas, porque para IHERING, el Derecho romano es el derecho vigente.

‡ La *actio doli* es descartada porque, en la generalidad de los casos, la divergencia entre lo querido y lo manifestado será inconsciente y faltará el carácter intencional.

‡ La actio legis Aquiliae, que presuponia una lesión a una persona o a una cosa, no permitía tomarla como apoyo para indemnizar daños exclusivamente patrimoniales, y la nulidad del contrato excluía la posibilidad de exigir su cumplimiento por medio de una actio ex contractu.

Recurriendo a la fuentes romanas (Digesto 18,1,62;11,7,8,1; 18,4,8;18,4,9) halló casos en los que, a pesar de la nulidad del contrato, se concedía a la otra parte una reparación cuyo fundamento era una actio empti. La aparente contradicción entre esta acción -actio ex contractu- y la nulidad, la elimina con el siguiente argumento: no puede ignorarse que un contrato se ha celebrado, aunque sea nulo; esta nulidad sólo excluye el fin principal del contrato -el cumplimiento-, pero no otra serie de efectos que, como la devolución de la cosa entregada o una indemnización de daños, tienen también su base en el mismo.

Esta solución, obtenida en el Derecho romano, era fácilmente transplantable a la problemática contemporánea que se pretendía resolver. De este modo, en aquellos casos en los que la declaración es nula, y por lo tanto, también el contrato, por no concordar la voluntad interna con lo manifestado, podría, con apoyo en el mismo contrato, exigirse una reparación por los daños sufridos.

La declaración es nula por ministerio de la ley y, sin embargo, debe ser alguien responsable porque en la fase in contrahendo se ha incurrido en culpa. En torno a lo que debe entenderse por culpa, IHERING, parece que ante la existencia del obstáculo para la validez, predica un deber de conocer dicho obstáculo. Ello supone la disociación entre voluntad y declaración negocial, lo que viene a significar, per se, falta de la diligencia debida.

Conclusión: quien incurre en culpa en el proceso de formación -en la fase in contrahendo- de un contrato (y parece que tal cul-

pa se predica de la propia nulidad) debe indemnizar a la otra parte los daños sufridos, constituyendo el fundamento de tal reparación el contrato que, a pesar de su nulidad, despliega efectos al menos en este sentido.

En cuanto al quantum de la indemnización, las fuentes romanas se refieren al id quod interest, pero no ofrecen pauta alguna para cuantificar tal interés, y ante este silencio, IHERING, propone el criterio del interés contractual negativo.

El interés contractual negativo y el interés contractual positivo se apoyan en el aspecto positivo y negativo del contrato. Este análisis de los posibles intereses resulta sugestivo y ha sido plenamente asumido, en ocasiones, con excesiva automatización, en la dogmática actual de la culpa in contrahendo.

Se descarta así que en base a la reclamación ex culpa in contrahendo puedan burlarse los efectos de la nulidad. Podría haberse argumentado que el responsable de la invalidez era el declarante y que por ello la reparación había de consistir en la obtención de las ventajas patrimoniales que del contrato se hubieran derivado. A este respecto, IHERING se opone a ello, de un lado porque la nulidad se debe a la ley y no al contratante, y de otro lado, porque sólo un contrato válido puede servir de apoyo para obtener el interés de cumplimiento.

A pesar de que el punto de partida de la construcción teórica había sido la nulidad por falta de coincidencia entre lo querido y lo declarado, propone posteriormente una ampliación de sus conclusiones para otros casos de nulidad, como la debida a incapacidad de los sujetos, inidoneidad del objeto o revocación de la oferta.

Tampoco se propugna en esta primera concepción de la culpa in contrahendo, un principio general de responsabilidad por actuación.

nes "culposas" en el periodo de formación del contrato, pero tampoco se renuncia a cierta pretensión de generalidad. Esto puede ser defendible por :

- La defensa hecha de un deber general de diligencia positiva de todo aquel que entra en un proceso de negociación contractual.
- La consagración, para la realización del contrato, los mismos deberes que incumben en el cumplimiento del contrato.

De todas formas, IHERING limita las posibilidades de reclamación a aquellas ocasiones en las que efectivamente se ha contratado aunque el resultado sea la nulidad.

En realidad, IHERING, afirma como un argumento más, que refuerza su teoría, que la propuesta realizada no era muy original, pues la misma idea de indemnizar por actuaciones en la fase de contratación ya aparece en Códigos de la época, como el ALR prusiano o el ABGB austriaco.

Así, la concepción originaria de IHERING consiste en que: quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato (el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento) puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una culpa in contrahendo en el declarante, culpa que se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuricidad.

b) Reacción de la literatura jurídica ante la propuesta de IHERING:

Desde la aparición de la obra de IHERING, el conflicto de intereses en torno al periodo de formación del contrato fueron objeto

de preferente atención por parte de la doctrina. A pesar de las diferentes perspectivas desde las que el tema se abordó y, en general, de los diversos criterios que al respecto se mantuvieron, la virtualidad fundamental fue la de crear una sensibilidad especial en torno al periodo contractual.

Mereció especial atención la eventual responsabilidad en caso de contratos nulos y, en concreto, los supuestos de nulidad por imposibilidad originaria de la prestación, representación sin poder y revocación de la oferta. Para fundamentar en tales casos el deber de reparación se realizaron variadas propuestas y, entre ellas: la actio legis Aquiliae, la actio doli, la teoría del mandato (para el caso de revocación de la oferta), el contrato de garantía tácito, el principio de la causación y la buena fe.

Sin embargo, no fue discutida la necesidad de un principio sobre el que asentar la reparación de los daños causados por haber confiado en la validez de un contrato nulo. Además, como aportación definitiva de IHERING, quedó la expresión: "culpa in contrahendo". Esta que, ya desde el principio, designaba no solo un criterio de imputación sino que englobaba la idea de antijuricidad, pronto se utilizará para referirse a la responsabilidad derivada de la invalidez de un contrato, y más tarde, a una responsabilidad específica por actuaciones en el periodo de formación del contrato.

2º Transformación del principio de responsabilidad por culpa in contrahendo: de una responsabilidad por invalidez contractual a una más general por actuaciones lesivas en el periodo de formación del contrato :

a) Búsqueda de un fundamento indemnizatorio al margen de lo previsto :

Tras la entrada en vigor del BGB continúa hablandose de la culpa in contrahendo, y así se plasma, de modo concreto, en los párrafos 122, 179 II, 307 y 309, y su influencia se plasma en otros preceptos como: los párrafos 463 II, 480 II, 523 I, 524 I, 537, 538 y 694; que parten de lesiones patrimoniales que tienen su causa en el periodo de realización del contrato. A pesar de que se identificaba mayoritariamente la teoría de la culpa in contrahendo con los casos de responsabilidad por invalidez del contrato y limitada al interés negativo, estos afanes generalizadores tienen como objetivo hacer derivar del BGB un principio general de responsabilidad que cubriera todos los daños producidos por comportamientos precontractuales que, no encontraban base para su sanción en el Código.

Durante la primera década del siglo XX, se negó el reconocer una responsabilidad por comportamientos negligentes en el periodo de conversaciones contractuales fuera de los ya establecidos legalmente o que pudieran ser sancionados con apoyo en la disciplina extracontractual, aunque en alguna rara ocasión dejara abierto el tema.

Sin embargo, alguno de los conflictos citados fue solucionado al margen de la responsabilidad en la formación del contrato. La vía para ello fue buscar la protección contractual; así y, por lo que respecta a las lesiones sufridas con ocasión de contrato no habiéndose celebrado el mismo, se admitió la existencia de un precontrato en virtud del cual se garantizaba la seguridad de la otra parte y cuya violación desencadenaba los efectos del incumplimiento contractual. En otras ocasiones, y tratándose de casos en los que el daño estaba más en relación con el objeto del contrato y habiéndose realizado éste, se estimó que del mismo había de responderse contractualmente, considerando la información dili-

gente como una prestación accesoria de negocio considerado como un todo.

Por lo demas, la postura reacia al reconocimiento de una responsabilidad por actuaciones lesivas en la formación del contrato, por **parte** de un importante sector doctrinal, que veía como límite de tal responsabilidad los parágrafos ya existentes y, así ENNECERUS se opuso hasta 1.920 al principio de la responsabilidad por culpa in contrahendo.

b) La Teoría de LEONHARD: Verschulden beim Vertragsschluss (=culpa en la realización del contrato):

La situación descrita se vió modificada casi radicalmente a partir de 1.910. En este año apareció la obra : "Verschulden beim Vertragsschlusse" de LEONHARD (Berlin, 1.910), obra en la que se realiza una construcción sobre la responsabilidad en la formación del contrato, que tuvo inmediata acogida en la jurisprudencia del Reichsgericht, que marcó un hito importante en este tema que nos ocupa. En ella, se pone nuevamente de manifiesto la necesidad de hallar un fundamento jurídico para reparar los daños causados en el periodo de realización del contrato por comportamientos negligentes de la otra parte.

La necesidad de protección es limitada por este autor a los casos en los que se ha llegado a la realización de un contrato valido, quedando descartados aquéllos en los que las conversaciones se han interrumpido.

LEONHARD pone de relieve la insuficiencia de los preceptos del BGB en los que se contemplan las consecuencias de comportamientos lesivos en la formación del contrato y la existencia de otra serie de contratos (como el de seguro o el de edición), en los que, es en el periodo preparatorio donde tienen su origen la mayoría de lesiones patrimoniales. Se habla así de situaciones

que tienen un carácter residual en el sentido de no hallar acogida en las reglas de responsabilidad contractual y extracontractual. Estas últimas quedan descartadas por tratarse de lesiones primariamente patrimoniales causadas negligentemente y las primeras por ser comportamientos anteriores al contrato que, en muchas ocasiones, no pueden ser calificados de violación de deberes contractuales.

La admisibilidad de este tipo de responsabilidad, LEONHARD la argumenta históricamente -su presencia en el Derecho romano y común- con consideraciones de equidad y el recurso a la analogía. Las normas que análogamente se quiere aplicar son las relativas a la responsabilidad contractual, considerando para ello como situaciones análogas la fase de ejecución contractual y el estadio de preparación y perfección del contrato.

Si son de aplicación las normas sobre responsabilidad contractual ¿Dónde radica la diferencia entre ésta y la responsabilidad específica y, tal como se ha visto, residual por incumplimiento de deberes de información precontractuales?. Desde luego, LEONHARD, no básicamente en los efectos sino en el fundamento, ya que la responsabilidad contractual en el BGB se refiere sólo a la ejecución de obligaciones contractuales pero no a las existentes antes del contrato.

A pesar de la insistencia en las obligaciones de información y cuidado precontractuales, el incumplimiento de las mismas sólo se sanciona si con posterioridad se ha concluido un contrato válido. En realidad subyace el propósito de aplicar las normas sobre responsabilidad contractual para casos distintos a los previstos por el legislador, pero parece que LEONHARD no se atreve a prescindir del contrato. Con esto llega a una situación similar a la criticada por él mismo, como es la concesión de pre-efectos al contrato.

Sin embargo, el fundamento es distinto : no se trata de forzar los supuestos de hecho previstos en el BGB, sino de reconocer abiertamente que hay una problemática no codificada que requiere solución y, la deseada es la que se contempla para las obligaciones contractuales.

Para referirse a su teoría LEONHARD habla de responsabilidad por culpa en la realización del contrato (=Verschulden beim Vertragsschluss), cuya denominación coincide con la de culpa in contrahendo de IHERING. Toda relación con ésta es rechazada, sin embargo, la culpa in contrahendo proporciona fundamento indemnizatorio a los daños sufridos como consecuencia de la invalidez de un contrato y, la culpa en la realización sólo cuando, además, de violarse deberes precontractuales, se ha llegado a un contrato válido.

c) Aceptación jurisprudencial de la responsabilidad por culpa en la realización del contrato :

Las tesis de LEONHARD tuvieron inmediata aceptación, y ya en 1.912 el Reichsgericht admitió la existencia de responsabilidad por culpa en la realización del contrato.

Esto ocurrió con la sentencia RG 26-4-1.912, en la que reconoce el Tribunal que tal responsabilidad no está contemplada en el BGB pero tampoco esta descartada y para fundamentarla alude a LEONHARD y, al todo formado por las conversaciones que conducen al contrato y el contrato mismo. Los hechos que dieron a la misma fue una empresa que cedió a otra la distribución de un producto, sin informar que respecto al mismo existía una acusación por parte de una empresa competidora de estar violando un derecho de patente; posteriormente, y cuando ya se estaba fabricando el producto, la competidora consiguió la paralización de la venta hasta que se dilucidara el extremo de la patente. El Reichsgericht estimó que sobre el cedente pesaba un deber de información respecto a aque-

llas circunstancias que para el adquirente pudieran ser de trascendencia y que su violación debía acarrear las mismas consecuencias que si se tratara de deberes en el cumplimiento del contrato.

Por tanto, el Tribunal reproduce las ideas de LEONHARD, hasta el punto de aceptar y considerar como fundamental su criterio respecto a que el quantum indemnizatorio se fijaría de acuerdo al interés positivo.

d) Relaciones entre la responsabilidad por culpa in contrahendo y la responsabilidad por culpa en la realización del contrato :

IHERING propuso con su teoría de la culpa in contrahendo una construcción que permitiera la reparación de los daños sufridos por una parte como consecuencia de la invalidez del contrato. Posteriormente, cuando se dejó sentir la necesidad de un fundamento para indemnizar otros daños causados de forma negligente durante la formación del contrato, la respuesta, por doctrina y jurisprudencia, fue negativa; al margen de los casos de responsabilidad previstos por invalidez del contrato -culpa in contrahendo- y de aquellos que fueran encajables en las normas de responsabilidad aquiliana, no era admisible ningún otro supuesto de responsabilidad por actos lesivos en el periodo de formación del contrato. LEONHARD mantiene que al margen de lo codificado, debe admitirse una responsabilidad cuando, habiéndose llegado a realizar un contrato válido, una parte, incumpliendo culpablemente la obligación de información y cuidado que le incumbía en la fase de realización o preparación del contrato, haya causado un daño a la otra.

Ambas terias presentan caracteres variados :

- La culpa in contrahendo, se refiere a la responsabilidad en caso de contrato válido.
- La culpa en la realización del contrato, por el contrario,

se ciñe a supuestos en los que el contrato es válido y se extiende -parece ser- al interés positivo.

LEONHARD considera su teoría como algo absolutamente distinto a la culpa in contrahendo, opinión que fue recogida por el Reichsgericht.

a') Identificación de la responsabilidad por culpa in contrahendo y por culpa en la realización del contrato :

En 1.914, SIBER, al examinar el tema de la responsabilidad en la formación del contrato, planteó la misma como derivada de la violación de deberes de información precontractuales, existentes con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido.

Parte de este modo, de la presencia y virtualidad de tales deberes precontractuales. Estos, según SIBER, en unas ocasiones se encuentran determinados por la propia ley y en otras no, lo cual no es óbice para su aceptación. En este punto, la existencia o no de deberes de información -coincide con LEONHARD-, pero SIBER califica la teoría de LEONHARD como insuficiente, señalando que el carácter precontractual de tales deberes ha de hacer necesariamente que su violación sea sancionada con independencia de la posterior realización de un contrato válido. Al separar la virtualidad del deber precontractual de la celebración de un contrato válido, de modo que la obligación de reparar pueda intervenir aun sin existir éste, globaliza tanto el principio de responsabilidad por actuaciones lesivas en el curso de la negociación contractual, que en el mismo pueden incluirse, de igual forma, los supuestos hasta entonces tradicionales de culpa in contrahendo y los de culpa en la realización del contrato.

Por tal motivo, cuando se habla de culpa in contrahendo considera que ésta se refiere ,no sólo a los casos en que interviene

la invalidez contractual, sino también a aquellos otros en los que dándose un contrato válido, se ha incumplido un deber de información precontractual. A la culpa en la realización del contrato le da el mismo contenido, convirtiendo así las dos expresiones en sinónimas.

Ciertamente IHERING no planteó su responsabilidad por culpa in contrahendo como derivada de incumplimiento de deberes precontractuales, cosa que sí hizo con posterioridad LEONHARD al construir su teoría de la culpa en la realización del contrato.

SIBER trata de llenar un vacío, propósito que igualmente estaba presente en IHERING y LEONHARD, pero para lograrlo no se empeña demasiado en fundamentar la virtualidad de los deberes precontractuales cuando no están consagrados legalmente, que es cuando son necesarios. Para SIBER esta tarea presentaba una dificultad adicional con la que ni IHERING ni LEONHARD se habían enfrentado, porque IHERING parte de la existencia de un contrato, inválido sí, pero que es suficiente por sí mismo para justificar una obligación indemnizatoria; y LEONHARD termina recurriendo al contrato, válido en este caso. A pesar de todo, no queda claro cuál es el fundamento de los deberes precontractuales aunque parece inclinarse implícitamente por la analogía.

En cuanto a la extensión de la indemnización, SIBER, mantiene que la indemnización por culpa en la realización del contrato (=culpa in contrahendo) debe tender a reparar el perjuicio causado por el incumplimiento de deberes de información y, que ello se ajusta más a los parámetros del interés negativo.

Aunque ni el contenido dado a la responsabilidad por culpa en la realización del contrato es el actual (=en un doble sentido: incluye supuestos descartados hoy, y excluye los deberes de conservación), ni puede considerarse suficiente la fundamentación de tal

responsabilidad se realiza, el trabajo de SIBER tiene un merito innegable. Al afirmar que la responsabilidad a la que nos referimos interviene cuando se causa un perjuicio por incumplimiento de deberes de información precontractuales y que, en cuanto tales, existen aunque no se llegue a celebrar un contrato válido posteriormente, desaparece el criterio diferenciador entre las dos grandes teorías hasta entonces formuladas y se comienza a hablar de una única responsabilidad derivada de comportamientos lesivos durante la preparación del contrato.

b') Reconocimiento de una responsabilidad específica por daños derivados de actuaciones en el periodo de negociaciones contractuales sin que se haya verificado un contrato válido :

A pesar de la aportación de SIBER, el Reichsgericht siguió afe-rrado al criterio adoptado en la sentencia 25-4-1.912, reconociendo sólo una responsabilidad por culpa en la realización del contrato cuando se había celebrado un contrato válido.

La sentencia de 7-12-1.911 se hizo responder al dueño de un negocio de las lesiones causadas por un empleado que actuó negligentemente, a una cliente que estaba examinando unas mercancías. A pesar de no haberse celebrado ningún contrato todavía, la responsabilidad se estableció de acuerdo a los principios contractuales y ello lo justificó la instancia decisoria aludiendo a una relación jurídica preparatoria con carácter similar a la contractual que tenía su origen en la exhibición de las mercancías, es el conocido caso del linóleo.

Este caso ha sido citado no sólo como el pionero en cuanto al reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad en la formación del contrato, sino también cómo un supuesto paradigmático de ésta. Además, hay que apuntar que sólo como resultado de una elaboración posterior, puede ser considerado el caso del linóleo un ca-

so de culpa in contrahendo (culpa en la realización del contrato), porque cuando se produce esta decisión, los parámetros en que tanto la culpa in contrahendo como la culpa en la realización del contrato se mueven no brindan acogida a tales supuestos. Por otro lado, dicha sentencia constituye un precedente de la configuración posterior de la culpa in contrahendo.

La postura del Reichsgericht se modificó a partir de la sentencia de 5-4-1.922 donde se reconoce una obligación de indemnizar por un comportamiento negligente en el periodo de preparación del contrato sin que se hubiera procedido a la celebración de un contrato válido. En dicha sentencia se trataba de una negociación en la que existió un error por las dos partes; ambas se habían tomado recíprocamente por compradores cuando lo que las dos partes deseaban era vender, y por ello al otorgar su consentimiento contractual lo hicieron en el mismo sentido. Se consideró que no existía ningún contrato y que a pesar de que en las dos partes existió negligencia, ésta fue muy superior en una de ellas, razón por lo que se obligó a reparar los daños sufridos. No había razón para seguir manteniendo diferencias conceptuales entre culpa in contrahendo y culpa en la realización; y ello es patente en la propia sentencia que se refiere a la indemnización por culpa in contrahendo exista o no un contrato válido posterior, fundamentando en este instituto la obligación reparadora por ella declarada (1).

II-. DERECHO ITALIANO.

1º Antecedentes históricos de la responsabilidad por culpa in contrahendo: la obra de FAGGELLA:

El Código civil italiano de 1.865 no recogía (de la misma forma que tampoco lo hacían los demás Códigos de la época) ninguna norma referente a la responsabilidad precontractual. Hay que

señalar que pocos años antes, IHERING escribió su celebre obra sobre la culpa in contrahendo en la que, contemplando el problema de la anulación de un contrato debido a la actuación culposa de alguna de las partes se había estudiado por primera vez el comportamiento de las partes en el periodo de formalización del contrato. Sin embargo, la obra de IHERING no había ejercido influencia alguna en el Código Civil italiano. LOI Y TESSITORE (2), a esa laguna del Código, correspondía al menos al comienzo, una actitud de indiferencia de la doctrina por el problema de la responsabilidad precontractual, de la que, de un lado, no se sentía la urgencia, y de otro, se compaginaba bastante mal con el sistema normativo vigente. En efecto, hay que tener en cuenta que estábamos en pleno liberalismo económico, y que hablar de limitaciones a la libertad de contratar, y a la autonomía privada era una opinión sin mucho predicamento.

De hecho, en un primer momento, el problema venía resuelto, simplemente, con el recurso al artículo 1.151 del Código (correspondiente al actual Art 2.043 del nuevo Código de 1.942, y a nuestro Art 1.902 del Cc), puesto que era opinión general que la responsabilidad precontractual no constituía más que una de las posibles violaciones del genérico deber del *naeminem laedere*.

Es decir, en aquellos momentos, la responsabilidad precontractual se incluía en el genérico marco de la responsabilidad extracontractual y, se regulaba según las normas de esta última. El peligro de esta solución es que las normas de la responsabilidad extracontractual estaban dictadas para unos supuestos distintos a los planteados por la actuación de las partes en las "trattative", y de esta forma se dejaba sin sanción muchos casos no reconducibles al esquema del ilícito extracontractual (3).

Para evitar esta solución insatisfactoria, se llegó a una revi

sión crítica de la actividad doctrinal y se delineó la tentativa de encontrar a la responsabilidad precontractual un fundamento más válido que no fuera el reclamo genérico a la culpa extracontractual.

Una de las primeras voces que se alzó en este sentido fue la de CHIRONI (4), que más allá de la hipótesis de los contratos no válidos por defecto de idoneidad del objeto, o por defecto de las condiciones subjetivas de un contratante en la consideración general del comportamiento de las partes con ocasión de la formación del contrato, había puesto en la base de su concepción la obligación de las partes de proceder en la formación del contrato de acuerdo con la buena fe.

Pero fue GABRIELLE FAGGELA quien realizó el primer estudio en profundidad sobre la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de los tratos, en su trabajo "Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzioni sacientifica" en Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, Napoles, 1.906, vol. II, pág 271 y ss.

El ámbito de estudio de FAGGELA es el del periodo anterior a la celebración del contrato, esto es, desde que las partes entran en negociaciones en el contrato hasta que éste efectivamente se produce.

La teoría de FAGGELA puede, en opinión de SALEILLES (5), agruparse alrededor de tres ideas, que son las siguientes :

- La determinación de las distintas fases en que se subdivide el periodo precontractual con admisión si no de los mismos caracteres para cada uno de ellos, al menos dé un valor jurídico que debe reconocerse para todos.
- El principio del mantenimiento integral del derecho de ruptura o de revocación.

- La combinación de este principio de autonomía con el de responsabilidad o bajo ciertas condiciones, para el caso de ruptura o de revocación.

Las diferentes etapas en que se puede dividir el periodo pre-contractual, son:

Ante todo se presenta, al menos en los contratos más complejos, una primera fase, que es la de las negociaciones propiamente dichas o conversaciones preliminares. En esta fase, las partes intentan llegar a un acuerdo recíproco sobre los puntos principales. Se puede decir que está compuesta de ofertas, aceptaciones sucesivas, y en consecuencia, de acuerdos múltiples. Ninguna parte quiere obligarse aún ni mucho menos un "engagement" definitivo. Todo está subordinado a un acuerdo de conjunto sobre el proyecto de contrato tomado en su totalidad. Las partes que consientan estas actuaciones preliminares no quieren comprometerse en nada, ni a mantenerlos, ni a proseguir las negociaciones, ni a hacer una proposición firme (6).

Transcurrida esta primera fase, que será la más larga en la mayoría de los casos, encontramos otra que FAGGELA considera destinada para formular las ofertas definitivas. Dicha oferta se encontrará en un proyecto de contrato que será presentado de una parte a la otra.

Y finalmente, encontraríamos una tercera y última fase que consistiría en la emisión de la oferta propiamente dicha. Tras todo el camino recorrido, llega un momento en que alcanzado un acuerdo, no queda sino plasmarlo, es decir, emitir una declaración de voluntad dirigida por una de las partes a la otra.

Como ya adelantaba el mismo SALEILLES (7), gran defensor de la teoría de FAGGELA, la segunda fase debe confundirse la más de las veces o con la primera o con la tercera fase. En cuanto se trata de fijar los puntos principales que servirán de estructura al

proyecto de contrato, las partes están aún en la fase de elaboración :y una vez fijado este proyecto, desde que se ha dirigido por una de las partes a la otra, estamos en la tercera y última fase.

Por otro lado, el periodo en el que la doctrina se viene fijando para hablar de responsabilidad precontractual es aquél en el que las partes, sin querer obligarse, intentan perfilar los puntos centrales del contrato a celebrar, ese periodo corresponde exactamente a la primera de las descritas por FAGGELA.

Pero la novedad del estudio desarrollado por FAGGELA consiste en admitir que no sólo en la última fase de las estudiadas, sino ya en las dos primeras, tenían en sí, sin duda, caracteres diferentes de aproximación, pero, sin embargo, un verdadero valor jurídico, ya creador de efectos de derecho, aunque se tratase, como se pretende de ordinario, de simples manifestaciones de hecho que quedarían indiferentes hasta el momento en que debiera traducirse en una declaración de voluntad propiamente dicha.

En este punto, se podría estar de acuerdo con FAGGELA: las conversaciones y los tratos preliminares mantenidos por las partes en orden a la conclusión de un contrato no debe tener la consideración de "meras conversaciones en el aire". Las conversaciones preliminares engendran entre los interesados relaciones más concretas, relaciones que salen de la esfera de las conversaciones mundanas, para entrar en el campo del Derecho, sin que por ello obliguen de tal manera que las partes se vean privadas del derecho a no cumplir el contrato (8).

La afirmación de FAGGELA del valor jurídico de las conversaciones preliminares va a ser el primer paso para poner ese periodo bajo la órbita del Derecho. Ese valor jurídico, ha sido puesto de relieve por la doctrina alemana, que le ha dado el nombre de "contrato social" para indicar algo distinto de una mera relación

social (9). Y bien, dicho valor debe necesariamente traducirse en unos efectos positivos, que serían sin duda limitaciones a ciertos casos : los efectos de la responsabilidad.

Para FAGGELA el fundamento de la responsabilidad precontractual se encuentra en el consentimiento de dos personas para entrar en conversaciones preliminares y para realizar durante ellas los gastos que sean necesarios con el fin de otorgar el contrato, en interés común. El consentimiento contiene una garantía tácita por la cual debe repararse el perjuicio causado por la ruptura de las conversaciones, y especialmente, el más "palpable" perjuicio, que consiste en el importe de los gastos efectuados para llegar al acuerdo final.

Por el sólo hecho de que haya habido consentimiento en las negociaciones, hay necesidad para cada una de las dos partes, de obrar conforme a la buena fe y a la equidad comercial. Y este consentimiento, expreso o tácito, implica que las negociaciones deben seguir su curso hasta la oferta definitiva, a menos que haya un desacuerdo basado en una divergencia de intereses económicos. Pero, salvo esta divergencia económica, la ruptura pura y simple, injustificada, se convierte en arbitraria, lo que contraviene la buena fe necesaria en las relaciones contractuales, y que por tanto, implica responsabilidad.

El gran mérito de FAGGELA fue sin duda, ser la primera vez que un autor estudio en profundidad el periodo contractual que hasta entonces no había merecido una excesiva atención por parte de la doctrina. Asimismo, hay que considerar como innovadora su tesis sobre la existencia de una responsabilidad en los casos de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares. Así FAGGELA mostró una gran perspectiva de futuro al darse cuenta de cómo el desarrollo de la técnica y un tráfico jurídico-mercantil

cada vez más denso debía convertir el periodo precontractual en una fuente de problemas con relevancia jurídica.

Precisamente porque no habia precedentes sobre este tema, FAGGELA construyó su teoría de la responsabilidad precontractual sobre unas bases que han sido posteriormente punto de ataque. En efecto, para FAGGELA esta responsabilidad se basa en un acuerdo tácito de las partes al entrar en conversaciones preliminares de obrar de acuerdo con la equidad comercial y la buena fe, y por tanto, contiene la obligación tácita de indemnizar la partida de gastos precontractuales efectuados.

Pero como observa BENATTI (10), la teoría de FAGGELA choca con un obstaculo insuperable: el tácito acuerdo precontractual constituye una ficción, no correspondiendo a la efectiva disposición psicológica de las partes durante el periodo precontractual. El equívoco en el que cae FAGGELA es probablemente el mismo en el que están incurridos en el pasado algunos autores que habiendo constatado la insuficiencia de la tesis de IHERING, pero convencidos de la necesidad de satisfacer la exigencia práctica que estaba en su fase, habían considerado el comportamiento incorrecto en las negociaciones preliminares como violación de garantía, da una relación similar a la contractual (11).

En determinados momentos se ha sentido una especial necesidad de protección sin que por el contrario haya sido fácil encontrar un fundamento a esa protección del periodo in contrahendo. En el Derecho Romano Postclásico ya se habían sancionado algunos casos de estricta culpa in contrahendo (venta de una cosa inexistente, nulidad sobrevvenida del negocio por defecto de incapacidad, etc) con una actio ex contractu, aunque era claro que el contrato realmente no se había llegado a celebrar. En este periodo del Derecho romano, todavía, se encontraban encorsetados por el sistema forma-

lista de acciones y no podía escapar de él, nor lo que, experimentando la necesidad de proteger a quien de esa forma había sufrido un daño, incurrieran en la contradicción de otorgar una acción contractual.

De la misma manera, FAGGELA siente la necesidad de protección para la parte que en las conversaciones preliminares tiene una confianza legítima en la conclusión del contrato y recurre a ese "pacto tácito" de garantía entre las partes, no teniendo, no teniendo otra base más válida en la que fundamentar la idea que defiende. Por ello la solución de FAGGELA se cree que es válida en cuanto a los resultados a los que llega, pero no en cuanto a su fundamento, que de acuerdo con las opiniones ya expresadas, se puede calificar de ficción.

2º Antecedentes próximos. Los artículos 1.337 y 1.338 del Código Civil italiano de 1.942 :

El problema de una explicación coherente a la responsabilidad originada en el periodo de formación por una ruptura injustificada de las negociaciones, experimenta una impronta clarificación con la redacción dada en el nuevo Código Civil italiano de 1.942 al artículo 1.337 y 1.338.

- Art 1.337: "Las partes, en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe".
- Art 1.338: "La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte, está obligada a resarcir el daño que ésta ha sufrido por haber confiado sin su culpa, en la validez del contrato.

Puesto que la norma obliga a las partes a comportarse de acuerdo a la buena fe, se puede deducir que cuando las consecuen-

cias hayan obligado a tal punto que una de las partes confie razonablemente a la conclusión del negocio, el receso imprevisto e injustificado no sería leal y honesto, y en consecuencia, debía considerarse prohibido.

Esta idea ya se apuntó en el derecho alemán, e incluso anteriormente en el Derecho italiano por CHIRONI, que en la consideración general del comportamiento de las partes con ocasión de la formación de un contrato, había puesto ya en la base de su concepción la obligación de las partes de proceder en las negociaciones seriamente y de buena fe. En este mismo sentido, cabría mencionar algunas decisiones de la Corte de Casación italiana anteriores a 1.942 como la de 10-7-1.936; 23-6-1.941. Asimismo como antecedente de esta regulación de la responsabilidad precontractual recogido en los mencionados artículos del Código italiano de 1.942, está la disposición del artículo 36, ap. 3º del Código de Comercio italiano, según el cual, la revocación de la oferta y de la aceptación, si llega a conocimiento de la otra parte, después de que ésta hubiera comenzado la ejecución del contrato, obliga al resarcimiento del daño y, que en opinión de algunos autores, recogía una hipótesis de culpa in contrahendo codificada (12).

a) Profundizando en el sentido del Art 1.337, hay que advertir que esta norma hay que estudiarla en un contexto sistemático, esto es, en relación con el Art 1.338.

La norma del Art 1.338 consagra definitivamente en un texto legislativo el tema de la culpa in contrahendo en el sentido que le dió IHERING, es decir, conclusión de contratos que devienen nulos por su celebración a consecuencia de vicios existentes ya en el periodo de formación del contrato, sean vicios en el objeto del contrato, sean vicios en la capacidad de los contratantes. Y consagran, por la culpa in contrahendo, la necesidad de indemnizar a la parte que ha sufrido el daño. El fundamento de esa indemniza-

ción en el supuesto de hecho del Art 1.338 está en la misma norma "... esta obligado a reparar el daño que éste ha sufrido por haber confiado". Es pues la confianza la que pone en marcha el mecanismo indemnizatorio. La razón última de la indemnización es la tutela de la confianza, que es protegido cuando haya sido generada "sin su culpa".

"Sin su culpa" es sinónimo de "sin negligencia", esto es, diligentemente, cumpliendo con lo que razonablemente se podría esperar. Lo que se quiere decir es que si en la hipótesis del Art 1.338, la parte que queda defraudada al confiar en la validez de un contrato que luego se anule hubiera podido conocer con una diligencia normal, o hubiera tenido que conocer la causa de invalidez del contrato, no podrá reclamar la indemnización de que habla el Art 1.338, porque faltará la diligencia que exige la norma. Dicha parte no ha actuado correctamente, pues lo correcto hubiera sido observar esa diligencia (y haber conocido así la causa de invalidez del contrato)(13).

Teniendo otra vez en cuenta al Art 1.337, parece que este artículo tiene realmente los mismos objetivos que el Art 1.338. Lo que en él se busca es proteger la buena fe, la confianza, pero ahora en un momento distinto al Art 1.338. Si en éste se parte de un contrato, que por hipótesis, acaba siendo anulado, en el Art 1.337 se parte de un periodo anterior: las conversaciones preliminares. Pero también en esta fase hay que obrar con buena fe y para esto está la norma del Art 1.337, en la que hay que suponer provista de sanción para el caso de su violación.

Con todo ello, lo que se quiere resaltar es que los Art 1.337 y 1.338 están inspirados por un mismo espíritu y forma un solo principio, en contra de la tesis que piensa que el Art 1.338 consagra la única hipótesis de responsabilidad precontractual. Según esta tesis, el Art 1.338 desenvuelve una función restrictiva con

relación al artículo que le precede, como si el legislador después de haber dispuesto el principio general (Art 1.337) lo hubiese considerado operante sólo en las circunstancias previstas en el artículo sucesivo (Art 1.338).

Para LOI Y TESSITORE esta concepción es inaceptable porque limitar la responsabilidad precontractual a la única hipótesis del Art 1.338 significa ante todo considerar como absolutamente no nuestra la disposición del artículo precedente que, además es considerada como la mejor doctrina, como la más significativa de las dos normas en cuestión.

Por tanto, las dos normas, a pesar de que el Art 1.337 tiene carácter de cláusula general, pueden aplicarse a hipótesis distintas, bien entendido que ambas responden a un mismo principio: la protección de la buena fe y la confianza en el periodo anterior a la celebración del contrato.

b) Aunque la doctrina italiana afirma que con el Art 1.337 se da una perfecta acogida a la hipótesis de la responsabilidad por la ruptura injustificada de las negociaciones, algunas opiniones autorizadas se han mostrado en contra de esta idea. Así, BENATTI y DE CUPIS se muestran contrarios a la admisión de la ruptura injustificada de las negociaciones como supuestos de la responsabilidad precontractual con base en el Art 1.337. Pero DE CUPIS, al justificar su argumento nos sirve a la vez como la mejor demostración de lo erróneo de su tesis: la mejor apoyatura para decir que el Art 1.337 recoge el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones es que si no fuera así quedaría vacío de contenido, no pudiendo buscar la explicación a su existencia, y ello por una doble razón :

- En la inmensa mayoría de las conversaciones preliminares que se inician con vista a la conclusión de un negocio, no existe

una parte que las inicie con el simple propósito de romperlas posteriormente y así causar un perjuicio a la otra parte.

- No se comprendería la creación de una norma como la del artículo 1.337 para sancionar una conducta que tendría mejor cabida en el Art 2.043 (equivalente a nuestro Art 1.902) que consagra una noción general de acto ilícito.

c) La disposición del Art 1.337 por su amplia y genérica formulación llena la laguna legislativa a que se hizo referencia.

d) La jurisprudencia italiana sanciona la ruptura injustificada de las negociaciones como una hipótesis de responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo), obligando al que rompe las conversaciones a la indemnización del interés negativo.

La jurisprudencia italiana (sentencia de la Corte de Casación de 2-12-1.954) señala que para que pueda ser ejercitada la acción "ex culpa in contrahendo" deben subsistir los siguientes requisitos :

- Confianza razonable de uno de los contratantes en la conclusión del contrato,
- Ruptura injustificada de la otra parte interviniente en las negociaciones preliminares, y
- Correlativo daño de la contraparte, consistente en el referido "interés negativo".

Lo que ocurre es que a la hora de fallar en el caso concreto, las decisiones judiciales no muestran una valoración homogénea del problema, por la dificultad de concretar conceptos indeterminados como la razonable confianza o la justa causa.

e) La posición de libertad de las partes en el periodo de formación no va a ser ya de carácter absoluto, sino que encuentra un límite de carácter general constituido por el mencionado deber de observancia de la buena fe que impone el Art 1.337.

f) Los Art 1.337 y 1.338 dan una solución al problema del fundamento de la culpa in contrahendo. La razón de ser de esas normas es la tutela de la confianza (14). Lo que se quiere proteger es a la parte que ha cumplido con los deberes que le incumbían durante las negociaciones o durante la formación del contrato, que se ha comportado correctamente, que ha obrado de buena fe, y que por tanto no tiene porqué soportar un daño sobre su patrimonio.

.- N O T A S -.

- (1) ASUA GONZALEZ, La culpa in contrahendo, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1.989, pág 25-30 y pág 40-45.
- (2) LOI Y TESSITORE, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano, 1.975.
- (3) Esta había sido también la razón por la que históricamente, en el Derecho Romano Postclásico, en los casos de anulación de un contrato por actuación culpable de una de las partes, y no pudiendo salir del encorsetamiento que suponía la tipicidad de acciones, la actio doli y la actio legis Aquiliae, había tenido que conceder al contratante dañado la acción ex contractu, aún cuando realmente el contrato no estuviera concluido, y ello porque, según las normas de la responsabilidad precontractual dicho contrato había quedado sin acción al no encajar en los presupuestos de la responsabilidad aquiliana.
- (4) CHIRONI, La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale. Torino, 1.897.
- (5) SALEILLES, De la responsabilité precontrattuelle, Revue Trim. de Droit Civil, pág 706 y ss.
- (6) FAGGELA, op, cit. pág 281 y 282.
- (7) SALEILLES, op. cit. pág 708.
- (8) HILSENRAD, A, las obligaciones precontractuales, 1.932.
- (9) LARENZ, K Derecho de obligaciones, T. I y II, pág 108.
- (10) BENATTI, la responsabilidad precontrattuale, pág 51. En el mismo sentido DE CUPIS, El daño, traducido al español por Martínez Sarrión, 1.975, Barcelona.
- (11) También en nuestro derecho COSSIO. El dolo en el Derecho español pág 230 y ss, considera difícil el aceptar la teoría de FAGGELA, pero debido a que según él se basa en el riesgo y nuestro derecho no ha dado aún entrada a la responsabilidad objetiva.

Hay que tener en cuenta que ya, hoy día, nuestro Derecho, jurisprudencia y legislación, si ha dado entrada a la responsabilidad objetiva.

- (12) En este sentido PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni*, pág 471, y también BORASIO, *Attività precontrattuale*. Tomo I, 1.928, pág 105.
- (13) La jurisprudencia amplia el Art 1.337 para los casos de responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, y en el Art 1.338 para los supuestos de anulación de contrato válido por causas conocidas por uno de los contratantes.
- (14) CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, Riv, trim, dir, e proc, civ, 1.956.

C A P I T U L O T E R C E R O :

LA RESPONSABILIDAD POR CULPA IN
CONTRAHENDO.

C A P I T U L O T E R C E R O

LA RESPONSABILIDAD POR CULPA IN CONTRAHENDO

I-. NOCION DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En términos sencillos y generales puede afirmarse que la responsabilidad precontractual es la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio. En un orden más concreto será la que dimana de vulnerar la bona fides in contrahendo. Responsabilidad que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las negociaciones preliminares.

No parece admisible al criterio restrictivo que se configure la responsabilidad precontractual sobre una violación de un deber de declarar o comunicar, o al excesivamente amplio, al pensar que no sólo procede la indemnización del daño sufrido por la parte que confió en la validez del contrato, sino de todo daño irrogado a consecuencia de la infracción del deber de diligencia, de modo que ha de ser reintegrada al estado en que se hallaría si el otro contratante hubiese cumplido con su deber de tutela, aclaración y comunicación. Lo que supone dar a la responsabilidad precontractual una amplitud similar o idéntica a la contractual. Y esto no

es admisible. Mientras las partes en el contrato están ligadas por las obligaciones dimanantes del negocio jurídico patrimonial, quienes se proponen contratar no están vinculados por ningún esquema prestacional. Entre ellas se ha instaurado una relación jurídica especial, sui generis, por cuya violación se responde sólo y por violar la buena fe pródromica de la contractual (1). Ni a las partes se les puede exigir como si estuvieran ligadas por relaciones jurídicas obligatorias, ni sería conveniente hacerlo por su nocividad para el tráfico negocial (2).

1º La noción de responsabilidad precontractual en el derecho español :

Cuando se habla de responsabilidad precontractual en los distintos países siempre el objeto de atención es la eventual responsabilidad que puede surgir por actos lesivos que tienen su origen en el periodo de preparación del contrato. Sin embargo, hay que tener en cuenta cómo es distinto el ámbito en el que la aludida responsabilidad tiene virtualidad por lo que al derecho alemán por un lado y, al italiano o francés por otro. Así :

- En la práctica alemana por las especiales características de su sistema de responsabilidad, y sin duda también, por un estado de opinión creado que consolidó determinada postura (3), la responsabilidad por culpa in contrahendo es invocada tanto en casos en los que se ha celebrado un contrato válido, como en situaciones de invalidez, e incluso, de no contratación en absoluto (4) y esto hace que tenga pleno sentido la afirmación de que se trata de una responsabilidad entre el contrato y el delito (5).
- En el derecho francés y en el italiano, y a pesar de que hayan existido algunos pronunciamientos jurisprudenciales en otro sentido; y en el segundo haya habido un esfuerzo por parte de la doctrina en mantener la virtualidad del Art 1.337 aun con un

contrato valido y una violación de un deber precontractual que afectaba al contenido del mismo, la invocación de la responsabilidad precontractual se realiza sólo en casos de no contratación o de invalidez.

Esta es también la línea que se debe mantener para el Derecho español, y ello responde a una forma de entender el término precontractual. Este, aplicado al de responsabilidad, puede hacer pensar en toda posible responsabilidad que tenga su origen en comportamientos reconducibles al periodo de formación del contrato y, desde esta perspectiva, recibiría tal denominación tanto la sujeción a indemnizar por parte de quien injustamente interrumpe las negociaciones contractuales causando con ello un daño, como la reacción del ordenamiento contra quien enajena una cosa que al tiempo de la contratación adolece de la presencia de vicios ocultos. En otro sentido, por responsabilidad precontractual se puede entender aquella en la que no haya ningún aspecto de lesión de los intereses del acreedor, porque la prestación que obtiene del contrato no es o no esté en el estado que objetivamente podía exigir.

En esta línea, no se tratará de una responsabilidad precontractual sino estrictamente contractual la derivada del incumplimiento de obligaciones que si bien no fueron expresamente pactadas por las partes y, que no lo fueron por un defecto de información en la formación del contrato por parte de una de ellas, se consideran integradas en el contenido contractual a través del artículo 1.258 del Cc, y por ello, se podrían exigir (6). Tampoco lo serán aquellos casos en los que el comportamiento precontractual haya configurado de algún modo un contrato que no resulta satisfactorio, aunque el mismo despliegue esos efectos no deseados y el acreedor no pueda exigir la prestación de otra forma, pero sí una indem

nización de daños y perjuicios que incluso podría adquirir la forma de modificación de los términos contractuales por traducirse en una rebaja del precio; ésta sería la situación en concreto del llamado dolo incidental, figura, ésta cuyos perfiles entre el campo de los vicios de la voluntad y el incumplimiento (o mal cumplimiento contractual) y la disciplina de vicios no están en absoluto claros (7). Lo mismo ocurre en los casos que se reconducen a la disciplina de vicios porque igualmente se trata de casos en los que la parte lesionada utiliza los medios que el Derecho le proporciona por hallarse su interés, respecto al contrato, insatisfecho.

Por tanto, no cabría invocar la idea de responsabilidad precontractual cuando se trate de un contrato válido que resulte insatisfactorio, independientemente de si el mismo se ejecuta o termina por resolverse pues, aún entonces, la indemnización se haría desde una óptica contractual. Para estos casos siempre estaremos dentro de los parámetros previstos en el Código civil de cara a salvaguardar el interés del acreedor y, en todo caso, reconducibles al ámbito del contrato. Rechazable parece el intento de destacar el origen precontractual del acto lesivo para crear una amplia categoría que, en última instancia, habría nuevamente de diversificarse en cuanto a sus efectos y que, el legislador ha contemplado parte de ellos en el campo de la lesión del derecho de crédito derivado del contrato (8). Distinta, aunque con cierta relación, ha sido la postura de invocar las situaciones descartadas para probar que en el sistema del Código civil sería admisible una responsabilidad para determinados casos de perjuicios relacionados con la formación del contrato, ya que en el mismo cuerpo legal habría casos en los que comportamientos localizables en ese estadio dan lugar a responsabilidad (9). A esto habría que responder que efectivamente, el Código civil recoge casos de responsabilidad ante la

insatisfacción del interés del acreedor que tienen un origen precontractual, pero que ello se ha realizado desde la óptica de esa insatisfacción y que esto no debe de significar necesariamente que, otros casos no contemplados y no reconducibles a un incumplimiento contractual, por esa sola razón, hayan de encontrar acogida ni formar con ellos una categoría unitaria.

En los casos en los que se procede a la anulación del contrato podría, en muchas ocasiones, verse también una situación del mal cumplimiento contractual y, en todo caso, de insatisfacción del interés del acreedor, y que en definitiva la circunstancia de que, quien incurre en error o contrata determinado por el dolo de la otra parte, proceda a la anulación (y habrá, por lo tanto, un campo en el que sí interviene la idea de responsabilidad precontractual) no modifica el hecho de que la situación preexistente le hubiera permitido acogerse a medidas contractuales. Aunque esta última afirmación sea cierta, ello no debería llevar a quitar virtualidad al criterio diferenciador propuesto para hablar con propiedad de responsabilidad precontractual separándola de otros casos, y que es el de la perspectiva del interés frustrado. Mientras que si se parte de un contrato no afectado por una causa de invalidez (aunque se opte por su resolución) el elemento determinante, y el que tiene relevancia para el derecho (que luego en función de una valoración de intereses proporcionará unas medidas u otras), es el de la insatisfacción del interés del acreedor, quien anula el contrato, aunque igualmente esté ante una situación que le produce insatisfacción (y eso será casi con toda seguridad lo que le induzca a recurrir a la acción de anulación), utiliza una vía que el derecho le concede no por esa circunstancia sino porque su proceso de formación de la voluntad de algún modo ha resultado viciado; precisamente por ello no podrá pretender, después, obtener el interés defraudado por la contratación insatisfactoria sino todo lo más una

reparación en base al criterio del interés negativo. Este sería el importe indemnizatorio en el caso de resolución del contrato, pero aunque el montante sea el mismo, la diferencia continuará radicando en el interés que el ordenamiento ha considerado relevante: en un caso la libre formación de la voluntad (10), y en el otro, el interés insatisfecho ante el contrato. Precisamente por ello, si a pesar del error trascendente a efectos anulatorios o del dolo, se persiste en el contrato, se abordará el tema desde tal perspectiva contractual.

II-. AMBITO DE APLICACION DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

MORENO QUESADA entiende que (11) se extenderá a todos aquellos supuestos en que, derivada de la actuación culposa de una de las partes que intervienen en la formación del contrato, se produzca un daño para los que con él tratan de celebrarlo.

Un medio indicado para lograr la delimitación del campo en que ha de aplicarse, es distinguirla de las otras dos especies de responsabilidad que pueden originarse en el período de preparación de los contratos, y así :

- a) La actuación que hace a las partes incurrir en responsabilidad es distinta en cada caso: de un lado, para que haya culpa in contrahendo se requiere una conducta del sujeto que, suponiendo una transgresión de los deberes que sobre él pesan por intervenir en la negociación emprendida, pueda calificarse de culposa, en cambio, en la responsabilidad que producen el desistimiento injustificado de los tratos o la revocación de la oferta, hay un actuar del sujeto que incurre en ella que no constituye una verdadera transgresión integrante de culpa, sino que implica el ejercicio de un derecho que le corresponde, y si bien, por

las circunstancias objetivas que concurren y que él ha contribuido a crear, esa actuación es determinante de un deber de indemnizar, ello no se debe a culpa de su parte sino que es consecuencia de ese cúmulo de circunstancias objetivas sobre las que recae su decisión de no seguir la celebración del contrato.

- b) La contemplación del momento en que puede originarse es otro motivo para diferenciarlas; en tanto que la producida por culpa in contrahendo es posible que se dé en cualquier momento de la fase antecontractual, desde que hay una relación entre las partes que van a contratar, hasta que se perfecciona por el conocimiento que el oferente llegue a tener de la aceptación, en cambio, cada una de las otras necesariamente ha de producirse en relación con un período distinto; así, mientras la que es consecuencia del desistimiento de tratos sólo se justifica durante su desarrollo, la que nace de revocación únicamente será posible cuando ya exista una oferta perfeccionada.

El verdadero sentido de este criterio de distinción, más que en lo expuesto se encuentra en la necesidad que hay en los supuestos de desistimiento y revocación de que se den unas determinadas condiciones objetivas, debidas sobre todo a la actuación de las partes, mientras la culpa in contrahendo no precisa de otro requisito que la existencia de una relación trabada en vista de la celebración de un contrato.

- c) Otro criterio es el de las personas que pueden incurrir en una u otra; ha de hacerse notar, sin embargo, que sólo parcialmente es útil este criterio, puesto que sirve para diferenciar la culpa in contrahendo de la derivada de revocación, pero no de la que produce el desistimiento de los tratos preliminares .

Rádica la distinción, en el hecho de que, si bien la culpa nacida al celebrar un contrato puede ser responsable cualquiera de

los interesados que intervienen la responsabilidad procedente de revocación por las razones que al examinarla se expondrán, dentro del Derecho español sólo puede ponerse a cargo del oferente cuando revoque la propuesta que emitiera con anterioridad.

d) También son diferentes los motivos que imponen la exigencia de una u otra especie de responsabilidad. Cuando se trata de la nacida de culpa al contratar, su razón de ser está en constituir la aplicación de un principio general, el de la culpa extracontractual o aquiliana, a un supuesto concreto que es el de su aparición en el periodo formativo del contrato; en cambio, son razones especialmente justificadas para estos casos las que aconsejan la exigencia en los otros dos supuestos, puesto que es la concurrencia de una serie de circunstancias la que determina la conveniencia de su establecimiento; es sobre todo la contemplación de los principios que impone la buena fe y la seguridad del tráfico la que lleva a esta solución en los supuestos de desistimiento arbitrario de tratos y revocación de la oferta.

En razón de todo esto, puede decirse que se dará el supuesto de la culpa in contrahendo cuando a consecuencia de la conducta culposa por parte de uno de los contratantes se produzca la imposibilidad de que llegue a celebrarse el negocio, o bien que, aún celebrado, resulte ineficaz en el grado que determine la causa producida o no declarada por el infractor.

Tales circunstancias acontecerán, por ejemplo, cuando no llega a nacer el contrato porque una de las partes ha ocultado la incapacidad que le afectaba para contratar, o ha hecho objeto de un negocio una cosa que no sea idónea para el mismo, o ha comunicado su voluntad de forma que produzca culposamente un perjuicio en el otro.

III-. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1º Fundamento de los deberes precontractuales en el Derecho alemán :

a) Reconducción de los deberes precontractuales a una relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales :

a') Introducción :

A raíz de la sentencia del Reichsgericht de 5-4-1.922, señaló que los deberes precontractuales tenían su causa en una relación obligatoria: la relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales. Este es el modo en que se califica la situación existente entre las partes porque ambas están recíprocamente obligadas, bien a determinadas conductas, bien a abstenerse de realizar determinados actos.

La afirmación de la relación obligatoria tuvo un eco mayoritario porque se trataba de dar un prius dógmicamente aceptable a lo que se revelaba como indiscutible : la responsabilidad por comportamientos lesivos durante el periodo de formación del contrato que implicaban la violación de deberes precontractuales.

Tal eco no tuvo, sin embargo, el carácter negocial atribuido por la doctrina, a la relación de conversaciones, ya que situaron el punto de partida de dicha relación en un negocio jurídico unilateral: bien la oferta, bien la invitación a entrar en negociaciones. Esta interpretación no permitía explicar adecuadamente casos (como el del linoleo) a la luz de la culpa in contrahendo, pues podrían producirse ocasiones en las que un eventual cliente, antes de mediar ningún tipo de manifestación, sufriera un accidente en un negocio.

Otra parte de la doctrina, pretendieron derivar los deberes que en la negociación incumbían a las partes directamente de la aplicación análogica o de la concreción de un principio general

de derecho. Sin embargo, se impuso la reconducción de los deberes precontractuales a la relación de conversaciones, si bien, rechazada la nota negocial, se comenzó a predicar de la misma un genérico carácter legal. Por otro lado, ante lo indiscutible de la presencia de una laguna legal se afirmó que la responsabilidad por culpa in contrahendo había pasado a ser una costumbre jurídica, quedando así su virtualidad al margen de las construcciones instrumentadas al efecto.

La existencia de deberes precontractuales que derivan de una relación obligatoria de carácter legal, surgida de las conversaciones contractuales y cuya vulneración se sanciona según las normas contractuales, ha venido siendo, y lo es actualmente, un lugar común de la doctrina y jurisprudencia, reconociéndose a este principio el carácter de costumbre jurídica.

b') Carácter legal de la relación jurídica preparatoria :

Por lo señalado en el apartado anterior, de la relación obligatoria preparatoria se predica un genérico carácter legal. Legal ha de ser entendido como contrapuesto a negocial. Rechazada la opinión doctrinal que veía el comienzo de la relación en un negocio jurídico unilateral, la otra alternativa posible era derivarla directamente de la ley.

Tradicionalmente en el Derecho alemán, a la hora de referirse a las relaciones obligatorias, entre las que encuentran su razón de ser un negocio jurídico y las que de forma directa derivan de la ley, parece que las legales han de encontrar previsión en la ley, cosa que no sucede con la relación preparatoria. Todo lo más podrían encontrarse en el BGB determinados preceptos en los que se sancionan comportamientos lesivos en el periodo precontractual, pero, el deberse la generalización del principio de responsabilidad por culpa in contrahendo a una laguna legal, es evidente que

la ley no contiene ninguna previsión general respecto a la relación que entre las partes existe en la etapa precontractual.

A pesar de ello y, excluido el origen convencional, sólo quedaba el legal para ser atribuido. De este modo se puede hablar de legal :

- porque no quedaba más remedio, y
- porque entendiéndose que se trata de una necesidad que surge de la propia conformación del ordenamiento y, que por su reconocimiento consuetudinario tiene la misma fuerza que si la propia ley así lo previera.

Admitida como un prius la aplicación de la normativa sobre responsabilidad precontractual, pero desvinculados los deberes precontractuales de la celebración de todo contrato posterior, habría que otorgar a los mismos un cierto carácter negocial que justificara tal aplicación. Pero este intento no prospera al rechazarse el negocio jurídico unilateral como fuente de la relación preparatoria. Las reglas contractuales eran, dada la conformación de las extracontractuales, las únicas aplicables (excepción de los deberes de conservación), y ello ha motivado que el recurso a tales normas no fuera nunca cuestionado. Por lo demás, el reconocimiento como costumbre jurídica de la responsabilidad por culpa in contrahendo abarca el régimen aplicable a tal responsabilidad y, en todo caso, y quizás, como un dato que pretenda implícitamente acercar la relación preparatoria a la estrictamente contractual no faltan referencias que hablan de aquella como similar a la contractual.

c') Comienzo de la relación obligatoria preparatoria :

La circunstancia determinante del comienzo de la obligación de observar determinados deberes o, si se prefiere, de la relación precontractual, se vió desde que la existencia de dichos deberes se independizó de todo contrato posterior, en el inicio de las conversaciones contractuales.

Este punto es satisfactorio para aquellos casos en los que la vulneración del deber precontractual tiene como presupuesto necesario la existencia de tales conversaciones, como ocurre con los que con mayor o menor propiedad reconducen a los deberes de información. En tales supuestos, es posible siempre detectar contactos sobre el futuro negocio que pueden, aunque sea en sentido muy amplio, calificarse de conversaciones contractuales. Lo problemático es, sin embargo, adaptar el criterio manejado a los llamados deberes de conservación porque necesariamente es aquí donde podría producirse daños sin que se haya iniciado ningún tipo de conversación negocial.

Para cubrir estos casos se comenzó a hablar de contacto negocial en el sentido de que el mismo era suficiente para originar la relación jurídica preparatoria. Para que tal contacto se produzca es suficiente con que alguien penetre en un ámbito del cual otro es responsable y que por ello sea iniciador de una situación negocial de modo que lleve en sí al menos la posibilidad de concluir, en esa ocasión o más tarde, a la realización de un negocio. Como el simple hecho de entrar generaría la relación precontractual, cualquier daño que con posterioridad se produzca, podría entrar en la esfera de la culpa in contrahendo.

La doctrina reconduce la responsabilidad por culpa in contrahendo a una más amplia responsabilidad por confianza; confianza en virtud de la cual las partes someten su esfera personal y jurídica a la influencia mutua. Tal confianza no sólo surge en contactos con una finalidad negocial sino que también puede producirse en otros planos de relaciones sociales, de ahí la expresión de "contacto social".

Actualmente, el comienzo de la situación en la que se puede generar responsabilidad por culpa in contrahendo se ve tanto en

el inicio de conversaciones, como en un contacto comercial o en la entrada en un ámbito ajeno peligroso.

d') La confianza y la culpa in contrahendo la relación preparatoria como una relación de confianza :

La expresión "interés de confianza" encuentra su explicación en el BGB, en tres preceptos que se consideran reflejo de la teoría de la culpa in contrahendo, tal y como IHERING la concibió: estos son los parágrafos 122, 179.2º y 307, a los que habría que añadir el 309, que se remite a las consecuencias del 307.

En ellos se establece una obligación de indemnizar y el criterio para fijar el quantum es el interés negativo (limitado por el interés positivo), de modo que el dañado debe ser restituido a la situación patrimonial en la que se hallaría de no haber contratado. La dicción legal es en los tres casos similar y habla de reparar el daño causado por haber confiado en la validez del contrato, de la declaración o en el poder de representación; de aquí que el interés negativo haya pasado en estos supuestos a ser el interés de la confianza.

La confianza en los casos citados recae sobre una circunstancia determinada (la validez del contrato, etc), ¿Cuál es en el resto de la amplia casuística de la responsabilidad por culpa in contrahendo, el objeto de la misma?. Serán quienes se hallan en la situación in contrahendo, que confían en que la otra parte no violará ninguno de los deberes que les corresponden por estar inmerso en la relación preparatoria, deberes que en cada caso concreto se determinarán según las exigencias de la buena fe.

La misma idea está presente en la denominación relación de confianza, utilizada por la jurisprudencia, y con la que se pretendía reforzar los argumentos a favor de la exigencia de determinados deberes precontractuales, poniendo de relieve con la alusión

a la confianza que no se trata de un contacto entre personas extrañas sino de una relación más profunda. Para conjugar esto con un marco más general, común a toda la responsabilidad por culpa in contrahendo, la circunstancia determinante de la relación preparatoria no es la simple entrada en conversaciones sino que tal estado sólo tiene trascendencia unido al elemento confianza.

En realidad, el dato objetivo que permitirá determinar se si está en una situación en la que puede surgir responsabilidad por culpa in contrahendo, es el contacto sobre el plano negocial. La confianza será sólomente uno de los factores que se tendrán en cuenta para determinar las exigencias en el caso concreto de la buena fe en sentido objetivo y, en definitiva, la extensión en tal supuesto de los deberes que a cada parte incumben y cuya no observancia da lugar a responsabilidad si de la misma se derivan daños.

Sólo en aquellos casos en los cuales y, rompiendo el principio del párrafo 278, se quiera hacer responsable al representante por su culpa in contrahendo, en lugar de directamente al representado, la confianza será un factor a tener en cuenta no sólo para fijar la extensión y el ámbito de los deberes precontractuales sino también para designar quién debe ser el responsable (determina un elemento fundamental de la relación preparatoria como es el sujeto).

b) Clases y extensión de los deberes precontractuales :

Es tradicional, aquí, distinguir entre deberes de información y deberes de conservación.

- Deberes de información, se refieren a cuando se pretende sistematizar los distintos conflictos de intereses, que se solucionan aplicando los principios de la responsabilidad por culpa in contrahendo, el más concurrido. Cuando un eventual contratante se siente perjudicado patrimonialmente debido a circunstancias lesi

vas que tienen su origen en el periodo de preparación y formación del contrato, podrá decirse siempre que si hubiera tenido noticias de las mismas, o no hubiera proseguido con las negociaciones o lo hubiera hecho en otras condiciones y, desde esta perspectiva, desde la que se habla de vulneración de deberes de información.

El contenido y extensión de los deberes de información no pueden ser establecidos a priori, ni tampoco ser clasificados con ánimo de exclusividad. Por ello, se acude a fórmulas generales y se señala en última instancia que el deber de información existe respecto a aquellas circunstancias que a una parte le resultan conocidas y que sabe que pueden ser de influencia en la decisión de la otra parte.

La extensión que en el caso concreto tenga en el deber se hace siempre depender de lo que en ese supuesto determinado se considere el 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.

- Deberes de conservación, para los supuestos de lesiones físicas o en la propiedad con ocasión de contrato. En virtud de los mismos deben salvaguardarse la integridad física y la propiedad de quien, debido a las negociaciones, somete tales bienes a la influencia de la otra parte. Aquí son todavía más difíciles de precisar las concretas medidas a tomar para evitar estos daños.

2º Fundamento de la responsabilidad precontractual en el Derecho español :

La responsabilidad debe tener como presupuesto un comportamiento antijurídico, lo que significa decir que todo acto lesivo del

que se pretende derivar la responsabilidad precontractual tiene que merecer para ello la calificación de antijurídico o, en términos más generales, ha de ser reprochable desde el punto de vista antijurídico. Este es un requisito tanto para la responsabilidad contractual como la extracontractual.

El argumento que pone de relieve la dificultad de configuración del ilícito en los casos de invalidez contractual y ruptura de las conversaciones contractuales es el de que se trata de un campo en el que las partes se han de mover con plena autonomía y que la noción de falta (en el sentido de acto antijurídico) entra en abierta contradicción con el mismo.

Para ASUA GONZALES (12), tal afirmación debería ser considerada. La libertad contractual supone que cada parte debe decidir por sí mismo y, sin ningún tipo de coacción, contratar o no, pudiendo libremente proponer una determinada configuración de la relación obligatoria, y si no la logra, optar por la conveniencia o no de constituir la misma. Pero libertad contractual no debe significar nunca que quien realice en el periodo de formación del contrato un acto lesivo de los intereses de la otra parte deba ser mantenido. Al Derecho le corresponde la aplicación que del mismo realicen los Tribunales, determinar, cuándo y bajo que condiciones, el comportamiento será reprochable y generador de responsabilidad.

Se habla de la dificultad de configurar el ilícito por entender que los comportamientos con los que nos encontramos no se adaptan al mismo y, sin embargo, no por ello resulta rechazada de plano la posibilidad de que se genere responsabilidad, pero esta surgiría porque se ha vulnerado el mandato de la buena fe en sentido objetivo, en el caso concreto. Con el criterio señalado parece que, lo que se está haciendo, es una valoración negativa sobre la pertenencia de este posible ilícito al campo extracontractual.

Podría tomarse la decisión de que nunca alguien, excepto en los casos legalmente previstos, sea responsable por sus actos precontractuales, pues su comportamiento se produce en una etapa, en la cual, no cabe un juicio de reprochabilidad, lo cual se haría invocando el principio de libertad contractual. Pero tal decisión supondría descartar siempre y, no sólo desde la óptica extracontractual, la posibilidad de configurar un ilícito.

En los casos de ilícito precontractual no hay ninguna circunstancia que intrínsecamente impida su consideración extracontractual, aunque puedan encontrarse argumentos para defender su contractualidad. En el derecho español el daño no sólo surge cuando se viola un interés o un derecho jurídicamente protegido por la ley en todo caso, sino un interés legítimo. Evidentemente que cuando exista una norma que, pretendiendo salvaguardar determinada esfera, prohíba una conducta, si esta se realiza lesionando un interés sí nos encontramos ante una protección expresa del mismo; por ello, es indiscutible que se ataca a intereses jurídicamente protegidos cuando se lesiona la propiedad, la integridad física o la salud de una persona puesto que hay múltiples normas jurídicas en las que estos aspectos son objeto de salvaguarda y, lo mismo podría decirse hoy sobre algunos de los llamados derechos de la personalidad. Pero la legitimidad del interés, en ausencia de tan expresa protección por parte de la norma, la deberá establecer el intérprete determinando las situaciones, cuyo ataque dan lugar a reparación.

En los casos en que se puede invocar la idea de una responsabilidad precontractual, el interés en última instancia lesionado es la integridad patrimonial, lo cual de por sí, no parece merecer que se quede privado de la protección del Derecho ante su lesión. El problema es otro, y radica directamente en la cuestión planteada: la antijuricidad de la conducta. Esto es, si se parte de que una

una persona ha experimentado una serie de desventajas o menoscabos patrimoniales, a tal lesión no se le podrá negar, sin más, protección sino, al contrario, el Derecho debería mostrar predisposición a satisfacer su interés, pero, es aquí donde radica el problema, será necesario que la lesión sea imputable a una conducta humana antijurídica y, esto independientemente de que la responsabilidad tenga consideración contractual o extracontractual.

La antijuricidad es necesaria independientemente de cuáles sean las normas que intervengan para fundamentar la reparación y, además, cualquiera que sea la decisión respecto a la contractualidad o extracontractualidad de la responsabilidad tal ilicitud se configurará siempre de la misma forma, es decir, la pauta tomada para determinar lo reprochable de la conducta será la misma. ¿cuál será esta?. Es aquí donde resultará útil el recurso a la buena fe, en sentido objetivo, como norma de conducta que aportará el perfil de la actuación que en ese caso le será exigible al sujeto y que si no se ha observado permitirá calificar ese comportamiento de ilegítimo o antijurídico.

No supone esto inclinarse por un principio de tipicidad en la conducta, caso de que la reclamación sea extracontractual. En el campo extracontractual, ya por el hecho de provocar un daño lesionando un interés protegible la conducta es antijurídica. Lo que ocurre es que respecto a los casos aquí planteados, el hecho de que se piense de que se trata de una esfera, la precontractual, en la que a nada se está obligado todavía y el que se trate de daños exclusivamente patrimoniales supone un refuerzo a la idea de antijuricidad, haciéndola derivar de la violación de las exigencias de la buena fe en sentido objetivo, recogida en el Art 1.258 del Código civil.

La buena fe en sentido objetivo, recogida en el Código civil,

como fuente de integración del contrato, no se sujeta expresamente a su mandato la fase de preparación del contrato. Se defiende su vigencia en el ámbito precontractual, tanto invocando la aplicación análogica del Art 1.258, como la presencia general de ese principio a través del Art 7.1º del Cc; esta vigencia no resulta en absoluto contestada sino, al contrario, se admite aquí porque también se hace para todas las esferas del Derecho civil, y respecto al fenómeno contractual tanto en su preparación y formación como en su ejecución.

Si el contenido de esa buena fe carece siempre de formulación positiva concreta, el reconocerle el papel generador de normas de conducta que se deben observar bajo pena de incurrir en responsabilidad no soluciona el problema de determinar, en el caso concreto, cuál es ese comportamiento exigible. Este será el paso fundamental para decidir si la actuación de un sujeto ha vulnerado o no la obligación impuesta por la buena fe, es decir, si se ha producido un comportamiento antijurídico o no. Aquí radica el núcleo del problema, porque sólo en la medida que se reconozca que pesaba sobre alguien en el periodo precontractual una obligación que ha vulnerado, podrá su comportamiento pasar a integrar uno de los presupuestos necesarios de la responsabilidad.

Los Tribunales han ido, mediante sus aportaciones, delimitando que es lo que a un sujeto se le puede exigir en cada circunstancia. Por tanto, hay que insistir en dos puntos :

- Cuando un sujeto no actúa como le era exigible en base a los mandatos de la buena fe su comportamiento es ya antijurídico, sin prejuzgarse por ello el carácter contractual o extracontractual que la reclamación tenga.
- El hecho de los inciertos perfiles de lo que la buena fe impone no es razón para rechazar lo que aquí se mantiene porque es

de por sí el concepto y será el interprete el que deba ir determinando sus aplicaciones concretas.

3º Fundamento de la responsabilidad precontractual en la doctrina :

a) La doctrina italiana :

En Italia es uno de los pocos países donde se ha legislado sobre los tratos preliminares y, es preciso, ver la divergencia de opiniones que existe sobre el Art 1.337 del Código italiano. Este sólo regula el comportamiento jurídico de las partes durante las negociaciones, más, sin embargo, existe una división en la doctrina sobre si el mismo se limita a marcar una pauta de conducta, o si, por el contrario, como violación al deber de buena fe, a que las partes están obligadas en el de las negociaciones pueden configurarse una responsabilidad precontractual.

FAGGELA entiende que "es posible una responsabilidad por parte del que se retira arbitrariamente de los tratos. Esta tiene su base jurídica en un doble aspecto:

- En el consentimiento de las partes, y
- en el hecho de que el daño o destrucción de un valor patrimonial a la otra parte representado por los gastos que la elaboración del proyecto contractual signifique.

La responsabilidad no radica en un vínculo contractual ni en una culpa in contrahendo, ni en una asunción de garantía, ni en un mandato, ni en un negotiorum gestio, sino en una doble causa jurídica:

- Que quien consciente, contrate con la otra parte un trabajo preparatorio antecontractual o concurre en eso, asume con esto la obligación a resarcirle los gastos y al costo real de su trabajo, cuando intempestivamente se rescinda, a sabiendas de que no existe una obligación a tratar.
- La destrucción de un valor del otro, un valor patrimonial del tratante para quien se rescinde o renuncia, representado por

los gastos y la operación sostenida para el nacimiento del contrato" (13),

FAGGELA excluye cualquier responsabilidad precontractual ante la falta de consentimiento de las partes a tratar, y aquí son las partes quienes asumen el riesgo de un imprevisto receso de la otra parte tratante.

Este autor basa la responsabilidad precontractual durante las conversaciones preliminares en un principio objetivo, que la relación que existe de haber iniciado unos tratos y consentir a su desarrollo y, como consecuencia del retiro arbitrario de los mismos, la producción de un daño patrimonial comprendido en los gastos y desembolsos habidos en la preparación del contrato.

CARRARA estima que las partes durante las negociaciones saben perfectamente que en cualquier momento puede suceder una retirada tanto arbitraria como de buena fe, debido al carácter inseguro de los mismos, por lo cual, es una asunción de riesgo que asume personalmente cada parte de las pérdidas cuando ocurra el caso.

Consecuencia lógica, de que este autor, no encuentre responsabilidad extracontractual en el desistimiento arbitrario de los tratos ya que, según él, esta sería una responsabilidad sin culpa, la cual, para que exista, se hace necesario una relación directa del agente y el daño, el cual, debe ser inmediato y exclusivo. Característica que no se da en las negociaciones, donde el daño no hubiera tenido lugar si la acción que se califica como factor causal no se hubiera producido. Pero la retirada de las negociaciones preliminares no pueden cumplir con esto, ya que es preciso demostrar que los tratos hubieran tenido buen éxito en el caso de haberse continuado, lo cual no podrá probarse por la misma naturaleza de los tratos (14).

Para RAVAZZONI, la conclusión del contrato puede aparecer más

o menos probable o próxima y la parte puede confiar más o menos en la conclusión del contrato, sin embargo, a pesar de éste hecho las partes son libres de hacerlo, si no se interrumpen las negociaciones. No puede reclamarse la subsistencia o menos una confianza o expectativa por la otra parte en las trattativas, ya que tal expectativa descansa en el hecho de perdurabilidad de las mismas y la confianza que puede tener la otra parte en éstas para la conclusión del contrato no tiene importancia dominante.

Por tanto, éste autor encuentra que el deber de buena fe que impone el Art 1.337, no implica que su incumplimiento conlleve una obligación de resarcimiento aún cuando así reconoce éste que así apunta la doctrina (15).

BARASSI considera que en la frustración de las negociaciones, las cuales considera sin ningún efecto jurídico, la parte que hubiere efectuado gastos o concebido esperanzas no puede pretender indemnización alguna por los gastos o daños que éste le ocasionará. (16).

ROTONDI resume la fase preliminar del contrato de la siguiente manera: "si el contrato definitivo, o cualquier contrato cuya realización obligue a las partes, no ha nacido todavía, cada uno puede, por muy largos que sean los tratos desistir de todo y el otro no podrá invocar un vínculo que no ha surgido. Sin embargo, es posible que de estas propuestas o tratos realizados en vano resulte perjudicado uno de los contratantes, por ejemplo, si dejó escapar otras posibilidades confiando razonablemente en que el contrato se concluyese" (17).

Como consecuencia en ésta fase se protege a cada una de las partes dentro de la responsabilidad extracontractual, cuyo principio fundamental es que el que causare daño a un tercero por culpa propia, ésta obligado a resarcirlo, lo cual aparece expresamente en

el Art 1.337. Por lo tanto, si la parte que rompe los tratos ha violado en su actuación las buenas y correctas normas que regulan dichas relaciones (es decir, caen en culpa) esta obligada a resarcir los daños que para otra se deriven. Tengase en cuenta que dichos daños no se valoran por lo que ésta haya perdido por la no perfección del contrato, porque no tenían ningún derecho a que el contrato se perfeccionara sino únicamente con relación a los gastos o las ocasiones perdidas.

MESSINEO considera que los tratos obligan no en el sentido de que el acuerdo a que lleguen las partes tenga valor contractual, pero si en el sentido de que cuando los mismos "hayan llegado a un punto tal que haga preveer que el contrato podría celebrarse y una de las partes rompa esos tratos sin un justo o atendible motivo la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, esto es, al llamado interés negativo cuando pueda probar que, confiando en el estado de los tratos, ha incurrido en gastos que no había afrontado si hubiese podido preveer que el contrato no se había de concluir, o bien que ha rechazado otra oferta igualmente (o más) ventajosa, proveniente de otra persona, sufriendo así un daño"(18).

PACCHIONI nos dice que "los contratos pueden estar precedidos de una etapa más o menos larga o complicada de negociaciones, las cuales son conducidas a riesgo de las respectivas partes contratantes, cuando sean interrumpidas sin que medie culpa de parte de uno de los contratantes. Sin embargo, las mismas constituyen acto ilícito cuando estén interrumpidas culposamente conllevando a una responsabilidad la cual será extracontractual, ya que estas son una actividad que se despliega fuera del contrato"(19).

BETTI refiriéndose a la responsabilidad, encuentra que la misma "puede encuadrarse tanto dentro del marco jurídico de la responsabilidad contractual, como, dentro de la responsabilidad extracon-

tractual ya que en el fondo estriba en una preferencia en optar por una u otra. La diferencia estriba en la carga de la prueba" (20).

FERRI afirma que "no existe norma jurídica que a la vez no establezca un deber, pero a cada deber corresponde una facultad, una libertad, o sea un derecho subjetivo".

Referente a lo expuesto en el Art 1.337 del Código italiano, en cuanto a que impone a las partes el deber de comportarse según la buena fe en el desarrollo de los tratos en la formación del contrato, "incide precisamente en lo que es el momento formativo del contrato y podría, por lo tanto, traducirse en deber de los contratantes de perseguir fines morales. Tal deber no podría dejar de repercutir sobre la naturaleza y la estructura del poder que da ocasión a la actividad comercial, es decir, la autonomía privada".

"En definitiva, buena fe en los tratos no significa voluntad buena, persecución de finalidades éticas en la conclusión del contrato y, por consiguiente, en la configuración de sus cláusulas, sino más bien ausencia de engaño, por consiguiente, una vez más tutela de la libertad contractual" (21).

DE CUPIS considera que el hecho que produce el daño es lo que identifica si el mismo es contractual o extracontractual. Por lo que en base a esto estima que: "El daño surgido -in contrahendo-, o sea, con ocasión de la formación del contrato, no es una excepción a esta proposición, pues que unas veces será daño contractual y otras deberá considerarse como daño extracontractual".

"El daño producido por el incumplimiento de esta obligación debe ser considerado como contractual, tomando en cuenta que para este, todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación bien se derive de un contrato o de otra fuente de obligación es el mismo contractual".

Sin embargo, aún cuando admite que existe una obligación de

observar una conducta de buena fe durante los tratos más adelante, afirma el mismo autor que ésto no limita el desistimiento de los tratos, ya que si existe libertad para revocar la oferta, que es ya un elemento más avanzado y completo en la formación del contrato con mayor razón tiene que existir completo libertad en el desistimiento de los tratos. Solamente podrá existir ilícitud en éste desistimiento cuando la parte que desiste haya emprendido los tratos teniendo en mente no conducirlos. Por lo que la obligación de indemnizar no debe aplicarse aquí.

Es lógico que si existe una obligación en éste caso estipulada por el legislador en el Art 1.337 de que durante los tratos las partes deben comportarse con aquel con arreglo a la buena fe, su incumplimiento y los daños causados por éste deben ser indemnizados, pues de lo contrario tal obligación sería letra muerta en el Código, por no tener una correspondiente sanción a su incumplimiento.

Refiriéndose al Art 1.337 del Código italiano afirma que equivale a afirmar que en las fases que median entre la iniciación de los tratos y la conclusión del contrato están recíprocamente obligadas a mantener un comportamiento que responda a la buena fe. A nuestro entender se está en presencia de una relación obligacional en cuanto al vínculo jurídico referido por el Art 1.337, es un vínculo jurídico que liga a una parte y a la otra, por el hecho de haber principiado los tratos. Como es sabido, la obligación crea un vínculo jurídico entre sujetos determinados; antes de empezar los tratos no se está obligado a observar un comportamiento que afecte a la no iniciada fase precontractual; la iniciación de los tratos es el derecho del que se deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un comportamiento concorde a la buena fe" (22).

CALUSI considera que "el tiempo anterior a la propuesta debe considerarse en su contexto sin que el mismo se devalue, ya que si bien es cierto que esta constituye la base del vínculo obligatorio, sin embargo, no puede negarse la importancia del periodo que precede a la oferta en el iter de la formación del contrato. Se trata aquí de una actividad de las partes que puede definirse prenegocial, ya que es una función meramente preparatoria y no negocial".

"Quien se pone a contratar con otro debe proceder con propiedad, seriedad, lealtad y buena fe. Esta es la razón, por la cual, debe evitarse la confianza en la conclusión del contrato cuando se sabe que va a desistir. Asimismo, puede decirse que aún cuando exista una confianza bien fundada en que se va a concluir el contrato, no es constitutivo de un vínculo obligatorio de ahí que haya que excluir la cualificación de ésta culpa in contrahendo como culpa contractual. Es pues una culpa aquiliana basada en el principio de *naeminen laedere*"(23).

CARRESI cree que "la ley no se limita a vedar a la parte el uso de medios antijurídicos, tanto en las negociaciones como en la formación del contrato sino que está, además, implica el deber de no impedir la formación del contrato mediante un retiro injustificado en los tratos preliminares". Según este autor, de todos los deberes que existen en las negociaciones el más controvertido es el de el retiro injustificado cuando proviene de una parte que ha iniciado y proseguido unas negociaciones con el propósito de no concluir las.

Sin embargo, "la parte que se retira injustificadamente deberá resarcirle a la otra el daño que ésta a sufrido por confiar en la conclusión del contrato. Este retira en otros términos pone fin a la continuación pregresiva de las trattativas, o sea, términa con

lo que debió seguir de ahí que tenga cierto matiz de ilicitud. Esto puede ocurrir cuando después de llegar a un acuerdo verbal las partes tratan de ponerlo en forma escrita, porque la ley así lo requiere y, entonces, la parte se niega a esta documentación es evidente que este comportamiento injustificado estaría en contra de la buena fe" (24).

b) La doctrina española :

En España se atribuye a las partes dentro de los actos preparatorios de un contrato, una relación de buena fe y de diligencia entre las partes, de ahí que una retirada arbitraria que cause un daño a la otra parte no puede quedar impunemente, lo cual hace necesaria una responsabilidad que indemnice el daño sufrido por la otra parte, independientemente de que el contrato llegue o no a concluirse.

En su gran mayoría, los autores creen que ésta responsabilidad puede construirse a través de los principios generales del derecho que encarnan la responsabilidad extracontractual o aquiliana, es decir, dentro del Art 1.902 del Cc.

Existen varios preceptos que tienen concebida en cierta medida la responsabilidad precontractual, dentro del derecho positivo español, lo cual es un gran avance dentro de ésta legislación, porque sin que aún exista una legislación civilista sobre la responsabilidad precontractual, reconoce el legislador su importancia en la función social del derecho. Tales son : el Art 1.725, 1.270 y 1.486. DE LOS MOZOS es de la opinión es de la opinión de que puede construirse una doctrina sobre las relaciones precontractuales que genere una responsabilidad sobre la base del Art 1.902 del Cc; teniendo en cuenta los Art 1.474, 1.590, 1.687, 1.716, 1.765, 1.804. (25).

En concordancia con lo expuesto de que la responsabilidad en

los tratos puede ser construida sobre los principios generales del derecho, según CASTAN, que además está de acuerdo, con la doctrina apuntada por otros autores de que las negociaciones preliminares deben estar permeadas por la buena fe y lealtad recíproca. Como norma general la ruptura en los tratos no debe traer consigo ninguna responsabilidad, pero si las negociaciones llegasen a tal punto que, razonablemente se esperase la conclusión del contrato y una de las partes se vuelve atrás sin un motivo justificado, entonces, deberá responder a la otra de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que ha sufrido (26).

MORENO QUESADA afirma que "dentro del ordenamiento positivo español creemos puede fundarse la responsabilidad derivada del desistimiento injustificado de los tratos preliminares, en la culpa extracontractual que regula el Art 1.902 del Cc, ya que las ventajas que, con esta solución se obtienen, es limitar las reclamaciones únicamente a casos justificados, evitando retraer a los posibles contratantes por temor a incurrir fácilmente en esta responsabilidad". Continúa diciendo que "puede presentarse la objeción a la aplicación de este artículo, el hecho de que, el que ejercita un derecho suyo, como lo es el desistimiento en los tratos, está fuera del alcance del Art 1.902 del Cc. Sin embargo, la sentencia de 12-2-1.952 sostiene que el ejercicio de los derechos no exime de incurrir en la sanción establecida para la culpa extracontractual cuando se realiza aquel ejercicio de modo abusivo".

Según este autor " el fundamento jurídico de la responsabilidad por el desistimiento arbitrario en los tratos se encuentra dentro de la figura del abuso del Derecho, del Art 7 del Cc".

Continúa este autor afirmando que "para que se de la responsabilidad en los tratos preliminares, depende de que se den tres elementos: el consentimiento, el desestimiento arbitrario y el daño. Entendiéndose por la primera figura, las actividades de ambas partes

estén aprobadas de un modo tácito o directo, en la segunda, que el desistimiento arbitrario responda a una conducta caprichosa de poner término a las negociaciones, y como consecuencia de ésta retirada injustificada se produzca un daño" (27).

COSSIO Y CORRAL después de hacer una exposición de las principales teorías sobre la responsabilidad precontractual, encuentra que no es posible admitir una responsabilidad objetiva por el abandono injustificado de los tratos precontractuales, lo cual es contradictorio, ya que si se admite como derecho de las partes la libertad al retiro en los tratos, como entonces puede ponerse por razones de equidad el deber de resarcimiento cuando ocurra el retiro arbitrario en estos. Sin embargo, cree posible el que se admita como responsabilidad durante los tratos cuando la parte sea responsable de actuación dolosa, como por ejemplo, una de las partes inicia unas conversaciones con el propósito exclusivo de alejar a la otra parte de otro trato. "Nos encontramos aquí ante un propósito de fraude, no ante un mero abandono caprichoso del trato, y es indudable que tal conducta dolosa, en cuanto produce daño, constituye propiamente un delito civil".

Continúa afirmando que "no hay duda que cuando culposamente o dolosamente se infiere a otro un daño con la frustración del contrato proyectado es necesario que haya un resarcimiento por una responsabilidad culposa. Esta responsabilidad no puede ser considerada como contractual, ya que no existe vinculación alguna entre las partes, es por esto, otro caso más de responsabilidad extracontractual o aquiliana que surge de un hecho ilícito. (28)

BONET RAMON afirma que "por regla general, la ruptura de los tratos no traerá consigo ninguna responsabilidad; más si llegados los tratos preliminares a un punto en que podía racionalmente esperarse la conclusión del contrato, una de las partes se vuelve

atras sin motivo justificado, está obligada a responder a la otra, por su arbitrario proceder, de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que haya sufrido".

"Aún cuando nuestro Cc no reconoce expresamente esta especie de responsabilidad por culpa in contrahendo, puede ser construida sobre la base de los principios generales del derecho, extraídos de algunos preceptos frágmentados de dicho cuerpo legal y, sobre todo, del Art 1.902 del Cc"(29).

SANTOS BRIZ considera que "todo contrato exige un periodo preparatorio, ya que al ser un acto humano ha de llevar antecedentes de todo acto humano: ideación, deliberación y resolución para cada uno de los contratantes". Este período, sin embargo, no crea vinculación jurídica alguna, en tanto no se llegue a la perfección del contrato o de un precontrato, pero de no llegarse a uno de estos, se está vinculado cuando se retiren una parte causando gastos o daños a una o a las dos partes interesadas. Por lo que las partes están en el deber de conducirse en los tratos previos según la buena fe, ya que aunque no hay un precepto que así lo exija, el principio de buena fe es uno de los que se sitúan no sólo en el derecho de obligaciones, sino en todo el orden jurídico. Admite que la responsabilidad, en este caso, a falta de norma expresa hay que acudir al Art 1.902 del Cc (30).

DIEZ PICAZO agrupa en cuatro hipótesis distintas la responsabilidad precontractual, que son :

- ‡ La que se refiere a la celebración de un contrato nulo, cuando una de las partes conocía el motivo de su invalidez y, lo ha ocultado, faltando al deber de prestar información, en tal caso, existe una responsabilidad contractual que se funda en la violación de un deber de buena fe. Este apartado quedaría eliminado de la fase precontractual porque merece una consideración dife-

rente, ya que aquel llega a la celebración del contrato, supuesto que no se logra en los tratos preliminares.

‡ Cuando una vez alcanzado formalmente un acuerdo verbal, una de las partes desiste antes de la suscripción de un documento, que es necesario para la existencia de un contrato por tratarse de documentación ad solemnitatem. En este caso, el desistimiento del contrato es lícito, pero deben ser resarcidos los daños que pueden ser originados sobre la base de la confianza suscitada por el acuerdo verbal (=daños a la confianza). Por ejemplo, los gastos de la preparación del documento o, escritura o, los gastos de la preparación del documento o, escritura o, los gastos que el otro contratante hubiera realizado para tener a punto la prestación.

‡ Cuando han sido iniciadas de mala fe o prolongadas a partir de un determinado momento de mala fe, esto es, sin un propósito serio de concluir el contrato. En este caso, a juicio de DIEZ PICAZO, la existencia del deber de indemnizar encuentra su fundamento en la regla general del Art 1.902 del Cc, pues el comportamiento que es la causa del daño constituye un ataque ilícito a la esfera de la libertad del otro contratante.

‡ La cuestión de la ruptura de las negociaciones que presupone una negociación que ha sido comenzada de buena fe. En este caso, la parte que se separa de la negociación y decide no contratar, aunque sus motivos pueden no ser razonables, no nace otra cosa que ejercer su libertad y, ni moral ni jurídicamente puede considerarse que estaba obligada a contratar (31).

ALBALADEJO cree que "es obvio que los tratos no constriñen a celebrar el contrato, y puede ponerseles fin sin haberlo concluído". Entiende que aún cuando los mismos constriñen a la celebración del contrato obligan, sin embargo, a indemnizar como todo acto ilícito, a través del Art 1.902 del Cc, los daños ocasionados

a la otra parte, comprendidos en gastos de viajes, peritos, planos, etc. Pues de no haber una causa que justifique su ruptura; la entrada en ellos y más tarde su ruptura constituye, en conjunto, un acto ilícito (32).

ALONSO PEREZ afirma que "en términos sencillos y generales puede afirmarse que la responsabilidad precontractual es la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio. En un orden más concreto, será la que dimana de vulnerar la bona fides in contrahendo" (33). Este autor hace una clasificación que abarca las manifestaciones concretas en que existe obligación de indemnizar por violación de la buena fe en la etapa preparatoria del contrato. Consiste esta buena fe en: deber de comunicación o información, deber de secreto, deber de custodia y conservación, daños que una persona sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio, por actos auxiliares o del representante, ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato y, daños inferidos a la confianza.

Por tanto, se puede decir que en España, en mayor o menor grado, es aceptada la responsabilidad precontractual durante los tratos preliminares. La misma encuentra su base jurídica en la conducta subjetiva de la mala fe, dolo y culpa dentro de la esfera de la responsabilidad extracontractual.

c) La doctrina alemana :

En el BGB aparece en él regulada la responsabilidad precontractual, como tal, los párrafos 122, 149, 179, 307, 309 y 463; los cuales han logrado suplir el fundamento jurídico a la falta de legislación en este aspecto. Sin embargo, dentro de éstos párrafos no puede decirse que alguno de ellos se refiera a la responsabilidad en los tratos preliminares.

ENNECCERUS indica que "el BGB no reconoce expresamente una

responsabilidad por culpa en la conclusión de un contrato (por razón de culpa in contrahendo) y, no debe deducirse del 76, ya que éste sólo habla de la responsabilidad del deudor, o sea, que presupone una obligación ya constituida al tiempo de la conclusión del contrato" (34).

Así, últimamente la jurisprudencia ha llegado a derivar de las circunstancias del comienzo de los actos preparatorios de un contrato una relación de confianza análogos a la contractual y que obliga a los interesados a observar la diligencia exigible en el tráfico, imponiéndoles ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación. Esta responsabilidad es totalmente independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato, no requiere la violación dolosa del deber de diligencia, sino que basta la mera negligencia.

VON TUHR considera que "de las negociaciones nace el importante efecto de que las partes durante estas han de informarse recíprocamente sobre las circunstancias para más tarde hacer sus decisiones. La medida de la obligación de sinceridad varía de acuerdo con las circunstancias y naturaleza del contrato. Las partes podrán romper las negociaciones mientras no se haya concluido el contrato y cada cuál soportará los daños que sugieren de la frustración de su esperanza, ya que es incierta la misma. Sin embargo, podrá considerarse diferente el caso en que las negociaciones se inicien con el propósito de interrumpirla para causar un daño a la otra parte" (35).

LARENZ concibe que "antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo cada uno de los que en él intervienen está obligada 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".

Ademas "existe un especial deber de protección o conservación durante los tratos contractuales, esto es, cuando una parte entrega a la otra alguna cosa, debe esperarse que la misma no sufra daño alguno. Considerando los deberes precontractuales como los que resultan de relación obligatoria similar a la del contrato con la diligencia de que existen no por un contrato, sino por la existencia de negociaciones contractuales con independencia, así el contrato se llegue a celebrar. Esta relación jurídica precontractual crea deberes de conducta en la medida que la buena fe lo exige" (36).

LEHMANN afirma que "asi como la invitación a entrar en negociaciones contractuales y la conformidad con ellos, engendrán para las partes una relación obligatoria semejante a una relación contractual. De ellas, pueden derivar diferentes obligaciones entre las partes, tales como obligaciones de comunicación, aclaración y conservación. La vulneración culpable a estas obligaciones obliga a indemnizar. Esta responsabilidad es independiente de que los tratos conduzcan o no a la conclusión del contrato" (37).

Debido a la ausencia de normas generales que canalicen en el derecho positivo alemán la responsabilidad precontractual, refléjase un desacuerdo en cuanto al enfoque jurídico de la misma, aún cuando la jurisprudencia reconoce una responsabilidad basada en el deber de lealtad, relación de confianza y, diligencia. La violación a estas pautas de conducta que no ha de ser necesariamente dolosa, constituye la base jurídica a la responsabilidad precontractual en los tratos preliminares.

IV-. REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

1º Régimen de la responsabilidad precontractual en el Derecho alemán :

a) Introducción :

Con el instituto de la culpa in contrahendo lo que se hace es aplicar algunas normas pertinentes al régimen de la responsabilidad contractual a una casuística en la que a pesar de existir una indudable relación con un contrato, tal régimen era de difícil aplicación en principio.

Las dudas que en el momento de elaboración del BGB existieron respecto a la naturaleza contractual o extracontractual de los casos originarios de culpa in contrahendo, se desvanecieron a medida que se fueron considerando supuestos integrantes de una categoría más amplia respecto a la cual eran de aplicación normas previstas en el Código para las obligaciones nacidas de convenio.

La contractualidad de la reclamación tenía al principio cierta lógica porque se aceptan únicamente los casos en los que se había celebrado un contrato válido, aunque se insistiera en que no se trataba de un incumplimiento del mismo sino de deberes precontractuales. Sin embargo, cuando el Reichsgericht admite un supuesto, en el cual ningún contrato se ha celebrado, no se cuestiona la aplicación de las normas contractuales, ello no podía ser de otra forma debido a la no indemnizabilidad de los daños primariamente patrimoniales causados de forma negligente en el campo extracontractual. Se puede decir, de ese modo, que en virtud de la responsabilidad por culpa in contrahendo se extienden las normas contractuales para cubrir la laguna existente entre el campo estrictamente contractual y extracontractual.

La responsabilidad contractual en el BGB presenta como elemento aglutinador la misma causa de pedir, el incumplimiento del tenor contractual, pero después el contenido de la reclamación, así como el régimen concreto de la misma, pueden ser muy variados.

La contractualidad que se predicaba de forma genérica permitió recurrir a un precepto como el parágrafo 278 e influyó qui-

zás en la configuración de una general causa petendi: el incumplimiento de los deberes que nacen de la relación precontractual; pero todos los demás aspectos quedaron en el aire. No significó esta, por supuesto, que tales aspectos no hayan sido abordados; lo que ocurre es que han confluído dos intenciones distintas y de efectos de algún modo contrapuestos :

- El deseo de presentar el instituto como una categoría coherente con rasgos fundamentalmente similares.
- La búsqueda de la justicia o, de la solución más adecuada, en el caso concreto.

b) Contenido de la reclamación :

a') Indemnización de daños y perjuicios:

Quien resulta lesionado en sus intereses por el incumplimiento de los deberes que encuentran su apoyo en la relación obligatoria precontractual, tiene a su disposición un expediente (la culpa in contrahendo) para obtener la reparación del daño experimentado. El objeto de la reclamación es una reparación dineraria, es decir, una indemnización de daños y perjuicios, pero en los últimos tiempos el BGB, ha salvado el interés lesionado con mecanismos, igualmente fundado en la culpa in contrahendo, distintos al de la indemnización pecuniaria.

a'') Extensión de la reparación: interés positivo y negativo:

Uno de los aspectos más ligados a la culpa in contrahendo es el debate en torno al interés contractual negativo o interés de la confianza. La razón de ello es que ha sido el criterio cuantificador de la indemnización en casos de daños que encuentran el fundamento de su reclamación en la responsabilidad en la formación del contrato. A esto, no es ajeno IHERING quien acuñará las expresiones interés positivo y negativo y, circunscribiera la culpa in contrahendo al segundo de ellos. Estas expresiones responden a la lógica de la casuística examinada por IHERING; el sólo

contempló supuestos con un denominador común : el contrato era invalido y debido a ello, la otra parte, había experimentado desventajas patrimoniales. Desde esta perspectiva, 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 interés de cumplimiento. Con el negativo, 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 confiado en su validez; por ello se le denomina también interés de la confianza. La dicotomía entre los dos intereses tiene pleno sentido, pues, cuando lo que se contrapone es un contrato que no es válido, y del cual se quieren borrar las secuelas, y un contrato válido que se quiere ver cumplido.

Partiendo de la identificación de la culpa in contrahendo con la invalidez contractual y viniendo ésta determinada por la ley, parece, y así le parecía a IHERING, que lo que procede es colocar al contratante como si nada hubiera ocurrido (interés negativo), y no como si el acuerdo hubiera sido válido y desplegado los efectos pactados (interés de cumplimiento). La idea del interés negativo fue recogida en el BGB en los supuestos que son reflejo de la casuística original y de la polémica surgida en torno a ella y que parte de situaciones de invalidez contractual (parágrafos 122, 307, 309 y 179.3º).

Al margen de la citada regulación y ampliando el principio de responsabilidad, quedaba la duda del criterio a aplicar en los restantes casos de culpa in contrahendo. En los primeros años el Reichsgericht se decantó a favor del interés positivo. Efectivamente, cuando IHERING se refiere al interés positivo lo hace respecto a un contrato válido cuyo contenido está determinado y se pretenden las ventajas que de su ejecución se derivan; pero cuan

do se habla de culpa in contrahendo respecto a un contrato váliddo, el problema rádica en que no se quiere que el contrato celebrado se ejecute porque su contenido es insatisfactorio, y ello se achaca a la vulneración de un deber precintractual. Así, cuando el Reichsgericht condena ain más al interés positivo, ¿a que se extiende el mismo? Si se rechaza el contrato tal y como esta configurado, el otro contenido imaginable sería el correspondiente a las expectativas de la parte lesionada, pero a ello se puede objetar que nada demuestra que, de haberse cumplido los deberes precontractuales correspondientes, el contrato habría tenido ese contenido; en la mayoría de los casos se habrían modificado, es difícil determinar en qué sentido, las condiciones o incluso se habría desistido del contrato.

El interés positivo sirve para definir las expectativas de aquél que, habiendo realizado un contrato, quiere que el mismo se cumpla tal y como está; el interés negativo, en cambio, pretende restaurar la situación que existiría si no se hubiera procedido a la negociación fallida. Cuando la responsabilidad por culpa in contrahendo se convierte en un principio más general, no sólo de reclamaciones por daños sufridos debido a la invalidez contractual, sino también por los experimentados como consecuencia de comportamientos precontractuales no sancionados expresamente por la ley; es ineludible asimismo la revisión del criterio determinate del importe indemnizatorio, pues los ya existentes no eran satisfactorios. El interés negativo no lo era porque había de atenderse a una casuística en los que se incluían puntos de partida más diversos (validez, invalidez, no realización del contrato) y no se podía a priori concluir que la reclamación debía tender siempre a dejar las cosas como si no se hubiera negociado. El interés positivo se acuñó pensando en una situación distinta y sólo en contadas ocasiones podía ser satisfactoria su

extensión para solucionar el conflicto de intereses planteado.

Los Tribunales, para determinar el quantum indemnizatorio, se acude al parágrafo 249 del BGB, según el cual, el principio a seguir en la reparación es el de reponer las cosas al estado en el que se encontrarían si la circunstancia que dá lugar a la reparación no se hubiera producido. Dicho precepto sienta un principio básico que resulta de aplicación a todas las obligaciones indemnizatorias.

Reponer las cosas al estado en que estarían si el hecho productor del daño no hubiera acontecido, significa que 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 esto, habrá de atenderse al caso concreto y, así, se hará cuando individualmente se analicen. Ahora bien, se trata de aportar las líneas generales, y para ello, distinguiremos entre las diversas situaciones que se pueden producir :

1. Invalidez del contrato; es decir, cuando habiéndose inducido dolosa o negligentemente a error, la víctima del mismo no sólo procede a la anulación sino que, además, exige una reparación en base a la responsabilidad por culpa in contrahendo. Si la víctima ha optado por la invalidez, la reclamación se dirigirá a hacer desaparecer las consecuencias dañosas : los perjuicios derivados del negocio anulado. Estos perjuicios consisten no sólo en los gastos propios de la negociación, en última instancia frustrada, sino, también, en aquellas ganancias seguras que se han dejado de obtener. Tales oportunidades han de ser efectivamente seguras, correspondiendo su prueba, como es lógico, a quien aduce el daño.

De este modo, podría lograrse una indemnización cuyo importe superara incluso las ventajas que se esperaban obtener del contrato anulado, aunque esto no será lo habitual. Si, a pesar del

error, la parte dañada persiste en el contrato, el conflicto se habrá de analizar como referido al contrato válido que es.

2. No realización del contrato; se incluyen aquí todos aquellos supuestos en los que habiéndose iniciado una negociación que despierta mayores o menores expectativas, la relación se frustra, irrogándose daños a quien había depositado confianza en su éxito. Partiendo de que se den los presupuestos de responsabilidad, la indemnización tenderá a colocar a la parte dañada en idéntica situación que si no hubiera emprendido los contactos negociales cubriendo tanto los gastos como las seguras ocasiones perdidas. Esto es lógico, ya que si quien inicia la negociación, sabiendo que no va a culminarla se hubiera abstenido de ese comportamiento, la otra parte no habría accedido a la misma, ni descartado aquellas otras alternativas.

Puede acontecer, en concreto con los contratos que ad substantiam requieren determinada forma, que, una vez convenidos todos los extremos de fondo, una de las partes se niegue a cumplir el requisito formal. Desde la perspectiva del parágrafo 249 del BGB, si se hubiera conocido la intención de no proceder a cumplir el requisito formal, lo que habría ocurrido con toda probabilidad es que no se habría continuado con la negociación, luego no parece que haya razón para utilizar aquí un criterio distinto al de los demás casos de ruptura de tratos.

En caso de invalidez (en concreto, inducción dolosa o, culpa o error), como la víctima ha optado por la anulación, ésta condicionada la extensión de la reclamación, que se orienta a restablecer la situación que existiría de no haber contratado (inválidamente); de este modo, vuelve a estar presente la figura del interés negativo.

El hecho de que tan frecuentemente la indemnización por cul

pa in contrahendo coincida con la idea del interés negativo, hace que, aún siendo indiscutible la aplicación del parágrafo 249 del BGB, se continúe diciendo que la reparación se extiende a dicho interés y no al positivo. La afirmación, en lo que respecta a la invalidez y a la ruptura de negociaciones, no deja, con todo de reflejar la realidad en la mayoría de los casos. Pero se ha de insistir en que aunque se pretenda, de acuerdo a las circunstancias, atribuir a la parte lesionada el interés de cumplimiento, éste ha de ser equivalente dinerario.

3. Contrato válido, partiendo de que se ha celebrado un contrato válido, cuyo contenido resulta lesivo para una de las partes y ello ha de ser atribuido a la vulneración de un deber precontractual, la cuestión es determinar en qué se traduce la obligación indemnizatoria.

Supuesto, pues, que el fundamento de la reclamación sea la culpa in contrahendo, se ha venido considerando, que sólo se permite una indemnización dineraria. Partiendo de esta premisa, quien se encuentra ligado a un contrato insatisfactorio, supuesta la vulneración de deberes precontractuales, debe permanecer vinculado a no ser, que se den las circunstancias que permiten la anulación. (parágrafo 119 y 123). También si se mantiene el vínculo, el daño patrimonial experimentado ha de ser resarcido y la pauta para ello, de acuerdo con el parágrafo 249 del BGB, será la de restaurar las condiciones económicas que existirían de no haberse incumplido los deberes que en el proceso de formación del contrato incumben a cada parte. Dependerá de las circunstancias de cada caso la traducción que sobre el plano indemnizatorio tenga este criterio, pero se ha de señalar que han proliferado en los últimos tiempos los conflictos de intereses existiendo un contrato válido que se solucionan a la luz de la culpa in contrahendo, siguiéndose muy a menudo el camino a una reducción de la canti-

dad a pagar, o bien un incremento de la misma, según los extremos:

- Una reducción se ha producido cuando a través de informaciones incorrectas se ha sobrevalorado una prestación y, por ello, la reparación sigue el camino de disminución del precio pagado, lo cual obliga a su consiguiente restitución.
- El incremento se determina cuando también como consecuencia de falsos datos se ha hecho aparecer una prestación más fácil de lo que, en realidad, era, resultando en última instancia más gravosa patrimonialmente que lo esperado, razón por la que se exige una mayor contraprestación.

Estas soluciones suponen una modificación contractual aunque no por ello dejan de tener cierto carácter indemnizatorio.

Cuando la culpa in contrahendo se ha aplicado en relación al contrato de seguro, ello ha sido debido a que la vulneración del deber de información en el periodo contractual ha conducido a una no cobertura del siniestro; en tales supuestos, de producirse, el BGH, con fundamento en la culpa in contrahendo, ha condenado a indemnizar los daños producidos y que se pensaba que el seguro cubriría. De este modo, se aproxima poderosamente el resultado final al interés positivo (de cumplimiento).

b') La liberación del contrato :

Se ha señalado que la reclamación por culpa in contrahendo tiende básicamente a una indemnización de daños y perjuicios. Esto, aplicado a los casos de conclusión de un contrato válido, se tradujo durante bastante tiempo en la idea de que las partes habían de permanecer sujetas al mismo y, en todo caso, quien resultará lesionado podía exigir una reparación tendente a eliminar el desequilibrio patrimonial experimentado.

El interrogante que se planteaba era el de porqué había de permanecer la parte dañada ligada al contrato si, de no haberse

producido la vulneración del deber precontractual, aquél no se habría celebrado. Hay que tener en cuenta que se trata de supuestos en los que no tiene abierta el contratante la vía para proceder a la anulación de su declaración negocial. Cuando sí tenga tal posibilidad, y se libere así el lazo contractual, la responsabilidad por culpa in contrahendo intervendrá como fundamento para exigir una reparación, pero nada tiene en ese caso que ver tal instituto con la "liberación" respecto al contrato, lo que aquí se aborda es la posibilidad de deshacer los lazos contractuales como una de las formas reparadoras en que se traduciría la responsabilidad por culpa in contrahendo.

c) Sujetos :

a') Personas obligadas :

a'') El titular de la relación obligatoria :

Están obligadas, en principio, las personas que son la otra parte en la reclamación precontractual: aquéllas en cuyo patrimonio se integrarían los resultados de la negociación. Estos sujetos pueden intervenir personalmente en los contratos negociales, de modo que su eventual responsabilidad se debería, en tal caso, a un acto u omisión propios, pero pueden también hacerlo junto o a través de otras personas de cuya actividad se sirven.

La responsabilidad por hechos ajenos, o por auxiliares, presenta en el BGB grandes diferencias según se trate del campo contractual o del extracontractual:

‡ En el campo contractual, a tenor del párrafo 278 del BGB, el deudor debe responder, como si se tratara de un acto propio, del daño causado por aquellas personas cuyos servicios utiliza. Consiguientemente, al deudor no le cabe exonerarse de responsabilidad aduciendo su falta de negligencia.

‡ En el campo extracontractual, aquí el principio no es de aplicación, donde el criterio es el establecido en el párrafo 331

del BGB, en virtud del cual puede el responsable de la actividad exonerarse de responsabilidad si prueba que utilizó el nivel de diligencia al uso en la elección y supervisión de auxiliares; se trata aquí de una imputación subjetiva de responsabilidad donde, no obstante, se ha invertido la carga de la prueba de la culpa.

En los casos de culpa in contrahendo, es el criterio del parágrafo 278 del BGB el que se aplica, de modo que cuando un auxiliar realice un acto lesivo en el periodo de formación del contrato, el responsable directo y sin posibilidad de exculpación será el titular.

El intento de que fuera el parágrafo 278 del BGB la disposición a aplicar, ha sido uno de los motivos determinates de la configuración, posterior al BGB, de la culpa in contrahendo. Esto es así para los llamados deberes de protección, que pudiendo tener acogida en el régimen extracontractual se sometieron al contractual vía culpa in contrahendo para evitar la posibilidad de exoneración del dueño del negocio en base al parágrafo 831 del BGB. En el resto de los supuestos, el elemento determinante de la inclinación al ámbito contractual fue la no indemnizabilidad en el campo extracontractual de los daños primariamente patrimoniales o económicos causados de forma negligente, aunque no se pueda negar que las consecuencias reparadoras a las que se llegaba con el parágrafo 278 del BGB eran más justas y, en definitiva, las deseadas por el reclamante. Es decir, el parágrafo 278 del BGB venía incluyendo en el "lote de la contractualidad", y a esta hubo que recurrir porque no quedaba otro remedio.

Son considerados como auxiliares, aquellas personas con las que se mantienen relaciones laborales o de servicios, y además, todos los sujetos de los cuales el titular se haya servido du-

rante las conversaciones, aún cuando no tengan poder de representación. Sólo cuando la actuación haya tenido lugar contra su voluntad o sin su conocimiento cedería tal responsabilidad, aunque en este último caso tendrá que tratarse de desconocimiento no culpable.

b'') Responsabilidad compartida y exclusiva del auxiliar :

A pesar de que a la persona en cuyo beneficio se negocia le son imputables los hechos lesivos de sus auxiliares, susceptibles de generar responsabilidad in contrahendo, pueden estos, bajo determinadas circunstancias, ser también responsables en el mismo concepto.

Aquí se trata de hacer responder al tercero en base a los principios de responsabilidad por culpa in contrahendo. En el campo contractual, la existencia del parágrafo 278 del BGB no impide que, si así se quiere, sea planteada una reclamación vía extracontractual contra el causante inmediato del daño. En tal caso, el fundamento lo constituirían los parágrafos 823 y ss, pero volvería a plantearse el obstáculo determinante, de la propia culpa in contrahendo, de la no indemnizabilidad de los daños primariamente patrimoniales causados culposamente, y de este modo, sólo cuando el agente hubiese actuado de forma dolosa, podría iniciarse una acción contra él con apoyo del parágrafo 826 del BGB. Por esta razón, cuando ante la vulneración de deberes precontractuales, se ha pretendido hacer responsables a quien estaba entre las partes de la negociación, el mecanismo ha sido nuevamente el de la culpa in contrahendo. La dificultad de este planteamiento es que el tercero no es parte en la relación obligatoria precontractual; sin embargo, la responsabilidad por culpa in contrahendo de estas personas se justifica por el especial papel que adoptan en la relación.

El factor determinante es que los terceros, a pesar de no ser

parte en la relación precontractual sino desde una posición propia y de la que tienen el control. Junto a ellas responde el titular, bien por culpa in contrahendo en virtud del parágrafo 278 del BGB, bien por vicios ex parágrafo 459 y ss del BGB.

Las relaciones entre la responsabilidad de ambos sujetos, parece encontrarse en la solidaridad según la jurisprudencia, pero la doctrina mantiene tanto este criterio como el de la subsidiariedad de la responsabilidad por el auxiliar.

b') Personas a indemnizar :

El sujeto a cuyo favor se establece la obligación reparadora es lógicamente aquél al que el comportamiento precontractual ha irrogado daños, con independencia de si actuado directamente o a través de un intermediario, puesto que las desventajas económicas repercuten de forma directa en su patrimonio.

Ultimamente se ha admitido que pueda existir la obligación de reparar frente a una persona distinta a la negociadora, respecto al grupo de los deberes de protección. Es lo que se denomina inclusión de terceros en el ámbito protectos de la culpa in contrahendo, cuya finalidad ha sido el que la víctima pueda utilizar algunos aspectos más beneficiosos del régimen contractual, con un plazo de prescripción más amplio que el que le correspondería según la disciplina extracontractual que era la auténticamente aplicable.

d) La culpa como criterio de imputación de responsabilidad :

a') Introducción :

Con la expresión "culpa in contrahendo" no se quiere aludir a un criterio de imputación de responsabilidad, sino al incumplimiento de determinados deberes en la fase precontractual. Sin embargo, para hacer a alguien responsable por culpa in contrahendo su actuación ha de ser calificada de negligente, porque se tra

ta de una responsabilidad sujeta a un criterio de imputación subjetiva.

b') La culpa del sujeto activo. Su prueba :

La conducta lesiva, además, de violar un deber precontractual, ha de ser debida a una falta de diligencia. Se respeta de este modo, el tenor del parágrafo 276 del BGB, que consagra, salvo determinación legal en contrario, un sistema de responsabilidad por dolo o negligencia. A ésta se alude en el mismo precepto definiéndola como la falta de la diligencia exigible en el tráfico. El parámetro para establecer si alguien debe responder por los daños producidos será un modelo objetivo y abstracto de diligencia ya que la presencia o ausencia de negligencia se constatará tomando como referencia los conocimientos y las capacidades típicas del ámbito social o profesional de que se trate.

Las relaciones entre la culpabilidad y la antijuricidad a los efectos de la responsabilidad por culpa in contrahendo. En el campo contractual, la nota de la antijuricidad no ha presentado dificultades, a nivel general. Entendida como ilícitud se predica de cualquier actuación que suponga un incumplimiento de las prestaciones o inobservancia de los deberes de comportamiento que encuentran su fundamento en la relación contractual. Precisamente en la relación obligatoria precontractual, no existe para las partes una obligación de cumplimiento de las prestaciones objeto de una relación contractual a la que se tendía, sino unos deberes de comportamiento (información, protección) cuyo contenido no está de ordinario prefijado y que se determinan según las exigencias de la buena fe en sentido objetivo.

Estos deberes, a salvo los de protección, se suelen reconducir al generico de información. Si se determina que se ha violado un deber que incumbía a una de las partes, ese comportamiento será

antijurídico, pero en un sistema que exige la culpa como criterio de imputación, ello no será suficiente para hacer responder a un sujeto, sino que al mismo habrá de podersele reprochar su conducta en el sentido de que se ha omitido la diligencia que se le exigía. Ahora bien, se si acredita que un comportamiento lesivo supone la violación de un deber precontractual, se tendrían ya tres de los requisitos -supuesta: relación de causalidad- de responsabilidad; el cuarto sería precisamente el elemento de imputación: la culpa (dolo o negligencia). Si como criterio legal, en el parágrafo 276 del BGB, para determinar el nivel de diligencia exigible, se establece el parametro objetivo de los imperativos del tráfico, se plantea la duda de, si habiéndose determinado la existencia y vulneración de una pauta de comportamiento exigible de acuerdo a la buena fe, puede quedar todavía la posibilidad de exculparse aduciendo que al sujeto no le era exigible esa conducta. Desde luego esto cabría con una pauta subjetiva de negligencia, pero difícilmente en un sistema en el que el nivel de diligencia exigible no se fija en atención a la persona sino a la objetiva exigencia del tráfico, criterio este último que es el mismo que en definitiva (pues a ello se reconduce la buena fe objetiva) se ha tenido presente para establecer si existía un determinado deber de comportamiento.

Si en lugar de una valoración objetiva de la culpa, ésta se determinara de acuerdo a circunstancias más personales, sí cabría un margen para sentar si del sujeto en concreto se podría haber exigido otra actuación. Aún con el criterio objetivo se puede hacer un juicio de diligencia que arroje distinto resultado que el de antijuricidad, y así ocurre cuando lo que se incumplen son obligaciones preestablecidas entre las partes, de las cuales es paradigma la de realizar la prestación objeto del acuerdo. En este caso, si la obligación resulta incumplida (el comportamiento

to es antijurídico porque viola la ley entre las partes) siempre podrá caber, al menos teóricamente, un juicio de diligencia según las exigencias del tráfico. Sin embargo, cuando, en base a imperativos del tráfico, se consagra la existencia de una serie de deberes de comportamiento no se puede posteriormente, y teniendo que aplicar la misma pauta para imputar la responsabilidad, no hacerlo así. Por esta razón, puede decirse que la antijuricidad indica la culpabilidad y esta indicación va más allá de una presunción.

Por tanto, pierde sentido hablar de prueba de la culpabilidad en relación a los deberes precontractuales. Es compartida la opinión de que la responsabilidad por culpa in contrahendo rige el principio de inversión de carga de la prueba establecida en el parágrafo 282 del BGB para el incumplimiento por imposibilidad, de forma que el dañado debería acreditar el daño, la vulneración del deber y la relación de causalidad, y correspondería a la otra parte demostrar la ausencia de culpa, sin embargo, acreditada la violación del deber, difícilmente podrá exculparse el obligado y si en algún caso lo lograra, en puridad de términos habría de convenirse en que la violación no existiría.

c') La culpa del perjudicado :

En caso de que a la causación del daño haya contribuido de alguna forma con su actuación el perjudicado, ello se tendrá en cuenta para determinar la existencia de la obligación indemnizatoria por parte de autor y, en su caso, el ámbito de la reparación. De este modo, la concurrencia de culpa por parte del perjudicado puede hacer descartar la reparación del daño sufrido o disminuir la cantidad a indemnizar.

La intervención en la producción del daño debe ser entendida en un sentido amplio y puede referirse, tanto a actuaciones positivas que contribuyan a agravar el daño, como a la omisión de

actos que lo hubieran impedido o disminuido. También se aplicará lo anterior, en caso de que el dañado no haya informado al deudor de que existía el peligro de que se causara un daño excepcionalmente elevado y esta circunstancia no era ni debía ser reconocible para el mismo.

En otras disposiciones del BGB relacionadas con la responsabilidad por culpa in contrahendo :parágrafos 122,307,309 y 179.2º. En estos preceptos rige el principio del todo o nada, de modo que si existe culpa por parte del perjudicado desaparece la obligación indemnizatoria. Supone una diferencia evidente respecto a los otros casos de culpa in contrahendo y ha sido uno de los argumentos para considerar que tanto el parágrafo 122 como el 179.2º no son casos de culpa in contrahendo. Tal diferencia respecto a la norma general ha propiciado igualmente que se reivindicara la aplicación del parágrafo 254 a las reclamaciones es parágrafo 307 y 309, saltándose así la dicción legal, siendo argumento para ello la generalidad del principio en todos los casos de culpa in contrahendo.

d') Prescripción :

Es principio generalmente admitido que las reclamaciones por culpa in contrahendo están sujetas a un plazo de prescripción de 30 años. Tal plazo es el establecido en el parágrafo 195 del BGB para todas aquellas reclamaciones que no tengan fijado otro especial. Es lógico el recurso al parágrafo 195 en una pretensión indemnizatoria que, por no tener ningún apoyo legal, presentaba múltiples lagunas que hubieron de ser llenadas con los preceptos existentes en el BGB. De éste modo, al igual que ocurrió con el interés negativo se establecían caracteres comunes a todas las reclamaciones basadas en el instituto, lográndolo presentar, con ello, bajo una apariencia de uniformidad.

Pero la uniformidad no se ha mantenido y en la actualidad proliferan las excepciones a la regla. Considerando que 30 años era un plazo excesivo para dejar pendientes de solucionar conflictos de intereses, éste se ha ido reduciendo y el criterio ha sido, para ello, el de hacer coincidir el plazo de reclamación por culpa in contrahendo con el que correspondería a la acción derivada del contrato de que se trate. En tal dirección se comenzó, en caso de ruptura de negociaciones y, posteriormente se extendió a las reclamaciones de los párrafos 307 y 309 del BGB. En caso de contrato válido y sin criterios de diferenciación muy claros conviven, el general de 30 años con plazos más breves, y lo mismo ocurre con los deberes de protección.

2º Régimen de la responsabilidad precontractual en el Derecho español :

a) Responsabilidad por hechos de los auxiliares : (38)

Los sujetos obligados a indemnizar por los daños causados habiéndose vulnerado el mandato de la buena fe objetiva en el periodo precontractual, son siempre las personas sobre las que la obligación pesaba. No existiendo, en nuestro derecho, una elaboración en torno a la relación precontractual -como tampoco en Italia y Francia- no resultaría procedente hablar del titular de la relación obligatoria precontractual como sujeto obligado. En la mayoría de las ocasiones, la persona obligada sería aquella en la que hubieran repercutido directamente los resultados de la negociación aunque este criterio no sería válido si se considera el caso del representante sin poder un supuesto de responsabilidad precontractual, porque sobre quien recaerían los efectos de la contratación, si hubiera ratificación, sería sobre el representado.

‡ En el campo extracontractual, según el Art. 1.90 del Cc, el dominus responde de los daños causados por sus dependientes en

el servicio de los ramos en que los tuviera empleados o con ocasión de sus funciones. Su responsabilidad, según el último párrafo del precepto, está basada en su propia culpa (in eligendo o in vigilando) y cuando ésta no intervenga, según la dicción legal el empresario no será responsable. Este, que en este extremo es un precepto de similar contenido al del párrafo 831 del BGB, difiere de los Art 2.049 del Código italiano y del Art 1.384 del Código francés, pues en estos dos cuerpos legales responde siempre el titular sin posibilidad de exculpación de los hechos de sus auxiliares susceptibles de generar responsabilidad extracontractual. Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como fruto de objetivación y respondiendo al principio de riesgo, se tiende a que la responsabilidad sea objetiva en el sentido de no poder el dominus proceder a la prueba de su diligencia (legalmente está consagrado la inversión de la carga de la prueba de la culpa); éste, que es un criterio ya asentado en el campo penal, penetra cada vez más en el civil, bien formulando claramente, bien respetando el principio subjetivista pero incrementando de tal modo el nivel de diligencia exigible que no cabe, de hecho, una prueba suficiente.

‡ En el campo contractual, el Código civil no contiene un criterio general y sí algunas soluciones dispersas como son los artículos 1.564, 1.596, 1.721 y 1.784 del Cc. La doctrina, sin embargo, entiende que la responsabilidad ha de ser objetiva.

b) La culpa: su prueba :

Tanto la responsabilidad ex Art 1.101 del Cc, como la que se exige en virtud del Art 1.902 del Cc están sometidas a un criterio de imputación subjetivo. Por eso, sea contractual o extracontractual la reclamación, en ambos casos, se habrá de tratar de una responsabilidad por culpa, entendiendo por ésta negligencia y do

10.

Tradicionalmente se ha venido diciendo que mientras que en el campo contractual la culpa se presume, en el extracontractual tal extremo ha de probarse por quien reclama; lo que implica una mayor dificultad para quien pretende ser indemnizado. Al respecto, se han de hacer dos matizaciones :

- ‡ Afecta, en general, a todas las reclamaciones por daños extracontractuales y es que últimamente se ha impuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la inversión de la carga de la prueba de la culpa, de modo que acreditado el daño, el hecho dañoso y la relación de causalidad, al autor le corresponde demostrar la inexistencia de culpa, lo que en muchas ocasiones y debido al incremento del nivel de diligencia exigible, se convierte en la necesidad de probar el caso fortuito.
- ‡ Hace referencia a los supuestos susceptibles de generar responsabilidad in contrahendo y ha sido ya también realizada a la hora de hablar del mismo tema en otros ordenamientos: si, tras valorar lo que la buena fe en sentido objetivo exigía en el momento, se llega a la conclusión de que el comportamiento no se ha ajustado a ese parámetro. No cabría hacer después un juicio de diligencia que arroje un resultado distinto y del que se dedujera que, a pesar de tratarse de un comportamiento antijurídico, no cabe respecto al mismo hacer ningún juicio de culpabilidad, porque si del modelo de conducta a desarrollar se ha establecido para el supuesto en concreto, se está al mismo tiempo, y para ese caso, afirmando la falta de diligencia exigible (39).

No significa esto, que diligencia y buena fe en sentido objetivo sean lo mismo, porque la primera es un criterio de imputación de responsabilidad en relación a una prestación ya deter-

minada, una medida del esfuerzo del deudor, y la segunda se refiere a la propia y previa determinación de lo debido; pero en las obligaciones derivadas de la buena fe, y una vez admitida su existencia y vulneración, se está poniendo de manifiesto, al mismo tiempo, la negligencia del individuo. Si se concluye que no se ha incurrido en negligencia habrá de convenir que no existía una obligación y que, por lo tanto, no se ha vulnerado. COSSIO (40) "anté algún supuesto de responsabilidad precontractual y al considerar que podía alguien quedar obligado a reparar por el simple hecho de realizar una conducta (interrupción injustificada de las conversaciones contractuales) ha hablado de responsabilidad objetiva y expresado por ello sus dudas respecto a su admisión"; ASUA GONZALEZ (41) cree que "con la coincidencia admitida entre los resultados a los que se llega a través del juicio de buena fe y de diligencia no se ha de hablar de responsabilidad objetiva sino de que la violación de la obligación impuesta por la buena fe implicaría ya de por sí negligencia".

En hipótesis, cabría pensar en diferenciar ambos aspectos si el parámetro para determinar la existencia del deber precontractual fuera distinto a aquel que sirve como referencia para perfilar el nivel de diligencia exigible. El primero serán los modelos sociales y, sobre todo, las circunstancias que rodean a esa negociación en concreto y a la finalidad perseguida por las partes; pero siempre será un parámetro objetivo, por lo que habrá de coincidir el comportamiento exigible con un patrón teórico ante esas mismas circunstancias. La diligencia -o la negligencia- se perfilará, por su parte, de acuerdo a lo establecido en el Art 1.104 del Cc. En tal precepto, se contienen dos directrices que son contradictorias, por un lado, el párrafo primero fija un criterio en el que junto a otra serie de datos están las circunstancias personales del deudor, y por otro lado, el párrafo segundo se recurre al mo-

delo del buen padre de familia dejando abierta la posibilidad de que en la obligación se exprese otro criterio. Mayoritariamente se considera que el modelo ha de ser objetivo y abstracto, extraño a la persona del deudor, es decir, al del segundo párrafo. El primero de los criterios perdería así el carácter de modelo autónomo y se convierte en un criterio de adaptación del patrón objetivo, habiendo de tenerse por ello en consideración la naturaleza de la obligación, el tiempo y el lugar. Sólo si la pauta para fijar el nivel de diligencia exigible se estableciera en función de las características y circunstancias de cada persona en particular cabría pensar en una situación en la que se afirmara que, a pesar de existir objetivamente una concreta obligación de comportamiento, la misma no le era exigible a esa persona en concreto; no es éste tampoco el caso en el derecho español.

La culpa puede estar en cualquiera de sus formas, la negligencia o el dolo, aunque únicamente serán relevantes a efectos indemnizatorios la actuaciones dolosas, pero no las negligentes. Se defiende esta limitación en base al principio de autonomía privada que debe presidir la fase preparatoria para así permitir que las partes discutan, proyecten o valoren la conveniencia de establecer una relación obligatoria. Según este criterio, si se sujetara a responsabilidad por una conducta sólo negligente tal autonomía o incluso el progreso del tráfico económico-jurídico se verían seriamente comprometidos. Este temor no deja de tener cierta razón de ser, porque un celo excesivo a la hora de juzgar las conductas in contrahendo podría llevar, teóricamente, a un retrimiento en los contactos negociales que sólo se emprenderían sobre bases muy seguras y a que no se pudiera, por ejemplo, hacer uso de un cierto entusiasmo a la hora de ensalzar el propio producto o prestación. Sin embargo, esto no puede conducir a decir, sin más, que solo la conducta dolosa es susceptible de generar responsabi

lidad, y ello tanto por la configuración del dolo como por la dificultad de su prueba. Si bien hoy se entiende que no es necesario para considerar que existe dolo cuando quien actúa lo haga con el propósito de dañar, si ha de haber una intención deliberada de sustraerse de sus obligaciones, es decir, una voluntad de infringir la obligación. Esto es aplicable al campo de las relaciones obligatorias en la que las partes han establecido un programa objeto de la misma que por lo tanto conocen, de modo que actuará dolosamente quien, conscientemente incumple ese programa que sabía que le obligaba. En el extracontractual, para ser dolosa la actuación, también ha de ser consciente y con conocimiento de la antijuricidad y como en este campo tal nota se deriva de la vulneración del principio del "neminem laedere" será necesario que, por lo menos, al actuar hubiera un conocimiento de la producción, al menos probable, de un daño como consecuencia de la acción querida.

Sin embargo, la conciencia de la antijuricidad en un campo en el que se piensa que cada parte debe obtener la posición más ventajosa, casi siempre a costa de los intereses de la otra, es algo de muy difícil precisión. Por eso, en muchas ocasiones nos podremos mover en terrenos de negligencia grave pero aquí será casi imposible probar ese conocimiento de la antijuricidad; paradójicamente parecería incluso más fácil probar, caso de que se diera, la modalidad más estricta de dolo, la de quien realiza el acto con la finalidad de dañar. Decir que sólo las conductas dolosas pueden dar lugar a responsabilidad supondría, en la práctica, que no se exigiera responsabilidad por actuaciones precontractuales, porque en la mayor parte de las ocasiones podrán juzgarse como gravemente negligentes pero no dolosos, precisamente porque doloso no es cualquier acto intencional sino el que, además, se realiza con conocimiento de su ilegalidad y, esto en el terreno

precontractual es de muy difícil prueba.

Por todo ello, no parece conveniente limitar, por principio la responsabilidad a aquellos en los que pueda probarse la existencia del dolo sino que es éste un extremo que debiera ser fijado por el juzgador; esto no lo harían los Tribunales abordando directamente el tema del grado de culpa por el que se ha de responder, sino de la existencia o no de un deber precontractual impuesto por la buena fe en sentido objetivo; y caso de que se convenga en que tal deber se ha violado, no se entrará ya en el terreno probatorio del elemento subjetivo. Evidentemente que cuando resulte probada la intención de dañar resultará patente la vulneración del mandato de la buena fe, pero podrá haber otras ocasiones en las que, aún pudiéndose todavía a nivel teórico hablar de dolo porque para el mismo no es necesario el ánimo de dañar, nos quedemos en el terreno de las presunciones por no poder probar la conciencia de la antijuricidad, estaremos en el ámbito de la culpa grave.

Por tanto, puede decirse que el lógico deseo de mantener una esfera de libertad para que las partes negocien no puede llevar a decir que sólo en caso de dolo deberán responder por sus actos lesivos, sino que habrán de hacerlo siempre que se haya vulnerado lo que la buena fe imponía para el caso en concreto, lo cual, al menos en el terreno de las hipótesis, puede ocurrir ya en el ámbito de la negligencia.

Otro aspecto a considerar es el de la concurrencia de culpa en la otra parte que resulta perjudicada. En el Código civil español no hay precepto alguno en sede contractual o precontractual que discipline este tema, aunque doctrina y jurisprudencia se inclinan por moderar la responsabilidad atendiendo al grado de culpa, pues se ha de pensar en la distinta reprochabilidad de

la conducta dolosa y culposa y en el diferente nivel de diligencia que se puede exigir a las dos partes en función de su cuantificador profesional, etc. Por tanto, aquí no habría diferencias sustanciales si se aplicara la disciplina contractual o extracontractual (42).

c) Prescripción:

Aquí el contraste entre las reclamaciones contractuales y extracontractuales es insoslayable. En el primer caso, es de aplicación el plazo de 15 años previsto en el Art 1.964 del Cc; en el segundo caso, el de un año del Art 1.968.2º del Cc.

En el plazo de prescripción radicaría la gran diferencia entre la consideración contractual o extracontractual de la reclamación por responsabilidad in contrahendo.

V-. ELEMENTOS NECESARIOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

MORENO QUESADA señala los siguientes :

‡ Que las partes, culpable y dañado, hayan entablado con anterioridad una relación encaminada a celebrar un contrato; por lo tanto será una situación intermedia entre los supuestos que imponen la culpa contractual y la aquiliana; ni los interesados están ligados por un vínculo obligatorio como sucede en el primer caso, ni son tan ajenos entre sí como normalmente exige la aparición del segundo. Entre ellos se ha iniciado una actividad común que persigue concluir un contrato y, si es verdad que a consecuencia de ello no ha surgido vínculo alguno que les obligue a llevarlo a cabo, también lo es que no son completamente extraños entre sí, a los efectos de los perjuicios que puedan causarse; no obstante esta relación, la responsabilidad que puede surgir tendrá naturaleza extracontractual.

El comienzo de la negociación en cuyo desarrollo resulta posible la aparición de la responsabilidad por culpa, tendrá lugar

a través de una declaración de voluntad, conteniendo o no una oferta, y dejará de darse desde el mismo instante en que se perfeccione el contrato. No es obstáculo a lo que se afirma la circunstancia de que sea posible que los efectos de la culpa no sean percibidos hasta después de haberse concluido el contrato, resultando anulable por la concurrencia de la culpa, ya que lo que verdaderamente la cualifica es que se produjera en la fase de formación antes que se hubiera perfeccionado.

‡ La conducta culposa del agente que, influyendo sobre la relación entablada hace imposible que el contrato llegue a perfeccionarse, o que, aún logrado esto, produzca su ineficacia. La actuación culposa o negligencia que provoca la responsabilidad, tanto puede ser positiva, consistir en una acción del sujeto, como tener un contenido negativo, traducirse en una omisión; ambos supuestos están recogidos en el Art 1.902 del Cc.

‡ La existencia del daño causado a la otra parte contratante, puede manifestarse en la frustración definitiva del contrato o en la ineficacia que al mismo le comunique.

Hará cesar la celebración del contrato la actuación del interesado que produzca una consecuencia inmediata, que impida llegar a perfeccionarse: tal será la revocación culpable de la oferta, el descubrimiento de que la cosa objeto de la prestación se había simulado y, cualquiera otra conducta que pudiendo calificarse de culposa interrumpa las negociaciones.

Igualmente dará lugar a indemnización el hecho culposo que tenga como resultado la ineficacia posterior del contrato, bien porque haya provocado alguna de las causas que la producen, ya porque conociendo su existencia ha dejado de comunicarla a los que contratan con él, produciéndosele de este modo un daño (43).

VI-. EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

Habrá de limitarse a una simple aplicación de las reglas que rigen la culpa aquiliana, puesto que ninguna variación impone el hecho de que en ella se incurra durante la fase de celebración de un contrato; por ello, todo lo que se refiera a la apreciación de la culpa o negligencia, al tiempo de vigencia de la acción para reclamar el resarcimiento, al alcance del mismo, a los daños resarcibles, etc; como no presentan especialidad respecto al desarrollo que a dichos extremos se le da de acuerdo con lo preceptuado para la culpa extracontractual, no queda más que remitirlo a la regulación de los mismos por las normas de ésta.

No puede sorprender la sencillez de referencia, si se tiene en cuenta que, el verdadero significado de la culpa in contrahendo está precisamente en constituir un supuesto de aplicación hecha a la fase precontractual del principio general que impone a las partes la obligación de resarcir los daños que, por acción u omisión, se causen a otro interviniendo culpa o negligencia (44).

VII-. ACTOS QUE ENGENDRAN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

DIVERSAS HIPOTESIS.

Han sido múltiples los intentos doctrinales por agrupar los diversos supuestos que originan responsabilidad precontractual.

HILDEBRANDT distingue entre:

- Actos jurídicos inválidos por circunstancias anteriores al contrato,
- Actos jurídicos vnaidos, pero desfavorables para una parte,
- Daños indirectos que defraudan la confianza (45).

PIOTET distingue tres supuestos que engendran responsabilidad precontractual :

- Inexistencia del acto jurídico,
- Otorgamiento de un acto de un acto jurídico ineficaz.

- Otorgamiento de un acto jurídico eficaz, pero que puede ser invalidado, resuelto o rescindido (46).

Estas y otras posibles agrupaciones de los supuestos de la culpa in contrahendo no parecen exhaustivas o, en todo caso, no es tán correctamente formuladas. ALONSO PEREZ ofrece una clasificación sencilla, de forma enunciativa, abarque las manifestaciones concretas en que existe obligación de indemnizar por violación de la buena fe en la etapa preparatoria del contrato. Tal obligación puede tener su fuente o manifestarse en :

- Deber de comunicación o información,
- Deber de secreto,
- Deber de custodia y conservación,
- Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio.
- Por actos de auxiliares o del representante,
- Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato.
- Revocación de la oferta,
- Supuestos varios, como los gastos de la confianza, (47).

A-. Deber de comunicación o información:

Se comprenden fundamentalmente los supuestos de nulidad contractual cuyas causas conocidas o debiendo serlo por una parte no se pusieron en conocimiento de la otra. Queda obligada a reparar el daño que ésta pueda haber sufrido por confiar sin su culpa en la validez del contrato (el Art 1.338 del Código italiano recoge este supuesto); responsabilidad del donante por los daños causados al donatario a causa de los vicios de la cosa donada sabidos y callados dolosamente (parágrafos 523 y 524 del BGB), o del vendedor por la cosa entregada que conociendo los vicios no lo hizo saber al comprador, igualmente del depositante y comodante por los defectos de la cosa depositada o prestada no comunica

dos a la otra parte. El depositario y el comodatario tienen derecho a exigir la indemnización correspondiente por infracción de la bona fides in contrahendo. Caso de quien concluye un contrato sabiendo que la prestación es imposible: deberá indemnizar a la otra parte por el daño causado a causa de la omisión precontractual (parágrafo 307 del BGB).

Dentro del deber de comunicar está el caso del apoderado que no hace saber a la parte con la que trata la revocación del poder, o bien negocia preliminarmente excediéndose de las facultades que le confirió el dominus. El falsus procurator responde de los daños ocasionados al tercero que confirió sin su culpa en la validez del contrato. El supuesto está contemplado en el Art 1.398 del Código civil italiano. Se considera también como otro posible supuesto la declaración falsa o reticente de circunstancias conocidas por el asegurado determinantes de un consentimiento que no se habría dado o se habría dado de otra forma por el asegurador. Se ha infringido, por ejemplo, el deber de comunicar la exacta descripción del riesgo.

En todos estos casos, la responsabilidad precontractual la engendra directamente el comportamiento opuesto a la buena fe: conducta dolosa o cuasidolosa. No la mera negligencia, sin cualificar por una actuación intencionada. 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 (cuasiequivalencia de la culpa lata al dolo).

B-. Deber de secreto :

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. Debe tratarse de un secreto confiado, es decir, de una información confidencial útil para las negociaciones y no de una mera indiscreción; de algo conocido a raíz de los tratos y no meramente durante ellos. Los deberes de secreto afectan, sobre todo, al ámbito de los usos mercantiles, de la contratación bancaria y de las relaciones la borales.

C-. Deber de custodia y conservación :

Surgen, por lo general, cuando una de las partes que negocia ha expresado el deseo de examinar las mercancías u objetos antes de decidirse o no a adquirirlas. Si hay una pérdida o deterioro culposo o negligente, el dominus puede actuar al amparo de la cul pa aquiliana. Sólo surgiría responsabilidad precontractual si la pérdida o deterioro, el defecto de guarda o custodia se debe a una actuación dolosa o cuasidolosa, a una conducta que defrauda el principio de la confianza. Violaría también gravemente la buena fe precontractual quien se hiciera mostrar una serie de modelos y luego interrumpiera los tratos, pero aprovechará las ideas de aquéllos para construir su propio modelo, cuando de las circu stancias resultará que no las habría obtenido de no mediar las ne gociaciones.

D-. Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio :

Según la doctrina alemana, por el hecho del "contacto social" en las negociaciones surge un deber de proteger a la parte que prepara la conclusión del contrato para evitarle posibles daños en la salud o en la propiedad. Así el parágrafo 694 del BGB al establecer que el depositante ha de indemnizar al depositario los daños que le ocasione la cosa depositada, a no ser que al hacer el depósito no conozca, ni tenga por que conocer, la naturaleza

peligrosa de la cosa o que se la haya notificado al depositario o que este la haya conocido sin notificación. En definitiva, la culpa in contrahendo del depositante nace de la mala fe por no poner en conocimiento del depositario la nocividad de la cosa depositada, siempre que supiera o pudiera saber con normal diligencia tal circunstancia.

E-. Por actos de auxiliares o del representante :

La doctrina alemana, tomando como parangón el parágrafo 278 del BGB (que prevé la responsabilidad del deudor por culpa del representante legal o de auxiliares de los que se sirve para realizar la prestación), estima que quien trata en nombre de otro origina para el poderdante una relación jurídica de negociaciones preliminares. Por lo que éste responde si el apoderado quebranta la confianza suscitada en la otra parte. El representado se obliga in contrahendo a indemnizar los daños inferidos por la conducta del representante. De igual modo responde el dominus por la violación de la buena fe in contrahendo si se ha servido para negociar de sus auxiliares. Se estima, con razón, que el fundamento está en la ampliación del círculo negocial del deudor y, por tanto, de la esfera del riesgo. Tan sólo respondería el representante si tiene interés directo en la conclusión del contrato y en aprovecharse de las negociaciones que lleva a cabo. La asunción del negocio ajeno como propio le hace directamente responsable o, en todo caso, consorcialmente con el representado.

Puede afirmarse que si dependientes, ayudantes o apoderado quebrantan la buena fe in contrahendo por dolo, amenazas, lesiones a la otra parte o transmisión inexacta de la voluntad del dominus por negligencia grave, etc, durante las negociaciones preliminares, debe responder el representado o dueño del negocio. Sería un supuesto de responsabilidad "indirecta", como en los casos

del artículo 1.903.42 ó del artículo de la Ley de 26-7-1.957 en el Derecho español, por ejemplo. En todo caso, para quienes prefieran encuadrar la culpa in contrahendo en la responsabilidad contractual, podríamos decir que, como en el supuesto del deudor, el dominus que trata por medio de otros es víctima de una objetivación de la responsabilidad por exigencias económicas y jurídicas. Existe, también, una relación de confianza por cuya virtud el principal asume las consecuencias de los actos de los dependientes.

F-. Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato :

Hay también un comportamiento desleal in contrahendo cuando los tratos se prolongan innecesariamente por saber de antemano que no se celebrará el contrato, o se rompen injustificadamente (deistimiento intempestivo o arbitrario) en fase que haría concebir a la otra parte legítimas expectativas. La ruptura infundada de las negociaciones preliminares supone, por lo general, una defraudación de la confianza, una conducta dolosa. Se estima, generalmente que la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos es preciso suceda en etapa avanzada, es decir, en un momento en que lógicamente se han suscitado legítimas expectativas en orden a la conclusión del contrato. Cuando han tenido lugar desembolsos por confiar fundadamente en la honorabilidad ajena.

Es opinión difundida que del deber precontractual de lealtad deriva la obligación de no apartarse de los tratos sin justa causa. Realmente, debe admitirse plenamente la facultad de desistir de las conversaciones preliminares. En ningún momento de su desarrollo son vinculantes. Es más: puede afirmarse que infinidad de tratos se interrumpen, no devienen contrato. Ello es normal, pertenece a la esencia de las negociaciones. Lo que ya no resulta normal es, por ejemplo, prolongar los tratos de mala fe, negociar sin

pensar en concluir el contrato, aprovecharse de la ignorancia o buena fe de la otra parte, provocar gastos innecesarios sabiendo de antemano que en cualquier momento romperá el trato; llevar las conversaciones preliminares sirviéndose de astucia, fraude o maquinaciones dolosas para engañar al contrario y captar su voluntad, etc. En definitiva, se lesiona la bona fides precontractual cuando se vulnera la confianza ajena tratando innecesariamente o apartándose sin motivo suficiente de las relaciones prenegociales. Siempre que de ésta conducta se origine un daño al patrimonio de la contraparte, surge una auténtica obligación de indemnizar por culpa in contrahendo.

G-. Revocación de la oferta :

Lo admitido para los tratos es extensible a la oferta de contrato como etapa precontractual. Si no se ha señalado un plazo de mantenimiento o no hay renuncia a la facultad de revocar, el proponente es libre de retirarla. La autonomía de la voluntad fundamenta la posibilidad de revocar libremente la oferta. Más si ello ha ocasionado un daño al destinatario, no puede quedar impune. Estamos ante un claro supuesto de responsabilidad precontractual. La revocación de la oferta, se ha dicho, no está en pugna con los más elementales principios de buena fe y cuyo quebrantamiento supone siempre el nacimiento de una obligación de indemnizar. Si la revocación lesiona intereses de quienes se proponían aceptarla, defrauda legítimas esperanzas apoyadas en el principio de la confianza, no se hace en forma rápida y eficaz para reducir los posibles daños al eventual aceptante, se rechaza al proponente por circunstancias irrelevantes, etc; no cabe duda que se origina un acto ilícito en sede preparatoria del contrato, del que nace una responsabilidad in contrahendo.

H-. Supuestos varios. En particular, los gastos de la confianza :

Son una serie de supuestos ad exemplum, pero que en todo caso se agrupan bajo el denominador común de daños inferidos a la confianza con ocasión de preparar el contrato. Por ejemplo, en los contratos celebrados por miedo, intimidación o estado de necesidad. Aparte del ejercicio de la acción de nulidad, procede la acción correspondiente para exigir la reparación de los daños que ocasiono su forzada celebración.

En todo caso, los posibles supuestos sólo engendrán responsabilidad precontractual si concurren estas dos circunstancias: que se origine un daño para una parte durante la etapa preparatoria del negocio. Y que exista auténtica violación de la buena fe in contrahendo a través de un conducta desleal o gravemente culposa (dolo in contrahendo) que defrauda la confianza de la otra parte. El comportamiento simplemente culposo o negligente generaría responsabilidad aquiliana, según el Art 1.902 del Cc, no típicamente precontractual.

VIII -. LA JURISPRUDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

En contadas ocasiones el Tribunal Supremo se ha referido a la culpa in contrahendo, pero aún así, podemos analizar tres sentencias, que son prácticamente las únicas existentes sobre la responsabilidad por culpa in contrahendo, y que son las siguientes :

1º La Sentencia de 10-III-1.949, aquí la mención a la responsabilidad precontractual fue lateral y, el conflicto planteado giraba en torno a una carta, en la cual, la parte demandante pretendía ver un poder de representación, o por lo menos, un mandato de la dueña de una finca conferido a otra persona para la enajenación de tal finca. El demandante contrato con ese supuesto mandatario y, cuando pretendió el otorgamiento de la escritura pública y la ejecución del contrato, la dueña adujo que ningún contrato valido se había

celebrado y que el documento que exhibió el supuesto representante o mandatario no era acreditativo más que de un encargo, dado al mismo tiempo a otras personas, para que realizara una simple gestión mediadora y nunca para contratar. La parte demandante solicitó el cumplimiento del contrato y una indemnización de los daños y perjuicios que el retraso en la ampliación de sus instalaciones (proyectada en los terrenos supuestamente adquiridos) le había producido. Las dos primeras instancias desestimaron su petición porque ningún contrato se había celebrado, y por ello, no podía solicitarse su ejecución. El recurso de casación se basó en el número primero del Art 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (= infracción de ley o doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia) y, en los números primero y quinto del Art 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal Supremo rechazó los motivos del recurso basados en una nueva apreciación y valoración del documento por atender que ello era competencia del Tribunal a quo y, que sólo podría atacarse tal valoración en casación cuando, al amparo del número segundo del Art 1.692, ello se haya hecho violando, interpretando de forma errónea o aplicando indebidamente las leyes o doctrinas aplicables, y que en el caso en concreto, serían las normas referidas a la interpretación de documento y contratos.

Más interesante es el motivo quinto del recurso en el cual, nuevamente basándose en el Art 1.692.1º se aduce violación por inaplicación del Art 1.270 del Cc (dolo incidental), la culpa in contrahendo "...figura que si bien no está expresamente reconocida por nuestro Código civil es hoy de dominio general y podría articularse con una interpretación jurisprudencial del segundo párrafo del citado Art 1.270 del Cc por analogía, y en último lugar por el Art 1.902 del Cc. Se pide con ello y, subsidiariamente para el caso en el que no se determine la existencia del con

trato, una indemnización de daños y perjuicios con base en los fundamentos aducidos, por haberse puesto de manifiesto en la demanda una conducta "alejada de la debida diligencia en el trato" al haber dado al presunto representante todo tipo de facilidades para los tratos, llegando incluso a proveerle de un documento para que hiciera ver que estaba respaldado por la propietaria, por no contestar a la aceptación de la oferta que el demandante hizo y no avisarle de las supuestas extralimitaciones del mandatario, etc. El Tribunal desestimó también este motivo quinto, en primer lugar porque no se fija concretamente cuál ha sido la infracción cometida por el tribunal a quo, porque la petición se plantea de forma subsidiaria, y en concreto, y entrado en los preceptos legales sustantivos que se aducen, rechaza la aplicación del Art 1.270 del Cc porque ningún vínculo obligacional existe entre la parte actora y la demandada y, que esta última sería también, según el Tribunal, razón suficiente para no admitir "la doctrina de la culpa in contrahendo"; la aplicación del Art 1.902 Cc se rechaza porque no resulta probada la relación causa-efecto entre la conducta de la demandada y la producción del daño o perjuicio.

Esta sentencia resulta de interés únicamente como documento que aporta algún dato sobre la idea que en la época, en España, podía tenerse de la culpa in contrahendo. Dado el carácter accesorio con el que el tema se planteó y la brevedad de las referencias realizadas no pueden extraerse conclusiones rotundas, pero dos notas pueden ponerse de manifiesto :

- La culpa in contrahendo se sitúa en un campo distinto al del Art 1.902 del Cc.
- Parece inferirse de la sentencia la necesidad de un vínculo obligacional para pensar en tal culpa.

2º Sentencia de 16-V-1.988, cuyos fundamentos de hecho son los siguientes: Don Felipe Campo Ramírez es un empleado del Banco de Vizcaya. De cara a su traslado a una oficina de Miami de la misma compañía, entabla conversaciones con altos directivos del Banco, conversaciones que llegaron a un punto en que, según la valoración realizada de los hechos, debió pensar que su traslado era inminente, por lo que él y su esposa realizaron determinadas disposiciones (venta del automóvil, solicitud de excedencia, etc). Finalmente, el traslado no se produjo. Don Felipe presentó demanda ante la jurisdicción laboral que fue desestimada. Posteriormente, la reclamación, ahora conjuntamente con su esposa y dirigida contra el Banco y los altos directivos, fue planteada en la vía civil, exigiendo indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en el Art 1.101 del Cc por vulneración de un contrato de compromiso. La primera instancia, que estimó no probado dicho compromiso, concedió una indemnización, en base a preceptos de responsabilidad extracontractual, siendo revocada la sentencia por incongruencia (cambio en la causa de pedir) en la segunda instancia. El recurso de casación se plantea por infracción del ordenamiento jurídico, fundado en los siguientes motivos : inaplicación de los Art 1.902 y 1.903 del Cc; ley 488.2º del Fuero Nuevo de Navarra, y Art 24.1º de la Constitución y, aplicación indebida del Art 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La responsabilidad por culpa in contrahendo sería también una forma genérica de denominar la sujeción a una obligación de indemnizar por hechos lesivos reconducibles a la preparación del contrato, obligación que indudablemente tiene apoyo extracontractual, pero que podía tenerlo, también, apoyo contractual. Bien mirado, la idea de una responsabilidad precontractual o por culpa in contrahendo no es imprescindible, puesto que no aporta ningún fundamento indemnizatorio nuevo (entendiéndose por tal, las

normas sobre las que basar una pretensión de resarcimiento). Sin embargo, tal idea es útil en cuanto que contribuye a crear un estado de opinión generalizado de cara a la aceptación de la posibilidad de configurar conductas ilícitas en el periodo de formación del contrato. Y ésta podría ser también una función importante en nuestro derecho (48).

Parecería que esta sentencia se presenta como una excepción, puesto que alude a la culpa in contrahendo como elemento determinante de una indemnización. Sin embargo, resulta aquí invocada incorrectamente. Culpa in contrahendo hace referencia a una conducta ilícita en la preparación del contrato, y éste es el presupuesto ausente en este caso, ya que no estamos ante la preparación o formación de un contrato (en este caso de trabajo), sino ante su ejecución. Para examinar la cuestión desde tal perspectiva es competente la jurisdicción laboral, y la civil lo será en tanto en cuanto se pueda configurar una conducta ilícita al margen del contenido del contrato de trabajo, pero tal conducta no es encuadrable en ninguno de los dos casos en un inexistente periodo de formación del contrato. El Tribunal Supremo se ha referido a la culpa in contrahendo porque a primera vista las circunstancias se aproximan bastante a las de una ilícita interrupción de las negociaciones: se ha hecho confiar en que se produciría un traslado y el mismo no se ha verificado, derivándose de todo ello daños (49).

La finalidad que cumple tal invocación es configurar una conducta ilícita que permita el recurso al Art 1.902 del Cc. Con ello, se adopta la misma postura que en la sentencia de primera instancia. Porque decir que existe una culpa in contrahendo supone sólo afirmar la existencia de una conducta ilícita, dando un nombre específico a tal conducta, pero a la misma conclusión ha-

bía llegado ya la primera instancia juzgadora, prescindiendo, además, correctamente, de tal denominación. Lo mismo cabría señalar si la culpa in contrahendo hubiera sido invocada con propiedad, esto es, si nos hubieramos hallado propiamente ante una interrupción de negociaciones; suponiendo que todo se hubiera desenvuelto igual (fundamentalmente que se hubiera solicitado una reparación contractual por incumplimiento de un contrato de compromiso), no se podría pretender, por el hecho de aludir a la culpa in contrahendo, con lo cual sólo domina la ilícitud, estar haciendo algo distinto a conceder una indemnización en base a preceptos extracontractuales (50).

La concepción que parece tener el Tribunal Supremo de la culpa in contrahendo, siempre con la salvedad de su inoportuna invocación en el caso. La misma se concibe como la violación de un deber de conducta, pero no se ha de predicar la misma corrección de la afirmación realizada en el Fundamento de Derecho 3º, en el sentido de que tal culpa se ofrece como aquiliana al faltar relación contractual: si hay contrato válido y el mismo se mantiene (en el sentido de que no resulta anulado) no habrá culpa in contrahendo, sino un mal cumplimiento de los deberes contractuales que determinan una lesión del derecho de crédito de acreedor (51).

3º Sentencia de 30-X-1.988. Una empresa inicia contactos con un guardia civil de cara a la incorporación de éste a la misma como guarda jurado, realizando, además, las gestiones para que obtuviera el título requerido. El actor, en la creencia de que iba a desempeñar el cargo, solicitó su baja en la guardia civil; después no obtiene el trabajo ni logra la readmisión. El Tribunal Supremo consideró que existió "una relación jurídica precontractual equivalente a un precontrato de trabajo, que participa de la na-

turalidad laboral -y no civil- de éste originadora de culpa in contrahendo" quedando obligada a indemnizar por imperativo de los Art 1.101 y 1.103 del Cc.

Si hay un precontrato dirigido "a un contrahere futuro", el fundamento de la reclamación si habrán de ser los Art 1.101 y ss, pero no cabe invocar una culpa in contrahendo, pues ésta hace referencia al incumplimiento de obligaciones en la preparación del contrato pero no de su ejecución (en este caso un precontrato). La invocación sí hubiera sido correcta de haber obviado la referencia al precontrato y configurado sin más una ruptura injustificada de conversaciones.

IX-. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN OTRAS RAMAS JURIDICAS.

1º En el Derecho mercantil :

En el Derecho mercantil hay algunos preceptos que consagran deberes precontractuales: así el Art 95 del Código de comercio señala como obligaciones de los agentes comerciales "no poner los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes" (número 2º), "guardar secreto en todo lo que concierne a las negociaciones que hicieren, y no revelar los nombres de las personas que las encarguen..." (número 3º). Se impone, por tanto, el deber de comunicar sin reticencias y de guardar secreto mientras se prepara el negocio encargado. Las ventas mercantiles no se rescinden por lesión; en todo caso el contratante que ha procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios (Art 344 del Cc). El dolo o engaño in contrahendo hace surgir la obligación de reparar los daños ocasionados al contratante defraudado. El Art 357 del Código de comercio presupone culpa precontractual en el contrato de trans

porte si el porteador sospecha fundadamente defraudación al declarar el contenido de un bulto. En caso de confirmarse la sospecha, el remitente se obliga a indemnizar los gastos especificados en el número 2º de dicho artículo. Contempla situaciones de comportamiento desleal en la formación del contrato de seguro el artículo 381 del Código de comercio : se declara nulo el contrato de seguro : a/ Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato; b/ Por la inexacta declaración del asegurado, aún hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos; c/ Por la omisión u ocultación por el asegurado de hechos o circunstancias que hubieren podido influir en la celebración del contrato.

La inexacta declaración del asegurado hecha de buena fe sólo infringe el elemento fáctico de la relación jurídica precontractual, más no el elemento subjetivo que supone defraudar dolosamente o con culpa grave la confianza ajena. De ahí que, únicamente cuando tal defraudación exista procederá la responsabilidad incontractando en el supuesto número 2º del Art 381. En los otros dos previstos por dicho precepto legal, el perjudicado puede ejercitar la acción de resarcimiento por los daños ocasionados al violar la buena fe precontractual, independientemente de que entable la acción de nulidad. Pues que hay una conducta dolosa (número 1º) o intencionadamente reticente (número 3º) que lesiona la recíproca lealtad que se deben las partes en la formación del contrato (52).

2º En el Derecho público :

En el ámbito del Derecho público hay algún precepto que da entrada últimamente a la responsabilidad precontractual. Así el Decreto de 28-III-1.967, que aprobó el Reglamento General para la aplicación y desarrollo de la Ley de Contratos del Estado, esta-

blece, en el Art 44, que " si los actos administrativos preparatorios incurren en manifiesta infracción del ordenamiento jurídico, el jefe del departamento competente podrá anularlos de oficio ajustándose a los requisitos establecidos en el Art 110 de la Ley de procedimiento administrativo".

A su vez, el Art 45 declara anulables los actos administrativos preparatorios del contrato que infrinjan el ordenamiento jurídico (en particular la legislación de Contratos del Estado) o incurran en defectos de fondo que afecten a los elementos esenciales del contrato. Particularmente interesante es el Art 47, donde se establece que :la anulación de los actos separables previos al contrato....levará en todo caso consigo la del mismo contrato debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuere posible, se devolverá su valor. La parte que haya sido culpable de la anulación deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". Nuestro derecho público, más progresivo en este punto, ha dado entrada a la responsabilidad precontractual en un aspecto ya disciplinado por el derecho privado en otros países. El Art 47 reconoce, pues, junto a la acción de nulidad, la procedencia de la acción para exigir el resarcimiento de los daños ocasionados en la etapa preparatoria del contrato (53).

El Dóctamen del Consejo de Estado de 24-IV-1.964 (expediente número 32.539), se afirma que: "En determinados casos, muy peculiares, la Administración puede ser responsable de los perjuicios causados por culpa in contrahendo".

En otro Dóctamen del Consejo de Estado de 11-V-1.964 (expediente número 32.692), se afirma que: "la indemnización de este tipo de gastos tiene su base en la llamada doctrina civil de culpa in contrahendo, según la cual cuando una de las partes rom

pa por su sola voluntad las negociaciones preliminares a la conclusión de un contrato, habiéndose producido gastos en la otra parte, realizados en la confianza fundada de que se llegaría a la celebración de tal contrato, tiene la parte perjudicada derecho a que le sean indemnizados los daños ocasionados hasta el límite máximo constituido por la cifra a la que asciendan dichos gastos, o lo que es lo mismo, la parte afectada tiene derecho a ser indemnizada por el llamado interés negativo en contratar".

Continua posteriormente dicho dictamen afirmando: "De este modo, puede decirse, en verdad, que, bien por aplicación de la referida doctrina de la culpa in contrahendo, que, con las indicadas precisiones, puede ser estimada en el presente caso, bien por aplicación del instituto general de la responsabilidad de la Administración, aparece ésta como causante de una situación de perjuicio para la parte que fundadamente esperaba resarcirse de aquellos gastos con la conclusión del contrato frustrado, y que dicha situación, en la medida que resulte efectiva y probadamente dañosa, debe ser reparada por la Administración abonando la correspondiente indemnización, sobre cuya procedencia están de acuerdo todos los órganos de la Administración activa que han informado en el expediente".

3º En el Derecho Internacional Privado. La Ley aplicable :

La solución más razonable, desde el ángulo del Derecho Internacional Privado, es la de someter estos supuestos, con carácter general y al margen de casos especiales, a la norma de conflicto sobre obligaciones contractuales, de modo que la ley aplicable al contrato proyectado o intentado decida la eventual responsabilidad. La ley del contrato opera a título de *lex hypothetici contractus*, es decir, a la ley que sería aplicable si el contrato hubiera sido válidamente celebrado. Ella decidirá si existe o no un

contrato y, cual sea su contenido. Es competente, pues, la propia ley del contrato en debate.

No parece que deba dársele **excesiva** importancia al hecho de que la calificación que se da en nuestro derecho interno a la responsabilidad precontractual sea controvertida (contractual o extracontractual), pues en realidad puede presentar rasgos de las dos. Deben primar los objetivos específicos que en este sector persigue el sistema positivo de Derecho Internacional Privado español, y que justifican esta solución. Incluso si la calificación de nuestro Derecho interno fuera sin dudas la extracontractual, esos mismos objetivos abogarían por una reducción teleológica del ámbito de la norma de conflicto sobre responsabilidad extracontractual, poco idónea para realizarlos, y por la aplicación análoga de la norma sobre contratos.

Dada la variedad de supuestos que caben bajo el rótulo de responsabilidad precontractual, parece lógico dejar abierta la posibilidad excepcional, de acudir en casos apropiados al Art 10. 9º del Código civil (54).

.- N O T A S -.

- (1) Según el pensamiento de BETTI, acertadamente interpretado DE LOS MOZOS en la nota a la traducción de la obra de aquél autor, Teoría general de las Obligaciones, I, pág 88.
- (2) ALONSO PEREZ, La responsabilidad precontractual, RCDI 1.971, pág 891.
- (3) Con tal estado de opinión se alude a que había casos de contratación válida y en los que existía una situación de insatisfacción del interés del acreedor debida a comportamientos reprochables en el periodo de formación del contrato, que, sin embargo, no podían analizarse desde la perspectiva estrictamente contractual.
- (4) A ello habrían de añadirse los casos de lesiones físicas o en la propiedad con ocasión de la preparación del contrato que, sin embargo, en Italia y Francia no se relacionan con la responsabilidad precontractual.
- (5) Entiéndase delito en sentido civil.
- (6) Ejemplo de ello lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo de 27-1-1.977 "a pesar de no constar en el contrato que firmaron las partes determinadas instalaciones de una vivienda que sí se contenían en el folleto publicitario repartido entre los posibles compradores, éstas formaban parte del contrato y ello porque, de acuerdo al Art 1.258, las partes no sólo quedan obligadas a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias derivadas de la buena fe".
- (7) No lo están en primer lugar porque es difícil apreciar la diferencia entre el dolus causans y el dolo incidental teniendo en cuenta los dos parámetros de diferenciación que parece ofrecer el Código, por un lado su gravedad y por otro su incidencia en el proceso de formación de la voluntad. Así parece que el dolo incidental será aquél en el que la conducta no es

tan maliciosa y ademas no ha determinado a la celebraci3n del contrato. Una vez calificado el dolo incidental, la otra parte se encuentra ante un contrato con unas condicones distintas a las deseadas por ella, lo cual se aproxima poderosamente a los perfiles del mal cumplido o de los vicios.

(8) Categorfa donde lo 6nico determinante fuera el car6cter pre contractual de la conducta.

(9) En este sentido PEREZ Y ALGUER, DE LOS MOZOS, ALONSO PEREZ, PUIG BRUTAU.

(10) Es cierto que no nos movemos en una pura protecci3n de la voluntad sino que se hace para considerar relevante el error a efectos anulatorios, un juicio de los intereses en juego.

(11) MORENO QUESADA, La oferta del contrato y su eficacia jurfdica, RDN, 1.956, p6g 230 y ss.

(12) ASUA GONZALEZ, La culpa in contrahendo, Universidad del Pais Vasco, Bilbao, 1.989, p6g 253.

(13) FAGGELA, Dei periodi precontrattuali e della loro vera el esatte costruzioni scientifica. en Studi guridicci in onore di Carlo Fadda, Napoles, 1.906, T. III, p6g 304.

(14) CARRARA, La formaziones dei contratti, Milan, 1.915, p6g 121

(15) RAVAZZONI, La Formazione del contratto, Milano, 1.973, p6g 56

(16) BARASSI, Instituciones de Derecho civil, traducci3n al espaol por Ram3n Garcia de Haro y Mario Falc3n, Barcelona, 1.955, p6g 147.

(17) ROTONDI, Instituciones de Derecho Privado, traducci3n de Francisco Villavicencio, Barcelona, 1.955, p6g 351.

(18) MESSINEO, Manual de Derecho civil y comercial, traducci3n de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1.955, T. VI, p6g 456.

(19) PACCHIONI, Obligazioni e Contratti, Milano, Padova, 1.950, p6g 64,

(20) BETTI, Teorfa General de las Obligaciones, traducida por De los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.969, p6g 92.

- (21) FERRI, La autonomía privada, traducida por Sancho Mendizabal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1.968, pág 240.
- (22) DE CUPIS, El daño, traducción de Martinez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1.975, pág 163.173.
- (23) CALUSI, Interna di trattative e Responsabilita Precontratuale, Rev, Trim, Dir, e proc, 1.956, pág 471.
- (24) CARRESI, In tema di trattative e Responsabilita Precontractuale, en Temi, 1.965, pág 441.
- (25) DE LOS MOZOS, El principio de la buena fe, Barcelona, 1.965, pág 223,
- (26) CASTAN, Derecho Civil Español Común y Foral, 11ª edición, Reus, Madrid 1.974, Tomo III, pág 475.
- (27) MORENO QUESADA, op. cit, pág 43 y ss.
- (28) COSSIO Y CORRAL, Instituciones de Derecho Civil, I, Alianza Editorial, 1.975, pág 281.
- (29) BONET RAMON, Código Civil Comentado, Ediciones Aguilar, Madrid, 1.964, pág 974.
- (30) SANTOS BRIZ, La contratación privada, editorial Montecorvo, Madrid, 1.966, pág 98 y ss.
- (31) DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid, 1.976, vol II, pág 191 y ss.
- (32) ALBALADEJO, Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1.975, T.I Vol. II y T.II Vol. I, pág 318.
- (33) ALONSO PEREZ, op. cit. pág 35 y ss.
- (34) ENNECERUS, KIPP y WOLF, Tratado de Derecho Civil, 35ª edición, traducida por Pérez Gonzalez y Jose Alguer, Bosch, Barcelona, 1.954, T, II Vol. I y T. I y Vol I, pág 229.
- (35) VON TUHR, Teoría General del Derecho Civil alemán, traducción por Tito Ravá, Buenos Aires, 1.947, pág 168.
- (36) LARENZ, Derecho de Obligaciones, Traducción por Santos Briz, Revista del Derecho Privado, Madrid, 1.958, T. I, pág 107.

(37) LEHMANN, Tratado de Derecho Civil, traducida por la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.956, Vol I, pág 342.

(38) Los sujetos obligados a indemnizar por los daños causados habiéndose vulnerado el mandato de la buena fe objetiva en el periodo precontractual, son siempre las personas sobre las que la obligación pesaba. La persona obligada sería aquella en la que hubieran repercutido directamente los resultados de la negociación aunque este criterio no sería válido si se considera el caso del representante sin poder un supuesto de responsabilidad precontractual, porque sobre quien recaerían los efectos de la contratación, si hubiera ratificación, sería sobre el representado.

(39) Si se decidiera por una instancia juzgadora que sobre una persona en la fase de preparación del contrato recaía una obligación de informar sobre circunstancias que podían afectar a la validez del contrato, y que la obligación ha resultado vulnerada, se está diciendo, que quien calló debiendo hablar actuó al menos negligentemente.

Lo mismo cabría decir de la interrupción de tratos, porque analizadas las circunstancias del caso, se convierten en que hubo una conducta reprochable en quien creó una confianza fundada para luego, sin motivo justificado, no contratar se está, sin más, poniendo de manifiesto su conducta culpable.

(40) COSSIO, op, cit, pág 280.

(41) ASUA GONZALEZ, op. cit. pág 284.

(42) En realidad la valoración de la conducta de la otra parte podrá hacerse desde dos perspectivas susceptible de conducir a caminos idénticos: puede entenderse, que una parte no debía informar porque el otro lo debía conocer, o bien de que a pesar que el deber existía y, por lo tanto, el acto es antijurídico sus resultados no le son imputables o le son en menor medida porque en la otra parte se ha apreciado culpa.

- (43) MORENO QUESADA, op, cit, pág 236.
- (44) MORENO QUESADA, op, cit, pág 237.
- (45) HILDEBRANT, Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum bürgerlichen Rechts, Berlin und Leipzig, 1.931, pág 173 y ss.
- (46) PIOTET, Culpa in contrahendo et responsabilitate precontractuale, en Droit privé suisse, pág 126 y ss.
- (47) ALONSO PEREZ, op. cit. pág 906-914.
- (48)(49)(50)(51) Comentario a la STS de 16-V-1.988, en CCJC, nº 17, pág 513 y ss.
- (52) ALONSO PEREZ, op. cit, pág 917,
- (53) ALONSO PEREZ, op. cit, pág 919.
- (54) Derecho Internacional Privado. Parte Especial, Oviedo, 1.990 3ª edición, Capítulo XXVIII, Alfonso L. Calvo Caravaca, pág 424-425.

C A P I T U L O C U A R T O :

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA
CULPA IN CONTRAHENDO. ALCANCE DE
LA DECISION.

C A P I T U L O C U A R T O

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPA IN CONTRAHENDO.
ALCANCE DE LA DECISION.

I-. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

1º Derecho alemán :

IHERING fue el que inauguró realmente las tesis contractualistas (la hipótesis central de IHERING era la de un contrato que devenía nulo por vicios existentes en el periodo de formación del contrato e imputables a una de las partes). "La circunstancia de que jurídicamente el contrato no desplegará efectos nos llevaría necesariamente al campo del daño extracontractual, por lo que no podríamos sino referir nuestra acción de daños y perjuicios a la actio doli o a la actio legis Aquiliae". Pero ni una ni otra tenían una aplicación clara al caso que planteaba IHERING, pues la primera sancionaba una conducta engañosa, y la segunda presuponia daños a personas o cosas. "Por ello, si es absolutamente imposible conectar nuestra demanda de daños y perjuicios a los casos citados de daño extracontractual, no queda otra solución sino renunciar completamente a la idea del carácter extracontractual de

esta responsabilidad y reconocer que es literalmente imposible justificar esta idea, o bien ver a si a pesar de la nulidad del contrato, existe algún medio de vincular nuestra demanda a la responsabilidad contractual"(1).

IHERING descubre que determinados textos romanos acuerdan una responsabilidad contractual aún en caso de contrato nulo. "La existencia de una actio empti en los casos de venta de una res extra commercium o de una herencia inexistente significa que la demanda de daños y perjuicios se basa en un solución contractual"(2).

A esta argumentación de IHERING se podría objetar que si "quod nullum est nullum affectum producit", y por hipótesis estamos ante un supuesto de contrato nulo, no podrá nunca derivarse de dicho contrato una obligación, siquiera sea de indemnizar daños y perjuicios (3).

Sin embargo, IHERING cree que aún cuando es cierto que la nulidad de un contrato trae consigo la no producción de efectos, sin embargo, el otorgamiento por los textos romanos de una actio empti demuestra que el contrato ha producido algunos efectos, y así, la expresión nulidad, correctamente empleada, no puede tener sino un sentido restringido. Designa no la ausencia de todos los efectos sino solamente de algunos efectos. El fin de todo contrato es la ejecución. Su efecto, por tanto, consiste en la producción de una obligación de ejecutar. Si ahora, a causa de la falta de una condición necesaria, este efecto queda excluido, si de esta manera el fin verdadero del contrato falta, lo denominamos nulo, y determinamos las nociones de validez y de nulidad, según el fin principal del contrato. Pero esto no impide que el contrato no pueda producir obligaciones de otra especie, tanto más cuando éstas no se dirigen a la ejecución sino, por ejemplo, a la restitución de la cosa donada, las arras, los daños y perjuicios. El hecho

de que la cosa tenga la cualidad de extra commercium excluye necesariamente la posibilidad de ejecución, pero no la de otra obligación derivada de ese contrato. Las partes han consentido, concurren todas las demás condiciones del contrato a excepción de la capacidad del objeto, y surge la pregunta de por qué, entonces, este contrato no puede producir entre las partes una obligación desde el momento en que ésta no tiene por objeto la prestación del objeto mismo.

En definitiva, IHERING defiende el carácter contractual de la culpa in contrahendo, en base a los textos romanos y, piensa que la conclusión de un contrato no crea solamente una obligación de ejecutar, sino también, según las circunstancias, una obligación de reparar el daño, cuando la ejecución se ha hecho imposible. La expresión nulidad de un contrato, designaría solamente la ausencia de este efecto y no la de todos los efectos en general.

Pues bien, así como IHERING inauguró la tesis contractualista, puede afirmarse que la doctrina contractualista ha sido dominante en Alemania.

Los autores alemanes definen la relación constituida entre los sujetos durante el periodo de formación del contrato, como la relación de fiducia de carácter quasi contractual, o como relación obligatoria ex lege, y por tanto afirman que la violación de una obligación que derive de tal relación da lugar a responsabilidad precontractual.

Sin embargo, es curioso constatar que inicialmente en Alemania la solución era la contraria: en efecto, la solución adoptada por la doctrina germana en el primer decenio siguiente a la entrada en vigor del BGB consistía en considerar la responsabilidad precontractual como delictual. Pero pronto se pudieron constatar las lagunas que tal solución ofrecía, y ello porque a diferencia de

lo que ocurre en la mayoría de los sistemas legislativos europeos, el derecho alemán no conoce una noción amplia del delito civil, sino que se limita únicamente a exponer diversos supuestos de actos ilícitos que obligan a su reparación. Por ello, se puede afirmar que la razón última de que en Alemania sea acogida, casi sin reservas, la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo es que las normas sobre el ilícito extracontractual contenidas en el BGB sólo excepcionalmente ofrecerían a la parte que sufre un daño durante las negociaciones preliminares, la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño.

Los pasos seguidos por la doctrina alemana para llegar a ésta construcción, a través de una lenta y fatigosa elaboración, es de la siguiente forma :

‡ Se afirmó primero (LEONHARD) la teoría según la cual la responsabilidad por violación de un deber precontractual tendría su raíz en el contrato sucesivamente concluido. Esta teoría no explicaba cómo en caso de que el contrato fuese posteriormente anulado se producía el efecto de la responsabilidad con base precisamente en el contrato nulo.

‡ Otro paso fue la afirmación de que las negociaciones preliminares constituyen una "relación contractual de carácter preparatorio", lo que no deja de ser una ficción. Posteriormente (STOLT) defendió una teoría que partía de la calificación de la obligación como "Organismus", que nacería con la invitación de tratar. La conclusión del contrato comportaría una anotación no ya de la relación obligatoria como "Organismus" (que ya estaría creada), sino sólo de los elementos formales que lo componen.

Esta tesis ha sido criticada por no explicar por qué motivos la invitación a tratar debe ser considerada como hecho consti-

tutivo de una relación obligatoria, y no tiene en cuenta que la relación precontractual está encaminada a la preparación del contenido de un contrato, y por eso se extingue en el momento en que se alcanza el acuerdo.

‡ Actualmente, se acogen, sin ninguna reserva las Rechtstheorien, de acuerdo con las particulares relaciones constitutivas entre los sujetos en la fase de las negociaciones preliminares, y que tienen por finalidad la conclusión del contrato, se constituyen en fuente de una relación obligatoria de la que surgen obligaciones de información, custodia y conservación. En las negociaciones preliminares, las partes no están en situación de "no" relación que caracteriza la responsabilidad extracontractual, sino que se trata de verdaderas y propias relaciones que se desenvuelven en el ámbito de una normativa privada.

Estas últimas ideas no son absolutamente convincentes, en cuanto que no puede considerarse decisivo que exista un "contacto" entre dos esferas de intereses para que nazca una relación obligatoria, pues también a efectos de la responsabilidad aquiliana, ligada a la violación del genérico deber de "alterum non laedere" es siempre necesario un contacto que someta la esfera de intereses de un sujeto a la concreta posibilidad de ingerencia por parte de otra persona.

En resumen, en la doctrina alemana predomina de forma clara la tesis contractual en cuanto a la naturaleza de la culpa in contrahendo. Sin embargo, la doctrina alemana se ha visto forzada a esta solución debido a la imposibilidad de acudir a las normas de la responsabilidad extracontractual: en el caso de IHERING, por el rígido formalismo del derecho clásico, que con su tipicidad de acciones impedía dar respuesta a los problemas planteados por la exigencia de la buena fe en el periodo de la formación del

contrato, lo que llevó a aquél autor a construir una responsabilidad basada en el contrato, para solucionar asó las necesidades prácticas. En el caso del Derecho actual, la ausencia de una noción general de acto ilícito hace que no se puedan encajar en las normas concretas que la culpa aquiliana dispone el BGB muchas de los supuestos en que puede existir culpa in contrahendo.

2º Derecho italiano :

Bajo la vigencia del Código civil italiano de 1.865 examinar el estado de la cuestión parece superfluo pues aquel código carecía de una norma expresa de alcance general a la que pudiese reconducirse el tratamiento de la responsabilidad precontractual. Y ante el silencio de la ley, la prácticamente totalidad de la doctrina hablaba de culpa de culpa extracontractual, porque el vínculo jurídico se había demostrado desde el comienzo inexistente entre las partes, a la declaración de nulidad o de anulación del acto.

Los argumentos que emplean los defensores de la tesis extracontractual son fundamentalmente los siguientes :

+ La violación del principio genérico de la buena fe no es sino una violación del principio genérico del "alterum non laedere" que encuentra su fundamento "en un contacto de carácter social de dos esferas contiguas de intereses independientes de que se instaure una relación jurídica entre una y otra parte". De hecho, se afirma, que el comportamiento de quien lesiona la obligación de corrección están incluidos los caracteres propios del " fatto illecito"; se trata, por tanto, de un comportamiento doloso o culposo, que causa a otro y genera una obligación de resarcimiento.

+ El Art 1.337 es una norma desprovista de sanción y, por tanto, debe encontrar su integración en la disposición de carácter general del Art 2.043 regulador de la culpa extracontractual. Los

Art 1.337 y 1.338 del Código italiano son los que han servido a la jurisprudencia y doctrina de aquel país para fundamentar en un texto legal la responsabilidad precontractual, ya sea en la hipótesis de una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (Art 1.337), como en la hipótesis de conclusión de un contrato que luego deviene nulo (Art 1.338).

‡ La responsabilidad precontractual se muestra como una manifestación de la culpa aquiliana porque las negociaciones preliminares no son idóneas para hacer surgir entre los sujetos interesados un vínculo jurídico en sentido estricto.

Este argumento se basaba en que el concepto de culpa contractual no parece poder aplicarse a cualquier vínculo obligatorio constituido entre las partes, incluso si deriva de la ley o de los quasi-contratos, sino exclusivamente a las obligaciones ex contractu, como por otra parte la denominación "culpa contractual" induce a pensar.

Pero hay que tener en cuenta que por responsabilidad contractual, se debe entender, la responsabilidad conectada al incumplimiento de una obligación cualquiera que sea el hecho del que la obligación derive, y no por tanto, de una obligación que tiene su fuente en un contrato.

‡ Si de la violación de la obligación impuesta por el Art 1.337 se derivase una responsabilidad contractual, correspondería al demandado destruir la presunción de culpa a su cargo: y como en el Art 1.337 "culpa" equivale a "mala fe", esto querría decir que aquel tendría contra él una presunción de mala fe, lo que constituiría una singular excepción al principio general según el cual la mala fe nunca se presume.

Tal interpretación parece arbitraria. Desde el punto de vista exegético queda desmentida ya por el Art 1.338 que constituye

una aplicación indiscutible el Art 1.337. La mala fe puede existir en la hipótesis de conocimiento de la causa de nulidad del contrato, mientras que el Art 1.338 admite la responsabilidad también en la hipótesis de ignorancia inexcusable de dicha causa de nulidad.

Ultimamente se observa un giro importante frente al criterio tradicional: el principio de la buena fe objetiva consagrado en la fase preliminar por el Art 1.337 del Código civil italiano presupone, en todo caso, un vínculo especial obligatorio: hay un deudor y un acreedor. Y se piensa que tal precepto consagra una auténtica responsabilidad contractual. La obligación de comportarse conforme a la buena fe tiene su fuente en el hecho de iniciar las conversaciones, hecho con aptitud, igual que los contratos y los actos ilícitos, para engendrar obligaciones. El daño ocasionado por incumplir tal obligación puede designarse como contractual en cuanto dicha denominación comprende cualquier acto lesivo productor del incumplimiento de obligaciones, bien tengan estas su genesis en el contrato o en otra fuente. (4).

El punto central para decidir si la responsabilidad precontractual es de carácter aquiliana o de carácter contractual está en considerar si el periodo de formación del contrato y de negociaciones preliminares es un simple contacto entre los futuros contratantes sin particular relevancia jurídica o, si por el contrario, hay algo más y se puede considerar dicho periodo como fuente de una relación obligatoria especial.

LOI Y TESSITORE afirma que la alternativa entre contractual y extracottractual en la culpa in contrahendo tiene como núcleo la necesidad de dar una precisa calificación jurídica al periodo de las negociaciones preliminares, por lo que hay que ver si el contacto social que se establece entre los futuros contratantes

tes puede o no ser definido como fuente de una obligación (5). En el mismo sentido, BENATTI revisa la exactitud de las opiniones favorables a la naturaleza extracontractual, preguntándose si el "contacto social" establecido entre las partes en negociaciones no puede ser considerado como fuente de una relación obligatoria (6). Y MENGONI piensa que "para llegar a la conclusión de que la responsabilidad precontractual pertenece al sistema del Art 2.043 del Código civil italiano, sería necesario demostrar que la relación entre dos o más sujetos dirigida a la formación de un contrato no es considerada por el artículo 1.337 como hecho constitutivo de una relación obligatoria coordinada al específico interés de protección de cada una de las partes en su trato con la otra" (7).

BENATTI que defiende la característica de contractual para la culpa in contrahendo, expone a favor de su tesis los siguientes argumentos (8):

‡ La buena fe en el sentido del Art 1.337 es una buena fe objetiva, que históricamente surge y se desarrolla en el ámbito de las relaciones obligatorias. Y haciendo suya una idea ya manejada por MENGONI, BENATTI afirma que "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".

‡ El carácter de las obligaciones que encuentran su fuente en el Art 1.337 impide toda referencia al sistema de la responsabilidad aquiliana. De hecho, las expresiones comunes en la doctrina y en la jurisprudencia "alterum non laedere", indican la finalidad negativa de los deberes derivados de la regla del Art 2.043. Sin embargo, las obligaciones que se presentan como

expresión de la buena fe en el Art 1.337 tiende a promover las expectativas de un determinado sujeto, y por tanto, se diferencian de las originadas en el Art 2.043, que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno.

‡ Los deberes que encuentran su fuente en el Art 1.337 presentan los caracteres típicos de las obligaciones, en la que se da la bipartición de dos correlativas situaciones 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 esta conducta una satisfacción de su interés.

‡ En el derecho italiano, en la venta de una cosa específica, la obligación de comunicar los vicios ex artículo 1.494.2º surge en la fase anterior a la conclusión del contrato, mientras que en la venta de cosa genérica aquella obligación nace después de la estipulación del negocio y deriva del principio establecido en el Art 1.175. Por tanto, si la responsabilidad derivada de la inobservancia de un deber precontractual de aviso constituyera una forma de ilícito aquiliano, se determinaría una fractura en el sistema, en cuanto que la violación de un deber de información, ligado al desenvolvimiento de una relación contractual, da ciertamente lugar a responsabilidad derivada del Art 1.218, y por tanto, contractual.

Junto a estos argumentos, BENATTI recuerda cómo ha sido una constante entre los escritores conectar la fase de las negociaciones a la disciplina de la buena fe contractual. Así había ocurrido ya en el derecho justinianeo, cuando la actio doli fue sustituida por la actio ex contractu. O en el siglo XIX cuando WINDCHEID afirmaba que el comportamiento desleal in contrahendo constituía una violación del principio de buena fe. O, en fin, los autores alemanes, que faltos de una norma general como el Art

1.337, aplican a la actividad precedente a la comunicación del contrato la regla del parágrafo 242 del BGB, prevista para el cumplimiento de las obligaciones.

Con argumentos de toda índole ha defendido también la tesis contractualista MENGONI (9). Sostiene este autor que el argumento fundamental para los defensores de la naturaleza contractual de la responsabilidad por las violaciones cometidas durante las negociaciones preliminares es de orden literal: la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe y, en particular, la obligación de comunicar la causa de invalidez del contrato están formuladas en el Art 1.337 como obligaciones inter partes, esto es, impuestos a una o más determinadas personas (una parte) en su relación con otra u otras determinadas personas (otra persona): no se trata, por tanto, de un deber absoluto, sino de una obligación relativa que, en cuanto responde a los requisitos del Art 1.174 del Código civil constituye una relación obligatoria.

Junto a ello, MENGONI arguye las siguientes razones en apoyo su tesis :

- 4 Con la norma del Art 1.337 el legislador de 1.942 ha impuesto el imperativo de la buena fe en la fase de las trattative v, de la formación del contrato, y esto implica que las obligaciones recíprocas de que habla el Art 1.175 surgen ya, en esta fase, en función del específico interés de protección de cada parte frente a la otra, en cuanto que, a través de la relación instaurada en las negociaciones surge la posibilidad de ingerencia dañosa en la esfera jurídica de la contraparte. Además, el principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio: nos indica que estamos ante un deudor y un acreedor.
- 4 El segundo argumento, de orden sistemático, surge de la exigencia, impuesta por el dato del ordenamiento positivo, de una cons

trucción unitaria de la responsabilidad por las violaciones cometidas en el desenvolvimiento de las negociaciones o en el periodo de la formación del contrato. El principio del Art 1.337 tiene un alcance muy amplio: es cierto que esté principio inspira los Art. 1.338 y 1.398, pero también es cierto que al mismo se vinculan las normas de los Art 168.3º, 798.1.578.1.812 y el Art 1.821, en los cuales la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe en la etapa formativa del contrato se traduce en la obligación de comunicar al destinatario de la entrega de la cosa, objeto de ciertos contratos, los vicios de la misma. Ahora bien, la casi unánime doctrina reconoce naturaleza contractual a la responsabilidad conectada a la obligación de declarar los vicios. Entonces, razona MENGONI, no se comprende por qué la violación de la regla del Art 1.337 daría lugar a responsabilidad aquiliana en el supuesto de 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 conexa. Por ello, añade este autor, todas las obligaciones de comunicación inherentes a la fase de las negociaciones y de la formación del contrato, reconducen a un único principio, el principio de la buena fe precontractual fijado en el Art 1.337, por tanto, si en relación a la violación de las obligaciones de comunicación de los vicios de la cosa, la ley dispone el tratamiento de la responsabilidad contractual, el mismo tratamiento corresponde también a las obligaciones de comunicación de las causas de invalidez o ineficacia del negocio o de las circunstancias que conducirán a la no conclusión del contrato para el que se desarrollan conversaciones preliminares.

Junto a estos autores citados, no han faltado en el Derecho

italiano quienes piensan que la culpa in contrahendo constituye un tertium genus de responsabilidad. Se explica que haya autores que hayan decantado en esta dirección, porque se ha señalado que, "se puede concluir que el problema relativo a la naturaleza de la culpa in contrahendo no puede todavía considerarse definitivamente resuelto : afirmar con convicción extrema que la introducción del Art 1.337 del Código, en nuestro ordenamiento ha disipado todas las dudas al respecto, determinando de plano el encuadramiento de la citada responsabilidad en el campo de las obligaciones extracontractuales o, por el contrario, optar incondicionalmente por la naturaleza contractual de la misma, significa no dar espacio, ni siquiera a nivel puramente teórico, a un estudio crítico sobre la indudable innovación que supone aquella norma". (10).

GERI se orienta en esta dirección cuando afirma que: "la violación del Art 1.337 puede hacer pensar, entre ciertos límites, en un tipo de responsabilidad del todo particular" (11). Conecta la resolución del problema a la concreción del momento en que viene a crearse la confianza: anteriormente al nacimiento de esta última, la violación del principio de buena fe constituye una "fatis necie" típica del ilícito extracontractual; surgida la confianza, sin embargo, y en presencia de una relación intersubjetiva, la disciplina de la nueva relación constituida viene a encuadrarse en lo dispuesto en el Art 1.218.

SACCO parece defender la consideración de la culpa in contrahendo como un "tertium genus", cuando afirma que "se ha conectado a los Art 1.338 y 1.398 del Código la figura, ya perfilada por la doctrina y allí definitivamente reconocida, del ilícito consistente en la conclusión de un contrato inválido: el legislador considera ésta figura de ilícito distinta, tanto del ilícito contractual como del aquiliano" (12). El legislador regulando expresamen

te los excesos del representante (Art 1.498 Cc), dictando disposiciones para los casos tasados en que la revocación o la limitación del mandato no son oponibles al tercero de buena (Artículos 1.396, 2.206 y 2.207), protegiendo al tercero que entra en contacto con el "falsus procurator" a través de la facultad del Art 1.393 del Código civil italiano (facultad de exigir que el representante justifique sus poderes y que entregue una copia de los mismos si son por escrito), y sobre todo, dictando el canon fundamental sobre el conocimiento de las causas de inválidez del negocio jurídico, ha mostrado querer regular el campo de todos los ilícitos consistentes en concluir un contrato inválido mediante disposiciones expresas y escritas, sin dejar un campo demasiado amplio a la iniciativa de los interpretes.

Sin embargo, estas opiniones favorables a la consideración de la culpa in contrahendo como un tertus genus no han tenido mucho eco, porque se ha puesto de manifiesto por la mejor doctrina que la expresión "responsabilidad contractual" y "responsabilidad extracontractual" no son sino fórmulas que resumen una determinada disciplina normativa y, por tanto, la teoría del tertium genus debería llegar a sostener que la culpa in contrahendo está sujeta a normas propias y autónomas, conclusión ciertamente inexacta. Por ello la consideración de un tertus genus puede ser admisible a nivel dialéctico o, como una expectativa de lege ferenda, pero mientras ese tertium genus no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la culpa in contrahendo como contractual o extracontractual.

3º Derecho suizo :

PIOTET afirma que el carácter de la culpa in contrahendo es el de la responsabilidad aquiliana. Este autor piensa fundamentalmente 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 nunca apoyo alguno en el derecho suizo.

Para PIOTET el ordenamiento jurídico prohíbe esencialmente dos tipos de actos : los que violan obligaciones nacidas de los contratos o de otros actos jurídicos a cargo de las partes, y los que violan deberes generales, universales que afectan a toda persona situada en una posición determinada. Y como la mayor parte de las legislaciones modernas, el derecho suizo conoce una noción general del delito civil, una noción general de acto ilícito.

Continúa PIOTET, la responsabilidad contractual es la regla especial, y la aquiliana, la general; así pues, todo acto prohibido que no constituya la violación de una verdadera obligación preexistente es un acto ilícito en el sentido del Art 41 del Código de obligaciones. De ahí deduce PIOTET que, puesto que en derecho suizo la responsabilidad precontractual no reposa sobre un acto jurídico (en el sentido de creador de obligaciones), no puede ser sino delictual (13).

4º Derecho francés :

Aquí, hay que empezar a señalar que el tema de la culpa in contrahendo no ha sido nunca de una excesiva atención por parte de la doctrina : a consecuencia de ello, el tema de la naturaleza de dicha responsabilidad se encuentra en una absoluta nebulosa y, de los pocos autores que lo han estudiado, la mayoría lo han hecho con referencia al supuesto del contrato que resulta nulo a consecuencia de vicios existentes en el periodo de su formación (esto es, la hipótesis de IHERING).

SAVATIER cuando estudia los deberes existentes entre las partes con ocasión de la celebración de un contrato, niega que exis-

ta responsabilidad a consecuencia del "refus injuste" de contratar y, afirma que, en principio, la libertad de no contratar es completa. Tan sólo se plantea este autor el tema de la responsabilidad en sede de retirada de la oferta, por ejemplo, en caso de oferta realizada con una duración determinada y, piensa que en este caso, si el tribunal obligará al retractante a pagar una indemnización, tal responsabilidad sería delictual y, basada en el Art 1.382 del Código francés (14).

LALOU afirma que no puede haber responsabilidad contractual cuando el daño se ha causado en el periodo precontractual, y considera como casos de culpa extracontractual reconducibles al Art 1.382 los supuestos de revocación de la oferta y de responsabilidad en caso de contrato nulo (15).

PLANIOL Y RIPERT se muestran, en principio, contrarios a la admisión de una responsabilidad por ruptura de las negociaciones. La necesidad práctica de asegurar a las partes en conversaciones una completa libertad de examen y de decisión hasta el momento de la oferta y la aceptación hace, piensan estos autores, que sólo pueda haber responsabilidad cuando haya existido una "faute". Y habrá, por ejemplo, si el autor de la ruptura había permitido a la otra parte hacer trabajos, gastos, etc, sin tener, en realidad, intención de contratar. Es de señalar que estos autores no hablan para nada de culpa in contrahendo en estas hipótesis, ni se refieren al tema de la naturaleza de esa eventual responsabilidad (16).

RIPERT y BOULANGER admiten la teoría de la culpa in contrahendo en supuestos de anulación de contrato. Piensan que esta responsabilidad es de origen extracontractual, contrariamente a lo que afirmaba IHERING, y señalan que la construcción del autor alemán trataba de remediar la falta de un principio general de responsabilidad en el Derecho romano, pero que dicha responsabili

dad tiene cabida perfectamente en el Derecho francés en el Art 1.382 (17).

WEIL Y TERRE admiten la responsabilidad en caso de nulidad de un contrato, pero rechazan la tesis contractualista de IHERING por considerarla una ficción y encuadran esta responsabilidad en el Art 1.382. Tampoco estos autores hacen referencia al caso de ruptura injustificado de las negociaciones (18).

CARBONNIER, en cambio, sí se ocupa del tema de las negociaciones preliminares y, se pregunta si las "pourparles" no crean ya entre las partes una cierta relación jurídica, de la que derivan obligaciones, tendentes no ya a la ejecución del eventual contrato sino a la conducta a desarrollar en las mismas negociaciones, contestando afirmativamente, pues existe entre las partes el deber de abstenerse de toda maniobra desleal y de informarse mutuamente de todas las circunstancias determinantes para la conclusión del contrato (19).

SALEILLES afirma que "la responsabilidad, en este caso, no reposa sobre la idea de culpa, ni sobre la idea de un compromiso tá cito, puesto que las partes no están aún vinculadas". Para este autor, esta responsabilidad está basada en la idea de garantía, implícita en el hecho de la aquiescencia voluntaria: se trata en suma, de una manifestación unilateral de voluntad que comporta una garantía eventual. Garantía de que, al haber consentido a las negociaciones, ambas partes se comportarán de acuerdo con la equidad comercial y la buena fe y, garantía de que ese consentimiento implica que las conversaciones deben seguir su curso hasta una oferta definitiva, a no ser que intervenga un motivo justo de desacuerdo.

Pero SALEILLES es consciente de que esas ideas son a un nivel muy teórico y, reconoce que "si se quiere plantear la cuestión

sobre el terreno del derecho positivo y, no en el de las reformas legislativas, es difícil encontrar en las legislaciones nacidas del Código civil francés un fundamento legal a la obligación de comportarse correctamente y de buena fe en el periodo de formación del contrato. Y no hay otras obligaciones legales que las netamente admitidas por la ley" (20).

JOANNA SMICHDT señala que "las opiniones más recientes critican la tesis contractualista de IHERING y, se inclinan por pensar, que la conducta contraria a la buena fe en el período de formación del contrato no puede ser considerada sino desde la óptica de una responsabilidad delictual" (21).

5º Derecho belga :

HENRI DE PAGE rechaza la existencia de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, afirmando que éstas tienen que tener lugar bajo la égida de la libertad. Si admite, por el contrario, la responsabilidad en las hipótesis de contrato nulo, a las que otorga naturaleza delictual, rechazando la tesis contractualista de IHERING, de quien piensa que se vio obligado a admitir semejante consecuencia por los moldes del Derecho común basado en el Derecho romano (22).

6º Derecho español :

Por lo que al derecho español se refiere, y, a falta de una normativa concreta, la doctrina que ha admitido la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones ampara su consagración fundamentalmente en la responsabilidad por el hecho ilícito, tal como se recoge en el Art 1.902 del Cc.

MORENO QUESADA para quien las ventajas de encuadrar esta responsabilidad en el Art 1.902 (sobre todo limitar la exigibilidad de indemnización sólo a los casos en que resulte realmente justificada, evitando así desorbitar su verdadera función, pues de otro

modo resultaría contraproducente al retraer a los posibles contratantes por temor a incurrir fácilmente en esa responsabilidad) superan a sus inconvenientes, centrados sobre todo en la excesiva extensión de los daños a reparar, aunque esto puede ser paliado por la prudente intervención de los Tribunales que conozcan de los casos planteados (23).

ALBALADEJO admite con ciertos límites esta responsabilidad, cuando afirma que ciertamente que por sí sólo, el desestimiento justificado o no, no puede perjudicar a la otra parte. Pero puede hacer perjudicial un hecho que no lo hubiese sido si el contrato se hubiese concluido, porque tal conclusión le había dado su razón de ser. Entonces, en el caso de que el conjunto de la actuación de la parte que se retira de los tratos pueda ser considerada como acto ilícito, está obligada a reparar el daño, a tenor del Art 1.902. Así pues, para este autor, en nuestro derecho carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es sólo un caso de culpa extracontractual, a regirse por el Art 1.902 del Cc cuando concurren los requisitos de éste (24).

A favor del carácter extracontractual se muestra también COSSIO, al decir que "no nos ofrece la menor duda el hecho de que cuando culposa o dolosamente se infieren a otro perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado o de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento. Ninguna duda nos ofrece, tampoco, que esta responsabilidad nunca podrá ser de carácter contractual, por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal clase ha podido producirse: estamos ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana" (25).

DIEZ PICAZO considera que no es fácil buscar el fundamento de

la responsabilidad precontractual, ya sea en la culpa contractual, ya sea en la aquiliana. Rechaza este autor la tesis contractualista de IHERING, por las dificultades dógmaticas que plantea y, por ser aplicable sólo en los casos en que se llegue a celebrar un contrato, aunque sea nulo, pero no en aquellos casos en que el contrato no llega a celebrarse y en la fase de tratos previos alguna de las partes observa una conducta que es contraria a la buena fe. Por otro lado, la teoría que justifica la responsabilidad precontractual, como responsabilidad aquiliana supone un acto ilícito, es decir, una falta o delito civil, que no siempre pueda encontrarse en un terreno en el cual, las partes se mueven con libertad. Por todo ello, piensa DIEZ PICAZO, un sector de la doctrina ha buscado el entronque de la responsabilidad precontractual en el principio general de la buena fe, que no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas, sino también en las relaciones derivadas de un simple contacto social. Por el hecho de entrar en contacto y relacionarse entre sí, las partes asumen el deber de comportarse de acuerdo a la buena fe: y es la violación de este deber lo que constituye la fuente de la obligación legal de resarcimiento. (26).

Bastan las opiniones aportadas para mantener la idea ya apuntada antes de que, mayoritariamente, la doctrina española que se ha ocupado del tema se decanta por la tesis extracontractual.

Ello, no obstante, ALONSO PEREZ, señala la posibilidad genérica de encuadrar la responsabilidad precontractual en el Art 1.902 del Cc, no es aventurado afirmar que parece exigir reglas propias. En efecto, de un lado, nadie ha mantenido en nuestro derecho que pueda ser una responsabilidad contractual; aunque pudiera inducir a esta creencia la necesidad de que las partes den su consentimiento a los tratos para que los gastos que se realicen durante

ellos puedan considerarse justificados, no ha de olvidarse que ese consentimiento nunca puede dar lugar a un vínculo contractual entre las partes, sino que será exclusivamente una "conditio iuris" para que aparezca la responsabilidad, un requisito indispensable para justificar los gastos y trabajos que se ejecuten, motivados por la decisión de las partes de negociar y, que al ser abandonada arbitrariamente produce un daño al que efectivamente los realizó. De otro lado, la obligación de indemnizar in contrahendo tiene su base en el quebrantamiento de la confianza, en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una relación jurídica contractual. Y, sin embargo, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito, manifestación genérica del "alterum non laedere".

Para ALONSO PEREZ sería preferible considerar que la denominada responsabilidad precontractual se resuelve en una "obligación de indemnizar" nacida de una conducta dolosa o quasi-dolosa productora de un daño en el iter formativo del contrato (27). Y en la misma línea parece estar LUNA SERRANO cuando dice que : "el presupuesto de la obligación de resarcimiento es, en el caso contemplado, mucho más concreto que el de la exigencia de la genérica observancia del precepto de -naeminem laedere", contenido en el Art 1.902. Por eso, aunque se reconoce mayoritariamente que no se puede hablar nunca en este caso de una responsabilidad contractual, existe también una clara orientación de afirmar que nos encontramos ante un supuesto de perfil más delimitado y, en algún sentido, diversos que los de la responsabilidad extracontractual" (28).

II-. ALCANCE DE LA DECISION. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL.

Después de ver las diferentes posiciones doctrinales en los diferentes países, vemos que **no** hay coincidencia en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual (contractual o extracontractual, **esencialmente**), discordancia de enorme trascendencia, pues supone aplicar diferentes preceptos que conlleva diferente prescripción de la acción y otras diferencias que vamos a señalar ahora.

SANTOS BRIZ señala las siguientes diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, y que son :

- ‡ El deber de indemnizar por infracción de contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la preexistente relación; en cambio, cuando la indemnización deriva de acto ilícito, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño. En ambos casos el deber de resarcimiento se incluye en el marco de una relación obligatoria, pero en un caso se trata de una obligación delictual y, en otro de una relación contractual.
- ‡ Para contraer responsabilidades contractuales se requiere lógicamente tener capacidad para contratar, que excluye a los menores y a los locos o dementes (Art 1.263 del Cc). En cambio, la responsabilidad extracontractual puede surgir de actos de los menores (Art 1.903) o de los incapaces (Art 20 Cp). La explicación de esta diferencia radica en que para contraer obligaciones voluntariamente se requiere una madurez mental que no se necesita para discernir entre la conducta lícita y la ilícita.
- ‡ La acción derivada de contrato para reclamar resarcimiento prescribe, como las demás de esta clase, a los 15 años que señala el Art 1.954 del Cc. En cambio, la acción derivada de culpa extracontractual prescribe al año contado desde que lo supo el agraviado (Art 1.968.2º del Cc).
- ‡ Para las acciones contractuales es juez competente según el

Art 62.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el del lugar del cumplimiento de la obligación, y no estando éste determinado, lo será el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, a elección del demandante. Para las acciones derivadas de culpa extracontractual, la jurisprudencia señala actualmente, después de una primera época en que atendió al domicilio del demandado, el del lugar en que se cometió el acto ilícito.

‡ Es tradicional estimar que la culpa contractual no debe probarla el acreedor perjudicado, al cual basta con probar la existencia de la obligación, incumbiendo al deudor la prueba de que el incumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor y no a su actuación culposa. En cambio, se estima que es el perjudicado, acreedor, el que ha de probar la culpa del deudor en caso de daños por acto ilícito extracontractual. Esta diferencia hoy está muy atenuada porque para los actos ilícitos se sigue un principio de desplazamiento del onus probandi, por virtud del cual es el deudor el que ha de probar su falta de culpa y de responsabilidad por presumirse en principio su culpabilidad.

‡ Se incurre en responsabilidad extracontractual, aunque se trate de culpa levisima, para la contractual se exige al menos una culpa leve. Esta diferencia se ha atenuado casi en su totalidad, pues podría aplicarse a ambas la exigencia del Art 1.104 del Cc: "la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar", sustituyendo para los actos ilícitos, obligación por relación ficticia.

En las relaciones contractuales sólo hay responsabilidad solidaria para los deudores si así se pactó expresamente, mientras que en la esfera extracontractual hay una tendencia predominante a imponer en todo caso la solidaridad de deudores.

Esta nota distintiva se ha atenuado bastante en aquellos casos contractuales en que incluso se ha impuesto solidaridad de deudores aún sin estar pactada, por ejemplo, tratándose del caso de ruina de una construcción.

‡ La extensión del deber de indemnizar derivada del Art 1.107 del Cc, que reduce los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe y agrava los correspondientes al de mala fe. No hay obstáculo alguno a que también para las obligaciones extracontractuales se atienda para señalar la cuantía de la indemnización al grado de conducta dolosa o culposa observada por el responsable. Por tanto, es una diferencia apenas atendible (29).

.- N O T A S -.

- (1) IHERING, De la culpa in contrahendo on des dommages interets en cas de conventions nulles ou retees impartaites. Oeuvres choisies, T. II, pág 23, traducción de O. de melanaere.
- (2) IHERING, op. cit. pág 28.
- (3) MANZANARES SECADES, Naturaleza de la responsabilidad precontractual o, por culpa in contrahendo, ADC, 1.985, pág 386 y ss.
- (4) ALONSO PEREZ, La responsabilidad precontractual, RCDI, 1.971, pág 396.
- (5) LOI Y TESSITORE, Buona fede e responsabilita precontrattuale, Milano. 1.975, pág 107 y ss.
- (6) BENATTI, La responsabilitá pre contrattuale, Milano, 1.963, pág 123 y ss.
- (7) MENGONI, Sulla natura della responsabilitá precontrattuale. Riv. dir. comm., 1.956, pág 361.
- (8) BENATTI, op. cit pág 126 y ss.
- (9) MENGONI, op. cit. pág 360 y ss.
- (10) LOI Y TESSITORE, op. cit, pág 119 y ss.
- (11) GERI, Contributo ad una teoría del interesse legitimo, Milano 1.967, pág 247 y ss.
- (12) SACCO, culpa in contrahendo e culpa aquilia: culpa ineligen- do e apparenzza, Riv. Dir. Comm. 1.951. pág 32 y ss.
- (13) PIOTET, Culpa in contrahendo en Droit civil suisse, Berne, 1.963, pág 23 y ss.
- (14) SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit fran- cais, Paris, 1.951, Tomo I, pág 145 y ss.
- (15) LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile, Paris, 1.962, pág 275 y ss.
- (16) PLANIOL Y RIPERT, Traite pratique de droite civil francais. T. VI, obligations, Paris, 1.952, pág 155.
- (17) RIPERT Y BOULANGER, Tratado de Derecho civil, T. IV, las obli-

- gaciones, parte 1ª, pág 454.
- (18) WEILL y TERRE, Droit civil, les obligations, Dalloz, pág 369.
- (19) CARBONNIER, Droit civil, les obligations, Themis, pág 66.
- (20) SALEILLES, De la responsabilité precontractuelle a propos d'une nouvelle etude sur la matiere, Rev. Trim. Droit civil 1.907, pág 725 y ss.
- (21) JOANNA SMICHDT, La sauction de la faute precontractuelle, Riv, Droit civil, 1.974, pág 49 y ss.
- (22) HENRI DE PAGE, Traite elementaire de droit civil belge, Bruxelles. 1.964, pág 541 y ss.
- (23) MORENO QUESADA, La oferta del contrato, RDN, 1.951, pág 331.
- (24) ALBALADEJO, Derecho civil, Derecho de obligaciones, Parte general, pág 272, Bosch, Barcelona.
- (25) COSSIO, Instituciones de Derecho civil, Alianza Editorial, I, pág 265.
- (26) DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho patrimonial, I, pág 191.
- (27) ALONSO PEREZ, op. cit. pág 903.
- (28) LUNA SERRANO, en Lacruz Berdejo, Elementos del Derecho civil, T. II vol. 2º, Bosch, Barcelona, pág 79 y ss.
- (29) SANTOS BRIZ, la responsabilidad civil, Montecorvo, Madrid, T. I, 1.989, pág 25 y ss.

C A P I T U L O Q U I N T O :

LA BUENA FE EN EL PERIODO DE

FORMACION DEL CONTRATO :

LA BUENA FE IN CONTRAHENDO.

C A P I T U L O Q U I N T A

LA BUENA FE EN EL PERIODO DE FORMACION DEL CONTRATO :
LA BUENA FE IN CONTRAHENDO.

I-. INTRODUCCION.

DIEZ PICAZO comenta sobre la buena fe: "Si la buena fe considerada, en sí misma, es un modelo o un arquetipo de conducta social, hay una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico. Cada persona debe de ajustar su propia conducta al arquetipo de la conducta social reclamada por la idea imperante. El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o de veto a una conducta deshonestas, sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia".

Las consecuencias que, DIEZ PICAZO, establece del alcance que se deriva de ésta caracterización son los siguientes :

‡ "Todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general". Este alcance se corresponde con el hondo fundamento que la formación del principio de buena fe tiene en su planteamiento romano a través de la idea de fideli

dad.

- ‡ "Como principio general del derecho, la norma que ordena que el comportamiento sea de buena fe, tiene el carácter de una norma supletoria y los Tribunales deben, a falta de otra norma especial, aplicar este principio para resolver el litigio planteado". De la combinación de esta característica con la anterior surge la idea unánime del progreso del derecho por la buena fe.
- ‡ "Las consecuencias o las derivaciones inmediatas del principio general de la buena fe, construidas doctrinal o jurisprudencialmente en torno a particulares situaciones de intereses, de carácter típico, tienen el mismo valor y el mismo alcance que el principio general de que dimanen y en que inmediatamente se fundan".

Siguiendo a DIEZ PICAZO, este atribuye a la buena fe una triple función. La buena actúa como :

- Causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y, por consiguiente, como una causa de exoneración de la sanción o, por lo menos, de atenuación de la misma.
- Causa o 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. Corresponde a lo que tradicionalmente se denomina fuente de integración del contrato, aunque es necesario advertir que DIEZ PICAZO no limita la función de integración a la relación jurídica nacida del contrato, sino que la considera eficaz frente a cualquier relación jurídica. Es importante destacar los límites que señala para el juego de esta función, los que resultan de la naturaleza de la relación y de la finalidad tenida en cuenta por las partes.
- La buena fe puede actuar como causa de limitación del ejerci-

cio de un derecho subjetivo o, de cualquier otro poder jurídico. La actuación del principio general, en cuanto límite, no se puede reducir al ámbito de los derechos subjetivos, sino que alcanza toda actuación con trascendencia jurídica de una persona (1).

Para FERREIRA RUBIO, la buena fe cumple cuatro funciones esenciales en todo ordenamiento jurídico producto de su esencial normatividad. Por supuesto que la relativa importancia de cada una de estas funciones, así como los condicionamientos concretos de su actuación varían en los distintos sistemas. La buena fe actúa como :

A. Criterio informador del ordenamiento jurídico, la buena fe desarrolla una labor de inspiración del ordenamiento jurídico. Se ha dicho, con acierto que la buena fe es la esencia misma del fenómeno jurídico, en efecto lo es, en cuanto representa el mínimo valorativo sobre el cual se edifica todo conjunto normativo, constituyendo un deber ser genérico.

Además, el principio de buena fe es la fuente de inspiración de un sinnúmero de normas jurídicas concretas que, no son más que el desenvolvimiento de la normatividad ínsita en el principio en su formulación general y abstracta.

B. Criterio limitativo de la conducta jurídicamente admisible. Esta forma de actuar del principio de buena fe se aplica no sólo al ejercicio de los derechos, sino también al cumplimiento de los deberes y, a toda conducta que debe asumirse en las relaciones jurídicas. Así frente al abuso del derecho, la buena fe es un límite claro.

C. Criterio interpretativo. Toda norma jurídica debe ser interpretada, pues es un objeto cultural portador de un sentido, si bien, la interpretación no supone la creación de normas, implica una reformulación activa del contenido normativo.

La buena fe debe inspirar el proceso de interpretación. La norma debe interpretarse de acuerdo a lo que de buena fe podría o debería entenderse. La participación de la buena fe en el proceso interpretativo de las normas legales, como en aquellas procedentes de la voluntad de las partes, aunque se manifiesta con mayor intensidad en esta última hipótesis, nunca esta ausente.

D. Criterio integrador. Aquí, también, surge con mayor nitidez la normatividad propia del principio que origina una serie de normas específicas para aplicar a los casos particulares. La integración funciona respecto a los conjuntos normativos generales procedentes de la voluntad estatal, como a los que tienen su fuente en la voluntad de las partes y, su misión es completar las lagunas que se producen en esos ordenamientos. Cuando falta una regla para regular la actividad de las partes vinculadas por el contrato entrará en juego la buena fe para indicar el marco jurídico aplicable a la situación. Sin perjuicio de esta función, de complemento, la integración reviste, a menudo, auténtico significado corrector (2).

II-. LA BUENA FE OBJETIVA Y LA BUENA FE SUBJETIVA.

Esta diferente consideración de la buena fe, a la que, por otra parte se le reconoce unidad como principio general del derecho, encuentra con ésta clasificación general su estructuración como forma jurídica. Es precisamente esta diferente incorporación al ordenamiento -con carácter objetivo o subjetivo-, lo que confiere a la buena fe su forma jurídica y, por tanto, el sentido con que viene utilizada : como normativa y como facultad. En definitiva, la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres.

CARNELUTTI considera que la buena fe objetiva es una regla de conducta que se exterioriza en el Art 1.258 del Cc español o, en el Art 1.337 del Cc itálico, que se refiere a los tratos preliminares y a la formación del contrato, mientras, la buena fe subjetiva aparece como una guía para la intención, así cuando se trata de enajenación o de adquisición es un modo de ser de la intención del agente lo que se tiene en consideración. Por tanto, la buena fe subjetiva será la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma (3).

La buena fe objetiva tiene su paradigma normativo en el Art 1.258 del Cc, cuyo precepto dispone: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

En este caso, la buena fe, como comportamiento de fidelidad se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial.

El Art 1.258 del Cc precisa que los efectos del contrato se extienden a todas las consecuencias según su naturaleza, que sean conformes a la buena fe. Así el principio de la buena fe sirve para suplir, integrar o corregir el contenido del negocio, en función interpretativa, es decir, la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico o, la norma dispositiva, constitu-

yendo por ello, en sí misma, norma dispositiva fundamentada en un objetivo criterio de conducta, y que hay que distinguir del propio criterio interpretativo de la declaración de voluntad.

De esta manera, la buena fe sirve para atenuar una norma demasiado rígida o, para completar otra demasiado escueta, bien proceda de la ley o, bien de los particulares. Y en este sentido, las aplicaciones son de lo más diverso y variado, pero el carácter más relevante de esta forma de buena fe no se circunscribe a los actos singulares del contratante, sino que abarca su entero comportamiento considerado en su intrínseca coherencia y, en su totalidad. Ahora bien, lo de menos es la forma de actuar de la buena fe en este campo, sino que lo más importante en su esencia. Esto es lo que puede explicar el fenómeno de actuación de la buena fe, actuando unas veces para ampliar el contenido negocial y, otras para reducirlo. Y es que la buena fe es un criterio de reciprocidad, que debe ser observado en las relaciones jurídicas entre sujetos del mismo grado que tienen una misma dignidad moral. Reciprocidad en la cual se explica la solidaridad que lega uno al otro de los partícipes en una comunidad, aunque limitada y tanto más le lega cuanto la comunidad sea más intensa en sí misma, como sucede en las relaciones asociativas.

Las aplicaciones son muy diversas según los distintos sistemas y, según las distintas normas de remisión contenidas en los mismos. Así la buena fe ha llegado a significar una fuente de normas objetivas que ha de actuarse mediante la aplicación de los principios generales, es decir, una norma general que se diversifica, en cada caso concreto, actuando un criterio jurídico que en los negocios bilaterales hay que encontrar en la idea de reciprocidad. De esta manera, la buena fe, conforme al Art 1.258 del Cc, se afirma en el mismo plano que la propia norma dispositiva, integrando, corrigiendo y, aún sustituyendo a la propia voluntad de

las partes.

Como la llamada buena fe objetiva actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular o, del negocio, en general, se manifiesta en todos los aspectos de su vida, cobrando sobre todo interés en el más típico de todos ellos, en su cumplimiento, es decir, en la actuación de sus efectos jurídicos.

En nuestro derecho, serán supuestos de aplicación de buena fe objetiva aquellos en que este carácter normativo aparece expresado, sirviendo la presencia de la buena fe para modular el contenido de la obligación o del negocio, pero no para hacer nacer la pretensión de la contraparte o de la obligación misma.

El ámbito de la buena fe objetiva no se reduce al aspecto indicado, sino que se manifiesta en todos los ordenes de la vida negocial, por eso se puede distinguir un triple campo de observación del principio, que según **BETTI** son las siguientes:

- Antecedentes a la conclusión del contrato o, a la entrada en vigor del precepto contractual,
- Obligaciones concomitantes al desarrollo de la relación contractual,
- Obligaciones subsiguientes al cumplimiento de la prestación (4).

III-. SIGNIFICADO DE LA BUENA FE IN CONTRAHENDO.

En la época clásica del derecho romano se concibió la responsabilidad precontractual como responsabilidad ex delicto sancionada por la actio doli. Es en la 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. La jurisprudencia clásica proce-

dió a extender la *actio ex contractu* en los iudicia *bonae fidei* a quien hubiese sufrido un daño por conducta desleal en los tratos preliminares. En todo caso, parece evidente que los clásicos, si se trataba de una venta de *res extra commercium*, otorgaban protección al comprador de buena fe que hubiese pagado el precio mediante una serie de remedios: acción de enriquecimiento, expediente pretorio de la *actio in factum*, etc. Con lo que se pretendía tutelar su comportamiento leal in contrahendo procurando restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado al celebrarse una *emptio-venditio* con objeto de ilícito comercio. Ello parece probar que el requisito de la buena fe precontractual es algo exigible y desde Roma con idéntica firmeza que en la relación contractual. La buena fe es una misma noción in contrahendo y post contractum.

MENCONI comentando el Art 1.337 del Cc italiano, afirma que la buena fe, también aquí, reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social, lealtad y fidelidad a la palabra dada. Estado ético o de conducta exigido por el ordenamiento jurídico a través de los principios generales y consiste en que cada parte de la relación precontractual se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra. Fía y confía en que ésta no le engañará. Con razón se señala que la buena fe contractual significa comportamiento leal de las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, al mismo tiempo, exigencia imprescindible en la conducta preparatoria del negocio. Las partes tienen la obligación de comportarse según la buena fe en el sentido de que a ellas incumbe la carga de una lealtad recíproca de conducta socialmente valorable y exigible. De la *bona fides*, como standard normativo, se excluyen los presupuestos psicológicos de las partes y, en concreto, toda referencia al error y a la ignorancia (5).

COSSIO pone de relieve que la exigencia de la buena fe, como fuente de obligaciones y de límites impuestos a la conducta humana, debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, así como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie. Incluso no es exagerado afirmar que las consecuencias conformes a la buena fe a que obliga al contrato según el Art 1.258 del Cc son extensibles, ante una eadem ratio que se ofrece evidente, aún con mayor intensidad a la etapa precontractual. Así reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia de 29-I-1.965 "Es precisamente en esta etapa donde pueden darse con mayor frecuencia que en la postcontractual conductas que contradigan o falten a la buena fe". La propia sentencia en un plano concreto señala como situaciones opuestas a la misma "cuando con la finalidad de obtener un provecho se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella" (6).

A la buena fe, como lealtad recíproca de las partes que negocian, se opone frontalmente el dolo in contrahendo. Estamos aquí con un propósito definido de fraude, ante un engaño que lesiona directamente el principio de la confianza (7). En un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas; los elementos engaño, fraus, falacia, machinatio como tipificadores del dolo y que nuestro Código civil recoge en el Art 1.269 son por sí mismos opuestos a la buena fe. El propósito de engañar al otro contratante viola directamente la buena fe, como principio ético jurídico constituyente del clima en el que se desenvuelve el tráfico comercial. De ahí que, ya desde los comienzos de la época clásica del Derecho romano el comportamiento humano a la bona fides in con-

trahendo fue sancionado por la actio doli. El dolo civil, por su contenido delictual, supone la máxima incompatibilidad con los criterios rectores de la buena fe.

Mas la buena fe in contrahendo, como elemento de la relación precontractual, no sólo queda vulnerada por el proposito de dañar o conducta dolosa. Cualquier forma de deslealtad en el comportamiento precontractual que suponga violación consciente de las legítimas expectativas de las partes, se opondría a la buena fe exigida en la etapa preliminar. No se opondría, en cambio, la mera negligencia o culpa simple, sin cualificar por una actuación intencionada. Ello en homenaje a la autonomía privada que debe presidir la fase preparatoria de modo muy especial y, también al progreso del tráfico económico-jurídico, que no puede chocar con obstáculos inútiles. Quienes entran en negociaciones preparatorias de un contrato no pueden hallarse bajo el temor constante de responder por cualquier actuación culposa o negligente. Sólo responderán si su conducta defrauda gravemente la confianza ajena (8).

IV-. LA BUENA FE EN EL PERIODO DE FORMACION DEL CONTRATO.

1º Delimitación de la buena fe in contrahendo :

En un sentido general, se puede afirmar que tanto antes de la conclusión del contrato, como en las conversaciones, como al concluirlo, cada parte esta obligada a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte, según la buena fe de su futuro compañero en el contrato. El sólo hecho de ponerse en relación dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato crea entre ellas una cierta conexión y, establece un estado de recíproca confianza que no debe ser lesionada, ya que una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato.

Hoy dia, en la mayoría de la doctrina, están de acuerdo en

que una de las múltiples manifestaciones del deber de buena fe se dá en el periodo de formación de los contratos.

ALONSO PEREZ afirma que la relación jurídica precontractual no se tipifica sólo por una serie de actos que encuadran el iter formativo del contrato proyectado (elemento objetivo). También se integra por un elemento subjetivo impuesto por los principios ordenadores del ordenamiento jurídico :la exigencia de que las partes que actúan in contrahendo se comporten conforme a los dictados de la buena fe. Esta exigencia ha sido recogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 29-I-1.965 (9).

Para BETTI se pueden seguir distintos criterios para enjuiciar la buena fe :en primer lugar, una buena fe como actitud psicológica, actitud consistente en la ignorancia de perjudicar un interés tutelado por el derecho; en segundo lugar, la buena fe como creencia en la apariencia de una relación cualificante que legitima a la contraparte, es decir, a aquel con el que se esta en relación para disponer del derecho de que se trate con el negocio en cuestión, teniendo en cuenta que si se ignora que la relación cualificante no existe; en tercer lugar, una buena fe como lealtad en los tratos, que no puede confundirse con aquél aspecto de la buena fe, en sentido positivo, como imposición y que interesa como signo característico de las relaciones obligatorias (10). En este tercer lugar, la buena fe como lealtad en los tratos se apróxima bastante más a la denominada buena fe contractual, pero no es todavía aquella actitud positiva de cooperación y de rigor en el obrar como la que se exige al deudor respecto del acreedor en el cumplimiento de la expectativa ajena.

Por ello, de buena fe in contrahendo no se puede hablar en el sentido de actitud psicológica, ni de creencia en la legitimación de la contraparte, sino como lealtad en el trato, como habito de

hablar, claro que, impone poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real de las cosas, desengañándola de eventuales errores que sean reconocibles y, sobre todo, absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta y, de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte.

Por tanto, deslindando el concepto de buena fe, hay que hacer referencia a una vieja distinción entre :buena fe psicológica y buena fe ética. La buena fe psicológica consiste en una creencia o una ignorancia, actúa de buena fe el sujeto que ignora el carácter ilícito de su acto o la contravención del ordenamiento jurídico, que con el acto se lleva a cabo. Se puede fácilmente observar como esta idea coincide con la primera acepción de la buena fe a que hace referencia BETTI. En este plano, la buena fe no pasa de las creencias o representaciones mentales del sujeto. La buena fe ética, trata de ser más exigente: el sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible. Por eso, habrá de investigar en que medida fue o no culpable de su error o ignorancia.

La diferencia radica en que en el primer sentido, cualquier tipo de error o ignorancia, cualquiera que fuera su causa y la situación que lo motivo, puede servir para fundar una buena fe. En el segundo sentido, sólo funda la buena fe un error o una ignorancia que sean estrictamente culpables o excusables. Habrá que dilucidar la medida en que el sujeto operó con la diligencia normalmente exigible en ésta situación.

Desde éste punto de vista, la buena fe in contrahendo habría que considerarla como buena ética, haciendo hincapié en la dili-

gencia mantenida : lo que caracteriza a la buena fe in contrahendo no es una ignorancia de que se obra contra derecho, sino la observancia de una diligencia debida. Hay que señalar, que este criterio de buena fe ética se comprueba mucho mejor en los casos de culpa in contrahendo a consecuencia de la anulación de un negocio que parecía perfecto que en las hipótesis de culpa in contrahendo a consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones: en este deber se encuentra incluido el de informar a la contraparte de las características de aquello que constituirá el objeto del contrato.

Así pues, tres son las ideas que, aquí, se pueden destacar:

- ‡ La buena fe in contrahendo se configura como buena fe ética, frente a la buena fe psicológica.
- ‡ De la buena fe como consecuencia de exoneración, buena fe como imposición de deberes de conducta y, buena fe como límite al ejercicio de derechos subjetivos aparecería la buena fe in contrahendo en la segunda de estas opciones.
- ‡ La buena fe in contrahendo hay que entenderla en el sentido objetivo, como norma de conducta, como standard social.

2º Contenido de la buena fe in contrahendo :

En el ámbito de la buena fe objetiva, la doctrina suele distinguir un doble aspecto de ésta, que el :

- ‡ Aspecto negativo, la buena fe asume el significado de un deber de respeto, de comportamiento atento y cuidadoso. Desde el momento de las negociaciones preliminares existen ya dos esferas en contacto y, por lo tanto, las partes deben de mantener una actuación correcta para no causar daño en la esfera jurídica del contrario. Deberes que imponen a aquellas partes entre las que existe una relación social instaurada, la abstención de cualquier conducta lesiva para los intereses del otro.

Si bien es cierto que la buena fe del Art 1.337 italiano constituye una fuente de deberes que tiene por finalidad evitar toda ingerencia perjudicial para la contraparte y, por tanto, se configura como "correttezza", tal aspecto no agota el entero campo de aplicación de la norma. Las partes durante las trattative desenvuelven una actividad tendente a la conclusión del contrato buscando encontrar un acuerdo sobre la disciplina de intereses que quieren realizar. Por eso, no adoptan una actitud pasiva, sino que están recíprocamente empeñados en el esfuerzo de conseguir el resultado deseado.

El Art 1.337 interviene no sólo para regular ésta tensión entre dos sujetos, a fin de que se comporten con lealtad y honestidad, sino que requiere una activa cooperación dirigida al cumplimiento de la expectativa de la otra parte que exige que haga conocer la exacta y real situación objeto de las trattative. Tal expectativa viene satisfecha por la observancia de los deberes de comunicación que tienen cabida en el Art 1.337.

La obligación o aspecto negativo de la buena fe in contrahendo consistiría en abstenerse de realizar aquellas conductas que pudieren causar daño en la esfera jurídica de la contraparte. Esta obligación se traduce en la posibilidad de exigir una indemnización en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones.

‡ Aspecto positivo, en este ámbito del Art 1.337 de Código italiano se traducirían en ese deber de comunicación, de presentación de la realidad concreta de los diversos momentos del iter contractual. La existencia de este deber es lógico puesto que si el periodo de las conversaciones preliminares es por definición aquél en el que se tantean las condiciones del próximo contrato, se discuten los aspectos del mismo y se intenta lle-

gar a un acuerdo, el hecho de que una de las partes actúe con unos propósitos inconfesados, el hecho de no manifestar cuál es el estado de las negociaciones, el hecho de ocultar datos puede poner a la contraparte en posición equivocada, haciéndola confiar en algo que no es realmente como se lo plantean.

La buena fe domina esta fase preliminar del procedimiento, en el sentido de un deber de presentación en conformidad con la realidad y no sólo con la realidad genérica sino de aquella adherente a la causa del contrato.

3º La versión negativa de la buena fe: el dolo in contrahendo y la mala fe :

La buena fe entendida como una lealtad recíproca entre las partes que se plantean el futuro contrato se hace indispensable en las negociaciones preliminares.

Como actitud frontalmente opuesta a la buena fe, en este periodo, aparece el dolo in contrahendo : vulnera la buena fe quien actúa dolosamente en las conversaciones preliminares y, en general, en el periodo de formación del contrato. Al decir COSSIO (11) en el caso del dolo in contrahendo nos encontramos ante una de las manifestaciones de mayor importancia del dolo civil : la trascendencia que haya de atribuirsele cuando surge con motivo de la formación de un contrato, es decir, los problemas que suscita el hecho de que una de las personas que entra en relación con otra con el fin de concertar un contrato proceda dolosamente en daño de ésta, bien durante los tratos preliminares, bien en el momento de producirse mediante la prestación del consentimiento, la perfección del mismo.

El dolo in contrahendo constituye un propósito definido de fraude, un engaño que lesiona directamente el principio de confianza. El propósito de engañar al otro contratante viola directamen-

te la buena fe, como principio ético-jurídico constituyente del clima en que se desenvuelve el tráfico comercial.

El concepto de dolo in contrahendo constituye un engaño, que consiste en :

‡ Existe una conducta dolosa en una de las partes en la formación de un contrato, cuando ésta realiza un engaño dirigido evidentemente a que la otra celebre el contrato, de forma que el que actúa con dolo obtenga un beneficio a costa de la otra parte.

A su vez, este dolo dirigido a obtener la celebración del contrato, se puede manifestar de otras dos formas :

- Activamente, constituyendo el clásico dolo, vicio de la voluntad regulado por el Art 1.269 del Cc. Así, con palabras o maquinaciones insidiosas se incita a la otra parte a celebrar un contrato que, sin ellas, no habría celebrado: la voluntad de la otra parte ha quedado viciado y, por ello, contrata.
- Pasivamente, aquí la conducta dolosa se manifiesta en la ocultación que una de las partes realiza a la otra de ciertos datos, que si hubieran sido conocidos, hubieran impedido la formación del contrato. Finalmente el contrato se celebra, pero el dato que se ocultó, probablemente, determine su nulidad. El engaño, aquí se celebra o realiza por omisión: de deja de informar a la otra parte de ciertos datos que eran decisivos para ella a los efectos de formarse una representación correcta del contrato.

El objetivo del dolo, en estos casos, es lograr la celebración del contrato.

‡ Dolo como conducta o actitud destinada a crear un engaño en la otra parte, alargando las negociaciones preliminares y haciéndole creer que se va a celebrar el contrato para luego cortar estas negociaciones y obtener así un beneficio.

En este caso, se ha provocado la confianza de la contraparte en la celebración del contrato y, se ha inducido a una serie de gastos. La actitud de quien lo ha provocado aparece como contraria a la buena fe, que debe presidir las negociaciones, pues estas, desde el comienzo son falsas y, responden a una finalidad distinta a la que las debe caracterizar, puesto que lo que se busca aquí es obtener un beneficio, que se revela como ilícito al basarse en el daño de la contraparte.

La buena fe in contrahendo no sólo queda vulnerado por el "propósito de dañar" o conducta dolosa, sino que cualquier forma de deslealtad en el comportamiento precontractual que suponga violación consciente de las legítimas expectativas de las partes se opondría a la buena fe exigida en la etapa preliminar.

Otra figura que puede resultar atentatoria contra esa buena fe es la reticencia. Esta nos interesa en cuanto se produce en el periodo de formación del contrato y, consistiría en el hecho de que una de las partes, que van a celebrar el contrato, calla, silencia o no informa a la otra parte de alguna circunstancia que la contraparte tiene interés en conocer a los efectos de concluir el contrato. El sujeto que silencia dichas circunstancias causa un error en la determinación de la otra parte de su consenso al negocio. La representación que esta última haga de las circunstancias, del entorno del negocio, es equívoca.

En este sentido, nadie duda que el deber de comportarse de acuerdo a la buena fe en las conversaciones preliminares impone a las partes, en primer lugar, el comunicarse aquellas circunstancias y elementos cuyo conocimiento permite formarse una exacta representación del objeto de las trattative.

La obligación de comportarse de buena fe, ex Art 1.337 del Código italiano, que tiene traducción, entre otras, en una obliga-

ción de información, de comunicación, y esa información no ha de ser de cosas o vicios que afecten únicamente a la validez del contrato, sino que también recae sobre aquellos otros datos que son importantes para la valoración de las partes sobre la conveniencia del contrato.

.- N O T A S -.

- (1) DIEZ PICAZO, La doctrina de los actos propios, pág 163 y ss.
- (2) FERREIRA RUBIO, La buena fe. Principio general del Derecho civil, Montecorvo, Madrid, 1.984, pág 191 y ss.
- (3) CARNELUTTI, Sulla distinzioni tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale, Riv.dir. comm, 1.912, II, pág 743 y ss.
- (4) BETTI, Teoría general de las obligaciones, traducida por de los Mozos, pág 91.
- (5) MENGONI, Sulla natura della responsabilita precontrattuale Riv, Dir, Comm, T.II Vol 19, 1.956, pág 361 y ss.
- (6) COSSIO, El dolo en el derecho civil español, Editorial Revista de Derecho Privado, 1.955, pág 247.
- (7) COSSIO, op. cit. pág 271
- (8) ALONSO PEREZ, La responsabilidad precontractual, RCDI, 1.971 pág 887-890.
- (9) ALONSO PEREZ, Ibid.
- (10) BETTI, op. cit, pág 93,
- (11) COSSIO, op, cit, cap.III, pág 259 y ss.

C A P I T U L O S E X T O :

EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD

PRECONTRACTUAL : EL INTERES NEGATIVO.

C A P I T U L O S E X T O

EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL :

EL INTERES NEGATIVO.

I-. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Hablar del término "interés negativo" supone hablar de responsabilidad precontractual o "culpa in contrahendo". Y designar esta última expresión significa obligatoriamente hacer referencia a Rudolf von IHERING, creador de la teoría de la culpa in contrahendo. Esto se debe porque el interés negativo no es sino el corolario o consecuencia de la responsabilidad precontractual o "culpa in contrahendo", en cuanto que se refiere al tema de la reparación del daño causado.

La teoría de IHERING sobre la culpa in contrahendo hay que entenderla, según MANZANARES SECADES (1), enmarcada en el ambiente de la disputa entre las teorías de la voluntad y las teorías de la declaración; disputa que consistía en decidir si en presencia de una declaración de voluntad y, existiendo una divergencia entre lo realmente querido y lo realmente manifestado o declarado, cuál de aquéllas (voluntad o declaración) debía prevalecer.

El planteamiento de éste problema podría ser el siguiente: la concordancia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad es, evidentemente la hipótesis normal; así el contrato existe desde que hay concurrencia de oferta y aceptación entendiendo una y otra como manifestaciones de voluntad con un contenido determinado. La falta de coincidencia entre voluntad interna y voluntad declarada es el supuesto patológico. Ahora bien, la comunicación de la voluntad del declarante al destinatario puede ser imperfecta, sea porque el declarante no se expresa perfectamente, sea porque el destinatario no comprende perfectamente una voluntad correctamente expresada. Por tanto, en presencia del supuesto patológico cuál de los dos integrantes del contrato (la voluntad o la declaración) debe ser considerado como decisivo. Es decisivo la voluntad interna y, entonces, hay que pensar que en caso de divergencia se produce una declaración sin voluntad y, por consiguiente, un acto sin validez. Por el contrario, es decisiva la declaración, de tal manera que la voluntad interna es irrelevante. Se trata de saber en qué medida conviene tener en cuenta los intereses opuestos, de una parte el interés de quien ha manifestado su voluntad y cree que la declaración que él ha recibido responde a la voluntad íntima de la otra parte y, por tanto, exige que el contrato mantenido y ejecutado de acuerdo con las cláusulas aparentemente convenidas. De otro lado, la parte contraria, que se ha equivocado, tiene todo el interés en desligarse de un contrato, que ella no ha querido, es decir, hacer anular su declaración en la medida en que es contraria a su voluntad.

Para tratar de solucionar este conflicto se propusieron dos teorías principalmente : el sistema de la voluntad y el sistema de la declaración.

1º Sistema de la voluntad :

Inspirada en los principios individualistas de la filosofía

de los siglos XVII y XVIII, la doctrina de la autonomía de la voluntad propone una primera solución, llamada "sistema de voluntad", que proclama la supremacía de la voluntad sobre la declaración, de forma que, en este sistema, la declaración no es sino el signo exterior de una voluntad; a la que todo se lleva. Así SAVIGNY afirmaba que "sólo la voluntad en sí misma es importante y eficaz. La base de toda declaración de voluntad es la existencia de la voluntad misma"(2).

La declaración, para esta teoría, no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora del derecho: solo ésta tomada en consideración, pero únicamente si y en la medida en que corresponde al sentido declarado o al sentido comprendido.

Una estricta consecuencia de la aplicación del sistema general de la voluntad la constituye la existencia en los Códigos civiles, de influencia francesa, de normas dirigidas a regular los vicios de la voluntad en la formación de los contratos, puesto que la voluntad es lo único importante, lógicamente, cuando el consentimiento está viciado, el contrato será anulable. Fruto de esta idea son los Art 1.109 del Código francés y el Art 1.265 del Código español.

De esta forma, se llega a atribuir un papel primordial a la voluntad y un papel meramente instrumental a la declaración. Y, por tanto, en los casos en que haya una divergencia entre lo declarado y lo realmente querido, es este último dato el que debe prevalecer: habría una declaración sin voluntad y, por tanto, un contrato inválido. Este sistema protege el interés del declarante al no estar obligado por una declaración que no exprese su voluntad real. Por el contrario, si la voluntad real no es reconocible, la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración no está protegido por el sistema de la voluntad, al

no tener la declaración ningún efecto.

2º Sistema de la declaración :

De acuerdo con esta fórmula, la declaración de voluntad (oferta y aceptación sobre todo), surte siempre sus efectos en el sentido que tiene objetivamente, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho por el destinatario.

Surge como reacción contra ciertos rigores o injusticias del dogma de la autonomía de la voluntad, y sobre todo, en base a consideraciones de orden práctico y de seguridad de tráfico jurídico. El destinatario de una declaración debe poder confiar en la validez y eficacia de tal declaración, sin tener que investigar si corresponde a una voluntad seria o no. Hay algunos casos en que una falta interna de voluntad no permite anular la declaración. El hecho de que el declarante haga la declaración bajo reserva mental no le permite atacar la declaración por falta de una voluntad real, sino que la declaración es válida. Tomando como base supuestos como éste, en que no obstante la divergencia entre voluntad y declaración ésta es eficaz, se formula la teoría de la declaración.

Como ocurre frecuentemente cuando se trata de una reacción contra los excesos de una doctrina tradicional, el sistema de la declaración de voluntad no se construyó en una sola etapa. Los autores alemanes del siglo XIX han querido tan sólo inicialmente proponer ciertas excepciones, dictadas por un sentimiento de justicia, a la doctrina de la autonomía de la voluntad, que defendían aún. Sin embargo, poco a poco, se han apartado del dogma tradicional para caer en el exceso contrario.

La Teoría de la declaración tuvo el mérito de reaccionar contra los excesos de la teoría de la voluntad, sin embargo, al cargar todo el peso sobre la declaración y desconocer el valor de

la voluntad interna, llegó a conclusiones inaceptables. No explica por qué en ocasiones una declaración formalmente correcta queda anulada por existir un vicio de la voluntad interna.

Los partidarios del dogma de la voluntad habían mostrado una preocupación por tratar de encontrar una cierta protección al destinatario de la declaración de voluntad, que podía sufrir un perjuicio en caso de que aquella se viera invalidada en favor de una voluntad interna pará él desconocida. En efecto, si la voluntad es lo decisivo en la formación del negocio jurídico, cuando dicha voluntad esté viciada, el negocio será anulable, en detrimento de la otra parte, destinataria de la declaración de la voluntad, ajena al vicio y que, sufre las consecuencias de la anulación del negocio jurídico. Fue precisamente IHERING, al formular su teoría de la culpa in contrahendo, uno de los primeros autores en reparar en este punto.

Por otra parte, IHERING como SAVIGNY quieren resolver el problema de la conclusión de los contratos en el marco del dogma tradicional; al defender claramente el sistema de la voluntad ya que es justo que se reconozca el error esencial como motivo de nulidad de los contratos.

Sin embargo, si adoptaba sin dudar esta doctrina tradicional, IHERING se preocupaba por saber si la aplicación estricta de estos principios no creaba, de hecho, una cierta injusticia respecto a la parte inocente que veía desaparecer el beneficio de un contrato concluído válidamente y posteriormente anulado por error de la otra parte. Ante esto, IHERING se formulaba la siguiente pregunta: ¿la parte que ha cometido el error no responde frente a la otra de los gastos que le ha causado por su culpa?. Si hay que concluir que la parte que ha cometido la "faute" queda indemne y la parte inocente se convierte en la víctima de la "faute" de

otro, si realmente los principios de derecho romano conducen a un resultado parecido se les puede reprochar en esta materia una laguna sensible (3).

Convencido así de la necesidad para el jurista de dar a la víctima de un error esencial el derecho de anular el contrato, pero en contrapartida, de obligarle a responder de daños y perjuicios, IHERING busca la justificación, de hecho y de derecho, de esta acción de daños y perjuicios.

La voluntad se manifiesta en el mundo exterior por una declaración por medio de palabras y de actos. Pero la expresión de la voluntad y la voluntad pueden ser divergentes. Respecto a esta posibilidad, el derecho puede tomar dos actitudes diferentes. Puede, de hecho, negarle toda influencia jurídica (a la divergencia). Tal es, en esencia, el sistema del antiguo derecho romano. Tiene a su favor la ventaja de la seguridad absoluta y, en contra la desventaja de un extremo peligro. El nuevo derecho romano, considerando que el peligro prevalecía, se decidió por el método inverso, y ha reconocido en principio la posibilidad de errores en la expresión de la voluntad. Pero si de esta forma ha cortado una fuente de peligros, parece haber hecho frotar otra: la incertidumbre de la posición de la parte adversa. Esta observación no se aplica a la interpretación lógica, pues supone que la voluntad pueda ser reconocida y haya debido serlo por la parte adversa. La observación se aplica a las excepciones basadas sobre la falta completa de voluntad. Si las circunstancias no son de tal naturaleza que deben quitar al adversario la fe en la certeza de la declaración, éste está completamente en su derecho cuando tiene fe en ella, y no se le pueda exigir que, con reiteradas preguntas, se procure la convicción cierta de esta certeza.

Si en esta confianza ha admitido el contrato como concluido

y ha tomado sus medidas en consecuencia, si ha ejecutado y dejado pasar otra ocasión de concluirlo favorablemente, su adversario ¿podrá más tarde sostener que todo ha sido una broma, o que se ha equivocado escribiendo, que se ha equivocado en la persona o en la cosa?, ¿deberá declararse nulo el contrato y deberá la parte inocente soportar los gastos de la imprudencia, de la desatención, de la negligencia del adversario?.

Este peligro y, esta falta de equidad, que son tan evidentes, dice IHERING, no son tomados en consideración en nuestras fuentes. Poco importa esto, el peligro existe y es necesario, por tanto, una protección frente a él. Pues bien, según IHERING, el derecho romano nos ofrece el medio de otorgar esta protección en el principio de la diligentia in contrahendo. Así IHERING encuentra en el derecho romano dos casos en que se concede una acción de daños y perjuicios, lo que le sirve de base a su teoría: se trata de los casos de venta de una res ~~extracommercium~~ y de venta de una herencia inexistente.

Del análisis de estos textos IHERING extrae los siguientes elementos :

- ‡ Conclusión aparente del contrato de venta: consentimiento sobre la cosa y precio.
- ‡ Nulidad de esta venta, a causa de un defecto referente a la cosa vendida. Defecto de capacidad en uno de los casos, defecto de existencia en el otro.
- ‡ Defecto en la persona del vendedor. Es decir, falta de una condición que el vendedor debía garantizar según el contrato.
- ‡ Ignorancia del vicio por parte del comprador. En efecto, la acción por daños y perjuicios otorgada por IHERING, en estos casos tiene como presupuesto el hecho de que el comprador ha confiado en la validez del contrato. No se dará tal acción cuando el comprador conoce el vicio y sabe o, debe saber, que el contra

to es nulo.

‡ Acción derivada del contrato destinada a obtener indemnización de daños y perjuicios.

Por tanto, al comprador se le concede una acción, ¿Cuál es el objeto de dicha acción?. Desde luego, es claro que en caso de venta de una herencia inexistente o de una res extra commercium, al ser nulo el contrato, el comprador puede reclamar la restitución del precio de venta pagado : esto es algo evidente, de acuerdo con los principios de la "condictio sine causa", pero para eso no era necesario una "actio empti". No queda como objeto de la acción sino el interés del demandante.

De ahí que IHERING considere el interés del comprador bajo un doble aspecto :

‡ Existe un interés al mantenimiento y, por tanto, a la ejecución del contrato y, en este caso, el comprador obtendría en dinero el equivalente de todo lo que habría **obtenido** en caso de ejecución del contrato: interés positivo, que tiene por objeto la validez del contrato.

‡ Existe, también, un interés a la no conclusión del contrato y, en este caso, obtendría lo que hubiera tenido si el hecho exterior de la conclusión del contrato no hubiera existido: interés negativo, que tiene por base la nulidad del contrato.

Es claro que el comprador demandante no puede reclamar la ejecución (o lo que es lo mismo, su interés a la ejecución) sino en tanto en cuanto el contrato es válido. El reproche que hará al vendedor demandado, en el segundo caso, no consiste en decir que el contrato es nulo (lo que es imputable a la ley, no al demandante), sino decir que el vendedor, que ha debido conocer el motivo de nulidad, ha concluido, sin embargo, el contrato y ha causado se esta forma directamente un perjuicio al comprador.

Para IHERING, entonces, el objeto de la acción acordada por los textos romanos no podría ser otro que el interés del comprador a la no conclusión del contrato, es decir, reclamar la reparación del daño que le ha causado la conclusión del contrato.

Las consecuencias perjudiciales del contrato, IHERING, para el comprador, pueden consistir ya sea en el daño inmediatamente causado por la cosa, ya sea en las actuaciones que no habría realizado si no hubiera confiado en la validez del contrato.

‡ El primer caso, no presenta un interés especial. Son supuestos raros, en los que además de la posibilidad de la retención de la cosa que originó el daño, cabe la aplicación regular de la "actio legis aquiliae".

‡ En el segundo caso, las consecuencias perjudiciales de las acciones que el demandante comprador ha realizado con ocasión del contrato pueden consistir en pérdidas positivas o en ganancias perdidas, esto es, el daño emergente o en lucro cesante:

- Daño emergente, se comprenderían los gastos que el comprador ha realizado como consecuencia de la conclusión o de la ejecución del contrato, tales como gastos de timbre, de notario, de registro, etc.

- Lucro cesante, hay que tener en cuenta que la conclusión y posterior nulidad del contrato puede también haber impedido al comprador obtener una ganancia : ya sea que ha rechazado otra ocasión de concluir este contrato, ya sea que no se ha preocupado de buscar una en tiempo útil.

Así la indemnización del interés negativo tiene la misma finalidad que toda indemnización: restablecer el patrimonio de la persona que ha sufrido el daño al mismo estado en que se encontraría si no se hubiera producido el evento dañoso. En nuestro caso, colocar el patrimonio del comprador en una herencia inexisten

te o de una "res extra commercium" en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato que luego sería anulado.

II-. EL CONCEPTO DEL INTERES NEGATIVO EN LA DOCTRINA.

1º En el Derecho alemán :

FISCHER explica el interés negativo así : "cuando la indemnización de daños y perjuicios tiene su causa exteriormente en la celebración de un negocio jurídico, hay que distinguir según que el fundamento esté en la existencia misma del contrato o en su frustración. De ahí la diferencia entre interés contractual negativo e interés contractual positivo"(4). La indemnización del interés positivo no requiere el desestimiento del negocio válido antes bien, presupone su ejecución, aunque en vez de cumplimiento efectivo (el cuál resulta imposible o carece de interés para el declarante) éste exigía otro objeto, subsidiario a la prestación principal: la demanda tiene su base en el contrato o negocio jurídico válido y perfecto. Este sería el supuesto típico de indemnización de daños y perjuicios o consecuencia de un incumplimiento contractual (interés de cumplimiento). En contraposición a este concepto se conoce el de interés contractual negativo, aquél que se irroga a quien confía en la validez de un negocio jurídico que luego resulta nulo, bien por vicio original o por causas posteriores.

Así concebido, el interés contractual negativo presupone por hipótesis un contrato frustrado, un contrato que no produce efectos. Las causas de ella existen con anterioridad a la celebración del contrato.

Para HEDEMANN, la contraposición de interés negativo/interés positivo es una distinción dogmáticamente muy sutil y cuyas nor-

mas legales son por su léxico de difícil comprensión. Define el interés negativo (o interés de confianza) como el daño que la otra parte sufre porque confía en la validez del negocio; el interés positivo (o interés de cumplimiento), esta configurado en la ley como el interés que tienen la otra parte en la validez del contrato (5).

Para LARENZ hay que abordar el tema al estudiar la culpa antes o al concluir el contrato y, afirma, de que según el párrafo 307 del BGB el que al concluir el contrato conoció o debió conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a indemnizar el daño que por ello haya sufrido la otra, en caso de que ésta no hubiera conocido ni podido conocer dicha imposibilidad y confiara en la validez del contrato (6).

Lo mismo rige, según el párrafo 309 del BGB, para el caso en que un contrato sea nulo por infracción de una prohibición legal (según el párrafo 134) y una de las partes conociese o debiese conocer la prohibición. ENNECERUS-RIPP-WOLFF hablando del deber de indemnizar al tratar de las obligaciones afirman que uno de los supuestos en que se pueden plantear este deber es en los supuestos de invalidez de un negocio jurídico. En estos casos, el deber de prestarla se extiende :de un lado, al llamado interés positivo o interés de cumplimiento, esto es, a lo que el acreedor tendría si el negocio fuese plenamente válido y, de otro lado, al llamado interés negativo, de confianza, esto es, al daño que el acreedor ha experimentado en virtud de haber creído en la validez del negocio y que no hubiera padecido si hubiese sabido que no era válido (7).

2º En el Derecho español :

Generalmente este tema ha sido, por lo general, poco estudiado y, tratadistas clásicos como GARCIA GOYENA, MANRESA, SCAEVOLA no se

detuvieron a tratar los puntos que habían suscitado la atención de IHERING. Es la doctrina más moderna la que hace ya referencia a este tema, pero sin estudiarlo con profundidad.

COSSIO mantiene que 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 con fianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato. Y existe la obligación de indemnizar el interés contractual negativo cuando el contrato no llega a su conclusión debido a causa imputable a una de las partes que intervinieron en el trato.

COSSIO comenzaba ya hablar de ciertos deberes que existen entre las partes que entran en contacto para celebrar un negocio jurídico. Así dice que "es indudable que quien contrata pasa de la esfera puramente negativa del tráfico extracontractual a la esfera positiva del tráfico contractual: del campo de la culpa in faciendo, esto es, al de la diligencia positiva y, la primera y más general obligación que con ello asume es emplear en la contratación la necesaria diligencia: 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; se impone, pues, como obligación la "diligencia in contrahendo" y, de la misma manera que si el contrato llega a feliz término asegura el interés contractual positivo, debe responder del interés contractual negativo cuando el contrato no llega a la perfección por causa a él no imputable"(2).

ESPIN parece seguir la línea de IHERING cuando afirma que "también puede ocasionarse una responsabilidad por los tratos precontractuales si una de las partes culposamente oculta a la

otra, causas que impiden la válida celebración del contrato. Esta latente en la responsabilidad precontractual la idea de la buena fe"(9).

DIEZ PICAZO al tratar de la responsabilidad precontractual piensa que el daño en este tipo de supuestos es susceptible de ser causado por haber dado lugar un contratante a una causa de nulidad por la que queda posteriormente ineficaz el contrato (por ejemplo, emplea dolo o violencia) o, por ocultar datos o información que evitaría aquél (por ejemplo, se contrata en nombre y representación de otro sin manifestar que no se tiene en representación, por lo que queda sin efecto el contrato o por una ruptura de los tratos preliminares.

El tema del daño resarcible, para DIEZ PICAZO, en la responsabilidad precontractual está centrado en el interés negativo, diferenciado del "interés positivo". El responsable ha de indemnizar no en la medida que le sería debida por el incumplimiento del contrato, sino en la medida correspondiente a la disminución patrimonial que se sufre y, que se hubiera evitado si no se hubiese hecho el contrato o no se hubiesen iniciado los tratos preliminares (interés negativo). Es decir, el otro contratante no tiene derecho a reclamar todas las ventajas que tendría si el contrato hubiera llegado a feliz término. Por eso, el perjudicado tiene el derecho a que se le reembolsen todos los gastos realizados para estar en condiciones de cumplir el contrato o por razón de los tratos iniciados (pago de asesores, desplazamientos, etc) (10).

ALONSO PEREZ afirma que "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 de que el contrato se concluiría, de que las negociaciones se llevaban con seriedad y conducirían al resultado apetecido; en defini-

tiva, por haber confiado en la existencia y validez del contrato, si se llegó a celebrar (11).

PUIG BRUTAU en una posición aislada, parece rechazar categoricamente la idea de la culpa in contrahendo, con referencia al derecho alemán no reconoce expresamente una responsabilidad por culpa en la conclusión del contrato, es decir, por la llamada culpa in contrahendo, pero existen una serie de disposiciones aisladas que resuelven casos de responsabilidad por semejante culpa y, que con ellas la doctrina y jurisprudencia han tratado de construir un principio general. Y, en este sentido, se habla de que "del comienzo de unos actos preparatorios de un contrato deriva una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a conservar la diligencia exigible en el tráfico".

Frente a esto, PUIG BRUTAU piensa que todas esas tesis consisten en racionalizaciones "a posteriori" de unos resultados que se alcanzan con independencia de construcciones teóricas, que son a su juicio por completo estériles y constitutivas de una ficción innecesaria ¿Que añadiría a la eficacia y conveniencia de la solución el hecho de que pueda afirmarse que brota de unos preceptos legislativos cuyo autor jamás pensó en los problemas ahora resueltos? (12).

ASUA GONZALEZ afirma que "el interés contractual negativo y su opuesto, el interés contractual positivo, se apoyan respectivamente en el aspecto positivo y negativo del contrato. El aspecto positivo lo constituye la validez y, por eso, el interés positivo implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal: el cumplimiento. El interés negativo es la invalidez y en ella ha de basarse quien, ante un contrato nulo, pretenda ser indemnizado; no podrá ser colocado como si el contrato fuera válido sino que, y dado que la invalidez es

un hecho, su reclamación habrá de dirigirse a restablecer la situación patrimonial en la que se hallaría si no hubiese contratado (sino hubiese en la invalidez del contrato). Al interés negativo pueden responder no sólo las pérdidas, efectivamente, sufridas (gastos de celebración del contrato) sino también las ganancias dejadas de obtener en relación a negocios que se desecharon por preferir el que al final resultó inválido" (13).

III-. LA DETERMINACION DEL "QUANTUM" EN EL INTERES NEGATIVO.

BENATTI afirma que es opinión pacífica en la doctrina que la violación de un deber precontractual dé lugar tan sólo al resarcimiento del interés negativo (14). Y, en el mismo sentido, LOI Y TESSITORE piensan que la responsabilidad precontractual precontractual en el sentido de los Art 1.337 y 1.338 del Código italiano comporta a cargo del sujeto culpable el resarcimiento del daño, cuya entidad se suele circunscribir en los límites característicos del interés negativo (15).

Aceptando que la responsabilidad precontractual trae consigo el resarcimiento del daño, es decir, del interés negativo, habrá que determinar qué es lo que debe incluirse en el resarcimiento del daño.

En cuanto se intenta profundizar en la determinación del "interés negativo" nos encontramos con un obstáculo importante: y es que, contrariamente a la que podría creerse, la teoría del interés negativo no ha hecho ningún progreso desde que fue formulada por primera vez y, los problemas aún hoy debatidos en la doctrina son los mismos que fueron apuntados por IHERING.

En cuanto a la extensión del interés negativo, IHERING ya afirmaba : las consecuencias perjudiciales del contrato (inválido) para el comprador (defraudado) pueden consistir ya sea en

los gastos que el comprador ha llevado a cabo como consecuencia de la conclusión y ejecución del contrato, ya sea en las ocasiones perdidas de concluir un contrato tan ventajoso como el inválid^o. Pues bien, en la indemnización de estos daños, el interés negativo puede en algunas circunstancias alcanzar tanto como el interés positivo (es decir, lo que se había obtenido en caso de haberse ejecutado el contrato).

En la misma línea, los parágrafos 122 y 179.2º del BGB afirman que el resarcimiento del daño causado por la inválidez o ineficacia del contrato no debe ser mayor de cuanto se habría obtenido a través de la ejecución del contrato. Partiendo de estas normas se ha sostenido por parte de la doctrina alemana que dichas normas contemplarían una regla general en materia de responsabilidad precontractual.

El problema que se plantea, entonces, es si el interés negativo en casos de responsabilidad precontractual puede exceder la medida del interés positivo.

La respuesta de la doctrina que se ha ocupado de éste punto parece ser, en general, afirmaba. Así BENATTI piensa con un argumento "a contrario" que si el legislador alemán ha sentido la necesidad de establecer en dos normas la limitación del interés negativo respecto al positivo, a contrario se debería concluir la inadmisibilidad de tal limitación en todos los casos distintos de aquellos expresamente previstos (16).

Los autores alemanes, conscientes de la insuficiencia del argumento literal de los parágrafos 122 y 179.2º del BGB intentan justificar la limitación del interés negativo al interés positivo con argumentos de carácter equitativo: en efecto, se sostiene, que sería injusto que un sujeto consiga por la invalidez del contrato ventajas mayores de las que obtendría si el contrato hubie

se sido válido. A esto contesta afirmativamente BENATTI, ya que el problema en relación a la valoración del contenido de la obligación de resarcimiento es una cuestión de derecho positivo, su solución no depende de reflexiones de carácter equitativo, sino de un atento análisis de las disposiciones legales (17). Y en el derecho italiano no existe ninguna norma que justifique la mencionada limitación del interés negativo.

Constituye un apoyo para la tesis afirmativa la experiencia del derecho suizo, así los Art 26.2º y 39.2º del Código de obligaciones suizo establecen que quien anula un contrato invocando un error culposos o, quien concluye a sabiendas y sin poderes un contrato no ratificado debe reparar el perjuicio que resulta de la inválidez del contrato, pero quizá, si la equidad lo exige, ser condenado a daños y perjuicios más elevados.

La solución propuesta por estas normas es la opuesta a la del BGB. PIOTET manifiesta que las consecuencias de la limitación son injustas. No se puede objetar a quien ha sufrido un daño que es injusto concederle más de lo que esperaba, puesto que lo que él esperaba era un contrato válido y unas negociaciones correctas. La única regla lógica y equitativa, PIOTET, es la de que el máximo de la reparación corresponde al total del daño causado por el hecho del que responde su causante. Para derogar esta regla fijando un máximo inferior, son necesarias razones especiales que hagan insuficientes las reglas ordinarias sobre la fijación por el juez de la extensión de la reparación. (18).

Así la regla que parece deducirse de los parágrafos 122 y 133.2º del BGB no ha encontrado reflejo en la doctrina que se ha ocupado de este tema, que piensa que la indemnización del daño producido por culpa in contrahendo, esto es, interés negativo, que de superar la medida del interés positivo, es decir, lo que la par

te que sufre el daño habría obtenido si el contrato hubiera surtido sus efectos.

Ahora bien, las opiniones y normas expuestas se planteaban el tema de la limitación del interés negativo al interés positivo en relación con la hipótesis del daño producido por la conclusión de un contrato que, posteriormente resulta inválido (hipótesis de IHERING). Pero ¿qué ocurre con ésta limitación en los casos de daño por una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares?.

En aquellos ordenamientos como el italiano que han recogido la responsabilidad precontractual no existe norma alguna que se refiera, ni siquiera indirectamente, a la medida del daño en dicha responsabilidad. Sin embargo, la jurisprudencia italiana, late la idea de que hay que atribuir al interés negativo una extensión limitada. Así "la responsabilidad precontractual no comporta el resarcimiento de todos los daños sufridos, sino sólo aquel resarcimiento que encaje en el interés negativo", App, Napoli 21-V-1.957. O bien que "la obligación de resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las negociaciones está contenida en el límite del interés negativo", Cass, 28-III-1.955. Y en este mismo sentido se ha sostenido que "el resarcimiento del daño en los casos del Art 1.337 del Código civil está limitado al interés negativo, porque si se concediese el interés contractual positivo no habría diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual" App, Venezia 6-II-1.957 (19).

Las sentencias citadas se referían a casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, que deben ser interpretadas en el sentido de que en dichas hipótesis el "quantum" del interés negativo no puede superar la medida del interés positivo, esto es, lo que se habría obtenido en caso de que el con-

trato hubiera sido concluido y ejecutado.

No debe ocultarse que esta solución encuentra la dificultad de determinar con exactitud no tanto el interés negativo sino el límite que **este** no puede superar, esto es, la cuantía del interés positivo, pues no habiéndose llegado a concluir el contrato, será difícil saber en ocasiones que habría obtenido la parte en el caso de que las trattative hubieran seguido su curso normal y se hubiera concluido el contrato.

Por lo demás, la solución parece justa, pues si no se admitiera este límite se llegaría a la conclusión ilógica de que, en ocasiones, la parte que sufre la ruptura obtendría un beneficio mayor a consecuencia de ésta que el que habría conseguido de haberse desarrollado normalmente las negociaciones y haber concluido el contrato.

IV-. ELEMENTOS QUE DEBEN INTEGRAR EL RESARCIMIENTO DEL INTERES NEGATIVO.

La reparación del daño puede comprender el daño emergente y el lucro cesante.

1º El daño emergente :

La concreta cuantificación del daño emergente, según LOI Y TESSITORE (20), no presenta particular dificultad: la parte que no ha abandonado las negociaciones ha realizado durante ellas **unas** actividades que le han ocasionado gastos, que ha efectuado con la esperanza de poder resarcirse al concluir el contrato, pero que, debido a la brusca interrupción de los tratos quedan exclusivamente a su cargo, sin que por otra parte tengan compensación, ya que se frustra el negocio en el que esperaba hallarla. Siendo de hecho susceptibles estos gastos de individualización y valoración inmediata, resultan directamente computables, por lo que (siempre

que sean certificados por el juez como necesarios para poder seguir adelante con las negociaciones iniciadas) constituirán de lleno el objeto de la suma resarcible.

a) Gastos no indemnizables :

Ello deriva de que no todos los gastos o daños que se producen en el periodo de formación del contrato por las negociaciones preliminares son indemnizables.

Los casos en que no habrá lugar a indemnización, son los siguientes :

‡ En el curso de la preparación de un contrato, los interesados están obligados a efectuar unos gastos o a asumir unos riesgos considerables, pues la actividad económica comporta siempre riesgos. En este sentido, aparecen en la formación del contrato una serie de gastos que podríamos llamar "riesgo especulativo", y que aún en el caso de no celebración del contrato, no serían indemnizables (21).

Por ejemplo; los gastos de publicidad: las casas de comercio invierten importantes sumas, frecuentemente, en publicidad esperando fundamentalmente que esos gastos sean productivos. Esta publicidad exige, a su vez, importantes trabajos, un equipo entero de técnicos. Los gastos de publicidad entran en el concepto de gastos generales, efectuados únicamente en interés de la persona que por este medio propone los contratos, quien, por tanto, nada podrá reclamar por este concepto, aún en caso de que no llegue a realizarse el negocio o, de que, habiéndose realizado, resulta luego anulado.

La misma convicción parece tener MORENO QUESADA cuando califica como gastos espontáneos y, por tanto, no indemnizables todos aquéllos que una persona realiza en vista de la conclusión de un contrato sin contar con el asentimiento de la persona con

la que va a contratar; suelen estar encaminados a atraer la atención de los posibles contratantes, a presentarlos del modo más sugerente posible, a hacerles demostraciones de su conveniencia y, en general, a inclinar su ánimo a contratar en las condiciones que se pretenden: son los gastos de propaganda que se efectúan en provecho exclusivo de quien los hace (22).

‡ Aparte de la publicidad, existen otros gastos ocasionados con motivo de la preparación de los contratos. Las empresas de cualquier orden desean dar a su posible clientela todas las indicaciones útiles que juzgen necesarias para impulsar las operaciones del tráfico a que se dedican. Por esto, someten a la consideración de distintas personas, que creen interesados en sus negocios, los planos y proyectos preliminares, con el fin de llegar cuanto antes a la conclusión del mayor número y volumen de contratos.

Las sociedades financieras, que se ocupan de poner en circulación las acciones de las nuevas sociedades o, que se ocupan también de su creación, en muchas ocasiones se ven obligados a enviar especialistas a países lejanos, para estudiar el objeto de la explotación propuesta.

Estos gastos no tienen el carácter de indemnizable, en el sentido aquí empleado, porque constituyen una actividad comercial que como tal, lleva implícita su dosis de riesgo. En efecto, nadie obliga a quien hizo los desembolsos a que realice los estudios y proyectos preliminares. Si empleó en ellos un tiempo y 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 los de la concurrencia.

‡ Tampoco serían indemnizables los gastos producidos por un fracaso normal de las conversaciones preliminares. En efecto,

las negociaciones pueden términar de mutuo acuerdo porque los interesados no se pongan de acuerdo sobre los elementos esenciales del negocio; también pueden acabar porque una de las partes desista unilateralmente de los tratos cuando de su desarrollo pueda entenderse la infectuosidad de los mismos. Las partes son conscientes del carácter interlocutorio de las conversaciones preliminares y, saben que dichas conversaciones no son vinculantes, y que lo mismo pueden acabar con la celebración del contrato como por un fracaso.

‡ Hemos visto hasta aquí una serie de gastos que, aunque no son indemnizables estaban unidos por un hilo conductor: se producían en el periodo de formación del contrato y de alguna manera se derivaban de la actividad realizada por las partes que celebran el contrato. Pero en ese tiempo en que las partes están en relación para contratar, pueden también producirse unos daños que esta vez no se derivan de la actividad para contratar. El único nexo de causalidad que les une con dicha actividad es un nexo de causalidad puramente física: el que el daño se produce cuando las partes van a contratar. Un ejemplo clásico es el de **el accidente ocurrido** durante los trabajos preparatorios del contrato. Y este daño si es indemnizable, pero es un daño típicamente extracontractual, aquiliano, y su indemnización responde a otros criterios distintos de los aquí manejados.

El supuesto mencionado no tendría más relación con el tema que venimos tratando que el de haberse producido cronológicamente en el periodo de formación del contrato. Pero el daño que nos interesa es aquel que se produce en el curso de las conversaciones preliminares, y que consiste precisamente en que no se celebra o se frustra el contrato celebrado. Se produce de esta forma una lesión de la confianza, que queda defraudada. Esta es la ra-

zón última a la que responde la indemnización de estos casos.

b) Gastos indemnizables :

Serán aquellos que son gastos provocados, es decir, aquellos cuya realización encuentra su razón de ser en el consentimiento del contratante que posteriormente romperá las negociaciones, que ha autorizado con su incorporación a los tratos los gastos que pueden producir.

MORENO QUESADA afirma que estarán en este grupo los que tengan lugar durante el desarrollo de las negociaciones y sean necesarias en la preparación del proyecto contractual, como son los viajes, ensayos, planos, etc; siempre que estén justificados con la aquiescencia del otro y dentro de los límites de la misma; es decir, es preciso que los gastos a cubrir no hayan sido realizados más que en razón de la aquiescencia dada por la otra parte. (23).

ALONSO PEREZ enmarca estos gastos bajo la denominación de "gastos de la confianza", y pone como ejemplo el de quien confiando en que se va a construir una sociedad, uno de los posibles socios, fundamentalmente fiado en la honestidad de los demás, alquila un local, organiza una campaña de publicidad, adquiere maquinaria, etc; y luego no se lleva a efecto el contrato. (24).

2º El lucro cesante :

Así como respecto al daño emergente hay acuerdo en cuanto a su carácter de indemnizable, no ocurre lo mismo respecto al lucro cesante.

Hay una tendencia en la jurisprudencia italiana a conceder indemnización por el lucro cesante en los supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de los tratos preliminares. Sin embargo, este criterio no es unánime, pues hay sentencias que mantienen la opinión contraria (25).

MANZANARES se inclina por no haber indemnización del lucro cesante. Y ello por las siguientes razones :

- ‡ Si estando las partes en negociaciones una de ellas recibe una proposición más ventajosa de un tercero, y no la acepta, en caso de que la otra parte desista injustificadamente de los tratos, no se le podrá exigir responsabilidad por las ocasiones perdidas por la parte que sufre la ruptura, pues ésta pudo haber aceptado la nueva proposición, rompiendo justificadamente las negociaciones ya iniciadas, dado que es un interés protegible el de concluir los negocios en las condiciones más ventajosas posibles.
- ‡ Para llegar a determinar de hecho cuáles habrían sido las otras posibles ofertas, que la parte habría tomado o podido tomar en consideración, si no hubiese estado inmersa en las tratativas después interrumpidas, y qué otras ventajas mayores o menores habría obtenido, sería necesario tener en cuenta numerosos factores de carácter general, que no siempre se presentan como fácilmente controlables o determinables.
- ‡ Habría que considerar y valorar concretamente las efectivas posibilidades que la parte tenía de concluir con un tercero un contrato idéntico o similar a aquél no concluido, desde el momento en que no podría lamentar un eventual y genérico daño, determinando vagamente por una perdida ocasión de obtener un beneficio (26).

Del mismo criterio parece ser MORENO QUESADA, que afirma que no se puede propugnar en estos casos la indemnización de las posibles ventajas desaprovechadas, porque no se justifica plenamente en el desarrollo de los tratos el que renuncia al intento de conseguir aquellas ventajas, y es que si las posibilidades de la ocasión presentada, estando en negociaciones, eran notablemente más

ventajosas de las que en estas se le ofrecían y el contratante no accedía a ofrecerle ventajas semejantes, tuvo un motivo justificado de desistimiento que le permitía retirarse sin incurrir en responsabilidad para iniciarlas con el que mejores perspectivas le ofrecía, y si no lo hizo, no puede más tarde al romperse los tratos por la otra parte, invocar esa oportunidad perdida para incluir el daño negativo entre las partidas a indemnizar por atribuirse el daño en la retirada arbitraria (27).

.- N O T A S -.

- (1) MANZANARES SECADES, La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, ADC, 1.984, pág 716.
- (2) SAVIGNY, Traité de droit romain, Tomo III, pág 249.
- (3) IHERING, opinaba así porque al ser la base de su hipótesis un contrato que no desplegaba sus efectos al devenir nulo no se podía acudir al terreno de la culpa contractual a los efectos de buscar los fundamentos a una posible indemnización. No se podía sino recurrir a la culpa extracontractual, y en este tema IHERING se encontraba limitado por un ordenamiento basado en el derecho romano, que tan sólo otorgaba para los supuestos de daño extracontractual dos clases de acciones: la actio ioli y la actio legis aquiliae.
- (4) FISCHER, Los daños civiles y su reparación, traducido por Wenceslao Roces, pág 97 y ss, 1.928.
- (5) HEDEMANN, Tratado de derecho civil, vol. III, pág 125.
- (6) LARENZ, Derecho de obligaciones, tomo I, pág 106.
- (7) ENNECERUS-KIPP-WOLF, Tratado de Derecho civil, T. II vol. I, derecho de obligaciones, traducido por Perez Alguer, pág 63.
- (8) COSSIO, El dolo en el derecho civil, Madrid, 1.955, pág 84 y ss.
- (9) ESPIN CANOVAS, Derecho civil, Vol. III, Obligaciones y contratos pág 373.
- (10) DIEZ PICAZO, Sistema de Derecho civil, T. II, 2ª edición, pág 38.
- (11) ALONSO PEREZ, La responsabilidad pre ontractual, RCDI, 1.971, pág 905 y ss.
- (12) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, T. II vol. I, doctrina general del contrato, pág 254 y ss.
- (13) ASUA GONZALEZ, La culpa in contrahendo, Universidad del Pais Vasco, Bilbao, 1.989, pág 69 y ss.
- (14) BENATTI, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1.963, pág 145.

- (15) LOI Y TESSITORE, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano. 1.75, pág 91.
- (16) BENATTI, op. cit, pág 151 y ss.
- (17) BENATTI, op. cit, pág 153.
- (18) PIOTET, Culpa in contrahendo, en Droit privé suisse, Berna, 1.956, pág 88 y ss.
- (19) MANZANARES SECADES, op. cit, pág 740.
- (20) LOI Y TESSITORE, op. cit, pág 104.
- (21) HILSENRAD, las obligaciones precontractuales, traducido por Menendez Pidal, 1.932, pág 16.
- (22) MORENO QUESADA, la oferta del contrato y su eficacia jurídica RDN 1.956, pág 231.
- (23) MORENO QUESADA, op. cit, pág 233.
- (24) ALONSO PEREZ, op. cit, pág 914.
- (25) MANZANARES SECADES, op. cit, pág 746.
- (26) MANZANARES SECADES, op, cit, pág 747-748.
- (27) MORENO QUESADA, op, cit, pág 234,

C A P I T U L O S E P T I M O :

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR
CULPA IN CONTRAHENDO.

C A P I T U L O S E P T I M O

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR CULPA IN CONTRAHENDO

I-. DELIMITACION DE LOS SUPUESTOS POSIBLES DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

Existen dos grandes grupos de supuestos de hecho que han con-
figurado las hipótesis clásicas de responsabilidad precontractual
o culpa in contrahendo:

- ‡ Supuestos de no conclusión del contrato o negocio jurídico, en
este apartado se pueden incluir los siguientes casos:
 - Aquellos casos en los que estando las partes en negociacio-
nes para la conclusión de un contrato, y confiando una de las
partes, a consecuencia del desarrollo de las negociaciones y
de la conducta y actitud de la otra parte, que el contrato se
llevará a cabo, esta última interrumpe y rompe injustificada-
mente las conversaciones, produciendo de esta forma un daño,
que generalmente consistirá en los gastos realizados en vis-
ta del contrato para aquella parte que confiaba en su cele-
bración, aunque se discute si se puede considerar también como
daño, en este caso el lucro cesante, constituido por los bene-

ficios dejados de obtener.

- Aquellos casos en que produciéndose los mismos efectos que en el caso anterior, la hipótesis no es de ruptura de las negociaciones, sino de revocación de la oferta.
- Los casos de incumplimiento de la promesa realizada. A pesar de que es evidente que la relación in contrahendo se produce, fundamentalmente, en la preparación de los contratos específicos, negocios jurídicos bilaterales caracterizados por incidir en relaciones económicas de índole patrimonial, también es cierto que el hecho de realizar una promesa puede producir en el destinatario de la misma, la confianza en que tal promesa se cumplirá, llevándole a realizar una serie de gastos y previsiones.

‡ Supuestos de anulación, nulidad o inexistencia de un contrato, aparentemente válido; en estos casos ha tenido lugar ya la celebración de un contrato, que reviste una apariencia de validez. Sin embargo, cuando una de las partes confía en la ejecución del mismo, el contrato :

- Se anula a consecuencia de algún vicio en su celebración,
- Es radicalmente nulo: se ha vendido, por ejemplo, una res extra commercium,
- Es inexistente: ha desaparecido o no existía inicialmente la cosa objeto del contrato.

Esta última era la hipótesis estudiada por IHERING y, que le sirvió de base para elaborar la famosa teoría sobre la culpa in contrahendo: la existencia de un contrato aparentemente válido pero que deviene ineficaz a consecuencia de causas existentes en el periodo de formación del contrato, y que eran o debían ser conocidos por uno de los contratantes. El otro contratante, que confiaba en que el contrato desplegará sus efectos, sufre un daño con

su anulación.

IHERING planteaba el supuesto del negocio jurídico, que es invalidado a consecuencia del error esencial sufrido por uno de los contratantes y pone ya de manifiesto la necesidad de exigir a las partes una diligencia in contrahendo.

En todos estos casos, la causa de la ineficacia era o debía haber sido conocida por una de las partes en la fase de preparación del contrato.

El problema estriba en que la parte que sufre el daño no podrá intentar su resarcimiento con base en el contrato anulado, pues "quod nullum est, nullum effectum producit". El contrato queda aniquilado. Sin embargo, parece claro que era parte es acreedora de una indemnización que repare el daño ocasionado por la anulación del contrato de la que ha sido causante de la otra parte.

Los dos grandes supuestos planteados, tienen un presupuesto en común; en ambos se esperaba por una de las partes la celebración del contrato y, por supuesto, la producción de efectos. En el primer caso, el contrato no llega a celebrarse y, en el segundo, se frustra, no llegando a producir dichos efectos.

En los grandes grupos de supuestos, una de las partes, habiendo tenido una actuación correcta, queda defraudada en su confianza. La actuación de quien interrumpe injustificadamente las negociaciones o de quien es culpable de que el negocio se anule, circunstancias ambas, que pueden causar un daño a la otra parte, es bastante para justificar una indemnización.

La indemnización se concede porque la confianza que se había depositado en que, celebrado el contrato, este desplegaría todos sus efectos, se ve defraudada y, esto ocasiona un daño. Por ello, la doctrina alemana ha adaptado para estos casos la denominación de

"daños a la confianza".

Este daño producido en la hipótesis apuntada, este "daño a la confianza" ha sido considerado en sede de responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo como constitutivo del interés negativo. Esta expresión se refiere directamente al tema de la indemnización de daños y perjuicios en casos de responsabilidad precontractual.

II-. LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES.

1º Introducción :

De la expresión "ruptura injustificada de las negociaciones", se puede deducir la siguiente idea : si en el curso de las negociaciones preliminares una parte había hecho surgir en la otra la razonable previsión o confianza en la conclusión del contrato y, posteriormente las interrumpe sin motivo justo, está obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por dicha ruptura en el límite del "interés negativo", esto es, los gastos sostenidos en previsión del contrato.

Son tres los requisitos que tienen que darse para que se pueda hablar de responsabilidad a causa de la ruptura de las negociaciones preliminares :

- + Una ruptura injustificada de las conversaciones,
- + que la parte que rompe las conversaciones, haya creado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato.
- + Que a raíz de la ruptura, se haya producido un daño en el patrimonio de la parte que sufre las consecuencias de aquellas (1).

De la ruptura injustificada de las negociaciones puede llamar la atención la contradicción que pueda existir entre "la ruptura

injustificada" y el término "conversaciones preliminares", pues parece que son expresiones que no casan bien, ya que si las conversaciones preliminares no vinculan, si son el terreno donde precisamente las partes discuten y negocian, ¿cómo se puede hablar de ruptura injustificada?.

Así, hay que empezar a distinguir entre ruptura injustificada y ruptura justificada, es decir, entre motivo justo o motivo injusto para interrumpir las negociaciones supone un control del ejercicio de la iniciativa que afecta directamente, sin duda alguna, a la libertad contractual. Autonomía de la voluntad y la libertad de contratar no tienen un campo ilimitado y, en una forma que pudiéramos llamar "negativa", encuentran freno, es decir, una persona sólo contratará cuando ella quiera y, en ese sentido, la libertad es ilimitada. Pero cuando se trata de "no contratar", la libertad de cada uno encuentra el freno de la confianza y la buena fe de la parte que está enfrente.

En el Derecho italiano ese control se ejercita con base en el citado Art 1.337 del Código civil italiano. La existencia de un precepto jurídico que impone la obligación de comportarse con corrección en las negociaciones preliminares limita la autonomía privada, señalando modelos de comportamientos en los que inspirarse en las negociaciones. Por ello, la doctrina no ha dejado de aclarar el papel y significado de una cláusula general como la inserta en aquella norma en un momento en que las partes no están aún vinculadas, de modo particular cuando surge el problema de determinar si la actuación del sujeto ha infringido los deberes precontractuales. Por ello, la clave del problema es determinar cuándo la ruptura puede calificarse de justa o injusta.

LOI Y TESSITORE afirman que "se trata de una cuestión difícil no sólo por cuanto se refiere a la definición del momento en que

se plantea, sino por el hecho de decidir en concreto si el eventual receso puede calificarse legítimo o no, y si se debe o no proceder al resarcimiento del daño"(2).

La mejor solución sería proceder a un estudio de los criterios que han utilizado los tribunales para resolver los casos concretos que se les han planteado y, de ese estudio, extraer unas conclusiones finales. Pero esta tarea tampoco ofrece facilidades, pues de un análisis jurisprudencial se demuestra que no existen para los jueces criterios unívocos de decisión ni se han sentado las pautas para establecer cuáles deben ser con carácter genérico considerados como motivos justos o injustos para interrumpir las negociaciones. Además, suele suceder que en unas ocasiones el juez tenga únicamente en cuenta para decidir si hay o no responsabilidad la confianza creada en una de las partes, y en otros con temple únicamente el caso del motivo injusto para romper las negociaciones. A pesar de todo, los criterios de valoración para determinar si la interrupción de las trattative por parte de uno de los contratantes debe considerarse legítima o no, hay que elaborarlo con base a las soluciones ofrecidas por la práctica.

En este sentido, hay que señalar que alguna sentencia italiana se ha afirmado que la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las conversaciones surge sólo cuando la interrupción se verifica después que uno de los sujetos hubiera iniciado aquellas con el malicioso y preordenado intento de no llevarlas a término para causar así un daño a la otra parte. En estos casos, el iniciar las conversaciones con un propósito definido de causar daño constituye ya de por sí un acto ilícito que puede ser claramente encuadrado en la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

JOANNA SCHMIDT acepta la tesis de que la responsabilidad pre

contractual puede consistir en una ruptura injustificada. De esta forma, la Corte de Rennes sanciona en su sentencia de 8-VII-1.929 la negativa a concluir el contrato por puro capricho, es decir, de manera arbitraria, de mala fe y contrariamente a los usos de la equidad. En este sentido, la Corte de Casación francesa, en sentencia de 20-IV-1.972, sanciona el hecho de haber roto sin razones legítimas, brutalmente y de forma unilateral las negociaciones avanzadas (3).

Todos los casos citados tienen un denominador común: de su examen se hace difícil elaborar unos criterios generales sobre lo que los Tribunales entienden por causa injustificada de ruptura. En pocos casos, el motivo de la ruptura se presenta nítidamente. Mucho más frecuente encontramos que no hay en realidad un motivo específico: es tan sólo que a una de las partes no le interesa la conclusión del contrato. Se puede observar también cómo para determinar la responsabilidad no se realiza tanto un juicio de valor sobre si el motivo por el que la parte se aleja o rompe las negociaciones es justo o injusto, sino que más bien se examina cuidadosamente el desarrollo de aquéllas y se dá más importancia a otro factor que es el decisivo a la hora de determinar si hay o no una ruptura injustificada de las negociaciones: a la confianza que se pueda haber suscitado en la parte que sufre las consecuencias de la ruptura.

En definitiva la jurisprudencia no es demasiado clarificadora a la hora de definir lo que constituye un injusto motivo, sino que muchas veces las sentencias se reducen a consideraciones acerca de las trattative y afirmaciones del tipo de quien suspende o interrumpe injustamente las trattative después de haber hecho surgir en la otra parte la razonable confianza en la construcción del contrato, está obligado a resarcir los gastos realizados en

previsión de llegar a un acuerdo y las pérdidas sufridas por otras ocasiones despreciadas.

La interpretación tradicional de los motivos justos o injustos de ruptura de las conversaciones preliminares; la normativa del Código italiano no contiene unas reglas que puedan guiar al juez a la hora de decidir cuándo un motivo es justo o injusto para romper las negociaciones preliminares avanzadas. El único apoyo con el que se cuenta es la existencia de una cláusula general de buena fe en el periodo de formación del contrato, como la que se deduce del Art 1.337.

El estudio de las normas que puntualizan el Art 1.337 es interesante y demuestra que en cada uno de esos casos la responsabilidad derivada de la violación de deberes precontractuales es variable, en función del tipo de relación de que se trate, y se diría que el legislador ha impuesto tantos tipos de comportamiento cuantas formas de responsabilidad precontractual. Así, en la hipótesis de ruptura del Art 1.337 un criterio idóneo para verificar la ilegitimidad de la ruptura es ver si las actitudes, declaraciones o silencios han suscitados en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato. MANZANARES advierte que es cierto que hay que estudiar si ha existido esa razonable confianza, pero que entonces desplazamos el problema hacia algo anterior, y en definitiva calificaríamos entonces la ruptura de legítima o ilegítima en función de que existiera o no una razonable confianza en la conclusión del contrato, y no que hubiera o no un justo motivo de ruptura (4).

El verdadero problema estriba en que partiendo de una cláusula general de buena fe, el juez sin ningún otro apoyo puesto que la ley no se lo proporciona y la jurisprudencia ha establecido sólo sanciones a los casos concretos, pero no criterios ge-

nerales; debe calificar de justo o injusto un motivo de ruptura para lo que tiene que entrar a valorar razones y actitudes, lo que no deja de parecer algo ciertamente subjetivo, o lo que es peor, arbitrario. La utilización de la cláusula general de la buena fe hacen una excesiva intervención del juez en un terreno, el de las trattative, lo que hacen que se preocupen su legitimidad y oportunidad. De esta manera, se podría incluso decir que se está legitimado la existencia de técnicas de control informadas por criterios de juicio expuestos a todos los inconvenientes de una exploración de orden psicológico que abre una amplia brecha al arbitrio del juez, perjudicando en grave medida la seguridad del tráfico. Así, se puede afirmar que resultan instrumentos de decisión escasamente operativos, que se agotan en índices de apreciación demasiados indeterminados.

BESSONE afirma que es peligrosamente indeterminado y escasamente operativo el criterio de selección de intereses resumido en la fórmula de "justa causa" de la ruptura. De hecho, en cualquier caso de la práctica, una argumentación dirigida a valorar la causa de la ruptura acaba por resolverse en una tentativa de inspeccionar los motivos de la ruptura de las conversaciones que conducen a un análisis del procedimiento de formación de la decisión de romper, inevitablemente expuesta a los inconvenientes de todo orden sobre la psicología de los operadores. Y también, una vez aislada la razón de la ruptura, persisten graves dificultades de juicio, porque falta por ver cuáles puedan ser los criterios en función de los cuales establecer si la causa de la ruptura de las negociaciones es justa o no es tal. (5).

El hecho de que haya dificultades en establecer por qué criterios hemos de guiarnos a la hora de decidir si hay un motivo justo o injusto de ruptura no debe de significar que se renuncia

a establecer esa responsabilidad sino que por el contrario debe estimularlos a seguir la busca de directrices adecuados.

El problema que se tiene no es por tanto calificar de justa o injusta la ruptura de las conversaciones sino determinar si los daños por él causados, deben soportarse por uno u otro de los contratantes: en definitiva, tutelar el interés más merecedor de protección, y es claro que más allá de una sanción del comportamiento incorrecto está una distribución de los costes que las conversaciones ha suscitado.

Una nueva idea que puede resultar esclarecedora en este punto: no es que el juez tenga que ponerse de orden psicológico para averiguar el motivo de la ruptura y calificarlo de justo o de injusto, sino que hay que tener en cuenta el desarrollo de las conversaciones para determinar que interés de entre los que están en juego ha de ser protegido, y sobre cuál debe recaer las consecuencias de la ruptura.

MANZANARES entiende que este nuevo planteamiento del problema abandona los criterios subjetivos de valoración del motivo de ruptura para abordar el problema desde una perspectiva más objetiva (6). En este mismo sentido, BESSONE apunta precisamente a la progresiva objetivación de los índices de valoración de la conducta de la parte que rompe las negociaciones, y señala cómo se van dejando de lado las argumentaciones en término de motivo (7). De esta manera, la clara referencia del Art 1.337 del Código civil italiano a la buena fe, que se debe entender en sentido objetivo, sugieren a la jurisprudencia italiana el recurso al modelo de un normal operador.

BESSONE considera además que esta corriente objetivadora se extiende por los derechos europeos y así funciona la aplicación del parágrafo 242 del BGB o el corriente reenvío de la doctrina

francesa a los usos de comercio o un "arret de principe" del Tribunal Federal suizo, según el cual las conversaciones preliminares crean obligaciones de diligencia que obligan al juez a valoraciones de índole rigurosamente objetiva. Así una vez evitados los inconvenientes de burcar los motivos de la ruptura, el recurso al modelo del operador "serio y leal" deja de constituir una operación peligrosamente imaginativa y se concreta en la existencia de un sistema de índices de apreciación (8).

Se revela como insuficiente un examen psicológico de los motivos existentes para romper las conversaciones preliminares y se debe operar con unos canones más objetivos para ver cuánto el comportamiento de la persona que rompe es contrario a la buena fe. Lo importante para aclarar el tema del justo o injusto motivo es el de la protección de la confianza; ya que la idea base consiste en que la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, cuando la otra parte mantenga una razonable confianza en la conclusión del contrato, puede ser fuente de responsabilidad originado la reparación de los daños causados. De ahí que sea necesario que se de una ruptura injustificada de los tratos y una razonable confianza en la conclusión del contrato para que pueda existir responsabilidad.

El daño estaría constituido por los gastos ocasionados a la parte que confiaba en la conclusión del negocio. Pero si ocurre que nada más embezar las trattative, una de las partes, por su cuenta y riesgo, comienza a realizar gastos ya sea para atraer a la otra parte al contrato, ya sean los gastos que se han denominado como "riesgo de especulación", estos gastos no podrán ser considerado como daño a los efectos de responsabilidad, ya que para ello es necesario que dichos gastos se hayan realizado en atención a la confianza depositada por una de las partes en la conclusión

del contrato. En relación con lo anterior, se puede decir que cuando no se ha dado, producido o provocado esa confianza, cualquier ruptura es válida, puesto que por hipótesis, no puede haber daño.

Con lo cual la determinación de si existe o no justo motivo para romper las negociaciones viene dada por una averiguación anterior: si existe o no una razonable confianza en la conclusión del contrato. Esta confianza ha de apreciarse de una forma objetiva: esto es, no es que una parte piense que el contrato se va a celebrar, sino que de las conversaciones preliminares deben deducirse signos claros de que el contrato se iba a celebrar; esto es, cualquier persona medida y normal en las mismas circunstancias habría confiado igualmente en que el contrato se celebraría. Lo que ocurre es que al producirse esa confianza la parte que ostenta dicha confianza tiene un interés que hay que calificar de jurídicamente protegible. Y cuando se produce la ruptura, se crea un conflicto de intereses entre la parte que rompe las negociaciones y la parte que movida por la confianza, ha realizado unos gastos.

De esta forma, cuando en las conversaciones preliminares, una de las partes haya suscitado con su actuación la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato, el mero arbitrio en la ruptura, por ejemplo, sin otro motivo, determinará responsabilidad, pues en este caso la protección de la confianza aparece como más protegible que la mera arbitrariedad.

Una vez que se ha engendrado la confianza para que la ruptura no dé 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, esto es, una exigencia que en cuanto objetivamente apreciable, sea legítimamente prevalente sobre los intereses de la contraparte.

2º La posibilidad de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones. Argumentos sobre la admisión de esta responsabilidad. El carácter interlocutorio de los tratos :

Quando las partes entran en negociaciones preliminares tienen como último fin la celebración de un contrato y van a utilizar este periodo para quitar obstáculos, aunar criterios, y en definitiva hacer el contrato viable. Y por ello, las partes son conscientes del carácter interlocutorio de estos tratos: no quieren que por el hecho de tratar, asumir ninguna obligación contractual frente a la otra parte.

Así pues, los tratos no vinculan: se trata de discutir no de crear obligaciones. Esta idea es acogida por la unanimidad de la doctrina. El Tribunal Supremo así lo confirma en la sentencia de 9-IV-1.929: "en el desenvolvimiento o vida jurídica de todo contrato hay un periodo que no liga ni produce vínculos jurídicos, mientras no exista la conformidad exacta de las partes, fase que origina la perfección por el concierto de voluntades mediante el consentimiento, que es cuando el convenio tiene su nacimiento y produce fuerza legal, según el Art 1.254 del Cc y el Art 1.258 del Cc", es decir, hasta que las partes no quieran obligarse contractualmente, no surge obligación.

Si las partes son libres para contratar o no, ¿cómo se va hablar de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones?. Si los tratos no vinculan quiere decir que en cualquier momento una de las partes puede romper las conversaciones por el motivo que sea, desistiendo de contratar y alejándose de ese "contacto social" está en su derecho: no hay obligación. Y además, podrá alejarse de los tratos por cualquier motivo. En la mayoría de las ocasiones las negociaciones no llegan a su fin porque las partes interesadas no alcanzan un acuerdo: existen unos in-

tereses económicos divergentes o, las condiciones que establece uno de los tratantes resultan inaceptables para la otra parte. Pero la ruptura puede llegar a consecuencia del mero desistimiento arbitrario de la parte. No hace falta mayores explicaciones de los tratantes rehúsa, sin razón, continuar las negociaciones. Ninguna responsabilidad podrá derivarse para el que no hace otra cosa que ejecutar su derecho. Incluso cuando la actuación del que se aparta haya dado pie objetivamente a que la otra parte confiara en la conclusión del contrato; incluso cuando el que rompe (las negociaciones) conocía los gastos que estaba realizando la otra parte, incluso cuando las negociaciones están tan avanzadas que lo lógico es esperar que se traduzcan en la celebración del contrato; incluso entonces debe existir la más amplia libertad para apartarse de los tratos.

Ha sido el carácter interlocutorio de las negociaciones lo que ha constituido uno de los mayores obstáculos para admitir una responsabilidad en los casos de ruptura injustificada.

BENATTI contrario a esta posibilidad afirma : "realmente si se admitiese que una vez surgida en la contraparte una confianza sobre la feliz conclusión de las trattative, la ruptura sin justa causa determina una responsabilidad por daños, se derivaría que las trattative deberían continuar o hasta que se alcanzara un acuerdo o, hasta el momento en que interviene una justa causa de ruptura; lo que sería absurdo, porque se vería comprometida de forma excesiva aquella libertad que durante el curso de las negociaciones las partes han querido celosamente conservar"(9).

Otra posición a este respecto mantiene MANZANARES, puesto que para éste último, es necesario distinguir dos cosas : la libertad que tienen las partes para contratar y la necesaria protección de la confianza. Extraer de la libertad de las partes en las con-

versaciones preliminares la consecuencia de que las trattative puedan ser interrumpidas en cualquier momento y sin causa, significa cuando menos efectuar un salto lógico de orden cualitativo, siempre que no se quiera identificar aquella "libertad a la que se hacía referencia, con el simple arbitrio entendiéndolo éste último como :situación desvinculada de todo límite normativo" (10).

Mantener la tesis de que el daño sufrido por una de las partes tratantes a consecuencia de una ruptura injustificada de las negociaciones no puede ser exigido a la parte que rompe los tratos, sino que hay que cargarlo a la otra parte; significa una posición demasiado aferrada a una interpretación estricta de las normas reguladoras de la formación de los contratos, ignorando el verdadero conflicto de intereses subyacente e estas hipótesis y que no puede encontrar solución adecuada desde esta perspectiva.

Es indiscutido que mientras no haya consentimiento manifestado por la concurrencia de oferta y aceptación no puede haber contrato que, mientras este no exista, las partes no están obligadas contractualmente la una a la otra. Pero, es ahí a afirmar que alguien pueda, incluso de mala fe, romper unas negociaciones y causar así un daño a otra parte amparándose en la libertad de contratación de cada uno y en la autonomía privada hay una barrera que no se puede franquear.

MANZANARES insiste en que de acuerdo a la tesis que se opone, los daños experimentados a consecuencia de la ruptura de las negociaciones no plantean problemas de distribución(11). PACCHIONI afirma que los gastos afrontados en el curso de la relación precontractual están ya remunerados con el acrecentamiento de la posibilidad de conseguir el provecho que estaría asegurado con la eventual conclusión del negocio y, por tanto, en teoría puede

parecer que no debe de haber razones para transferir ese coste sobre la economía del otro, tanto más cuando la ruptura constituye el ejercicio de un poder indiscutible (12). Realmente, constituye una ficción considerar que la parte que realiza un desembolso en vista de un contrato (que piensa que se celebrará), se ve recompensada con el incremento de posibilidades de obtener el beneficio del contrato.

MANZANARES piensa que existe un trasfondo ideológico en este tema. En la etapa de codificación del siglo XIX, en donde se trasluce un individualismo liberal que va a ser la pauta de la normativa obligacionista. En este marco, se entiende que el periodo anterior a la formación del contrato se viera como un campo en el que las partes eran absolutamente libres, y en este mismo contexto, se entienden la defensa a ultranza de esa libertad que las partes querían "celosamente conservar" (13). Así se ha dicho por quienes han mantenido ésta postura reacia a conceder indemnización, quienes se identificaban con aquella postura individual-liberal que aplicaba al campo económico la absoluta salvaguarda de la libertad de contratación.

En este marco de pensamiento no se podía pensar en una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones. Incluso, IHERING, cuando fórmula su teoría de la culpa in contrahendo se encuentra limitado por esa concepción individual-liberal.

De esta forma, se puede afirmar que de acuerdo a las tesis expuestas, defensores de la libertad contractual, no cabía plantearse una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones. Y de ahí, la poca atención prestada por la doctrina hasta entrado el siglo XX.

En los últimos tiempos, frente a la tesis que mantenía un poder absoluto de ruptura de las negociaciones en cualquier circun-

tancia y sin responsabilidad se ha alzado la tesis que defiende la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones cuando se ha provocado la confianza en la contraparte, que de esta forma vería defraudadas sus expectativas en la conclusión del contrato.

Para llegar a esta conclusión hay que partir de la siguiente constatación : el periodo anterior a la celebración de un contrato, el periodo de negociación de "trattative", ha dejado de ser un campo de libertad ilimitada para las partes tratantes. 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 que no debe ser defraudada, pues unos y otros se deben un mínimo de lealtad en el trato.

Esta obligación de los tratantes no es otra que la de comportarse lealmente durante las negociaciones conforme exige la equidad comercial. Obligación de corrección que se puede considerar como una ampliación de la obligación de buena fe existente para los contratos. El Tribunal Supremo en la sentencia de 7-III-1.966 ya afirmaba que "aún cuando no exista contrato, hasta que no haya acuerdo de las partes, éstas deben de comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones preliminares".

La misma obligación de comportamiento correcto durante las "trattative" establece de forma genérica el Art 1.337 del Código civil italiano, que reviste gran importancia, pues significa la consagración de dicha obligación por primera vez de forma clara y contundente: "las partes están así obligadas a comportarse de buena fe en el periodo de formación del contrato y durante los tratos preliminares".

La consecuencia de esa obligación es la responsabilidad derivada de su incumplimiento en estos términos : cuando existen en-

tre dos partes conversaciones preliminares para la celebración de un contrato que están en estado avanzado, si debido a su actuación una de las partes ha hecho confiar a la otra de forma clara en la celebración del contrato la ruptura sin justa causa de las negociaciones obliga a la parte que rompe a indemnizar a la otra parte los daños que esta haya sufrido al ver defraudada su confianza. El razonamiento es lógico: desde el momento en que se establece una obligación de comportarse de buena fe en el periodo de las negociaciones preliminares hay que establecer un corolario: la responsabilidad en caso de violación de dicha obligación.

Afirmar que dicha obligación queda transgredida en caso de defraudar la confianza legítima de otra persona no significa que una vez que se haya despertado la confianza en la otra parte haya forzosamente que contratar. En las conversaciones preliminares las partes siguen siendo libres de contratar o no, lo que ocurre es que una vez que con nuestra propia actuación se ha inducido a una persona a confiar en la celebración de un contrato, esa confianza debe ser respetada. Desde ese momento ya no se podrán romper las negociaciones arbitrariamente, pero esto no debe de interpretarse en el sentido de que la parte vea coartada su libertad de contratar, sino que debe ser consecuente con su conducta y que no podrá romper las negociaciones sin justa causa sin estar expuesta a la indemnización de los perjuicios causada a la otra parte. Ello no significa, someter la posición de la parte que rompe los tratos a una carga demasiado gravosa.

El tema no se debe entender en el sentido de que se atente contra la libertad de que quieren gozar las partes durante las negociaciones, sino desde el punto de vista de protección a la confianza. Además, en la mayoría de los casos no se tratará de una restricción de libertad o de un malentendido del carácter inter-

locutorio de las negociaciones, sino de protección necesaria, pues lo contrario significaría amparar un resultado injusto y proteger a la parte que habiendo provocado la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato se aparta de los tratos, produciendo así un daño.

3º La protección de la confianza :

Hoy día se puede afirmar que prácticamente en todas las legislaciones, al tratar de la responsabilidad precontractual se puede encontrar un punto en común: una obligación de comportamiento conforme a la buena, concebida casi en los mismos términos del deber de "correttezza del Art 1.337 del Código civil italiano. Se habla de esta forma de "deberes generales que imponen las reglas de buena fe en todo lo que respecta al desarrollo de las conversaciones preliminares".

Aunque sólo el Código civil italiano contenga una formulación clara de esta idea en los citados Art 1.337 y 1.338, la experiencia del gran número de ordenamientos desprovistos de una norma general, acaba por concretarse en un repetido esfuerzo en considerar las normas concretas reguladoras de supuestos de este tipo como expresiones de una regla no escrita.

En la experiencia alemana la evolución de la doctrina y jurisprudencia ha podido encontrar una norma amplia que permita soslayar los inconvenientes del reenvío a una hipotética intención de los redactores del Código, y así la cláusula de la buena fe del párrafo 242 del BGB se ha entendido por parte de la doctrina como un principio general de buena fe que sería aplicable también a la relación precontractual

En definitiva, parece clara la existencia de un deber de buena fe que recae sobre las partes en el periodo de formación del contrato.

Pero se ha repetido también frecuentemente que las negociaciones no vinculan, que son fases de discursión y aproximación, en las cuales las partes son libres de retirarse en cualquier momento, pues para ello son negociaciones y no contrato definitivo. Así se ha dicho que los deberes precontractuales no crean entre las partes una verdadera situación de obligación recíproca, por lo que parecía más razonable pensar que dichos deberes agotan su contenido en un simple límite negativo que incide sobre el poder de autonomía negocial reconocido a una y otra parte, prohibiéndolas actuaciones que determinen un daño a la contraparte y, siendo así más bien una aplicación concreta del principio general del Art 1.902 del Cc (14).

Cuando el comportamiento de una parte en las negociaciones haya sido tal que haya podido crear en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato el tema es distinto. Una vez creada esa confianza la libertad de las partes para romper en cualquier momento las negociaciones queda subordinada al requisito de que exista una "justa causa", pues de otra forma se produciría un daño a la contraparte, que hay que calificar como injusto.

FAGGELLA situaba el problema de la siguiente forma: la celebración de un proyecto de contrato constituye un trabajo de medio a fin y en el presupuesto por las partes de no asumir obligación alguna, sino cuando su voluntad se encuentra en un punto determinado, momento constitutivo del "vinculum iuris". Así mientras que 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 puede intervenir un hecho que dé un carácter distinto a las negociaciones: éste puede consistir en una autorización tácita a tratar dada

por una parte a la otra. Esta autorización genera la razonable confianza de que la otra parte continuará en las negociaciones hasta que intervenga un acuerdo o hasta que por el intercambio de ideas sobre los puntos del contrato y por el resultado del examen y del proyecto, el acuerdo no sea posible. La pura y simple ruptura sin que las conversaciones hayan tenido su desenvolvimiento y su final positivo o negativo, comporta la violación del citado acuerdo precontractual y tal violación hace arbitraria e intempestiva la ruptura misma. Por tanto, para FAGGELLA, la razón por la que se debe resarcir el daño en el supuesto estudiado es la violación de ese acuerdo tácito interpartes y no una lección de confianza (15).

MANZANARES entiende que para tratar de aclarar el tema de la confianza que debe ser protegida en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares se puede acudir a la idea de conflicto de intereses (16). Así cuando hablamos de "razonable confianza" en la conclusión de un negocio se está poniendo en evidencia la relevancia de un particular interés que, en vista de tal conclusión ha surgido en una de las partes como consecuencia del comportamiento de la otra.

Tenemos, de un lado, el interés de una parte en mantener intacta su libertad de contratar y en decidir cuándo le conviene o no retirarse de las negociaciones, y de otro lado, un interés contrapuesto: el de la parte que ha confiado en que el contrato se celebraría y sufre un daño cuando se rompen las negociaciones.

Bigliazzi GERI plantea el conflicto de intereses así: "se puede, de hecho, decir que cuando uno de los sujetos había llevado las trattative, no puede dejar de tener en cuenta, en cuanto a su determinación de concluir o no las negociaciones, el interés positivo (en la estipulación del contrato) suscitado en el otro

sujeto. De esta forma, tal interés se presentará como un límite preciso (extremo), superable (legítimamente) sobre la base de una exigencia (o justa causa) objetivamente prevalente"(17).

Así lo que en principio era un poder (de ruptura) puramente arbitrario, que encontraba un límite meramente negativo y genérico en la necesidad de evitar cualquier lesión en la esfera jurídica de la otra parte, se convierte ahora como consecuencia de la regla de la buena fe, en un poder que ya no es **discrecional**, sino que está sometido a la exigencia de la **satisfacción** del interés de la contraparte en la conclusión del contrato.

Pero ¿por qué en ese conflicto de intereses entre la parte que pretende la ruptura de las negociaciones y la que confiaba en la celebración del contrato, debe esta última ser la protegida?. Para ello, hacer mención al clásico tema de la divergencia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad y su respectivo valor.

En lo que a este tema interesa, es cómo en este tema de declaraciones de voluntad y de divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado, ya se adopte el sistema de voluntad como el de la declaración, la protección de la confianza es una constante invariable.

‡ Por el sistema de la voluntad; aquí, el declarante, no quedará obligado en caso de divergencia entre la voluntad interna y lo realmente declarado. Pero si la voluntad real no es reconocible, la confianza del destinatario, en el sentido objetivo de la declaración, no está protegido por el sistema de la voluntad, puesto que la declaración de voluntad no surte ningún efecto, sino que está por el principio de la reparación: el destinatario puede sufrir un daño tomando o dejando de tomar ciertas disposiciones, porque cree que la voluntad corresponde al sentido declarado y

ha tomado sus medidas para ese caso: el declarante responsable de este daño debe repararlo colocando al destinatario en la situación en que se encontraría si no hubiera confiado en la apariencia de voluntad.

‡ Por el sistema de la declaración, aquí se protege la confianza del destinatario en la declaración, impidiendo preventivamente al destinatario sufrir un daño fiándose del sentido objetivo de la declaración y garantizándola las ventajas que espera de la buena fe de la declaración, para lo que hacen valer ésta en el sentido declarado, sea cual sea la voluntad real del declarante.

En definitiva, 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 haya que concederle a la declaración, pero coinciden en proteger a quien de buena fe confió en el sentido objetivo de la declaración.

También puede suscitarse una confianza legítima en la conclusión de un contrato a lo largo de unas conversaciones preliminares, lo que ocurre es que esta confianza será suscitada en vez de por una declaración de voluntad por unos hechos concluyentes de una de las partes en negociaciones.

Cuando se habla de razonable confianza en la conclusión del contrato generada en el periodo de negociaciones preliminares se ha de entender la confianza provocada por actos, actitudes o conductas que con independencia del valor y de los efectos jurídicos que pueden tener por sí mismos, se consideran vinculantes para la persona o decisivos para la configuración de una situación jurídica o para el posterior ejercicio de los derechos dimanantes de tal situación jurídica.

DIEZ PICAZO considera jurídicamente a los hechos concluyentes como declaraciones tácitas de voluntad. En este mismo sentido,

habla de "comportamiento vinculante" cuando una persona ha adoptado y observado dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta relevante y eficaz que objetivamente debe ser valorada como un anuncio o signo de que un derecho subjetivo o una facultad no será ejercitado o lo será sólo dentro de unos límites, el principio **general** de la buena fe impone el deber de coherencia del comportamiento, y cómo consecuencia de ello, cuando esa misma persona intenta ejercitar el derecho subjetivo o la facultad de forma incompatible o **contradictoria** con el sentido que según la buena fe hubiera de **atribuirse** a la conducta anterior, la protección se torna inadmisibile (18).

La exigencia de un comportamiento coherente 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 de defraudar la confianza suscitada y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella. La **exigencia** jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculado a la buena fe y a la protección de la confianza. De esta forma, todo el que suscita una apariencia jurídica, y además, una expectativa sería de una conducta futura debe ser consecuente con la **expectativa** suscitada.

En las conversaciones preliminares, es perfectamente posible que una de las partes con su actitud correspondiente, haya creado en la otra parte la confianza en la conclusión del futuro contrato.

Hay que poner de manifiesto que la teoría de la "apariencia eficaz", que en definitiva consagra la tesis del sistema de la declaración, suele ser rechazada por la mayoría de los autores, a causa de los resultados a que conducen su aplicación estricta

(conclusión del contrato en contra de la voluntad real del contratante declarante). PIOTET crítica esta teoría alegando que es injusta en la medida en que conduce, en detrimento del declarante y en favor del destinatario a resultados notablemente diferentes de los de la aplicación del sistema de la voluntad y del principio de la reparación. (19).

La justificación de la teoría de la apariencia eficaz puede aportar unas ideas válidas para explicar por qué hay que tratar de proteger la "razonable confianza" en la conclusión del contrato durante el periodo de las negociaciones, y por qué dicha confianza parece requisito indispensable a los efectos de determinación de la responsabilidad.

Cuando en presencia de una divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado nos preguntamos que teoría es más conveniente (la teoría de la voluntad o la de la declaración), lo que estamos haciendo es plantear un conflicto de intereses: si se adopta la teoría de la apariencia eficaz en materia de manifestaciones de voluntad, se lesiona el interés del declarante de no verse obligado contra su voluntad, interés que no es menos digno de protección que el interés opuesto del destinatario "a priori".

El principio que protege el interés del destinatario es el de la "seguridad dinámica o seguridad de tráfico", el que protege el interés del declarante es el principio de la "seguridad estática o seguridad de derecho". En materia de declaraciones de voluntad, el principio está realizado por la teoría de la apariencia eficaz y el segundo está asegurado por el sistema de la voluntad.

Decir que el derecho consagra el principio de la seguridad dinámica porque quiere proteger la confianza del beneficiario en

la apariencia, es no tomar en consideración más que uno de los intereses en juego y olvidar la justificación de esa elección. Añadir que **este principio** facilita las transacciones (pues el beneficiario estaría más inclinado a realizar actos jurídicos si sabe que siempre será tratado como si las apariencias en que se fundan corresponden a la realidad) es explicar la teoría de la apariencia eficaz por una de sus consecuencias prácticas: no es darle un fundamento en justicia y equidad.

¿Cual debe ser la regla que nos lleve a una solución?. Para PIOTET lo que va a hacer inclinar la **balanza** al juez es la imputabilidad, en sentido amplio, a una de las partes del error existente en el eventual beneficiario de la teoría de la apariencia eficaz. Si la parte protegida por el principio de la seguridad es tática es responsable de la apariencia engañosa de la que la otra parte se ha fiado razonablemente, parece justo que sea ella quien soporte los **inconvenientes** de su comportamiento (20).

Aunque no se acepte la teoría de la apariencia eficaz, ese ra zonamiento es válido, porque es un razonamiento aplicable a toda situación en la que este en juego la confianza.

Por ello puede ser ilustrativa su aplicación a nuestra hipótesis: en el supuesto de ruptura injustificada de las conversacio nes preliminares confiando una de las partes en la conclusión del contrato, el conflicto de intereses se centra en el de la parte que pretende ejercitar su libertad de contratar, aunque sea de for ma negativa (no contratando y rompiendo los tratos), y el interés de la parte que por haber confiado en la celebración del contra to experimentó un daño por causa de la ruptura. Aplicando la idea antes expuesta, debe ser protegido este último interés, porque ha sido la parte que pretende romper las negociaciones, la que con su conducta a través de todos los tratos, ha motivado la confian-

za de la otra parte en la conclusión del contrato. Esta apariencia puede incluso ser engañosa, en cuyo caso está más justificado dicha afirmación.

Este interés sólo dejará de estar protegido y tendrá que ceder ante el interés en la ruptura de los tratos cuando la causa de la ruptura así lo aconseje, es decir, en presencia de un interés que se muestre jurídicamente tutelable. Y con más razón aún cuando la confianza no se habría llegado a producir de haber informado la parte que pretende romper de las circunstancias que rodeaban la contratación y, que la otra parte habría estado interesada en conocer (incumplimiento de los deberes de comunicación o de información, por ejemplo).

Siendo la confianza un principio que se protege de forma general en el ordenamiento jurídico, el estudio que de este tema se hace aquí, puede contribuir a facilitar la solución del programa en vez de indagar en la voluntad de las partes en términos psicológicos, lo que significaría carecer de unas directrices y, en definitiva, conceder al juez unos poderes y un arbitrio que al igual que se decía en sede de ruptura injustificada, quizá no encuentren justificación.

JOANNA SCHMIDT piensa que : "la observación de este periodo precontractual revela el conflicto experimentado por cada uno de nosotros en la discursión de operaciones importantes entre la necesidad de salvaguardar la libertad de contratar hasta el momento del acuerdo definitivo y asegurar su seguridad en cuanto a las parcelas del contrato ya negociadas. Cada parte cuida verdaderamente de preservar su propia libertad, estimando que su contraparte le debe seguridad sobre las condiciones negociadas.

El respeto absoluto de la libertad contractual en esta fase preparatoria conduciría a rechazar toda intervención jurídica en

este campo, siendo, por tanto, libres los participantes de llevar la negociación como les parezca, no estando sancionadas por el derecho sus errores de comportamiento. Por el contrario, la necesidad de seguridad experimentada por los negociadores exige una intervención jurídica que les asegure las posiciones negociadas" (21).

La confianza es un bien o valor que el ordenamiento jurídico debe proteger en el terreno de las negociaciones preliminares. La obligación general de buena fe en la formación del 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 otro la confianza en la conclusión del acuerdo.

Aparece, entonces, como necesaria la reparación del daño ocasionado por defraudar injustamente la confianza en la honorabilidad ajena. Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introduce en el tráfico jurídico.

LARENZ señala tres finalidades que persigue la indemnización de los daños contractuales :

- + El demandante ha entregado de valor sustancial al demandado por haber confiado en la promesa de éste. Si el demandado no realiza la prestación prometida, el Tribunal puede obligarle a la devolución del valor recibido del demandante. El interés protegido, en este caso, puede ser calificado de : interés dirigido a la restitución.
- + Tratar de conceder al promisorio el valor de lo que esperaba obtener como resultado de la promesa. Podemos dar lugar a una

acción dirigida a obligar al demandado a que realice la prestación que prometió al demandante. Así se logrará el resultado de colocar al demandante en una situación tan favorable como la que resultaría del cumplimiento de lo prometido por parte del demandado. Esto es, el interés dirigido a obtener la prestación prometida.

‡ Puede darse el caso de que el demandante cambie su posición o situación precisamente por la confianza que le inspira la promesa del demandado. Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble, el comprador habrá incurrido en gastos para comprobar el derecho del vendedor, o habrá perdido la oportunidad de celebrar otros contratos. Podemos reconocerle el derecho al resarcimiento de los daños para que desaparezca el perjuicio que ha sufrido al confiar en la promesa del demandado. En tal caso, se tratará de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa. El interés protegido, en ese caso, puede ser calificado de interés a la protección de la confianza (22).

La comprobación de cómo se protege la confianza en ordenamientos como el italiano que dispone de una normativa como la de los Art 1.337 y 1.338 no presenta mayores dificultades. El Art 1.337 es usado en supuestos de indemnización por ruptura injustificada de las negociaciones cuando la otra parte ha realizado desembolsos patrimoniales confiando en la conclusión del contrato. El Art 1.338 protegería la confianza de quien habiendo celebrado un contrato inicialmente válido, ve cómo posteriormente deviene nulo por causas que la otra parte había silenciado.

a) Los módulos para apreciar la confianza :

La protección de la confianza es un principio generalmente atendido por los ordenamientos, ya sea mediante su consagración

legislativa, ya sea mediante su aceptación por la jurisprudencia apoyada por la doctrina científica. De las diversas manifestaciones o casos en que puede presentarse el principio de la confianza, uno de ellos puede ser el del periodo de la formación del contrato, y más concretamente, la confianza depositada por una de las partes en negociaciones en la conclusión del contrato como consecuencia de la actitud o actuación de la otra parte a lo largo de dichas negociaciones.

Dicha "razonable confianza" en la conclusión del contrato se configura como un requisito para la existencia de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. El problema estriba en determinar en base a qué criterios hay que detectar dicha confianza. Sobre esto se ha dicho que, dificultades diversas y no menos graves que las planteadas al buscar un "motivo justo" para romper las conversaciones surgen cuando se trata de apreciar las expectativas defraudadas para la ruptura.

En definitiva, los problemas planteados para fijar un criterio con base al cual determinan si ha existido o no esa "razonable confianza" son los mismos que encontramos al buscar un modelo de justa causa de ruptura. Se trata de no conceder al juez un arbitrio limitado para realizar una investigación de orden psicológico de la actitud de las partes en las negociaciones, lo que podría conducir a un juicio de equidad.

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 interdependientes. Y esa apariencia-confianza debe ser en este caso una noción objetiva: es decir, en las conversaciones preliminares una de las partes en tratos pue-

de llegar a confiar en la conclusión del contrato, no porque interiormente se haya formado la convicción de que la otra parte concluiría el contrato, sino porque la conducta de la otra parte objetivamente considerada inducía a pensar efectivamente en tal conclusión. No es que haya confiado, sino que cualquier persona media, en situación y circunstancias similares, habría confiado igual, porque la conducta de la otra parte era suficiente para generar la confianza, es decir, la responsabilidad por ruptura injustificada esta específicamente subordinada al hecho de que la confianza, para ser legítima, traiga su origen de elementos inequívocos que hagan pensar que las trattative son serias y que su contenido es ta determinado.

La confianza para ser susceptible de tutela no puede configurarse como nuevo estado psicológico que se concreta en una convicción puramente subjetiva sobre el buen éxito de las trattative, si no que necesariamente debe traer causa de elementos objetivos y unívocos que sean en cuanto tales, idóneos y suficientes para con figurar la confianza como objetiva y razonablemente motivada.

Otro dato que puede ser útil sobre cuando se debe o no prote ger la confianza en las negociaciones es el del estado en que se encuentra estas últimas. Parece evidente que cuando las conversaciones y tratos están en sus comienzos nadie puede confiar en que estás desemboquen en el contrato deseado, y si a pesar de ello, una de las partes realiza una serie de gastos en previsión del contrato, estos constituirán un riesgo imputable únicamente a ella y que no debe ser indemnizado.

b) Supuestos concretos de confianza:

Anteriormente se ha puesto de relieve como es posible generar la confianza en otra persona mediante un comportamiento con cluyente. En la práctica, el problema se presentará a veces por la

dificultad de probar unas manifestaciones o una cierta conducta del demandado, pero por lo general, las conversaciones generales se reflejan en diversa correspondencia, documentos, etc; que pueden tener una importancia probatoria trascendental.

Los ejemplos más claros en la práctica nos lo proporciona la jurisprudencia italiana que es la que más claramente se ha pronunciado sobre estas hipótesis.

Así en la Sentencia de la Corte de Cassazione de 17-VI-1.974 expresaba que existe responsabilidad precontractual en un caso en que una parte, habiendo hecho surgir en la otra una razonable confianza en la conclusión del contrato, interrumpe las conversaciones sin motivo justificado. Así el actor había puesto de relieve las circunstancias de hecho decisivas a los fines de la calificación de la demanda: de un lado, una carta en virtud de la cual la destinataria de la oferta invitaba al proponente a efectuar en sus locales una serie de obras destinadas a recibir la máquina comisionada. Esto último así lo hizo y al romper la otra parte las negociaciones sin motivo justificado, reclama una indemnización comprensiva de las sumas gastadas para tales obras y para remitir después las cosas a su primitivo estado.

Otro supuesto de legítima confianza despertada en las negociaciones el de quien después de haber inducido a la otra parte, con la que está en negociaciones para alquilar un local en el que se pretende empezar una actividad comercial, a efectuar trabajos de transformación que lo hagan más idóneo para el destino previsto, rompe las negociaciones. (23).

III-. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS.

1º Introducción :

IHERING fue el precursor de la responsabilidad precontractual que denominó : "culpa in contrahendo". Fue el primero en plantearse que en los casos de contratos nulos o que no se llegaban a perfeccionar, si la culpa de la otra parte contratante causante de la nulidad daba lugar a que se le indemnizara a la otra parte el daño sufrido con la nulidad. Además, se preguntaba si esta acción debía ser contractual o extracontractual.

Del análisis a los textos romanos, IHERING encontró que en estos casos no podía usarse la actio legis Aquiliae, que era una acción extracontractual ya que la misma sólo cubría los casos en que la misma sólo cubría los casos en que el daño infringido era contra la persona o cosas. Pero encontró casos donde se declaraba un contrato nulo más, sin embargo, la parte perjudicada era indemnizada. De ahí surge la teoría de IHERING de que la nulidad del contrato no borraba todos los efectos del mismo sino los referentes al cumplimiento específico de la obligación. Entonces, de conformidad con lo expuesto surgió que la responsabilidad por culpa in contrahendo era una responsabilidad contractual.

IHERING aplica su teoría de responsabilidad por culpa in contrahendo en los siguientes casos : la revocación de la oferta cuando el objeto del contrato era imposible y cuando la voluntad se manifiesta con error.

Rechazado el supuesto de que la revocación de la oferta era un derecho del oferente, por lo cual no podía dar origen a indemnización alguna el que éste la rechazara. Sin embargo, existía culpabilidad por parte del oferente si el mismo rechazaba la oferta sin antes adquirir si el destinatario había empezado a dar ejecución al contrato, y de no hacerlo incurría en negligencia por su parte.

Las manifestaciones de la voluntad eran consideradas defec-

tuosas cuando la voluntad era declarada incorrectamente o cuando el oferente moría antes de ser aceptada la oferta. Así mismo, no reconoce responsabilidad por culpa in contrahendo en los casos de incapacidad en vista de la protección que el mismo Código dá al incapaz y declara, que quitarsela sería incongruente con lo allí dispuesto.

IHERING observó, además, de que de los textos romanos surgía la culpa cuando el vendedor defraudaba a la otra parte con quien contrataba, dejando de cumplir con los elementos de validez del contrato. Así podemos concluir que las partes envueltas en la formación del contrato deben emplear las diligencias necesarias para que por su parte lleguen a concluir un contrato válido. Por lo que si un contrato ya concluído, se anulará, será debido a que alguien no ha obrado con la debida diligencia y, por tanto, debe responder. Pues desde que se llega a la conclusión del contrato se sale de las relaciones extracontractuales, y aún cuando se anulará el contrato, quedan aún vinculadas las partes en virtud de un pacto tácito de garantía, que esta implícito en el contrato.

El deber de diligencia comienza con la oferta, ya que el oferente debe emitir su declaración de voluntad empleando toda la diligencia posible para no dar lugar a la nulidad del contrato. De faltar a la diligencia exigible causando daños a la otra parte con la nulidad del contrato deberá, entonces, responder de los daños satisfaciendo el interés negativo.

2º No encuentra fundamento jurídico :

Aquí el estudio de la nulidad del contrato va a tener lugar no como inválidez del contrato, ni en sus efectos, sino por el contrario, se tratará sobre la indemnización a que puede dar motivos la disolución del vinculo contractual por el daño que esto causará a una de las partes contratantes.

Es evidente que existe dentro de la realidad jurídica de la contratación privada, que una parte, una vez disuelto el vínculo contractual por motivos de inválidez, sufra un daño; motivado por la seguridad que esta parte **tenía** sobre la validez de un contrato, que **ahora** nulo le deja con las manos vacías frente a lo que ella creía un negocio válido. Es lógico, que después de celebrado un negocio existe una presunción de que el mismo es válido, y por tanto, las partes pueden cifrar en el otro negociaciones o expectativas de negociación. Teniendo en cuenta la confianza de validez que una vez celebrado, el mismo infunde tanto en la mente de los demás como en la parte contratante, es consecuencia lógica que una vez nulo pueda causarle daño a la parte contratante que lo crea válido.

a) Mala fe, culpa :

No puede decirse, sin embargo, que la parte causante de la nulidad obrará de mala fe o su actuación fuere culpable ya que no en todas las causas de nulidad, media una conducta dolosa del sujeto que la crea. Por ejemplo, cuando la causa de nulidad se debe a error "in persona" o a error "in negotio", y en otros tantos casos donde la causa de nulidad responde a la política pública, como lo son la nulidad de los contratos que estén en contra de la ley, la moral y las buenas costumbres.

No habiendo culpa en la conducta del sujeto que infringió el daño, una vez disuelta el vínculo contractual, tampoco puede ser motivo de un resarcimiento por responsabilidad extracontractual ya que faltaría aquí el elemento causal que es la culpa entre el sujeto productor del daño y el daño mismo.

También, en este caso, la mala fe o el dolo, o sea, la conducta subjetiva no tiene relación directa con el daño causado ya que obrándose de buena fe puede igualmente producirse un daño patri-

monial a una de las partes contratantes que habiendo confiado en la validez del contrato el mismo llegará al anularse. Quizas la conducta del sujeto puede dar motivos a una disolución del vínculo jurídico, como en el caso de dolo, pero este no puede en forma genérica ser el fundamento jurídico al daño indemnizable con motivo de la nulidad, ya que no todas las causas de inválidez están basadas en una conducta de mala fe o dolosa de una parte contratante, sino que muchas de ellas son objetivas en su reglamentación, como en el caso que señaláramos anteriormente en que se declarasen nulos los contratos que estén en contra de la ley, la moral y las buenas costumbres. En este caso, el fundamento de inválidez se encuentra de una forma objetiva fuera de la conducta del individuo.

b) Elementos esenciales de validez en el contrato :

Tampoco puede descansar la obligación a indemnizar (el daño causado por la nulidad) a la parte que confió en la validez del contrato, en las normas y directrices que regulan la autonomía privada, ya que aún cuando éstas establecen los elementos esenciales que dan validez al contrato o prohíben la celebración de contratos sobre la herencia futura y declaran nulas las cláusulas en los contratos, que sean contrarios a la ley, la moral y al orden público, etc; los mismos son preceptos prohibitivos o imperativos, pero su incumplimiento se reduce únicamente a una causa de inválidez que puede dar lugar a la nulidad del contrato, sin que los mismos den lugar a una indemnización por los daños que se pueden causar con la nulidad del contrato. Estas, además, sirven de guía a la contratación privada y en algunos casos suplen la voluntad de las partes cuando ellos nada dispongan sobre tal o cual asunto.

Faltar a estas normas se diría que es faltar a un deber u obligación que la ley impone mediante ellas; a las partes de llevar a cabo un contrato valido y libre de todo vicio de nulidad.

Cuando las partes o una de ellas burlando estos preceptos legales dá a luz un contrato nulo queda, por tanto, a merced de una sanción legislativa dentro de la cual se encuentra el deber de restitución entre partes como efecto de que no existían lazos jurídicos, que justifiquen la detentación posesoria de lo que antes fuera materia contractual.

c) Restitución entre partes :

Se ha creído erróneamente que la restitución de bienes entre las partes una vez declarada la nulidad respondía a una justa indemnización entre las partes y, que las mismas habían de conformarse con este sólo remedio sin poder aspirar a nada más.

Esta restitución de bienes responde a que una vez dejado sin efecto los lazos jurídicos que unían a las partes como acreedor y deudor dentro del contrato por ellas estipulado, las mismas han de restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses.

No hay duda, que esta restitución de bienes no es otra cosa que los efectos naturales de lo que es la nulidad, o sea, inexistente, ya el vínculo jurídico del contrato es consecuencia lógica y justa a la vez, que cada cual se devuelva lo que dió a cambio. Ahora bien, lo que no puede justificarse es que los efectos de la nulidad sean considerados, también, a la vez como la justa indemnización a que la parte perjudicada por ésta, tenga derecho o pueda aspirar. Es evidente que aquí el legislador se dedica a restituir a cada cual lo suyo, pero en ningún momento con ello tiene en mente indemnizar a la parte inocente que sufra un daño con la nulidad del contrato.

Cuando la restitución se refiere a los bienes en el caso en que se pide la devolución de la cosa con sus frutos, es claro que los mismos deben haberse percibido realmente ya que no siempre

los mismos tendrán lugar más, sin embargo, cuando se habla de la devolución del precio con sus intereses, es claro que siempre los mismos tendrán lugar porque no se habla de unos intereses como fruto de un dinero, sino de unos intereses que la ley exige sobre el precio de la cosa. Esto por tratarse de una exigencia legislativa, y no de un hecho que dependa de la realidad, como son los frutos percibidos cuando verdaderamente sean producidos por la cosa, podrían ser constitutivos de una penalidad impuesta por el legislador.

El legislador quiso equiparar el caso de los frutos de la cosa con el fruto del precio que, para el caso, lo estipulo en intereses. Pero no se dió cuenta que los frutos de la cosa responden a un hecho natural o civil que puede tener lugar dependiendo de la cosa misma. Así afirma que el legislador, en este caso, se refiere a los intereses del precio, lo hace a los intereses realmente percibidos y no a unos intereses que obligatoriamente tienen que ser devueltos por una parte, aunque no hayan sido realmente percibidos.

Por tanto, el espíritu de nuestros codificadores era el que habiendo quedado disuelto los lazos jurídicos, que justifican la detentación posesoria de los bienes, lo más justo era poner las cosas en el mismo lugar en que habían estado antes de contratar.

Podemos concluir que la responsabilidad por los daños que pueda acarrear la nulidad de un contrato no fue prevista por las codificaciones antiguas y no se debe por una interpretación forzosa del derecho positivo, reglamentar una materia que se hace nueva ante nuestro sistema de derecho como lo es la responsabilidad precontractual que no sólo se dá en las "trattativas", en la revocación de la oferta sino, que también tiene lugar una vez declarada la nulidad de los contratos.

3º Desconocimiento de la causa de nulidad :

La nulidad es causa de responsabilidad precontractual cuando el motivo por el cual se anula el contrato es conocido o debido conocer por una de las partes que debiendo informar de este no lo hace o debiendo conocer no conoce por negligencia propia; causando con la nulidad un daño o perjuicio a la otra parte contratante. Una es causante del vicio de nulidad, no solamente cuando por acción lo provoque, sino también cuando conozca del mismo y se lo calle o cuando, debiendo conocer de él por cuestiones de su oficio o profesión se presume por el conocido o que por negligencia no ha conocido de éste.

La parte perjudicada por la nulidad del contrato para pedir responsabilidad por los daños y perjuicios causados, no puede ser la misma que causó la nulidad y menos aún ha debido conocer de la misma. El desconocimiento total de la causa que motivo la nulidad ha de ser porque fuera ajeno a la misma o porque aún obrando diligentemente no hubiera podido conocer de ella.

Cuando la ley castigue la causa de nulidad como un delito penal, si tipifica al otro participante de la misma como coautor, complice, o simplemente le penaliza su participación, entonces, no podemos decir que esa persona es ajena a la causa de nulidad. También cuando a la misma se le exige cierto grado de diligencia al obrar como en el caso de que se contrate con un incapaz, tampoco podemos decir que fue diligente al desconocer la incapacidad de un menor.

a) Conocimiento por ficción legal:

Cuando la causa de nulidad fuere por cuestiones de ilicitud de causa u objeto, o porque fuere contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, se debe entender según la presunción legal de que la ignorancia de la ley no excluye su cumplimiento, que

ambas partes son conocedoras, de la ley y no puede hablarse entonces de parte inocente. Si bien es verdad que está última relación présume un conocimiento de las leyes por ficción legal, éste tiene su aplicabilidad en cuanto a la efectividad de la nulidad pero no en cuanto a la responsabilidad precontractual donde se exige que el conocimiento por la parte inocente sea uno que vaya de acuerdo con su poder económico y social para hacer efectivo ese conocimiento.

Por lo que cuando de estos casos se trata, no siempre coincide de la parte causante del vicio con la parte causante de la nulidad o viceversa no siempre coincide la parte inocente con la no causante del vicio de nulidad. Es necesario ver a través del desfile de la prueba quien fue en realidad la parte causante del daño.

En la mayoría de los casos, la parte causante del daño coincide con la parte causante del vicio, ya que como se trata de una responsabilidad objetiva no es necesario la culpa para responsabilizar de la nulidad como el causante del daño, ahora si es necesario el desconocimiento de la causa de nulidad como presupuesto jurídico para exigir la responsabilidad precontractual en el caso de resarcimiento de daños por la nulidad de un contrato.

b) Causa penal :

Cuando la causa de nulidad, además, de causa ilícita fuere delito penal se hace necesario examinar si dicho delito al ser tipificado por el Código penal, incluye a ambas partes contratantes como violadores del precepto legal. Cuando ambas partes son culpables dentro de la causa ilícita o penal no puede entonces hablarse de parte inocente aunque una de ellas verdaderamente desconociera el hecho ya que existe una máxima de ley que afirma que la ignorancia de ley no excusa de su cumplimiento.

c) Error, dolo y violencia :

Hay momentos en que la responsabilidad precontractual es clara en la nulidad del contrato, como por ejemplo, cuando se dan situaciones de hecho que provocan la nulidad de los contratos como en el caso del dolo y la violencia. Aquí no puede haber confusión entre la parte inocente y la parte causante de la nulidad pues tan sólo a la parte que produjo el dolo o la violencia puede responsabilizarse de la nulidad del contrato. Si el dolo fuera ejercitado por un tercero sin conocimiento de la parte a quien le beneficie el mismo, vendrá esta obligada a probar su desconocimiento. Aquí entonces no sería cuestión de responsabilidad precontractual lo cual sólo puede surgir entre partes cuya vinculación haya sido un contrato nulo.

Cuando la nulidad sea por error en cuanto aquí se refiere la parte que hubiere provocado el mismo, si midió negligencia únicamente de su parte, es justo que deba responder por los daños y perjuicios que causó a la otra parte contratante con la nulidad del contrato. Aquí existe de forma clara una responsabilidad objetiva, pues no sería justo que una parte sufriera un daño por que la otra obrará exenta de culpa y negligencia.

4º Características de la causa de acción :

a) La nulidad como antesala a la responsabilidad :

Como premisa fundamental la acción de nulidad en los contratos es una distinta de la acción por responsabilidad precontractual. En la primera, el fin primordial es hacer desaparecer los lazos y efectos jurídicos del contrato, mientras que, en la segunda, ya anulado el contrato, habrá que probar que la parte causante de la nulidad infringió daños y perjuicios en la otra parte contratante con la nulidad del contrato. Son, por lo tanto, dos causas de acción independiente una de la otra, más, sin embargo, es necesario

que se ejerza una primero que la otra. Por lo mismo que es menester anular antes el contrato es lógico que sea interponer la acción de nulidad antes que la de responsabilidad precontractual.

Otra característica de esta acción es su especial y delimitada eficacia; la sentencia obtenida en virtud de la acción de nulidad sirve para poner de manifiesto solemnemente el carácter del negocio contrario a la ley. Ello bastaría para oponerse a una pretensión basada en ese negocio nulo, pero en otros casos, cuando se trate de reclamar la entrega o restitución de lo obtenido en base a un título nulo será necesario el ejercicio de otra acción. Lo que ha hecho que se caracterice como preparatorio de una posterior acción y sentencia de conducta. Así, pues, la acción de nulidad es la antesala a la acción de responsabilidad precontractual.

b) Prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción:

Donde la nulidad del contrato tenga una causa de acción de las que prescriben a los cuatro años, también prescribirá la causa de acción por responsabilidad precontractual, ya que no pudiendo tener lugar la nulidad no puede llegar a tener lugar la responsabilidad precontractual.

En los contratos donde la causa de nulidad sea imprescriptible como lo son de causa de nulidad absoluta, la causa de acción por responsabilidad precontractual empezará a correr su término prescriptivo durante un año y un día después de anulado el contrato mediante sentencia firme, lo cual tiene un gran significado de impacto en la nulidad de los contratos, ya que se daba el caso que como la acción restitutoria prescribía porque tiene su término prescriptivo, no tenía entonces valor alguno ejercer la acción de nulidad que no prescribía ya que habiendo tenido lugar la usurpación extraordinaria perdía su significado la acción de nulidad. Más, sin embargo, con la acción de responsabilidad precon-

tractual podría remediarse en cierta forma la incompatibilidad de estas acciones en la práctica.

c) Acción entre partes :

Solamente pueden las partes contratantes pedir la acción de responsabilidad precontractual, mientras que, la nulidad absoluta, puede ser pedida hasta por un tercero, además de las partes en el contrato, o sea, que la acción de responsabilidad precontractual es una acción entre partes.

d) ¿Quién puede pedir la acción?:

Unicamente podrá pedir responsabilidad, la parte inocente y cuando ambas partes igualmente causantes de la nulidad, entonces, por estar ambas en iguales condiciones vendrán impedidas para pedir responsabilidad precontractual. En este mismo sentido, la responsabilidad, en el defecto alegado, es la segunda de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción pero, sin embargo, hay un sector de la doctrina que la expresan diciendo que sólo puede ejercitar la causa de acción el perjudicado, lo cual puede ocasionar equivocaciones ya que la nulidad es independiente de la lesión. Esta característica es aplicable a la acción de responsabilidad precontractual pero a la inversa, o sea, el que recibe la lesión, si es la parte irresponsable en la causa de nulidad, es quien tiene derecho a ejercitar dicha acción por lo que en este caso la lesión es el efecto inmediato de la nulidad.

e) Acumulación de acciones :

La parte perjudicada acumulo en su demanda la acción de nulidad y la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios por responsabilidad precontractual, advirtiendo así mismo que esto puede ocasionar alguna dificultad cuando la parte protegida mediante la acción de nulidad sea la causante del daño, como por ejemplo, en el caso del incapacitado. Por lo mismo, aunque las ac-

ciones pueden ser acumulativas, las mismas deben llevarse independiente una de la otra.

f) Daños resarcibles :

En lo relativo a los daños indemnizables como resarcimiento a los perjuicios causados a la parte inculpa son de opinión la mayoría de los autores independiente la clasificación que haya podido darle a la responsabilidad precontractual y la acción que de esta se derive, que solamente se reparara el interés negativo.

.- N O T A S -.

- (1) MANZANARES SECADES, La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, ADC, 1.984, pág 688.
- (2) LOI Y TESSITORE, Buona fede e responsabilità precontractuale, Milano, 1.975, pág 40.
- (3) JOANNA SCHMIDT, La sanction de la faute precontractuelle, Revue trimestrielle de Droit civil, 1.974, pág 46 y ss.
- (4) MANZANARES SECADES, op. cit, pág 695.
- (5) BESSONE, Rapporti precontractuali e dovere de correttezza, Riv. Dir. e Proc. Civ., 1.972, pág 1.020.
- (6) MANZANARES SECADES, op. cit, pág 696.
- (7) BESSONE, op, cit, pág 1.021.
- (8) BESSONE, op. cit. pág 1.023.
- (9) BENATTI, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1.963, pág 48.
- (10) MANZANARES SECADES, op, cit, pág 670 y ss.
- (11) MANZANARES SECADES, op. cit, pág 699.
- (12) PACCHIONI, Obligaçione e Contratti, Milano, 1.950, pág 23 y ss.
- (13) MANZANARES SECADES, op. cit, pág 700.
- (14) GERI, Contributto alla teoria dell interesse legitimo nel diritto privato, Milano, 1.967, pág 248.
- (15) FAGGELLA, Dei periodi precontrattuali e delle loro vera el esatte construzioni scientifica, Studi giuridicci in onore de Carlo Fadda, Napoles, 1.906, T. III, pág 271.
- (16) MANZANARES SECADES, op cit, pág 701.
- (17) GERI, op, cit, pág 246 y ss.
- (18) DIEZ PICOAZO, La representaci3n en el Derecho privado, Civitas, 1.979, pág 92.
- (19) PIOTET, Culpā in contrahendo, en Droit privé suisse, Berna, 1.956, pág 249.
- (20) PIOTET, op, cit, pág 249.

(21) JOANNA SCHMIDT, op, cit, pág 53.

(22) LARENZ, Derecho de obligaciones, T.I, pág 105.

(23) MANZANARES SECADES, op. cit, pág 711-712.

CONCLUSIONES

CAPITULO I

- 1-. El contrato no tiene como tal un momento de surgimiento espontáneo sino que se hace necesaria una evolución en su formación hasta llegar a su conclusión.
- 2-. El procedimiento de formación que es común y necesario a todos los contratos; no puede decirse que es igualmente tipificado en los mismos sino que éste varía de acuerdo con la forma evolutiva del consentimiento.
- 3-. La configuración de la voluntad de las partes o el consentimiento puede ser instantáneo cuando se hace mediante una oferta y aceptación entre presentes; pero cuando transmitida una oferta a una persona distante que la acepta, median-do así un lapso de tiempo entre la emisión de la oferta y la aceptación que no obliga hasta tanto el ofertante no conozca de ella y cuando se produce después de una etapa de negociaciones que desembocan en la oferta y la aceptación, lo mismo entre personas presentes o ausentes.
- 4-. Es evidente que la formación del contrato varía de acuerdo con la fase evolutiva, cambiando así la concepción tradicional y simplista de que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación.
- 5-. Los tratos preliminares en la formación del contrato son una serie de negociaciones y tratos cuyo desarrollo progresivo está encaminado a desembocar en la oferta. Declaración de voluntad de que no es ya unilateral sino que está hecha de acuerdo con las ambiciones, fines y propósitos de las partes.

- 6-. Los tratos preliminares por su novísimo origen como también por la creencia errónea de su irrelevancia jurídica en el contrato, han sido las causas de que aún, no se haya logrado por la doctrina científica un examen y enmarque jurídico definitivo; lo mismo el derecho positivo que tampoco ha sido prolijo en su normativa.

- 7-. Aun siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con exploraciones de voluntad contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio, y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones. Pero encaminados los tratos preliminares a la formación de la oferta, desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento en que en el iter contractual se llegó a formular una proposición final con todas las notas de una verdadera oferta.

- 8-. El trato preliminar apriorísticamente contemplado encaja, en principio, en el marco general del contrato: en su formación. El mismo encuadramiento tienen los tratos preliminares que han desembocado en la efectiva realización de un contrato. Por otra parte, los tratos preliminares, que no han logrado su propia finalidad, la consecución de un contrato ulterior, es lógico que no se puedan incluir tras un examen atento, dentro del marco general del contrato.

- 9-. La actuación de las partes en la fase de tratos preliminares supone la realización de los llamados "comportamientos de hecho". Por ello, la relación de las partes en dicha fase, será una mera relación social, pero no una relación jurídica.

10-. Como principales caracteres generales de los tratos preliminares, hay que señalar los siguientes :

- Los tratos preliminares suponen un ánimo de contratar, no en sí mismo, sino en contemplación de toda la fase preliminar en la que se integran. En este sentido ha de entenderse el tradicional animo de tratar.
- Los tratos preliminares no producen el efecto de compel~~er~~ a las partes a concluir el contrato en cuestión.
- No es esencial a los tratos preliminares el que las partes, posibles contratantes, adopten posiciones antagónicas.
- Los tratos preliminares obligan a las partes, en su desarrollo, a comportarse según los dictados de la buena fe.
- La naturaleza jurídica de los tratos preliminares no difiere según que su contemplación sea antes o después de haber llegado a producir la celebración del contrato a que, en principio tienden.

11-. La minuta es que las partes habiéndose puesto de acuerdo sobre diferentes puntos e inclusive sobre todas las cláusulas del contrato, les dan un valor de mayor seriedad entre ellas poniéndolas por escrito y hasta a veces es firmada; sin que por ello se les considere vinculadas contractualmente a las partes.

12-. En los tratos preliminares las partes tienen la intención de elaborar, discutir y concertar un contrato, o ver la posibilidad de celebrarlo en su momento. Es decir, sus actuaciones se encaminan a la formación de un consentimiento. Por el contrario, el precontrato existe ya una verdadera intención de obligarse, un autentico consentimiento; existe ya el contrato.

- 13-. Los tratos son el proceso mediato para llegar a la oferta y conclusión del contrato a diferencia de la oferta que es la emisión de voluntad inmediata a la conclusión del contrato. Además los tratos pueden variarse, sin embargo, la oferta es definitiva en sus términos.
- 14-. No puede haber coexistencia de ambas figuras, pues aunque los tratos puedan contener todos los elementos constitutivos de la oferta, nunca serán una oferta porque siempre faltará en la etapa de los tratos preliminares la seria intención de obligarse.
- 15-. Ni en la oferta ni en los tratos preliminares existe la obligación jurídica vinculante a la conclusión del contrato.
- 16-. El acto coetáneo tiene de hecho sustantividad propia, y su relación con el contrato respecto del que se predica la coetaneidad es únicamente a efectos interpretativos, en los términos del Art 1.282 del Código civil, por lo que no puede ser confundido con el trato preliminar que tiende a conformar la voluntad contractual constituyendo la fase de formación del contrato.
- 17-. Es el contrato oneroso el que, per se, exige preparativos, discusiones, y a menudo una lenta y difícil etapa formativa. En cambio no es frecuente ni normal, que los contratos gratuitos se formen mediante negociaciones preliminares.
- 18-. La importancia práctica de la etapa precontractual y la necesidad, por ello, de una adecuada disciplina jurídica no puede ponerse en duda, si tenemos en cuenta la complejidad del tráfico económico actual.

CAPITULO II

- 1-. El concepto de culpa in contrahendo aparece por primera vez en 1.861, año en el que apareció la obra de IHERING "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfectión gelangten Verträgen". Dicha obra pretende encontrar la base para la responsabilidad de una de las partes intervinientes en un contrato si éste resulta nulo y origina daños al otro contratante, que había confiado en la validez del contrato.

- 2-. IHERING afirma que quien incurre en culpa en el proceso de formación de un contrato debe indemnizar a la otra parte los daños sufridos, constituyendo el fundamento de tal reparación el contrato que, a pesar de su nulidad, despliega efectos al menos en este sentido.

- 3-. A principios del siglo XX, LEONHARD pone de manifiesto la necesidad de hallar un fundamento jurídico para reparar los daños causados en el periodo de realización del contrato por comportamientos negligentes de la otra parte, por insuficiencia de preceptos en el BGB en que se contemplen las consecuencias de comportamientos lesivos en la formación del contrato.

- 4-. LEONHARD habla de culpa en la realización del contrato, y mientras la culpa in contrahendo proporciona fundamento indemnizatorio a los daños sufridos como consecuencia de invalidez de un contrato; la culpa en la realización del contrato sólo cuando, además de violarse deberes precontractuales, se ha llegado a un contrato válido. A pesar de esto no había razones suficientes para seguir manteniendo diferencias con-

ceptuales entre ambas.

- 5-. SIBER, sin embargo, planteo el tema de la responsabilidad en la formación del contrato, planteó la misma como derivada de la violación de deberes de información precontractuales, existentes con independencia de la celebración o no de un contrato posterior valido. Además ya este jurista dió el mismo sentido a la culpa in contrahendo y a la culpa en la realización del contrato.

- 6-. FAGGELA, ya en el derecho italiano, realizo el primer estudio en 1.906 de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de los tratos, configurandola en torno a tres ideas, que son :
 - Determinación de las distintas fases en que se subdivide el período precontractual con admisión si no de los mismos caracteres para cada uno de ellos, al menos dé un valor jurídico que debe reconocerse a todos.
 - El principio del mantenimiento integral del derecho de ruptura o de revocación,
 - La combinación de este principio de autonomía con el de responsabilidad o bajo ciertas condiciones, para el caso de ruptura o de revocación.

- 7-. Para FAGGELA el fundamento de la responsabilidad precontractual se encuentra en el **consentimiento** de dos personas para entrar en **conversaciones** preliminares y para realizar durante ellas los gastos que sean necesarios con el fin de otorgar el contrato, en interés común. El consentimiento contiene una garantía tácita por la cual debe repararse el perjuicio causado por la ruptura brusca de las conversaciones, que con-

siste en el importe de los gastos efectuados para llegar al acuerdo final.

- 8-. El Código civil italiano de 1.942 introduce los Artículos 1.337 y 1.338, teniendo en cuenta que el Art 1.338 consagra la culpa in contrahendo en el sentido que le dió IHERING, es decir, conclusión de contratos que devienen nulos tras su celebración, a consecuencia de vicios existentes en el período de formación del contrato. Sin embargo el Art 1.337 acoge perfectamente el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones.

- 9-. Lo que se quiere proteger con estos artículos es a la parte que ha cumplido con los deberes que le incumbían durante las negociaciones o durante la formación del contrato, que se ha comportado correctamente, que ha obrado de buena fe, y que por tanto, no tiene porqué soportar un daño sobre su patrimonio.

CAPITULO III

- 1-. Si en un sentido general puede afirmarse que la responsabilidad precontractual es la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio. En un orden más concreto será la que dimana de vulnerar la buena fe in contrahendo. Responsabilidad que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las negociaciones preliminares.

- 2-. Puede decirse que se dará el supuesto de la culpa in contrahendo cuando a consecuencia de la conducta culposa por parte de uno de los contratantes se produzca la imposibilidad de que llegue a celebrarse el negocio, o bien que, aún celebrado, resulte ineficaz en el grado que determine la causa producida o no declarada por el infractor.

- 3-. La responsabilidad precontractual responde a la necesidad de reparar el daño ocasionado por defraudar injustamente la confianza en la honorabilidad ajena. Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introducen en el tráfico jurídico. Los llamados intereses de la confianza proporcionan ratio suficiente para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar in contrahendo.

- 4-. En el Derecho alemán la culpa in contrahendo es un instituto aceptado como costumbre jurídica en virtud de la cual se hace responsable a quien en la fase precontractual ha realizado un comportamiento lesivo contrario a los imperativos

de la buena fe en sentido objetivo.

- 5-. Esta responsabilidad se sujeta a un régimen propio de normas previstas para el campo contractual. Tal régimen no es, sin embargo, uniforme y ello viene determinado por la disparidad de supuestos para cuya solución se recurre a la culpa in contrahendo (casos de interrupción de negociaciones, invalidez contractual y realización de un contrato válido) así como por la tendencia de las instancias juzgadoras a buscar la solución más justa en el caso concreto.
- 6-. La causa que está en el origen del instituto es la no indemnizabilidad en el campo extracontractual de los daños primariamente patrimoniales causados negligentemente, característica ésta, a la que respondían la mayor parte de los conflictos de intereses surgidos en la preparación del contrato.
- 7-. Circunstancias que determinaron a la culpa in contrahendo, hay que señalar, de un lado, el deseo de obviar determinados aspectos del régimen de la responsabilidad extracontractual en el BGR, y de otro, el que ya muy tempranamente tomara sede en la jurisprudencia la opinión de que había casos en los que, no obstante existir un contrato válido, debido a su configuración lesiva podían experimentarse perjuicios que, sin embargo, no eran susceptibles de repararse de acuerdo a las normas de responsabilidad contractual, necesitando, al quedar por la razón ya señalada también excluido el recurso a la normativa extracontractual, un fundamento indemnizatorio no previsto en el Código.
- 8-. Pese a reconocer que con toda la construcción de la culpa in

contrahendo se ha creado una responsabilidad entre la contractual y la extracontractual y se ha abierto una vía indemnizatoria al margen de las previsiones del Código civil, se insiste en que el instituto tiene carácter subsidiario. Sin embargo, la subsidiariedad no es tal, pues se examinan supuestos que sí encuentran acogida en el BGB; la razón para ello parece ser, en ocasiones, el atractivo que como cláusula general ofrece para los conflictos que giran en torno a la preparación del contrato y, en otras, el deseo de acogerse a un régimen más beneficioso para quien plantea la reclamación.

9-. En el Derecho español, sin embargo, la idea de la responsabilidad precontractual en ordenamientos con una amplia fórmula de responsabilidad extracontractual no era imprescindible, en la medida en que los supuestos podían configurarse directamente como ilícitos aquilianos. Sin embargo, ha de admitirse también, y aquí radica su utilidad, que ha constituido un factor decisivo para llamar la atención sobre el periodo precontractual y crear un estado generalizado de opinión que ha llevado a la aceptación de la posibilidad de configurar conductas ilícitas en un estadio del que se venía predicando una absoluta, como principio casi general, una absoluta libertad de actuación; ello implica incidir en la exigencia de una mayor consideración para los intereses de la parte con la que se establecen negociaciones, sin olvidar que las partes tendrán intereses contrapuestos y que a ambas les ha de ser exigible un determinado nivel de diligencia en la tutela de los mismos.

10-. La doctrina viene a señalar como elementos de la responsabilidad precontractual :

- Que las partes, culpable y dañado, hayan entablado con anterioridad una relación encaminada a celebrar un contrato.
- La conducta culposa del agente que, influyendo sobre la relación entablada hace imposible que el contrato llegue a perfeccionarse, o que, aún logrado esto, produzca su ineficacia.
- La existencia del daño causado a la otra parte contratante, puede manifestarse en la frustración definitiva del contrato o en la ineficacia que al mismo le comunique.

11-. Los efectos de la responsabilidad precontractual viene determinado por el verdadero significado de la culpa in contrahendo que esta en constituir un supuesto de aplicación hecha a la fase precontractual del principio general que impone a las partes la obligación de resarcir los daños que, por acción u omisión, se causen a otro interviniendo culpa o negligencia.

12-. Como manifestaciones concretas en que existe obligación de indemnizar por violación de la buena fe en la etapa preparatoria del contrato están: el deber de comunicación e información, deber de secreto, deber de custodia y conservación, daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio, por actos de auxiliares o del representante, ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato, revocación de la oferta o los gastos de la confianza.

CAPITULO IV

- 1-. No existe una respuesta unitaria a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Así en Alemania prevalecía la tesis contractualista; Francia, Suiza y España se inclinaban por la tesis extracontractual; y en Italia si bien la jurisprudencia mayoritaria afirma que la culpa in contrahendo es un supuesto de culpa aquiliana, un importante sector doctrinal ha comenzado a poner en tela de juicio dicha afirmación. De todo ello, se desprende que la solución al problema de la naturaleza precontractual viene determinada por los datos del derecho positivo, y en definitiva, por la exigencia de dar una respuesta a las necesidades prácticas en función de una normativa concreta.

- 2-. La adopción en Alemania de la tesis contractual es algo a lo que se ve forzado la doctrina de aquel país por la imposibilidad de solucionar supuestos de culpa in contrahendo si se adoptaba la tesis extracontractual, y ello debido, a la ausencia en el BGB de una noción general del ilícito civil. Por ello se acude a la solución contractualista que se intenta justificar luego desde distintas perspectivas teóricas.

- 3-. En el derecho italiano, donde no existían las dificultades del ordenamiento alemán, el planteamiento era distinto. Bajo la vigencia del Código civil de 1.865, se presentaba como superfluo el examen de la naturaleza de esta responsabilidad, en cuanto que no existía una norma expresa de alcance general a la que pudiera conectarse la afirmación de la responsabilidad precontractual, por lo que, bajo el silencio de la ley en la doctrina se hablaba de culpa extracontractual al amparo del Art 1.175, porque el vínculo jurídico en-

tre las partes se había revelado inexistente.

Cuando aparece el Art 1.337 en el Código de 1.942, la doctrina italiana encuentra la conformación legislativa de que las trattative constituyen un período sometido al derecho, y donde surgen ya derechos y obligaciones impuestas por la ley, y cuya violación acarrea unas consecuencias. Y a partir de ese artículo se intenta construir la culpa in contra hendo como culpa contractual.

- 4-. En aquellos ordenamientos en los que, existiendo una noción general del ilícito civil, como son el francés y el español, carecen de una norma como la del Art 1.337 del Código italiano, la respuesta a la naturaleza de la responsabilidad precontractual tiene que ser la de culpa aquiliana.

- 5-. Concretamente en nuestro derecho, el tema está escasamente elaborado. La doctrina, aún aceptando el carácter interlocutorio de los tratos, ha señalado que la libertad de romper las negociaciones no es absoluta, y que tiene un límite en la legítima confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Se ha hablado incluso de una "relación jurídica precontractual" de las partes en negociaciones, pero la ausencia de una norma de carácter general, hace que la apoyatura de esa relación sea bastante débil. Se puede hablar de una obligación para las partes de comprometerse de buena fe durante el período de formación del contrato, pero sólo a nivel **teórico**, postulando la extensión a dicho período de la existencia de buena fe que establece el Art 1.258. Y las violaciones de ese deber general de buena fe deberán ser reconducidas al Art 1.902 a falta de una normativa legal y de unas decisiones jurisprudenciales que permitan clarificar el tema.

CAPITULO V

- 1-. La reticencia, considerada como ocultación de ciertos datos importantes para una representación exacta del contrato, puede constituir un vicio del consentimiento de la otra parte y provocar la anulación del contrato.

- 2-. Es ilícito hablar de una obligación general de información entre las partes en el período de formación del contrato, que concretamente, y por lo que respecta al supuesto de las negociaciones preliminares, tiene por objeto el suministrar a la parte con la que se está en tratos, todos aquellos datos que hagan posible una representación del negocio que se pretende concluir.

CAPITULO VI

- 1-. El interés contractual negativo, y su opuesto, el interés contractual positivo, se apoyan respectivamente en el aspecto positivo y negativo del contrato.

- 2-. Mientras que el interés positivo lo constituye la validez y, por eso, el interés positivo implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal :el cumplimiento; el interés negativo, es la invalidez, y en ella, ha de basarse quien, ante un contrato nulo, pretenda ser indemnizado, no podrá ser colocado como si el contrato fuera válido sino que, y dado que la invalidez es un hecho, su reclamación habrá de dirigirse a restablecer la situación patrimonial en la que se hallará si no hubiese contratado (sino hubiese confiado en la validez del contrato). Al interés negativo pueden responder no sólo las pérdidas efectivamente sufridas (gastos de celebración del contrato) sino también las ganancias dejadas de obtener en relación a negocios que se desecharon por preferir el que al final resultó inválido.

- 3-. El problema que se puede plantear es si el interés negativo en casos de responsabilidad precontractual puede exceder la medida del interés positivo. Parece que el quantum del interés negativo no puede superar la medida del interés positivo, esto es, lo que se habría obtenido en caso de que el contrato hubiera sido concluido y ejecutado. Esta solución tiene la dificultad de determinar con exactitud no tanto el interés negativo sino el límite que éste no puede superar, esto es, la cuantía del interés positivo, pues no llegandose a concluir el contrato será difícil saber que habría obtenido la parte en el caso de que los tratos hubieran seguido su curso.

A pesar de lo anterior, la solución parece más justa, pues si no se admitiera este límite se llegaría a la conclusión ilógica de que, en ocasiones, la parte que sufre la ruptura obtendría un beneficio mayor a consecuencia de ésta que el que habría conseguido de haberse desarrollado normalmente las negociaciones y haber concluido el contrato.

- 4-. La reparación del daño puede comprender el daño emergente y el lucro cesante.

- 5-. El daño emergente, no presenta especial problema en su cuantificación, ya que siendo susceptibles los gastos, realizados por la parte perjudicada por la frustración de concluir el contrato, de individualización y valoración inmediata, resultan directamente computables, por lo que constituirán de lleno el objeto de la suma resarcible.

Sin embargo no habrá lugar a indemnización :

- Los gastos realizados en el curso de la preparación de un contrato, los interesados están obligados a efectuar o asumir unos riesgos considerables, pues toda actividad económica comporta un riesgo.
- Los gastos ocasionados con motivo de la preparación de los contratos, pues nadie obliga a quien hizo desembolsos para realizar estudios y proyectos preliminares.
- Los gastos ocasionados por un fracaso normal de las conversaciones preliminares.

Serán indemnizables, aquellos cuya realización encuentra su razón de ser en el consentimiento del contratante que posteriormente romperá las negociaciones, que ha autorizado con su incorporación a los tratos los gastos que pueden producirse.

6-. El lucro cesante no es pacífica la doctrina sobre si cabe o no indemnización, aunque parece que la doctrina mayoritaria se inclina por la no indemnizabilidad del lucro cesante.

CAPITULO VII

- 1-. Dos son los grupos de supuestos que integran la responsabilidad precontractual : la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares y la invalidez contractual.

- 2-. En cuanto a la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, parece que fue una hipótesis ignorada por IHERING, la exigencia de una etapa preparatoria se hace sentir con mayor perentoriedad, pues el tráfico jurídico se caracteriza por el número cada vez más creciente de negocios de extrema complejidad cuya gestión se realiza a expensas de notables esfuerzos y después de un sin número de preparativos, por lo que es característica de nuestra época la necesidad impuesta por la moderna economía de que los negocios jurídicos vayan precedidos de una formación lenta y gravosa.

- 3-. El periodo de formación de los contratos ha dejado de ser algo extraño a la tutela del derecho, y se admite que en dicho período pesan sobre futuros contratantes deberes precontractuales. De esta forma, la responsabilidad precontractual deriva de la buena fe in contrahendo, que implica tutela de la confianza que una persona deposite en las negociaciones y comunicación de planes que le hizo la contraparte; protección por haber confiado según los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidos a quienes pretenden instaurar una vinculación jurídica.

- 4-. Se puede hablar de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de los negocios preliminares cuando una de las partes en negociaciones haya suscitado en la otra, con

su actitud, la confianza fundada en que el contrato se celebrará y luego se aparta de las negociaciones sin motivo justificado, y siempre cuando dicha ruptura produzca un daño en el patrimonio de la otra parte, daño que se califica como interés negativo.

La ausencia en nuestro ordenamiento de una cláusula general como la del Art 1.337 hace que dicha responsabilidad carezca de una apoyatura específica en nuestro Derecho, con independencia de que se busca su encuadramiento en la cláusula general del Art 1.902 del Cc, ilícito extracontractual, o se propugna la ampliación del período de formación de los contratos de la noción de buena fe, establecida en el Art 1.256 para el cumplimiento de los mismos.

- 5-. En cuanto al supuesto de invalidez contractual como supuesto de responsabilidad precontractual: una de las partes una vez disuelto el vínculo contractual por motivos de invalidez, sufre un daño como consecuencia de la seguridad que ésta parte tenía sobre la validez de un contrato habiendo cifrado en él otras negociaciones o expectativas de negociación.
- 6-. El hecho entonces que motiva el daño es la confianza de validez que una vez celebrado el contrato; el mismo infunde en la mente de las partes contratantes, como en la mente de los demás; consecuencia lógica de que una vez nulo pueda causarle un daño a la parte contratante que haya confiado en su validez, desconociendo totalmente la causa de nulidad.
- 7-. Este daño así causado debe ser indemnizado, sin embargo no se ha buscado el fundamento jurídico a la indemnización en la confianza de la validez que ha tenido una de las partes en

el contrato, sino en la mala fe o culpa del causante de la nulidad, o en el incumplimiento de los elementos de validez del contrato o simplemente pensando que el daño es indemnizado una vez disuelto el vínculo contractual, cuando se produzca la restitución entre partes de las cosas o bienes que fueron motivos del contrato.

8-. Las normas y directrices que regulan la validez de los contratos, aún cuando establecen los elementos esenciales que dan validez al contrato, o prohíben la celebración de contratos sobre la herencia futura y declaran nulos los contratos que sean contrarios a la ley, la moral y el orden público; estos preceptos prohibitivos e imperativos sólo sirven para que su incumplimiento se reduzca a la nulidad del contrato sin que los mismos den lugar a una indemnización por los daños que con su incumplimiento se cause.

9-. Faltar a éstas normas se diría que es faltar a un deber u obligación que la ley impone mediante ellas, a las partes de llevar a cabo un contrato válido y libre de todo vicio de nulidad por lo que la inobservancia de estos preceptos conlleva a la nulidad del contrato que produce unos efectos restitutorios entre las partes.

10-. La restitución entre partes tiene lugar una vez disuelto el vínculo jurídico como consecuencia a la falta de lazos jurídicos que justifiquen la detentación posesoria de lo que antes fueran los bienes o cosas objeto del contrato.

11-. Una parte es causante del vicio de nulidad no solamente cuando por acción lo provoque sino también cuando conozca del

mismo y se lo calle o cuando debiendo conocer de el por ques
tiones de su oficio o profesión se presume por él conocido.

12-. También cuando se le exija cierto grado de diligencia al
obrar y falta a esta no puede pedir indemnización como lo es
el caso de una contratación con un incapaz.

13-. Cuando la causa de la nulidad sea por error, dolo o violencia
existe entonces una parte claramente inocente que podrá pe-
dir el resarcimiento de los daños que la nulidad del contra-
to cause.

14-. La responsabilidad precontractual en los contratos nulos
vienen a salvar los casos en que una vez nulo el contrato
no se pudieran ejercer la acción restitutoria por haber pres-
crito ésta acción o por haber sufrido los bienes la usuca-
pión en manos de otra persona. Aquí la acción de responsabili-
dad precontractual podría reparar en algo el daño sufrido
por la parte que una vez nulo el contrato no pudiera ejercer
la acción restitutoria.

B I B L I O G R A F I A

AGUIRRE GODOY, Mario: La Declaración Unilateral de voluntad como Fuente de Obligaciones, Editorial Universitaria, Guatemala, 1.960.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: Invalidez de la declaración de voluntad, Anuario de Derecho Civil, 1.957, págs 985 ss.

- Derecho Civil, Tomo II Volumen 1º, 3ª Edición, Librería Bosch, Barcelona, 1.985.

ALBERICI: Il dovere precontrattuale di buona fede, Rass. Dir. Civ. 1.982, págs 1.091 ss.

ALBERTARIO: Della responsabilità precontrattuale, Dir. Comm., 1.910, Tomo II, págs 48 ss.

ALISSE: L'obligation de renseignements dans les contrats, Paris 1.975.

ALMEIDA CORTES: Dereito das obrigações, Coimbra, 1.979.

ALONSO PEREZ, Mariano: La responsabilidad precontractual, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1.971, págs 859 ss.

ALPA-BESSONE: Atipicità dell'illecito, Tomo I, 2ª Edición, 1.981.

- La responsabilità civile, Tomo I, 2ª Edición, Milano, 1.980.

- Atto illecito e interessi tutelati, Torino, 1.986.

ALVAREZ VIGARAY: La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento.

ANGEL, Ricardo de: Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio, LA LEY, 1.986, Tomo II, págs 697 ss.

ARRILLAGA, Jose Ignacio: Valor de las Ofertas hechas a personas indeterminadas, Revista de Derecho Mercantil, Vol. XIV nº 40.

ASUA GONZALEZ, Clara Isabel: La Culpa in contrahendo, Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos, Universidad del País Vasco, 1.989.

- Comentario a la STS de 16-5-1.988, Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 17, págs 513 ss.

BADOSA: La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, Bolonia, 1.987.

BAGOLINI: Notas acerca de la relación jurídica, A.D.C.I., 1.950

BAILAS: Das Problem der Vertragsschliessung und der vertragsbegründende Akt, 1.965.

BALLERSTEDT: Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP, 1.950, pág 501 ss.

BARASSI, Lodovico: Instituciones de Derecho Civil, Traducción al español por Ramón García Haro y Mario Falcón, Editorial Bosch, Barcelona, 1.955.

BELTRAN DE HEREDIA, Jose: La obligación de sanear en el arrendamiento, Revista de Derecho Privado, 1.964, págs 367 ss.

BENATTI: La responsabilidad precontrattuale, Milano, 1.963.

BERG: Verträge mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation, JuS, 1.977, págs 363 ss.

BESSONE: Rapporto Precontrattuali e doveri de correttezza, Riv. Dir. e proc. civ., 1.972.

- Casi e cuestion di diritto privato, Milano, 1.976.

- Tipicità e atipicità dell illecito colpa e negligence como formule di politica del diritto, RTDPC, 1.979, págs 425 ss.

BETTI: Teoría General de las obligaciones, Traducción por Jose Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.959.

BIANCA: Diritto civile, III, Il contratto, Milano, 1.984.

BIGLIAZZI: Contributo ad una teoria dell interesse legitimo nell diritto privato, Milano, 1.967.

BOHRER: Die Haftung der Dispositionsgaranten, Ebelsbach, 1.980.

BONET RAMON: Código civil comentado, Ediciones Aquilar, Madrid, 1.954.

- Compendio de Derecho civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.959, Tomo I.

- Fuentes de las Obligaciones, Revista de Derecho Notarial, 1.967 Madrid.

BONFANTE: La Sucessione nella Promesa, Riv. Dir, Comm., 1.927, I.

BONNECASE: Elementos de Derecho Civil, Traducción de José Cajica, Mejico, 1.945, Tomo II.

BORASIO: Attività precontrattuali. Proposta e trattative, Dir, prac, comm., 1.928, Tomo I, pág 101 ss.

BORDA, Guillermo: Tratado de Derecho civil Argentino, Obligaciones, 2ª Edición, Editorial Ferrot, Buenos Aires, 1.973, Tomo II.

BORJAS SORIANO, Manuel; Teoría General de las Obligaciones, Mejico, 1.959, Tomo I.

BOYER: L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, Aix 1.977.

BREBBIA: Responsabilidad precontractual, Rosario, 1.957.

BROX-ELSING: Die Mangelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, JuS 1.976, págs 1 ss.

BUSNELLI: La lesione del credito da parte di terzi, Milano, 1.964.

- La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio, RCDP, 1.987, 273 ss.

CALUSI, Vittorio: In tema di trattative e responsabilità precontrattuale, RTDFC, 1.956, págs 470 ss.

CANARIS: Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutz-
wirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ, 1.965, págs 475 ss.

- Vertrauenshaftung im deutschem Privatrecht, München, 1.971.

CANNATA: L'oggetto dell'obbligazione, Torino, 1.984, págs 35 ss.

CANDIL Y CALVO: Naturaleza Jurídica de la Promesa de Recompensa
a persona indeterminada, Establecimiento tipográfico de Fortanet,
Madrid, 1.914.

CARAMES FERRO, Jose: Curso de Derecho Romano, 9ª Edición, Editorial
Perrot, Buenos Aires, 1.973.

CARBONNIER, Jean: Derecho civil, Traducción por Manuel Mª Zorrilla
Ruiz, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1.971, Tomo II Volumen II.

CARNELUTTI: Sulla distinzioni tra colpa contractuale e colpa
extracontractuale, Riv. Dir. Comm, 1.912, Tomo II, pág 743 ss.

- Sul risarcimento del danno in caso di resoluzioni del contratto
bilaterale per inadempimento, Riv. Dir. Comm 1.923.

CARRARA: La formazione dei contratti, Milano, 1.915.

CARRESI, Franco: Introduzione ad uno studio sistematico degli one-
ri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione nel
negozio giuridico, Riv. Trimm. Dir. e proc. civ. 1.950.

- In tema di trattative e Responsabilità Precontrattuali, en Temi,
1.965.

CASTAN TOBENAS, Jose: Derecho civil español, común y foral, Tomo I Volumen II, 14ª Edición, puesta al día por Jose Luis de los Mozos, Madrid, 1.984.

CASTRO Y BRAVO, Federico de: El Negocio Jurídico, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.971, Volumen X.

CASTRONOVO: L'avventura delle clausole generali, RCDP, 1.986, págs 21 ss.

CHIRONI: La colpa nel diritto civile odierno, Culpa contrattuale, Torino, 1.897.

CICU: L'offerta al pubblico, Torino, 1.902.

CIAN-TRABUCCHI: Comentario breve al Codice Civile, Padova, 1.984.

CLAVERIA: La predisposición del contenido contractual, Revista de Derecho Privado, 1.979, págs 870 ss.

CLEMENTE DE DIEGO, Federico; Instituciones de Derecho civil Español, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1.930, Tomo II.

COLIN Ambrosio, CAPITANT Henry: Curso Elemental de Derecho Civil, Traducción española por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y Anotaciones al Derecho español por Demófilo de Buen, 3ª Edición, revisada y puesta al día por Manuel Battle, Editorial Reus, Madrid, 1.955, Tomo III.

CORRADINI: Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato.

COSSIO Y CORRAL, Alfonso: Instituciones de Derecho civil, Tomo I, Editorial Alianza Editorial, 1.975.

- El dolo en el Derecho civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.955.

COVIELLO: Della cosiddetta culpa in contrahendo, Il Filangieri, 1.900, págs 721 ss.

- Manuale di diritto civile italiano, Milano, 1.929.

DANZ, Erich: La interpretación de los negocios jurídicos, 3ª Edición, Traducción por Francisco Bonet Ramón, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1.955.

DE BUEN, Demófilo: Derecho Civil Español Común, 2ª Edición, Madrid, 1.931.

DE CUPIS: El Daño, Traducción de la 2ª edición italiana por Angel Martínez Carrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1.975.

- Contributi alla teoria del risarcimento del danno, Milano, 1.939.

DEL FANTE: Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà, Rass. Dir. Civ. 1.983, nº 1, págs 122 ss.

DE JUGLART: L'obligation de renseignement dans les contrats, Revue Trim. Droit Civil, 1.945.

DEKKERS: Précis de droit belge, Tomo II.

DELGADO ECHEVARRIA: La anulabilidad, Anuario de Derecho Civil 1.976, págs 1.021 ss.

DELL'AQUILA: La correttezza nel diritto privato, Milano, 1.980.

DEMOGUE, René: Traite des obligations en general, Librairie Arthur Rousseau, París, 1.924, Tomo I y Tomo II.

DE NOVA: La rappresentanza, Torino, 1.984, págs 389 ss.

DE PAGE: Traite elementair de droit civil belge, Bruxelles, 1.964.

DERNBURG: Das Bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussen, Tomo I, 1.902 y 1.906.

DIAZ LOPEZ, Ana Luisa: La formación del contrato y la responsabilidad precontractual, Madrid 1.976, Tesis inédita.

DIEDERICHSEN: Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluss und Sachmängelgewährleistung, BB 1.965, págs 401 ss.

DIEZ PICAZO: Eficacia e ineficacia del negocio jurídico, Anuario de Derecho Civil, 1.961, págs 809 ss.

- Prologo a su traducción de la obra de WIEACKER : El principio de buena fe, Madrid, 1.977.

- Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo I, Madrid 1.978, págs 807 ss.

- La representación en el Derecho privado, Madrid, 1.979 (Civitas).

- Fundamentos del Derecho patrimonial, Tomo I, 2ª Edición, Madrid, 1.936.

DIEZ PICAZO Y GULLON: Sistema de Derecho civil, II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. 5ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1.988.

DIGUIT: Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón, Traducción al español por Carlos G. Posada, Librería española y extranjera, Madrid.

JILCHER: Comentario a los parágrafos 119.120 y 122 e introducción a los parágrafos 116-124 en Standinger Kommentar..., Berlin, 1.980.

DISTASO: Il contratti in generale, Tomo I.

DOLLE: Aussergesetzliche Schuldpflichten, Zges StaatsW, 103, 1, 943, págs 67 ss.

ENNEJERUS, KIPP Y WOLF: Tratado de Derecho Civil (Derecho de Obligaciones), 35ª Edición, Traducida al español por Blas Perez Gonzalez y Jose Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1.954, Tomo II Volumen I y 1.953 Tomo I Volumen I.

ENRICO DEL AGUIDA: La promesa unilateral como fuente de obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, 1.979.

EMMERICH: Comentario al parágrafo 119 e introducción al parágrafo 275 en Münchener Kommentar..., München, 1.985.

ERMAN: Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 1.934, págs 273 ss.

ESPIN.CANOVAS: Manual de Derecho civil español, Volumen III, Obligaciones y contratos, Editorial Revista de Derecho privado Madrid, 1.983.

ESSER-SCHMIDT: Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Heidelberg 1.984.

ESSER-WEYERS: Schuldrecht, Tomo II, 6ª Edición, Heidelberg, 1.984.

EVANS-VON KRBEK: Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens oder Sorgfaltspflichtverletzungen, AcP 1.979, pág 87 ss.

FAGGELA: Dei Periodi precontrattuali e della loro vera el esatte costruzioni scientifica, in studi giuridici in onore di Carlo Fadda, Napoles, 1.906, Tomo III pág 271.

FERRARA: Teoria dei contratti, Napoles, 1.940.

FERRI, Luigi: La autonomía privada, Traducción al español por Sancho Mendizabal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.968.

FIRENTSCHER: Schuldrecht, 6ª Edición, Berlin-New York, 1.976.

FISCHER: Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung, 1.938

- Los daños civiles y su reparación, traducción española por Wenceslao Roces, 1.928.

FLUME: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tomo II, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York, 1.975.

FREUDLING: Schadensersatz bei anfänglicher Unmöglichkeit und bei culpa in contrahendo, JuS 1.984, págs 193 ss.

FROST: Vorvertragliche und vertragsliche Schutzpflichten, Berlin, 1.981.

FULLER-PERDUE: Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza, Traducción al español por Jose Puig Brutau, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1.957.

GALOPPINI: Appunti sulla rivelenza della buona fede in materia de responsabilità precontrattuale, Riv. Dir. e proc. civ., 1.965.

GALLARDO RUEDA, Arturo: Notas doctrinales sobre la responsabilidad precontractual, Estudios jurídicos, Fascículo VII, 1.944, pág 40.

GERNHUBER: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift zum Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe, 1.957.

GHESTIN: La notion d'erreur dans le droit positif actuel, Paris, 1.971.

- La réticence le dol et l'erreur sur les qualites substantielles, D. 1.971, chron, págs 247 ss.

- Traité de Droit Cicil. Les obligations. Le contrat: Formation, Paris, 1.988.

GIAMPICCOLO: La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato, Riv. Dir. Comm., 1.965.

GIORGI: Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno, Traducción al español por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1.910, Tomo III y IV.

GOTTWALD: Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS, 1.982, págs 877 ss.

GRECCO: Formazioni di contratto nullo e responsabilità extracontrattuale, Temi, Rivista di giurisprudenza italiana, 1.953.

GROCIO: De Jure bel. et pac., Tomo II, Capitulo XI, Versiculo 3º, citado por POTHIER.

GRUNEWALD: Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund, JZ 1.984, págs 708 ss.

GRUNSKY: Introducción al parágrafo 249 en Münchener Kommentar, München, 1.985.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Derecho de las Obligaciones, 5ª Edición, Editorial Jose Mª Cajica, Mejico, 1.974.

HANAU: Comentario al parágrafo 276 en Münchener Kommentar, München, 1.985.

HARWIEG: Culpa in contrahendo als Korrektiv für ungerechte Verträge, JuS 1.973, pág 733 ss.

HAUPT: Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig, 1.941.

HEINZ: Culpa in contrahendo in German French and Louisiana Law,
Tulane Law Review, diciembre, 1.940, Volumen 15, nº I.

HELDRICH: Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig, 1.924.

HERNANDEZ GIL, Antonio: Derecho de Obligaciones, Suc. de Rivadeneira, Madrid, 1.960.

HERRMANN: Die Sachwalterhaftung vermögenssorgender Berufe,
JZ 1.983, págs 422 ss.

HIDDEMANN: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht, WM 1.977, págs 1.242 ss.

HILDEBRANDT: Die Erklärungshaftung, Berlin, 1.931.

HILSENRAD: Las obligaciones precontractuales, traducido por Menéndez Pidal, Casa Editorial Gongora, Madrid, 1.931.

HOFMANN: Anfängliche Unausführbarkeit im Wervertrag, MDR 1.963,
págs 717 ss.

HOHLOCH: Volvertragliche Haftung nach culpa in contrahendo,
BGHZ 66, 51, JuS 1.977, págs 302 ss.

- Versicherungsrechtliche Vertrauenshaftung, Mers.R. 1.980, págs
107 ss.

HOPT: Haftung bei der Finanzierung von Publikumsgesellschaften und Bauherrenmodellen, Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag. Berlin-New York, 1.985, págs 284 ss.

- Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens und Bereicherungsausgleich, AcP 1.983, págs 610 ss.

HUBER: Leistungsstörungen. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Tomo I, Köln 1.981, págs 647 ss

IANUZZI: Buona fede e recesso dalle trattative precontrattuali. Foro it, 1.948.

IGARTUA: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 26-11-1.985, Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil, nº 10, págs 256 ss.

IHERING: De la culpa in contrahendo ou des dommages - intérêts dans les conventions nulles o restees imparfait, en Ouvres Choisies, Traducido al francés por O. Heulenaure, Paris, 1.893.

JORDANO FRAGA: La responsabilidad contractual, Editorial Civitas, Madrid, 1.987.

JOSSERAND: Derecho civil. Contratos. Traducido al español por Santiago Cuchillos y Manterola. Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1.950, Tomo II Volumen I.

KONIGEN: Ökonomische Aspekte des Schadensproblems, AcP 1.977, págs 1 ss.

LACRUZ BERDEJO: Elementos de Derecho Civil, Tomo II Volumen 1º,
Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1.985.

LA LAGUNA: La voluntad Unilateral como fuente de las obligaciones,
Revista de Derecho Privado, Madrid, octubre, 1.975, págs 801 ss.

LA LOU: Tratité pratique de responsabilité civile, Paris, 1.962.

LARENZ, Karl: Derecho de obligaciones, Traducción al español por
Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.958,
Tomo I.

- Culpa in contrahendo Verkehrssicherungspflicht und sozialer
Kontakt, MDR 1.954, págs 515 ss.

- Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo, Festschrift
für Ballerstedt, Berlin 1.975, págs 397 ss.

LASARTE: Sobre la integración del Contrato: la buena fe en la
contratación, Revista de Derecho Privado, 1.980, págs 50 ss.

LAURENT: Principles de Droit Civil Français, Bruylant Christophe
y Cie Editores, Bruxelles, 1.818, Tomo XV, citado por Mucius Scaevo-
la.

LEGROS: Essai d'une theorie generale de la responsabilite en cas
de nullite des contrats, Dijon, 1.900, Thèse.

LEHMANN: Tratado de Derecho Civil, Parte General, Traducción al
español por la Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid
1.956, Volumen I.

- Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1.981
págs 1.233 ss.

LEONHARD: Verschulden beim Vertragsschlusse, Berlin, 1.910.

LE TOURNEAU: De l'allegement de l'obligation de renseignement
ou de conseil, D.1.987, chron, págs 101 ss.

LOBATO DE BLAS: Concepto de tratos preliminares, Revista General
Legislación y Jurisprudencia 1.976, págs 541 ss.

LOI-TESSITORE: Buona fede e responsabilità precontrattuale, Mila-
no 1.975.

LOPEZ DE ZAVALIA: Teoría de los Contratos, Editorial Perrot, Buenos
Aires, 1.971.

LOPEZ VILAS: El subcontrato, Editorial Techos, Madrid, 1.973.

LUCAS DE LEYSSAC: L'obligation de renseignements dans les con-
trats, en L'information en droit privé, 1.978, págs 305 ss.

MANRESA Y NAVARRO: Comentarios al Código Civil español, 6ª Edi-
ción, Editorial Reus, Madrid, 1.967, Tomo III Volumen II.

MANZANARES SECADES: La responsabilidad precontractual en la
hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preli-
minares, Anuario de Derecho Civil 1.984, págs 687 ss.

- La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in
contrahendo, Anuario de Derecho Civil 1.985, págs 979 ss.

MARBURGER: Absichtliche Falschübermittlung und Zurechnung von Willenserklärungen, AcP 1.973, págs 137 ss.

MARTIN-BALLESTERO COSTEA: Síntesis y Guía del Derecho Civil, Zaragoza, 1.961, Tomo II.

MARTORANO: La tutela del compratore per i vizi della cosa, Napoles, 1.959.

MAYER-MALY: Comentario al parágrafo 134 en Munchener Kommentar, Munchen, 1.984.

MAZEAUD: Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones, Traducción al español por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1.960, Parte Segunda, Volumen I.

MAZEAUD-TUNC: Tratado Teórico y Práctico de Responsabilidad Civil, delictual y contractual, Traducción al español por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Europa-America, Buenos Aires, Tomo I Volumen I.

MEDICUS: Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Tomo I, Köln, 1.981 págs 479 ss.

- Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS, 1.965, págs 209 ss.

- Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo, Festgabe für MAX KASER zum 80. Geburtstag, Wien-Köln-Graz 1.986.

MENGONI: Sulla Natura della Responsabilita precontrattuale, Riv. Dir. Comm. 1.956, Tomo II, pág 360.

- Spunti per una teoria delle clausole generali, RCDP, 1.986, Tomo I, págs 1 ss.

MERTENS: Verskehrspflichten und Deliktsrecht, Vers R. 1.980, págs 397 ss.

MESSINEO: Manual de Derecho civil y comercial, Traducción al español por Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1.955, Tomo VI.

- Doctrina General del Contrato, Traducción al español por R.O. Fontanarossa, Melendo, Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1.952.

MIRABELLI: Dei contratti in generale, Torino, 1.961.

MONSEN: Beitrag zum Obligationenrecht, I. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf Obligatorische Verhältnisse, 1.853.

- Erörterungen ans dem Obligationenrecht, II; Ueber die Haftung der Contrahentem bei der Abschliessung von Schuldverträgen,

MORALES: El alcance protector de las acciones edilicias, Anuario de Derecho Civil, 1.980, págs 585 ss.

- El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad, Anuario de Derecho Civil, 1.982, págs 591 ss.

- El error en los contratos, Madrid, 1.988.

MOREL: Du refus de contrater en raison des considerations personnelles, Revue Trim. Droit Civil, 1.908.

MORENO QUESADA: La oferta del contrato, Barcelona, 1.963.

MORGEN: Die differenzierende Rechtsprechung des BGH zur Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen. Eine halbherzige Lösung, NJW 1.987, págs 474 ss.

MORO LEDESMA: El precontrato, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Tomo X.

MOSCO: Culpa in contrahendo e determinazione del danno risarcibile, en giur. cass. civ., 1.947, Tomo III.

MUZOS, Jose Luis DE LOS: El principio de la buena fe, Barcelona, 1.965.

- El concepto de obligación, Revista de Derecho Privado, 1.980, págs 979 ss.

MUGDAN: Die gesantem Materialen zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deuchsche Reich, Tomo I y II, Berlin, 1.899.

MUROZ, Luis: Teoría General del Contrato, Cárdenas Editor, Mexico, 1.973.

MUSIELAK: Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichchen. Eine Kristische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichts hof, AcP 1.976, págs 465 ss.

NATTINI: Cenni critici sulla cosiddetta responsabilità precontrattuale, Riv, Dir, Comm, 1.910, págs 110.

NATOLI: Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, RTDPC 1.985, págs 28 ss.

NAVARRO PEREZ: La cesión de créditos en el Derecho civil español, Granada, 1.988.

NIRK: Culpa in contrahendo -eine richterliche Rechtsfortbildung- in der Rechtsprechung der Bundesgerichtshofes, München-Berlin, 1.965 págs 385 ss.

- Culpa in contrahendo -eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung- quo vadiis, München, 1.975, pág 71 ss.

OEHLER: Die Haftung des Vermieters für unbehebbar Mängel der Mietsache, JZ 1.930, págs 794 ss.

PACCHIONI: Obligazioni e Contratti, Casa Editorial Dott. A. Milani, Padova, 1.950.

PACIFI-MAZZONI: Instituzioni di diritto civile italiano, IV, Firenze 1.908.

PANTALEON PRIETO: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 26-1-1.984, Cuaderno Civitas de jurisprudencia Civil, nº 4, págs 1.257 ss.

- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 10-5-1.984,
Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 5, págs 1.645 ss.

- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 19-6-1.984,
Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 6, págs 1.875 ss.

PATRY: La formation du contrat et la protection de la confiance
en droit privé suisse, Berna, 1.963.

PLANIOL, Marcelo; RIPERT Jorge: Tratado práctico de Derecho civil
francés, traducción al español por Mario Diaz Cruz, Cultural SA,
La Habana, 1.940, Tomo VI.

PERETTI GRIVA: Buona fede nei contratti, Rev. Dir. Prac. Comm.,
1.938.

PERIER: Responsabilité précontractuelle, Paris, 1.911.

PICK: Das Verhältnis von culpa in contrahendo zur kaufrechtlichen
Gewährleistung, JuS 1.981, págs 413.

PIEDELIEVRE: Des effets produits par les acts nuls, Paris, 1.911.

PIETROBON: El error en la doctrina del negocio jurídico, traduc-
ción al español de Alonso Perez, Madrid 1.971.

PINTO RUIZ : La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación
con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1.957,
Revista jurídica de Cataluña. Marzo-abril, 1.958.

PIOMET: Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle
en droit privé suisse, Berna, 1.963.

- La formation du contrat, Berna, 1.956.

POLACCO: Le obbligazioni nel diritto civile italiano, Roma, 1.915.

POTHIER: Tratado de las Obligaciones, según edición francesa de 1.824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y aumentada por M. C. Cuevas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1.947.

POULIADIS: Culpa in contrahendo und Schutz Dritter, Berlin, 1.982.

PRANDI: Comentarios a la sentencia de 26-2-1.971, Giur. it., 1.972.

PRINCIGALI: Perditá di chances e danno resarcible, RCDP, 1.985, págs 324 ss.

PROTOKOLLE: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tomo I y II, Berlin, 1.897.

PUGLIATTI: Enciclopedia del diritto, Tomo IV, Milano, 1.959, Voce "auteresponsabilità".

PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II Volumen I. Doctrina General del contrato, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1.978.

PUIG PENA: Tratado de Derecho Civil Español, 2ª Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.973, Tomo IV Volumen II.

RABEL: Unmöglichkeit der Leistung, Gesammelte Aufsätze. Tübingen 1.965.

RAISER: Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP 1.927, pág 1 ss.

RAMELLA : Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil, Traducción al español por Lorenzo Benito, Editores Hijos de Reus, Madrid, 1.897.

RASI: La responsabilità precontrattuale, RDC 1.974, págs 496 ss.

RAVAZZONI: La formazione del contratto, II, Le regole di compartimento, Milano 1.974.

RESCIGNO: Manuale del diritto privato italiano, 6ª edición, Napoli, 1.984.

REGELSBERG: Civilrechtliche Erörterungen I, Die Vorverhandlungen bei Verträgen, Weimer, 1.868.

RICO PEREZ: El consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española, LA LEY 1.982, nº 1, págs 745 ss.

RIVERC: Naturaleza y situación del contrato del falsus procurator, Anuario de Derecho civil, 1.976, págs 1.047 ss.

ROCA TRIAS: Comentario al Art 97 del Código Civil, en comentarios a la reforma del Derecho de familia, Tomo I, Madrid 1.984, págs 620 ss.

ROCA SASTRE: Estudios de Derecho Privado, Madrid, 1.948, Tomo I.

RODOTA: Il problema della responsabilità civile, Milano, 1.967.

- Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1.969.

- Il tempo delle clausole generale, en 'Il principio di buona fede, Volumen II, Milano, 1.987, págs 247 ss.

ROEVER: Die Bedeutung des Willenserklärungen, 1.874.

ROJINA VILLEGAS: Derecho civil de Mejico, Antigua Libreria Robredo, Mejico, 1.951, Tomo V.

ROMANO: Voz "Buona fede", en Enciclopedia del diritto, Tomo V, Milano, 1.959, págs 667.

ROTH: Comentario al parágrafo 242, en Münchener Kommentar, München, 1.985.

- Zur Eigenhaftung des unternehmerischen GmbH-Gesellschafters-BGH, NJW 1.986, 596, JuS 1.987, págs 196 ss.

ROTONDI: Instituzioni di diritto privato, Milano, 1.962.

ROUX: Des dommages-interets pour nullité du contrat, Paris, 1.901.

ROVIRA: Problemas de la contratación entre personas distantes, Anuario de Derecho Civil, 1.958, enero-marzo.

ROUBIER: Etude sur la responsabilite contractuelle, These, Lyon, 1.911.

SACCO: Responsabilità del committente por culpa in contrahendo del commesso, Riv. Dir. Comm., 1.948, Tomo II.

- La preparazioni del contratto, Torino, 1.984, págs 355 ss.

SALEILLES: La responsabilité precontractuelle, Rev. tr. dr. civ., 1.907, págs 697 ss.

SANCHEZ ROMAN: Derecho civil español, común y foral, Derecho de obligaciones, 2ª Edición, Madrid, 1.899, Libro II Tomo IV.

SANTOS BRIZ: La responsabilidad civil, 4ª Edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.988.

- La contratación civil, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.966.

SCAEVOLA, Quintus Mucius: Código civil comentado, 2ª Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.958, Tomo XX.

SAVIGNY: System des heutigen Römischen Rechts, III, Berlin, 1.840.

SAVATIER: Traite de la responsabilité civile en droite française, Paris, 1.951, Tomo I.

SCHAUMBURG: Haftung des Verkäufers für fahrlässige Falschangaben bei Kaufabschluss, MDR 1.975, págs 105.

SCHIESSL: Zur Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen gegen Anlagevermittler, NJW 1.987, 1.684.

SCHLECHTRIEM: Vertragliche und ausservertragliche Haftung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1.981, II, págs 1.591 ss.

SCHMIDT, Joanna: La sanction de la faute précontractuelle, Rev, trim. dr. civ, 1.974, pág 45 ss

- Negotiation et conclusion de contrats, Paris, 1.982.

SCHMIDT'RIMPLER: Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin-Frankfurt a.M., 1.956.

SCHMITZ: Dritthaftung aus culpa in contrahendo, Berlin, 1.980.

SCHUBERT: Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluss, AcP, 1.968, págs 471 ss.

- Zu einer Edition unveröffentlichter Materialien zum BGB, AcP 1.975, págs 426 ss.

SCHULZE: Grundprobleme der Dritthaftung bei Verletzung von Auskunfts- und Beratungspflichten in der neuen Rechtsprechung, JuS 1.983, págs 81 ss.

SCHUMACHER: Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, Bonn, 1.979.

SCOGNAMIGLIO: Dei Contratti in generale, Milán, 1.969.

- Voz "responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", Torino 1.968, págs 671 ss.

SEGRE: Sulla responsabilità precontrattuale e sui nunti reservati, Riv. Dir. Comm., 1.925.

SIBER: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, 1, 4^a Edition, Berlin 1.914, págs 190 ss.

STAUB: Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, 1.904.

STEINBERG: Die Haftung für Culpa in contrahendo, Bonn, 1.930.

STOLFI: Sulla responsabilità precontrattuale del minore, Riv. Dir. Comm. 1.968, págs 271 ss.

- Il principio de buona fede, Riv. Dir. Comm., 1.964, pág 163.

STOLL, Hans: Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 1.976, págs 145 ss.

- Tatbestände und Funktion der Haftung für culpa in contrahendo, Tübingen 1.978, págs 435 ss.

STOLL, Heinrich: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1.923, pág 531 ss.

TENCATI: Garanzia di solvibilità e responsabilità della banca per prospetto infedele, RDC, 1.988, págs 514 ss.

THIELE: Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ, 1.967, págs 649 ss.

TORRALBA: La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, Anuario de Derecho Civil, 1.971, págs 1.143 ss.

TOSCANO: Responsabilità civile, Riv. Dir. Civ., 1.956.

TRABUCCI: Instituzioni di Diritto Civile, 27ª Edición, Padova, 1.985.

- Il dolo nella teoria dei nizi del odere, Padova, 1.936.

TRIMARCHI: Instituzioni di diritto privato, 2ª edición, Milano, 1.973.

- Appunti in tema di responsabilitá precontrattuale, Milano, 1.958.

TURCO: Brevi considerazioni sul principio de prevedibilita del danno como profilo distintivo fra responsabilita contrattuale ed extracontrattuale, RCDP, 1.987, págs 93 ss.

VALVERDE Y VALVERDE: Tratado de Derecho civil Español, Parte Especial, 3ª Edición, Valladolid, 1.926, Tomo III.

VERGA: Errore e responsabilitá nei contratti, Padova, 1.941

VISINTINI: La reticenza nella formazione dei contratti, Padova, 1.972.

- La responsabilitá contrattuale, Napoli, 1.979.

VON BAR: Deliktsrecht, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Tomo II, Köln 1.981, págs 1.681 ss

VON TUHR: Teoría General del Derecho Civil Alemán, traducción al español por Tito Ravá, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.947.

WEILL-TERRE: Droit Civil, Les obligations, 4ª edición, Paris, 1.986.

WIEACKER: El principio general de buena fe.

WILLEMSEN: Zum Verhältnis von Sachmängelhaftung und culpa in contrahendo beim Unternehmenskauf, AcP 1.982, págs 518 ss

WINDSCHEID: Lerhbuch des Pandekten, 9ª Edición a cargo de KIPP, Frankfurt a.M., 1.905.

ZUCCONI: El giusto motivo nel recesso delle trattative, Dir. e pratt. Comm., 1.960.