

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

“LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”

FRANCISCO X. CEVALLOS AYALA

DIRECTOR: DR. ERNESTO GUARDERAS IZQUIERDO

QUITO, MAYO 2012

DEDICATORIA

A mi madre, ejemplo de amor, lucha y sacrificio.

ABSTRACT

La presente disertación tiene como tema central el estudio de la teoría denominada Responsabilidad Precontractual, o como varios autores la llaman *culpa in contrahendo*. Lo planteado en la presente disertación resulta interesante si se piensa que en nuestra cultura jurídica hemos estado acostumbrados a estudiar y aplicar los postulados de la Responsabilidad contractual y extracontractual, más escaso ha sido el siquiera escuchar sobre la existencia de obligaciones anteriores a la formación del contrato.

Esta teoría debe su apareamiento al estudio hecho por el alemán Rodolf Ihering en 1860 denominado “*De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas*”. Otro de los grandes autores que han sentado los cimientos de esta teoría es el italiano Gabrielle Faggella, quien publicó su estudio en 1906. Estos dos autores son los que limitan y determinan el denominado período precontractual, en especial este último.

La Teoría de la Responsabilidad Precontractual busca sancionar un comportamiento considerado como lesivo, antijurídico y contrario a la buena fe (*bona fides*), que tiene lugar durante los tratos preliminares, con el fin de proteger al precontrayente afectado y dotarlo del derecho suficiente para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que ha soportado por una determinada conducta antijurídica.

A lo largo de este trabajo se encontrarán varios aspectos relevantes, pero son dos los que hemos considerado como fundamentales: determinar cuál es la naturaleza jurídica y el factor de atribución de la Responsabilidad Precontractual. Sobre el primer aspecto, se ha optado por una línea extracontractualista, en tanto que, se ha considerado que el factor de atribución es la *buena fe*, siendo que el dolo y la culpa actúan como factores de afinamiento de la responsabilidad.

Basados en la experiencia de otros países y habiendo estudiado a profundidad la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, se ha propuesto un articulado que regula la Responsabilidad Precontractual en el Ecuador, ya que nuestro país no cuenta con normas positivas que protejan las relaciones jurídicas que tiene lugar antes de la celebración o formalización del contrato.

Conscientes que el contenido de las líneas posteriores rompe con ciertos dogmas jurídicos establecidos en nuestro país, recomendamos la lectura y análisis del presente trabajo con una mentalidad abierta y abandonando lo aprendido, teniendo como meta adentrarse en el estudio de un tema nuevo.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I.-	
1. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL, DEFINICIÓN, HISTORIA Y ALCANCE	11
1.1. Definición de la Responsabilidad Precontractual	11
1.2. Antecedentes históricos de la Responsabilidad Precontractual	15
1.2.1. Primer período	15
1.2.2. Segundo Período	19
1.2.3. Tercer Período	21
1.3. Funciones e importancia de la Responsabilidad Precontractual	23
1.4. Ámbito y dominio de aplicación de la Responsabilidad Precontractual	27
1.4.1. Derecho Civil y Mercantil	28
1.4.2. Contratación Pública	29
1.4.3. Negocios Internacionales	33
1.4.3.1. Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías	34
1.4.3.2. Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT)	36
1.4.3.3. Código Europeo de Derecho Común de los Contratos (Comisión Lando) (PECL)	39

1.4.3.4. Sentencia Tacconi expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea	41
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO II.-

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL	43
2.1. Teorías Contractualistas	44
2.1.1. Ihering y otros autores alemanes	44
2.1.2. Faggella	47
2.1.3. Saleilles	49
2.1.4. Otros autores	49
2.2. Teorías Extracontractualistas	53
2.2.1. Teoría de la culpa aquiliana	54
2.2.2. Teoría de la responsabilidad legal	64
2.2.3. Teoría de la declaración unilateral de voluntad	67
2.2.4. Teoría del abuso del derecho	70
2.2.4.1. Naturaleza jurídica del abuso del derecho	79
2.2.4.2. Crítica a la teoría	81
2.2.5. Teoría de la buena fe	82
2.2.5.1. Introducción	82
2.2.5.2. Contenido de la teoría de la buena fe	84
2.3. Conclusiones	88

CAPÍTULO III.-

3. ANÁLISIS DE LOS COMPONENTES QUE INTEGRAN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL	91
3.1. Principios aplicables a la Responsabilidad Precontractual	91
3.1.1. Libertad de negociar y contratar	91
3.1.2. Principio de buena fe	95
3.1.3. Principio de aplicación del deber de no dañar a otro ...	105
3.2. Deberes y Obligaciones de los precontrayentes	106
3.2.1. Deber de información	107
3.2.2. Deber de secreto y confidencialidad	117
3.2.3. Deber de custodia y cuidado	121
3.2.4. Deber de no levantar falsas expectativas	122
3.2.5. Otros deberes	123
3.3. Delimitación del período precontractual y supuestos de aplicación de la Responsabilidad Precontractual	124
3.3.1. Extensión del período precontractual	124
3.3.2. Supuestos de aplicación de la Responsabilidad	
Precontractual	128
3.3.2.1. Supuesto en que no se llegó a perfeccionarse el contrato	128
3.3.2.1.1. Caso en el que se inician las tratativas con la intención de llegar a un acuerdo final	128
3.3.2.1.1.1. Apartamiento intempestivo y sin causa justa	129
3.3.2.1.1.2. Dilatación de las conversaciones a sabiendas de que no se iba a llegar	

un acuerdo final, bajo el supuesto que las negociaciones se iniciaron con la intención de llegar a un acuerdo 137

3.3.2.1.2. Caso en el que se inician las tratativas sin la intención de llegar a un acuerdo final 142

3.3.2.2. Supuesto en que hubo acuerdo de voluntades que generó un contrato 145

3.3.2.2.1. Supuesto de nulidad del contrato celebrado 145

3.3.2.2.2. Supuesto de un contrato válido 166

3.3.2.2.2.1. Vicios redhibitorios 169

CAPÍTULO IV.-

4. Estudio del alcance de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad precontractual 177

4.1. Detrimento Patrimonial 179

4.2. Teoría del Interés Negativo y Positivo 182

4.3. Requisitos del daño precontractual resarcible 190

4.3.1. Actuación contraria a la buena fe 191

4.3.2. Daño 193

4.3.3. Relación de causalidad 195

4.4. Carga de la prueba 195

4.5. Resarcimiento de daños y perjuicios desde la óptica del Análisis Económico del Derecho 197

CAPÍTULO V.-

5. Estudio de la Responsabilidad Precontractual en la Legislación Ecuatoriana ... 201

5.1.	Análisis de los principios aplicables a la Responsabilidad Precontractual a la luz de la legislación ecuatoriana	202
5.1.1.	Libertad de contratación	202
5.1.2.	Principio de buena fe	203
5.1.3.	Principio de aplicación del deber de no dañar a otro	204
5.2.	Análisis de la normativa existente en el Ecuador sobre la Responsabilidad Precontractual.- Casos de responsabilidad precontractual	206
5.2.1.	Venta según el Art. 1762 del Código Civil	206
5.2.2.	Propuesta verbal y escrita conforme el Código de Comercio ..	207
5.2.3.	Oferta pública	211
5.2.4.	Vicios redhibitorios	211
5.2.5.	Nulidad	211
5.3.	Resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la Responsabilidad Precontractual bajo la óptica de la legislación ecuatoriana	213
5.4.	Formulación de un sistema de Responsabilidad Precontractual en el Ecuador	215

CAPÍTULO VI.-

6.1. CONCLUSIONES	217
6.2. RECOMENDACIONES	219
6.3. BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCIÓN

La presente disertación ha sido concebida desde una óptica social y jurídica. Socialmente consideramos que el hecho de que en nuestro país no se encuentre regulada la Responsabilidad Precontractual causa un desequilibrio al momento de las negociaciones, por lo que es necesario dotar de reglas a seguir que protejan a los precontrayentes ante eventuales comportamientos lesivos de la contraparte; en lo que se refiere al aspecto jurídico, nos ha interesado el tema debido al escaso y nulo desarrollo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ecuatoriana, además consideramos que esta disertación es un verdadero aporte para las ciencias jurídicas.

Debido a que el tema no se ha desarrollado en el Ecuador, y que en el extranjero está en crecimiento apenas, hemos optado por una investigación profunda que abarque desde los inicios de la teoría de la *culpa incontractando* hasta nuestros días. Es debido a esto que en el primer capítulo se aborda con amplitud las tres fases históricas y posteriormente se continúa con el estudio de la importancia y las funciones que tiene esta teoría.

Conociendo los fundamentos e inicios de la Responsabilidad Precontractual, el siguiente paso es determinar cuál es la naturaleza jurídica. Para esclarecer este tema tan espinoso entre la doctrina extranjera, consideramos necesario abordar todas las posturas y teorías relevantes que tratan de explicar la misma. Si bien la *culpa incontractando* fue considerada en principio de carácter contractual, actualmente son más los autores que critican las teorías contractualistas y se inclinan por las posturas extracontractualistas, autores a los cuales nos sumamos.

Teniendo clara la naturaleza jurídica y en especial el factor de atribución, en el capítulo III se aborda los componentes que integran la Responsabilidad Precontractual, es decir, los principios aplicables, los deberes y obligaciones de los precontrayentes y por último delimitamos al período precontractual. El presente trabajo también contiene varios de los

supuestos de aplicación de la teoría referido; sin ánimo de crear un catálogo de casos, consideramos que lo presentado en líneas posteriores abarca todos los posibles escenarios.

Continuando con el estudio, en el capítulo IV se aborda lo referente al alcance de la indemnización de los daños y perjuicios, para lo cual no servimos de un análisis comparativo entre la teoría del interés negativo y positivo, siendo que llegamos a la conclusión que es la primera la que debe ser aplicada para los casos de Responsabilidad Precontractual, exceptuando los casos de nulidad y vicios redhibitorios que, como se verá, merecen un tratamiento especial.

Para finalizar, cumpliendo con los objetivos trazados, se analiza la legislación ecuatoriana y las normas existentes referentes al tema, llegando a la conclusión de que el Ecuador no cuenta con normas que permitan articular un sistema de Responsabilidad Precontractual, por lo que se ha propuesto un conjunto de siete normas que permitirán dotar de seguridad jurídica a las relaciones jurídicas que tienen lugar antes de la formalización de un acuerdo.

CAPÍTULO I.-

1. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL, DEFINICIÓN, HISTORIA Y ALCANCE

1.1. Definición de la Responsabilidad Precontractual

Dentro de la doctrina autoral y judicial se han utilizado indistintamente expresiones como *culpa in contrahendo*, período precontractual, la responsabilidad en la formación del contrato y responsabilidad precontractual, siendo esta última la de mayor aceptación. Por ejemplo, Ihering, el primer autor en estudiar esta teoría, la llamó responsabilidad por culpa *in contrahendo*, ya que afirmaba que la culpa se había cometido en el período previo a la formación del contrato, y que el daño a la otra parte tuvo lugar mientras se contraía la relación contractual. El autor italiano Gabrielle Faggella habla en cambio de responsabilidad precontractual; este autor extiende el período de las denominadas tratativas previas incluso antes de que se emita una oferta, a diferencia de Ihering que hablaba de la existencia de dicha responsabilidad sólo después de emitida la oferta. Hay autores que han conjugado estos dos conceptos mencionados y reservan para el período de la post oferta la expresión *culpa in contrahendo*, en tanto que utilizan la expresión responsabilidad precontractual para el período de las meras tratativas previas (Cazeaux y Trigo Represas, Manzanares Secades, Isidoro Goldenberg¹, Alberto Spota, etc.); otros autores en cambio

¹ SOZZO, G., *Antes del contrato*, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 18. Quizás quien más explícitamente marca la diferencia entre ambos términos sea este autor, ya que es el único que dedica un par de párrafos a explicar la duplicidad terminológica; en los restantes, su aceptación de la distinción se deduce de la estructura y tratamiento del tema; en efecto, el profesor Goldenberg escribe: “De ahí el distingo conceptual entre las llamadas culpa precontractual y la culpa in contrahendo. Esta última se refiere a los hechos imputables cometidos al contraerse, lo que explica esta denominación, la relación convencional y que obstruyen su perfeccionamiento. Supone, en consecuencia, un contrato que ya tenía alguna existencia. La culpa precontractual se vincula con la ruptura unilateral de los trámites preparatorios a un contrato, antes de emitirse la oferta concreta. Es la frustración del negocio jurídico proyectado, imputable a uno de los intervinientes y que ocasiona el menoscabo patrimonial a los demás tratantes. Fundamento de la responsabilidad precontractual. Dicha diferenciación no es vana ni carente de efectos en los autores que la traen, por el contrario:

1. Desde el ángulo de la construcción dogmática del tema, encuentran que en la segunda (culpa in contrahendo), ya exista algo del contrato, una cierta vinculación.
2. Y desde la perspectiva práctica, acuerdan mayor extensión al resarcimiento en los casos de responsabilidad ubicados temporalmente en la segunda de ellas. No obstante, esto último también se reitera entre quienes se sitúan en el segundo grupo”

parecen utilizar las expresiones de forma indistinta (v.gr., Roberto Brebbia, Jorge Mosset Iturraspe, Francesco Benatti, Jorge J. Llambías).

Indistintamente de las expresiones utilizadas por los doctrinarios, para los fines del presente trabajo adoptaremos la expresión “Responsabilidad Precontractual”, misma que fuera utilizada por primera vez por el jurista francés Raymond Saleilles, quien la empleó en el año de 1907.

Antes de proseguir debemos indicar que uno de los puntales que sostenemos en este trabajo es que, previo al perfeccionamiento de un acuerdo, las partes precontrayentes tienen obligaciones que se traducen en ajustar sus actuaciones a ciertos deberes derivados del principio de la buena fe, y que la violación de aquellos deberes precontractuales pueden originar un daño a la parte afectada, mismo que deberá ser reparado. Esta postura, si bien entra en conflicto con nuestro ordenamiento jurídico², ya ha sido aceptada en numerosas legislaciones y estudiada por importantes autores, lamentablemente el tema no ha sido abordado ni por nuestra doctrina autoral ni por la jurisprudencia. Bajo la luz de nuestro ordenamiento intentaremos matizar varios de los elementos conformantes de esta teoría, a la vez que se someterán para aprobación del lector nuevos enfoques.

Dicho lo anterior, la importancia de contar con una definición clara y apropiada se torna imprescindible dada la necesidad de dotar a los tratantes y contratantes de la seguridad jurídica apropiada en las complejas negociaciones y contratos que se llevan a cabo en el mundo moderno.

Dar una definición exacta de “Responsabilidad Precontractual” ha significado un reto para los estudiosos del tema, y definitivamente no se ha llegado a un consenso que nos permita contar con una definición totalmente aceptada, por lo que la puerta está abierta para

² El ordenamiento jurídico ecuatoriano actual no prevé la existencia de una responsabilidad nacida antes de la concreción de un contrato. A saber contamos con dos tipos de responsabilidad dentro de nuestro marco legal, la contractual y la extracontractual. El presente trabajo plantea la necesidad de que se cuente con reglas que regulen las actuaciones en la fase anterior al perfeccionamiento del contrato, y que la inobservancia de estas reglas de lugar al nacimiento de un derecho a indemnización a favor del perjudicado. Por ende, se plantea la existencia de un tercer tipo de responsabilidad, la precontractual.

proponer nuevos conceptos. Pese a lo antes manifestado, se tomará las definiciones de los autores más sobresalientes como referencia para este estudio, y en todo caso, con el fin de facilitarlos y aportar al desarrollo de esta teoría, la presente tesina contará con una definición propia, en base a la cual se desarrollará.

En virtud de la responsabilidad precontractual se hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Esta peculiar responsabilidad se refiere a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el período de formación del contrato.³

El autor L. Bagolini dice que la relación jurídica precontractual se halla integrada por un elemento objetivo y otro subjetivo. Aparte del elemento normativo que, según cada ordenamiento, regule la fase de negociaciones preliminares al contrato. El 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 germánica 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 prenegociables 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.⁴

Se entiende por responsabilidad precontractual la que puede producirse durante los tratos negociales previos, es decir, en las negociaciones que anteceden a una oferta.” Se trata de una responsabilidad que nace “cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación de un contrato.⁵

Puede definirse a la responsabilidad precontractual como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los eventuales futuros contratantes a otro con motivo de las tratativas a la celebración de un contrato.⁶

...todo aquel que en la fase de los tratos preparatorios de un contrato cree razonablemente que está prácticamente concluido o que se va a concluir, y, en atención a ello, emprende

³ CABANILLAS, A., *El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*, tomado de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliari, Madrid, Núm. 628, Mayo-Junio 1995. <http://vlex.com/vid/326237>

⁴ Pérez, M. *La responsabilidad Precontractual*, tomado de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, Num. 485, Julio-Agosto, 1971. <http://vlex.com/vid/338379>

⁵ SAAVEDRA, F., “*La responsabilidad durante los tratos negociales previos*”, tomado de la Revista “*LEX ET VERITAS*”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional Sek (Santiago, Editora Metropolitana, año 2004), Vol. 2, pág. 91.

⁶ PICASSO, S., “*La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998*”, artículo publicado en http://www.alterini.org/tonline/to_ps1.htm (citado el 28 de febrero de 2006). El trabajo está referido al Proyecto de Código Civil argentino, que unifica en el mismo tanto las materias civiles como mercantiles.

*trabajos, realiza gastos o adopta cualquier tipo de disposiciones de los que se deriva un perjuicio, si el contrato no llega definitivamente a celebrarse, se halla amparado por la buena fe, puesto que, de alguna manera, se ha hecho tal idea por confiar en las palabras o en los hechos de la persona que hubiera podido ser su contraparte y que, en algún modo, con tal comportamiento, ha creado una suerte de apariencia.*⁷

Como se puede observar, muchos de los autores intentan definir la Responsabilidad Precontractual en base a la naturaleza jurídica que pretenden darle o en base a los elementos que consideran conforman la fase previa al perfeccionamiento del consentimiento. Si bien considero que son aportes importantes, no me encuentro completamente de acuerdo con las definiciones citadas, debido a que las encuentro incompletas, ya que la mayoría de autores definen tan solo uno de los tres supuestos en que se da la Responsabilidad Precontractual.

Por lo dicho intentaremos una definición propia, que, sin pretender perfección, nos permitirá delimitar el marco del estudio y facilitar su análisis. Por “responsabilidad” entendemos la obligación que tiene una persona de responder por el incumplimiento de un deber previamente establecido. *“Responsabilidad será para una doctrina muy generalizada el tramo obligacional que nace con el incumplimiento de la obligación y eventualmente puede llegar hasta la ejecución de los bienes del deudor.”*⁸

Por “precontractual” entendemos aquella fase comprendida desde el comienzo de las tratativas hasta la formación o no del consentimiento. Las tratativas se inician desde el momento que algunos autores han dado por llamar el “contacto social”⁹ hasta el perfeccionamiento o no del acuerdo. Recordemos que la formación del consentimiento puede darse de manera positiva, llegando a un acuerdo, o expresando la negativa por contratar.

⁷ DE LOS MOZOS, J., *“Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato”* (Madrid, Editoriales Dykinson, S.L. y Ciudad Argentina, año 2001), págs. 165-186.

⁸ Enciclopedia Jurídica ameba, Tomo XXIV, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, pág 791, escrito por Luis María Boffi.

⁹ Ver María Medina Alcoz, “La ruptura de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *Revista de Derecho Privado* – Num. 5-6/2005, Mayo-Junio 2005. Id. vLex: VLEX-289829.

Definimos entonces a la responsabilidad precontractual como aquella nacida del incumplimiento o inobservancia de los deberes precontractuales, que son las directrices bajo las cuales los precontrayentes deben adecuar sus actuaciones durante el *iter contractual*, y que da derecho a la parte afectada para solicitar la reparación del daño.

1.2. Antecedentes históricos de la Responsabilidad Precontractual

Para una correcta sistematización de los antecedentes históricos de la teoría de la Responsabilidad Precontractual no es necesario remontarse mucho tiempo atrás, ya que el desarrollo de esta teoría se ha dado recientemente. Sin ánimo de tener novedad, ya que mucho se ha dicho y acertadamente por varios autores, me permitiré dividir a los antecedentes históricos en tres períodos, que a saber son los siguientes:

1. Primer Período: Desde el aparecimiento del estudio hecho por el alemán Rodolf Ihering (1860) hasta el estudio del italiano Faggella (1906). En esta fase incluimos los trabajos de tres autores que basan sus aportes en la ampliación de los supuestos de responsabilidad precontractual
2. Segundo Período: Desde el aparecimiento del estudio del italiano Faggella, hasta el estudio complementario que hace Raymond Saleilles.
3. Tercer Período: El actual, caracterizado por continuos estudios y análisis que han hecho autores más recientes y que continúa hasta nuestros días.

1.2.1. Primer período

La teoría de la culpa in contrahendo ideada por el jurisconsulto alemán Rodolfo Von Ihering en un famoso ensayo aparecido en 1860, titulado “De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas”,¹⁰ ha tenido una enorme y justificada resonancia en el mundo jurídico contemporáneo, en

¹⁰ IHERING, R., “De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas”, en *oeuvres choisies*, tomo 2, págs. 1-100, trd. Francés por O. de Meulenaere. V.

especial porque se rompió con la concepción doctrinaria tradicional¹¹ que descartaba la responsabilidad antes del perfeccionamiento del contrato.

(...) En dicha obra se expuso por primera vez en forma sistemática el problema de la responsabilidad civil emergente de la actividad desarrollada por las partes antes de formalizarse el vínculo contractual, y si bien el desarrollo de la doctrina tuvo como base el derecho romano, vigente en aquella época en Alemania, sus conclusiones no carecen por ello de validez teórica universal, dado el carácter general y abstracto con que fueran enunciadas. Los principios enunciados por Ihering siguen constituyendo hoy en día el punto de partida inevitable para ahondar en el tema de la responsabilidad precontractual. A lo largo de los años han aparecido otros doctrinarios que han profundizado el tema, ya sea para reforzarlo o negar la tesis, pero todos han caminado por la primera senda del maestro Alemán.

Hasta la aparición de la monografía de Ihering sobre la culpa in contrahendo, la responsabilidad civil originada en el período inmediato anterior al perfeccionamiento del vínculo contractual no había sido objeto de un sistemático estudio por la doctrina jurídica. Las leyes han contemplado siempre, desde la época del Derecho romano hasta las modernas codificaciones, algunos casos especiales de responsabilidad nacida durante el lapso de formación del consentimiento, como ser el de revocación arbitraria de la oferta, pero ninguno de los tratadistas había advertido la posibilidad de que tales casos pudieran escapar a las reglas que regían la materia contractual, dando pie a una responsabilidad de características especiales.

Ihering finca la responsabilidad emergente de hechos realizados por las partes en el período precontractual en la culpa incurrida por alguna de ellas o por ambas, a partir de la oferta. Esta culpa, que denomina culpa in contrahendo, es de naturaleza contractual y consiste en la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo durante la ejecución del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro.¹²

Cabe afirmar que el autor alemán concentró su estudio tan sólo en el período posterior a la emisión de la oferta hasta la conclusión del contrato, sin considerar la etapa de las tratativas anteriores a la emisión de la oferta. Como decimos más adelante, no todos los contratos que se perfeccionan han pasado por la oferta de uno y la contraoferta de otro, sino que hay casos en los que para llegar a la oferta se dan largos procesos de negociación.

¹¹ BENATTI, F., Responsabilità precontrattuale, Giuffrè, Milano, 1962. Pag. 6. El autor italiano, Francesco Benatti, refiriéndose a la novedad de la tesis de Ihering, señala que: “Con razón la teoría de Ihering fue definida como un descubrimiento jurídico; en efecto, dicha teoría reclamó la atención de los escritores sobre una problemática hasta entonces desconocida, abriendo así un nuevo y fecundo campo de investigación.”

¹² Artículo tomado de la Enciclopedia Jurídica ameba, Tomo V, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, pág 278 – 281, escrito por Brebbia Roberto.

Entre las críticas que se han hecho a la teoría de Ihering, una de las más importantes es la que considera incompleta sus postulados, para lo cual me remitiré a lo que manifiesta el autor Argentino Gonzalo Sozzo:

En primer lugar, cabe señalar que Ihering vio en la culpa in contrahendo un instituto que abarcaba solamente los casos de responsabilidad por contratos inválidos, pero que dejaba sin resolver los supuestos de contratos válidos en los cuales se habían producido un incumplimiento de deberes precontractuales y los supuestos de ruptura de las negociaciones en los que no se llegaba a la celebración de negocio alguno. En realidad, la construcción sobre la culpa in contrahendo de Ihering se ocupaba fundamentalmente de una de las variantes de nulidad por error, esto es, cuando el error era cometido por el declarante originario, quien entonces es responsable frente a aquel que ha confiado en la validez de dicha declaración. Este supuesto fue consagrado luego por el BGB en su parágrafo 122 aunque con algunas variantes y fundamentalmente con una ampliación del supuesto de hecho.¹³

El autor precitado, en la misma obra, destaca lo dicho por Manzanares Secades quien acertadamente explica el porqué de la construcción de la teoría de Ihering, y dice:

La teoría de Ihering sobre la culpa in contrahendo hay que entenderla, en nuestra opinión, enmarcada en el ambiente de su época (fue escrita en la mitad del siglo XIX, en 1860), y más concretamente 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 declarado, cuál de aquéllas (voluntad real o declaración) debía prevalecer.”¹⁴

La cuestión que se planteaba en el seno de esta disputa era, en resumidas cuentas, establecer si ante una divergencia entre ambas declaraciones, emitidas a los fines de lograr la conclusión de un contrato, ¿cuál de ambas debe prevalecer? Ante este interrogante surgieron dos posiciones: para la tesis de la declaración, intentando proteger la seguridad del tráfico, el contrato es totalmente válido (perfeccionado), conforme lo que se haya declarado. En cambio, para la tesis de la voluntad, basada en el principio de la autonomía de la voluntad, y por tanto en los casos en que haya una divergencia entre lo declarado y lo realmente querido habría una declaración sin voluntad, y por tanto un contrato inválido, esto es, el declarante que ha cometido el error puede pedir la nulidad del contrato.¹⁵

Parfraseando a Gonzalo Sozzo, la teoría de Ihering no fue la única, ya que no se explica cómo de una tesis tan restrictiva pudo llegarse a una construcción de un verdadero sistema de responsabilidad en su país natal, sin el aporte de otros autores que han contribuido con importantes elementos.

¹³ SOZZO, p. 21.

¹⁴ MANZANARES, A., *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*, Anuario de derecho español, 1985, Madrid, p.687.

¹⁵ SOZZO, op, cit, p. 20.

*Estos fueron aportados fundamentalmente por un autor: Leonhard, quien en 1910 lanzó su teoría de la culpa en la realización del contrato, que trata de realizar el objetivo de pasar de una responsabilidad por culpa en un contrato inválido, a una responsabilidad que abarcará, con mayor generalidad, todos los casos de actuaciones lesivas en el período de formación del contrato por comportamientos negligentes de la contraria. Esto último constituía una verdadera necesidad, pues se trataba de supuestos que no podían ser solucionados en el derecho positivo alemán, pues no ingresaban dentro de los supuestos de la culpa in contrahendo ni de la responsabilidad extracontractual. Este autor incluye en la construcción de la responsabilidad precontractual, además de los contratos inválidos, un segundo género o grupo de casos; los contratos válidos, mantiene la exclusión de los supuestos en los que las negociaciones se interrumpen, sin llegar a perfeccionarse negocio alguno. En ellos, la responsabilidad del declarante estaba dada por la inobservancia culpable de los deberes de información precontractuales. Para este autor el interés a indemnizar es el interés de cumplimiento, rechazando la tesis de los daños al interés negativo de Ihering.*¹⁶

Fue otro autor, Siber, quien con posterioridad (1914) llevó adelante la tarea de unificar ambas tesis en una: sosteniendo que la responsabilidad en la formación del contrato derivaba de la inobservancia de los deberes de información... "Con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido". En consecuencia,, "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 puede incluirse, de igual forma, los supuestos hasta entonces tradicionales de culpa in contrahendo – casos de daños derivado de la invalidez contractual – y los de VbV (culpa en la realización del contrato). Por tanto, cuando se habla de culpa in contrahendo entiende que ésta se refiere no sólo a los casos en que interviene la invalidez contractual, sino que también a aquellos otros en los que, dándose un contrato válido, se ha incumplido un deber de información precontractual. A la VbV, terminología que utiliza con preferencia, le da exactamente el mismo contenido, convirtiendo así las dos expresiones sinónimas". Siber unifica también el punto relativo a la extensión del resarcimiento, inclinándose por la tesis de que los daños a indemnizar abarcan sólo el interés negativo.

*Es recién a partir de la sentencia del Reichgericht 5 – 4 -1922 que, además de tomarse la tesis de Siber, se reconoció jurisprudencialmente la existencia un tercer grupo de casos de responsabilidad en la formación del contrato; los supuestos de ruptura de las negociaciones.*¹⁷

Hasta aquí podemos decir que la teoría de la Responsabilidad Precontractual había dado agigantados pasos, iniciando desde una restrictiva construcción realizada por Ihering, quien centró su estudio en los contratos inválidos y en los supuestos de ruptura de las negociaciones donde no se llegaba a la celebración del contrato, siempre después de la oferta; pasando por el elemento aportado por Leonhard, los casos de contratos válidos, y;

¹⁶ ASÚA. C., *La culpa in contrahendo (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, p. 42-44.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 46-51.

terminando con la unificación de las teorías anteriores realizada por Siber, quien además aportó el elemento del deber de información.

En síntesis, los tres autores mencionados aportaron, aunque no en su completa magnitud, tres supuestos de la Responsabilidad Precontractual:

- 1) Los contratos nulos;
- 2) La ruptura de las tratativas previas, después de emitida la oferta, y;
- 3) Los contratos válidos donde se habían inobservado culpablemente los deberes de información precontractuales

1.2.2. Segundo Período.-

Integrando la lista de escasos pero grandes autores que se han ocupado del tema, es indispensable conocer el aporte del italiano Gabrielle Faggella.

(...) Faggella rechaza en su totalidad la tesis de la culpa in contrahendo como fundamento de la responsabilidad precontractual, a la vez que determina la verdadera extensión que corresponde acordar a ese período previo a la formalización del vínculo contractual, que divide para su mejor estudio en dos etapas: una primera que comprende las tratativas realizadas por las partes de que se emita la oferta; y una segunda, que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones por desacuerdo definitivo.

La incorporación de esa primera etapa, ignorada por Ihering, a la teoría de la responsabilidad precontractual, constituye el verdadero aporte de la tesis de Faggella. En esa primera etapa anterior a la oferta, durante la cual “las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolos y sintetizándolos”, y en el que, por ende, pueden incurrir en responsabilidad, corresponde distinguir dos diferentes momentos: 1ro, Un período de negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas; 2do, un período que tiene por objeto concretar la oferta definitiva.¹⁸

Roberto Brebbia, autor referente para todo trabajo que se intente sobre este tema, acertadamente manifiesta:

¹⁸ BRREBIA, R., *Responsabilidad Precontractual*, Rosario, 1957. Página 24 y 25

El aporte fundamental que hace este autor italiano es en punto a la extensión del período precontractual; en efecto, Faggella incorpora el período previa a la emisión de la oferta dentro de su estudio de la responsabilidad precontractual, consagrando así la existencia de dos momentos: a) antes de la oferta; b) después de emitida la misma o momento “operativo”, o del perfeccionamiento en el que tiene lugar la emisión de la oferta y eventualmente la aceptación. Luego divide ese primer período preparatorio de las meras tratativas (donde las partes intercambian opiniones, discuten, pre ordenan, conciben y elaboran cláusulas), en dos sub etapas: 1) negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas, en la que las partes tratan de llegar a un entendimiento sobre los puntos principales (período de elaboración); 2) la etapa de la concreción de la oferta, en la cual cada parte, enterada de las exigencias de la otra, hace su propia composición de lugar, realiza un balance de la situación y, entonces, una de ellas se encarga de redactar una proposición u oferta definitiva. Entre estos dos momentos (que configuran el primer período) y el período posterior a la emisión de la oferta existe una diferencia cuantitativa en cuanto a la fuerza del vínculo que une a las partes, pero no cualitativa, en lo que hace a su naturaleza.¹⁹

Explica el mismo Faggella que “Nel consentimiento a trattare la formazione di un contratto sussiste un accordo su questo: che si elabori un progetto fino a che si giunga o alla conclusione del vincolo giuridico o al punto in cui, per la contrarietà degli interessi e pel risultato delle discussioni, l accordo nonm sia piu possibile. Ora el puro e semplice recesso, senza che le trattative abbiano avuto il loro svoglimento e il loro esito positivo o negativo, inporta violazione di quel tacito accordo precontrattuale, e questa violazione rende arbitrario e intermpestivo il recesso.²⁰

El autor, también señala que la mencionada violación del acuerdo y por ende la responsabilidad emanada de dicha actuación, puede originarse haya o no culpa, ya que basta tan sólo el apartamiento arbitrario de las tratativas previas. Esta tesis se contrapone a la “*culpa in contrahendo*” de Ihering, ya que el autor alemán decía ser indispensable la existencia de la culpa como originadora de las obligaciones a resarcir los perjuicios causados.

Tomando las palabras del argentino Brebbia, podemos decir que el aporte fundamental del trabajo de Faggella fue sin duda la extensión del período precontractual (negociaciones y tratativas previas a la oferta), ya que hasta ese momento, a la responsabilidad precontractual se la hacía posible sólo en la etapa posterior a la emisión de la oferta.

¹⁹ *Ibidem*, p. 54.

²⁰ BENATTI, *ibid*, p 51. (En el consentimiento a tratar la formación de un contrato, subsiste un acuerdo sobre esto: que se elabore un proyecto destinado a la conclusión del vínculo jurídico o al punto en que, por la contraposición de intereses y por el resultado de las discusiones, el acuerdo no sea posible. Ahora, el puro y simple apartamiento, sin que las tratativas se hayan desarrollado, equivale a una violación de aquel tácito acuerdo precontractual, y esta violación se torna arbitrario e intempestivo el apartamiento.

Para finalizar, el último autor que citaremos, dada la importancia que se le dará en este trabajo, es Raimond Saleilles. Este autor coincide en términos generales con Faggella, pero difiere con éste y con Ihering en lo que respecta a la causa originadora de la Responsabilidad Precontractual, ya que no considera que sea la culpa ni el acuerdo tácito la causa verdadera, sino que dota a la buena fe de fundamento capaz y suficiente de constituir la causa de la Responsabilidad Precontractual.

Su tarea se centralizó en tratar de caracterizar el concepto de retiro intempestivo de las negociaciones; según este autor, el retiro intempestivo se da cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad y la buena fe comercial y no la culpa ni el acuerdo tácito. En idéntico sentido escribe Paz García Rubio: "... si bien el fundamento de la misma no sería ni la culpa, ni la presunción de una ligazón tácita sino una especie de garantía legal fundada sobre la equidad, que limitaría la retirada arbitraria de las negociaciones", y Manzanares Secades: "Para este autor la 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."²¹

Parafraseando a Sozzo, decimos que es en el estudio de Saleilles donde encuentra su antecedente la construcción de la buena fe en las tratativas previas, teoría que ha sido recogida y aceptada por varios autores y legislaciones. La importancia de este aporte, en mi criterio, radica en que las legislaciones con tradición romanista y anglosajona establecen la buena fe como parámetro que debe guiar a los contratantes en todos sus actos, ya sea antes del contrato o durante su ejecución. De acogerse esta postura se podría utilizar este principio generalmente reconocido como fundamento para aplicar la teoría de la Responsabilidad Precontractual en legislaciones que no cuentan con normas especiales y expresas, tal como sucede en nuestro país. Siendo prematuro reconocer que la buena fe podría aplicarse a casos de Responsabilidad Precontractual en el Ecuador, donde no contamos con normas relativas al tema, volveré sobre este punto en el Capítulo V.

1.2.3. Tercer Período

Ya en el período actual, nos encontramos con el aporte del argentino Roberto Brebbia, quien publica un estudio sobre la Responsabilidad Precontractual basado en la legislación argentina, obra que resulta indispensable para este estudio y que no cuenta con más de 50

²¹ SOZZO, op, cit, p. 30 y 31.

años, también tenemos la obra de Jorge Mosset, los aportes de Ghersi, el excelente trabajo de Gonzalo Sozzo, por mencionar algunos. Vale decir que a nivel latinoamericano el desarrollo de la teoría ha sido escaso, y nos atrevemos a decir que la razón radica en el hecho de que tenemos un ordenamiento jurídico con bases romanistas y que en la actualidad nuestras legislaciones siguen siendo reacias a aceptar la existencia de obligaciones anteriores al perfeccionamiento del consentimiento.

Los aportes de autores españoles han sido elementales para el entendimiento y desarrollo de la teoría, entre los autores más destacados tenemos a Asúa González y a María Paz García Rubio, quienes en base a sus estudios de la legislación española y del derecho comunitario europeo han aportado con importantes ideas, las mismas que utilizaremos cuando se analice el derecho ecuatoriano.

Nótese que la teoría de la Responsabilidad Precontractual empieza a tener importancia a partir del estudio que hace el alemán Rodolf Ihering en 1860, quien, en base al derecho romano formula una explicación de la responsabilidad de las partes en la fase anterior a la formación del contrato (oferta) y en el caso de las convenciones nulas. La responsabilidad por culpa *incontrahendo* o responsabilidad precontractual tiene precedentes legislativos, y no solamente en base a los preceptos romanos sino también al amparo de aquel principio de derecho romano, que prohibía causar daño a un tercero.

Posteriormente, tal como vimos, fueron apareciendo autores que han apoyado la tesis del jurisconsulto alemán, otros que han negado de plano la teoría y muchos que han aportado nuevos elementos. Este último fue el caso del tratadista italiano Faggella, quien, sin desconocer la importancia de los aportes de Ihering, niega que la culpa sea la causa originadora de la Responsabilidad Precontractual, motivando una discusión que se mantiene hasta ahora, ¿cuál es la fuente que origina la obligación de pagar daños y perjuicios derivados de la Responsabilidad Precontractual?

El tema que nos ocupa no requiere remontarse mucho tiempo atrás y nos atrevemos a decir que es una teoría que aún está en construcción y que por ende sus antecedentes históricos son escasos, siendo los más importantes los arriba citados.

1.3. Funciones e importancia de la Responsabilidad Precontractual

Hasta hace algunos años las negociaciones y los contratos no revertían mayor complejidad; se podía hablar de mercados locales regidos por sus propias costumbres y prácticas y fundamentalmente independientes de los avatares de los mercados externos. La era de la globalización y el avance de la tecnología nos ha llevado a hablar de un solo mercado, el mundial, donde los sujetos somos todos y donde las prácticas, si bien son diversas, tienden a la unificación. En este ámbito se desenvuelven hoy por hoy los contratantes.

Ante la evolución abrumadora del mercado internacional, es menester que el derecho desarrolle cada vez soluciones más eficientes que doten de seguridad a los negociantes y contratantes; hemos sido testigos de contratos electrónicos que ya no requieren de la presencia física, de contratos de franquicia, y de la fusión de grandes empresas transnacionales, sólo por dar unos ejemplos. Mucho se ha escrito sobre cómo negociar estos contratos, pero poco se ha escrito sobre las normas legales que deben regir estas negociaciones.

Las regulaciones sobre la oferta y la aceptación han resultado escasas y en algunos casos nos atrevemos a decir que han provocado inequidades y desbalances entre los contratantes. Éstas son reglas que proceden de una premisa muy simple: dos partes intercambian propuestas hasta que la oferta de una de ellas es aceptada por la otra formando un contrato, verbi gracia la oferta de servicios profesionales que hacen los abogados a sus clientes.

Se ha vuelto una práctica común que los contratos relevantes o que involucran grandes cantidades de dinero sean redactados con minuciosidad y en extensos documentos; para lograr los acuerdos que permitan cerrar un negocio y firmar un contrato, las partes tratantes se sirven de vastas negociaciones durante prolongados períodos de tiempo y a menudo involucrando a asesores, auditores, contadores, abogados y por supuesto funcionarios corporativos, como los banqueros que cuidan de los créditos otorgados y se aseguran de que su cliente no se vea inmerso en un “mal negocio”.

Durante la negociación de este tipo de contratos normalmente no existe una oferta o contra-oferta como tal, sino un largo proceso basado en rondas de negociación y con una multiplicidad de borradores, hasta que las partes logren un acuerdo. Cuando se llega al acuerdo final, frecuentemente se espera que esté incorporado en un documento o en varios, o dependiendo de la naturaleza del mismo se esperará que conste en una escritura pública celebrada ante un Notario. Si las partes exteriorizan su voluntad a través de la firma del documento, no cabrá duda alguna que habrán dado su consentimiento a los términos del contrato.

Hasta el momento lo dicho no presenta mayor dificultad ni novedad, sin embargo, debemos suponer el caso en que las negociaciones se hayan frustrado y por ende no se ha firmado el contrato, o que firmado el contrato éste adolezca de nulidad o que en la fase de las tratativas una de las partes haya ocultado información intencionalmente. De aquí surgen varias preguntas para las cuales las reglas de la oferta y la aceptación no tienen respuesta. ¿La parte que se cree afectada puede reclamar a la otra por no haberse comportado conforme los principios de derecho que rigen la contratación, o en base a la culpa, o por haber roto un acuerdo tácito?, en principio la respuesta sería no, ya que en la legislación ecuatoriana se mantiene la postura de que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, del consentimiento de las partes, tal como lo prevé el Art. 1453 del Código Civil²², y si no ha existido acuerdo lo hecho hasta ese momento se vería como una mera expectativa que no constituye derecho, tal como se desprende del numeral 6º del Art 7 ibídem²³, dicho en otras palabras, nuestra legislación mira a la libertad de contratación como un principio absoluto, dejando de lado que existe la posibilidad de abusar de ese derecho o de que intencionalmente se haya entrado a negociar sin la intención de lograr un acuerdo. Sobre este punto volveré más adelante con el objetivo de rebatirlo y proponer una opción diferente que nos permitirá

²² Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

²³ Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: (...) **6a.- Las meras expectativas no constituyen derecho;**

cambiar la respuesta negativa en positiva. En contraposición a lo dicho, se da el caso que, celebrado un contrato, éste adolezca de nulidad, siendo su consecuencia el retrotraer las cosas al estado anterior al perfeccionamiento del mismo, es decir haciéndolo desaparecer, entonces, en qué situación se halla el contratante que actuando de buena fe sufrió un perjuicio?. Otro de los casos que la doctrina prevé que se puede considerar como una especie de responsabilidad precontractual es el de los contratos válidos; en principio parece anacrónico hablar de esto, pero en las legislaciones modernas se prevé expresamente la posibilidad de faltar al deber de información por una de las partes, éste deber es natural a la etapa de las negociaciones ya que no es sino en este período donde las partes dan a conocer, investigan, delimitan el objeto de la prestación y por último expresan su consentimiento en base a todo lo tratado.

De todo lo antes expresado es fácil identificar la importancia de esta teoría, pero para finalizar me permitiré remitirme a la causa que dio origen al estudio de la Responsabilidad Precontractual por parte del maestro alemán. Ihering se planteó un caso en que un contrato es nulo por adolecer de error esencial, y se cuestiona ¿Quién responde por los gastos ocasionados?

La doctrina tradicional dejaba por lo general sin respuesta al interrogante y un examen superficial de los textos llevaba a la conclusión de que el comerciante damnificado no podía accionar contractualmente para obtener el resarcimiento debido en razón de ser nulo el convenio, y tampoco tenía la acción extra contractual contemplada en la Ley Aquilia puesto que el caso no encajaba en ninguno de los supuestos contemplados restrictivamente por la referida ley. La inequidad e insuficiencia práctica de un parecido resultado eran evidentes. La parte que había incurrido en culpa quedaba indemne, mientras que la parte inocente resultaba víctima de la negligencia de otro sin obtener satisfacción.

En busca de una solución legal más equitativa, Ihering, después de analizar otros casos similares, encuentra como punto común a todos ellos el de que la culpa se cometió en el período previo a la formación del contrato; una de las partes ha sufrido un daño como consecuencia de una acción de la otra realizada mientras se contraía la relación contractual²⁴

²⁴ Enciclopedia Jurídica ameba, Tomo V, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, pág 278 – 281, escrito por Brebbia Roberto.

La importancia de la teoría estudiada está justamente en explicar y dar un fundamento jurídico a la obligación del pago de daños y perjuicios en el caso en que una de las partes se aparte abruptamente de las tratativas preliminares o que, conociendo o debiendo conocer que un contrato adolece de nulidad, lo celebre, o que permita celebrar un contrato válido dejando de informar a la otra parte sobre cuestiones relevantes del negocio o la cosa. La adopción de esta teoría por parte de la legislación ecuatoriana evitaría, por un lado, inequidades que hoy por hoy existen en la contratación privada y, por otro, brindaría un marco jurídico propicio para evitar los abusos que puede cometer una de las partes. Con esto no quiero decir que nuestra legislación tenga cero regulaciones en este campo, sino que es momento de evolucionar hacia un nuevo sistema de responsabilidad civil y adoptar esta nueva tendencia como medio para cumplir los dos fines antes indicados.

Complementando lo dicho hasta aquí respecto de las funciones, me remitiré a lo manifestado por Gonzalo Sozzo.

En el derecho contractual moderno la construcción de la responsabilidad precontractual fue una teoría marginal. Se basaba en la idea de negociación, constituyendo un instituto, junto a los vicios de la voluntad, que procuraba asegurar el correcto desenvolvimiento de las libertades.

El control del contrato no era realizado directamente mediante la intervención en el mismo, sino asegurando que el procedimiento de formación del acuerdo se desarrollara adecuadamente; la télesis²⁵ de la responsabilidad precontractual en este contexto intelectual era, como señalé sólo la de asegurar el correcto desenvolvimiento de las libertades.

La responsabilidad precontractual, como todo el derecho privado moderno, constituyó un mecanismo de ratificación de lo obrado por las partes. Una regulación de lo regulado por los tratantes en el proceso de negociación.

El escaso desarrollo de una perspectiva teórica que contemple el problema de los riesgos del contrato y de la negociación dejó en manos del libre ejercicio de las habilidades personales la distribución de los mismos. Así el riesgo de errar o de no hacer un buen negocio debía ser soportado – por regla – por quien lo padecía; sólo excepcionalmente el derecho invertía la regulación de los riesgos que habían efectuado las partes mediante la negociación. La negociación, la teoría de los vicios de la voluntad y la responsabilidad precontractual constituyeron los segmentos que integraron la regulación jurídica por medio de la cual el derecho procuraba efectuar la distribución de los riesgos en la formación del contrato.

²⁵ Palabra usada por algunos autores pero que no tiene un significado dado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Cuando utilizan esta palabra los autores quieren referirse a la teleología, que es la doctrina de los fines.

A medida que el desarrollo del principio de buena fe a través de sus funciones fue alcanzando paulatinamente la totalidad del dominio del período precontractual, cambiando radicalmente su fisonomía, estas ideas de la responsabilidad precontractual fueron transformándose en un caso de materialización del campo contractual.²⁶

Las funciones que se le pueden atribuir a esta teoría podrían ser de diversa índole y muchas de ellas pueden ser las mismas que tienen la responsabilidad contractual y extracontractual. Como criterio personal, considero que las funciones de la teoría de la Responsabilidad Precontractual son básicamente dos:

- 1) La protección jurídica que se debe dar a la parte afectada por el comportamiento lesivo de uno de los tratantes o contratantes en la fase anterior a la celebración del contrato, y;
- 2) Sancionar con el resarcimiento a todo aquel que ha provocado un daño al otro. “Todo aquel que provoque un daño a un tercero está obligado a su reparación.”

La pregunta que resta por hacer es ¿cuál es el interés jurídicamente protegido? El autor Francisco Saavedra dice:

(...) está referido al daño sufrido por el partícipe damnificado por haber sido envuelto en negociaciones inútiles, a raíz del retiro intempestivo y arbitrario del otro partícipe o por el ocultamiento de situaciones que resulten ser, posteriormente, causas de nulidad del contrato resultante.²⁷

1.4. Ámbito y dominio de aplicación de la Responsabilidad Precontractual

La teoría de la Responsabilidad Precontractual puede ser aplicada a cualquier rama del derecho en que existan dos partes contratantes que hayan iniciado negociaciones para celebrar un contrato o que exista un contrato que adolezca de nulidad. En todo caso, el ámbito de aplicación vendrá dado por las regulaciones de cada legislación, ya que pueden

²⁶ SOZZO, p. 1 y 2.

²⁷ SAAVEDRA, Francisco, Artículo “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”, en Revista “LEX ET VERITAS”, de la Facultad de Ciencia Jurídicas de la Universidad Internacional SEK (Santiago, Editora Metropolitana, año 2004), Vol. 2, pág. 93.

existir casos, *verbi gracia* la contratación pública en el Ecuador, donde expresamente se haga desaparecer la responsabilidad de indemnizar en la fase precontractual, tal como lo veremos a continuación.

1.4.1. Derecho Civil y Mercantil

El ámbito donde ha tenido mayor desarrollo la teoría estudiada es definitivamente en el área civil y mercantil. El presente trabajo se enfoca principalmente a estudiar cómo las relaciones privadas y bajo que supuestos dan origen a la aplicación de la Responsabilidad Precontractual. No debemos olvidar que el jurista alemán Ihering tomó como punto de partida la legislación civil romanista que es la piedra angular donde se ha levantado lo que hoy conocemos como Responsabilidad Precontractual.

La complejidad de las relaciones comerciales, tanto dentro como fuera de las fronteras estatales, han obligado a un desarrollo, de regulaciones más estrictas, de supuestos más exactos y de principios más generales que deben observar las partes cuando entran en un proceso de negociación con miras a la celebración de un contrato que los obligue.

Debido a que este trabajo se centrará en el derecho privado civil, dejamos para las posteriores líneas el completo desarrollo de este ámbito.

1.4.2. Contratación Pública

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, fue publicada en el suplemento del R.O. No. 395 del 04 de agosto de 2008, siendo que a la fecha, debido a su reciente nacimiento no ha tenido mayores comentarios por los estudiosos de la materia. El objeto de este análisis se centrará en la denominada “fase precontractual” y en las consecuencias nacidas para las partes en cuestión, entiéndase Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas públicas o privadas.

El Art. 49 de la LOSNCP, en su segundo inciso dice:

(...) La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento. (...)

Para ubicarnos en el tema, decimos que ésta corresponde a las fases de las tratativas previas donde las partes intercambian opiniones, preguntas, aclaraciones, etc., para posterior formular una oferta que será conocida por la entidad contratante.

El Art. 33 ibídem, dice:

“La máxima autoridad de la Entidad Contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

(...) 3. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.

(...) La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.”

Este artículo da la prerrogativa a la institución de “apartarse de las tratativas previas”, siempre que medien ciertas circunstancias. Estas circunstancias, dada su ambigüedad, pueden configurar una actuación de mala fe por parte de la entidad estatal. Esta actuación de mala fe no podrá ser reclamada ya que la Ley ampara este tipo de actuaciones.

El Art. 6, entre otras definiciones, trae la de adjudicación, que a saber dice lo siguiente:

Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y sólo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.

En base a esta ley, podemos asimilar al acto administrativo de adjudicación, con la exteriorización de la voluntad de aceptar una de las ofertas presentadas. Lo dicho se sustenta aún más cuando la Ley, emitido este acto, otorga derechos y obligaciones al oferente seleccionado.

El último inciso del Art. 69 dice:

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

Este artículo regula la fase posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato como tal, diciendo que, SIN CELEBRARSE UN CONTRATO, la parte afectada, es decir el adquirente, tiene derecho a demandar daños y perjuicios o reclamar los gastos incurridos. No admite duda que la certeza que tiene una de las partes de que se celebrará un contrato y por otra la negativa a celebrarlo, cuando ya se ha llegado a un acuerdo, daría derecho a reclamar los daños y perjuicios causados, y a decir de varios autores no sólo la devolución de los gastos incurridos sino también, en base a la certeza antes manifestada, todo lo que comprende el lucro cesante y daño emergente.

De esta manera he probado que la Responsabilidad Precontractual, aunque con matices diferentes, si es encuentra regulada en el Ecuador, aunque expresamente sólo en la rama de la contratación pública.

Como es de conocimiento general, el Estado es el más grande contratante en nuestro país y sus actos y contratos cuentan con una regulación especial que guarda abismales diferencias con la contratación privada, sin que ello implique que el Estado y sus Instituciones puedan abusar de su derecho de *imperium*.

Analizando en la práctica cómo funcionan las normas citadas, se deduce que existen dos figuras para terminar un proceso de contratación ya iniciado: la declaratoria de desierto y la

cancelación del procedimiento. Respecto de la primera figura nos enfocaremos en la causal tercera del Art. 33 de la LOSNCP, para lo cual utilizaremos un caso práctico y real.

En uno de los múltiples procesos de contratación pública convocado por el Ministerio de Cultura del Ecuador se dio el caso que una de las compañías oferentes, mediante acto administrativo firmado por el Presidente de la Comisión Técnica, fue notificada con la adjudicación de un contrato. A partir de aquella notificación y por pedido de la Administradora del Contrato, se empezó con los preparativos para la ejecución del contrato, para lo cual el adjudicatario mantuvo sendas reuniones con diversas personas dentro de la Entidad Contratante, inició con la contratación de personal de apoyo, contrató con una compañía aseguradora la emisión de las garantías correspondientes, y, debido a la magnitud del contrato y al tiempo que se le debía emplear dejó de participar en otros procesos de contratación pública y desistió de otros contratos privados. Pese a la insistencia del oferente para la firma del contrato, dos meses después, es notificado con un nuevo acto administrativo en el cual se le hacía conocer la declaratoria de desierto del proceso, fundamentado en que el proceso de contratación era inconveniente a los intereses institucionales; dentro de esta resolución también se le indica que el acto administrativo de adjudicación nunca fue firmado por la máxima autoridad de la Institución y por ende no produjo efectos jurídicos. El oferente, sintiéndose perjudicado por la actuación negligente de la Institución interpuso los recursos administrativos debidos, siendo que la Institución se mantuvo en su decisión. Actualmente se halla presentada una demanda ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo a la espera del trámite respectivo y su posterior sentencia.

El caso planteado, en mi criterio, presenta un claro ejemplo de Responsabilidad Precontractual ya que en primer lugar el consentimiento aparentemente obtenido a través de la aceptación de la oferta nunca se exteriorizó en la celebración del contrato por escritura pública, y en segundo lugar, pese a que el oferente tenía la certeza de que el contrato se iba a celebrar, fue notificado con una Resolución que declaraba desierto el proceso, dando como consecuencia que no podía reclamar ningún tipo de indemnización por expreso mandato de la ley.

Vale acotar que la causal por la que se puede declarar desierto el proceso es una norma demasiado amplia que da lugar a que se cometa un abuso del derecho de contratar, lo cual es reñido con la buena fe; el abuso del derecho, según algunos autores, daría origen a la Responsabilidad Precontractual.

Basado en la máxima del derecho de que todo aquel que provoca un daño debe resarcirlo, y en la culpa evidente, e incluso en la negligencia con la que actuaron ciertos funcionarios, considero que los jueces que conozcan el caso deben condenar a la Institución a pagar los daños y perjuicios causados, previo a un análisis sesudo de las pruebas que se aporten y posteriormente la Institución deberá repetir contra esos funcionarios.

De los artículos arriba citados y del caso planteado podemos decir que la LOSNCP prevé la existencia de una fase anterior al contrato, la cual termina con la notificación que se hace de la adjudicación. De conformidad al numeral 1º del art. 6, el acto de adjudicación otorga derechos y obligaciones a las partes, siendo la principal la de firmar el contrato; entre las obligaciones secundarias está por ejemplo la de entregar las garantías respectivas e incluso se prevé una obligación de no hacer, la cual es no ejecutar el contrato mientras no se firme o se solemnice el contrato. En caso de incumplimiento de la obligación de firmar el contrato, el Art. 69 ibídem otorga el derecho al adjudicatario de demandar los daños y perjuicios causados o la restitución de los gastos incurridos, mezclando, en mi criterio, la teoría del interés negativo y positivo, y brindando la posibilidad al afectado de escoger cualquiera de las dos posibles acciones. Vale decir que en caso de que por causas imputables al adjudicatario no se celebre el contrato, el Estado puede sancionar unilateralmente y declarar al adjudicatario como fallido en el RUP.

En conclusión podemos decir que en el ámbito de la Contratación Pública puede darse el caso de que el consentimiento de las partes no se perfeccione, pero esto no quiere decir que no existan obligaciones que deben cumplir las partes previo a la celebración del contrato y que en caso de incumplimiento de éstas nacería la obligación de pagar daños y perjuicios.

Este reconocimiento es un gran avance en nuestro marco normativo, pese a las limitaciones impuestas por el legislador constitucional²⁸ y puede ser la oportunidad de empezar una discusión sobre el tema en el Ecuador.

1.4.3. Negocios Internacionales

Como manifesté en líneas anteriores, somos testigos privilegiados del fenómeno de la globalización de la regulación jurídica de los procesos de formación de los contratos y de la responsabilidad precontractual como parte integrante del proceso de globalización del campo jurídico.²⁹

El derecho global, y en particular el derecho contractual global, se construye recurriendo en gran medida al derecho internacional privado y público; sin embargo, el fenómeno del derecho global no se reduce sólo al problema del desarrollo de las normas jurídicas internacionales. En efecto, existe además un derecho de bloques comunitarios como en Europa; (...). Han aparecido nuevos actores que inciden en la regulación contractual global; estos nuevos actores, como las Naciones Unidas, las agencias de crédito internacional (Banco Mundial, FMI, BID, etc.), las empresas globales, etc., contribuyen a la formación de un derecho contractual global.³⁰

El proceso de unificación del derecho contractual a nivel mundial se lo ha venido desarrollando a través de diversos mecanismos como las convenciones internacionales o las leyes uniformes. En contraposición a esta tendencia globalizadora, existe un intento de construcción de un derecho supranacional, *verbi gracia*, lo que sucede en Europa mediante las Directivas. En este último modelo se requiere la renuncia parcial de la soberanía de los estados partes dentro del bloque.

El primer intento para regular este ámbito de la contratación se dio a través de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías,

²⁸ Me refiero a Legislador Constitucional ya que la LOSNCP, fue expedida por el seno de la Asamblea Nacional Constituyente que tuvo lugar en el Ecuador en el año 2008.

²⁹ SOZZO, p. 567.

³⁰ FARÍA, J., *El derecho en una economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, pág 30.

posteriormente se dio el Contract Code, el Código Europeo de Derecho Común de los Contratos, elaborado por la Comisión Lando entre 1990 y 1998 por encargo del Parlamento Europeo y los Principios sobre Contratos Civiles y Comerciales de UNIDROIT. Anterior a estos textos, me parece importante hacer relación al Convenio de Bruselas de 1968, ya que existe un sentencia importante, basada en este convenio, expedida por la Corte de Casación Italiana en el año 2002.

1.4.3.1. *Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*

Me referiré en primera instancia a las regulaciones de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención en su segunda parte, trata sobre la formación del contrato, específicamente en sus artículos 14 al 24³¹. En estos artículos se

³¹**Artículo 14** 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. **Artículo 15** 1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario. 2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. **Artículo 16** 1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta. **Artículo 17** La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente. **Artículo 18** 1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación. 2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. 3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente. **Artículo 19** 1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga

encuentra recogido, principalmente, lo atinente a la oferta y su aceptación, es por ello que varios autores han criticado a este como un intento válido de regulación de la fase precontractual. En este mismo sentido se pronuncia Luis Díez-Picazo:

“las normas de los arts. 14-24 regulan, según hemos dicho, la formación de los contratos a través del esquema de la oferta y la aceptación, los comentaristas han planteado si ello excluye las demás modalidades de formación de los contratos que no se atengan, o que no se atengan completamente a este esquema”.³²

Debemos indicar que, si bien este es un intento por demás importante, la Convención de Viena no logró sistematizar un conjunto de reglas que permita regular certeramente la responsabilidad precontractual.

elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Artículo 20 1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario. 2) Las días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. **Artículo 21**

1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido. 2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido. **Artículo 22** La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 23 El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención. **Artículo 24** A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

³² DIEZ-PICAZO, L., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid.

1.4.3.2. *Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT)*

El segundo análisis se centrará en los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT).³³ Antes de adentrarnos al análisis de sus regulaciones es menester realizar algunas precisiones:

- El proceso inició por un mandato dado a la UNCITRAL por la Asamblea General de la ONU, con el fin de armonizar y unificar el derecho mercantil internacional.
- De lo antes mencionado se desprenden varias consecuencias: su ámbito de aplicación, a diferencia del primer análisis, no se halla circunscrito al ámbito europeo; los principios recogidos son dirigidos a legisladores nacionales, jueces, árbitros y a los privados que acepten acogerse a los principios generales del derecho.
- La aspiración que se persigue es que los Estados Nacionales tomen los principios recogidos como una directriz o modelos para delinear sus ordenamientos jurídicos.
- El UNIDROIT, al ser considerado como una “autoridad privada”, y sus principios no tienen fuerza vinculante ni obligatoria para los Estados y peor aún para los particulares.

Dicho lo anterior, procederé brevemente a hablar sobre los principios que trae el UNIDROIT sobre la responsabilidad precontractual. El Art. 1.7³⁴ establece que las partes

³³ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

³⁴ Art. 1.7 (Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

deben actuar de buena fe en el comercio internacional, lo cual incluye la fase de negociación del contrato.

Para el análisis del Art. 2.1.15.,³⁵ quizá el más importante, me remitiré a lo manifestado por Gonzalo Sozzo:

*(...) establece que las partes son libres de contratar y de continuar haciéndolo o no, es decir, son libres para administrar sus esfuerzos para llegar a un acuerdo, como concreción del principio general de libertad que rige en materia contractual. No obstante, por imperio del principio de buena fe las partes incurrir en responsabilidad precontractual si conducen o interrumpen las tratativas de mala fe, se menciona expresamente aquel caso en el cual una de las partes emprende tratativas o las continúa sin tener la intención de concluir el acuerdo con la otra – denominado en la teoría de la responsabilidad precontractual, solo en las tratativas-.*³⁶

Como se puede observar, según este principio, se debe responder bajo dos supuestos: ya sea por interrumpir abruptamente las negociaciones mostrando mala fe ya por negociar con evidente mala fe. Para un mejor entendimiento de este articulado me permito transcribir un ejemplo por cada supuesto, que traen los mismos principios:

- 1) “A” se entera de la intención de “B” de vender su restaurante. “A” no tiene la intención de comprar dicho restaurante, pero entabla largas negociaciones con el único propósito de evitar que “B” le venda el restaurante a “C”, un competidor de “A”. “A” se retira de las negociaciones tan pronto como “C” ha comprado otro restaurante. “B” logra finalmente vender su restaurante a un precio menor que el ofrecido por “C”. En este supuesto “A” es responsable ante “B” por la diferencia del precio que éste pudo haber obtenido de haberle vendido el restaurante a “C”.

³⁵ Art. 2.1.15 (*Negociaciones de mala fe*) (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

³⁶ Sozzo, G., p. 576.

- 2) “A” asegura a “B” el otorgamiento de una franquicia si “B” adopta medidas idóneas para obtener experiencia y estar dispuesto a invertir U\$S 150.000, durante los dos años subsiguientes, “B” lleva a cabo importantes preparativos con miras a celebrar el contrato, siempre con la garantía de “A” que le otorgará la franquicia. Cuando todo se encuentra listo para la firma del contrato, “A” le informa a “B” que debe invertir una suma sustancialmente mayor, a lo que “B” se niega. “B” tiene derecho a recuperar de “A” los gastos en que haya incurrido con miras a la celebración del contrato.

El autor Alejandro Garro, como comentario al Art. 2.1.15., manifiesta:

*En el supuesto de que puedan aplicarse los Principios para determinar la responsabilidad civil que puede surgir antes de celebrar un contrato, es importante que las partes potenciales del contrato sepan a qué atenerse durante la etapa de negociación. La lectura de las ilustraciones que acompañan al art. 2.1.15 claramente indican que no es necesario probar que la otra parte tuvo la intención de dañar, o que se comportó con malicia, dolo, o mala fe para ser considerada responsable por los daños negativos causados por no conducirse de buena fe durante la etapa de negociaciones. Todo parece indicar que la falta de buena fe puede ser asimilada a la culpa o negligencia de una de las partes en la manera de conducir sus tratativas para llegar a concluir un negocio.*³⁷

En tanto que el art. 2.1.16³⁸ consagra aplicaciones concretas del principio de buena fe durante las tratativas previas, en especial el deber de secreto.

*Art. 2.1.16.- Si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor.*³⁹

³⁷ GARRO, A., *Los contenidos de los principios de UNIDROIT. Algunas reglas en camino hacia la uniformidad, Jornadas UNIDROIT, Modernos contratos comerciales, UADE, cuarta sesión Buenos Aires, 1998.*

³⁸ Art. 2.1.16 (*Deber de confidencialidad*) Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

³⁹ UNIDROIT, Art. 2.16.

Debemos aclarar que en el supuesto arriba mencionado, no existe como tal un deber de guardar secreto, salvo que las partes hayan establecido la confidencialidad, ya que es muy abstracto e inalcanzable delimitar qué información es confidencial y cual no. Lo dicho lo corroboramos con un ejemplo que traen los mismos principios de la UNIDROIT.

- 1) “A” invita a “B” y “C”, fabricantes de sistemas de aire acondicionado, a proporcionar ofertas para la instalación de sus sistemas. En sus ofertas, “B” y “C” pueden proporcionar algunos datos técnicos referentes al funcionamiento de sus respectivos sistemas a fin de destacar sus méritos. “A” decide rechazar la oferta de “B” y continuar únicamente las negociaciones con “C”. “A” tiene plena libertad para usar la información proporcionada en la oferta de “B” con la finalidad de persuadir a “C” a proponer condiciones más favorables.

Para finalizar sólo mencionaremos que los arts. 1.9, 2.4, 2.7 y 2.9 tratan sobre la oferta y su aceptación.

Nótese que el aporte fundamental que hacen los Principios de la UNIDROIT es castigar la mala fe de los tratantes y hacerlos responsables del perjuicio que se cause a la otra parte. De los textos también se colige que los Principios se inclinan por la teoría del interés negativo y no consideran al daño resarcible capaz de alcanzar todos los efectos de los daños y perjuicios.

1.4.3.3. *Código Europeo de Derecho Común de los Contratos (Comisión Lando) (PECL)*

Para iniciar debemos decir que la Comisión de Derecho Contractual europeo se conforma por un grupo de profesores de distintos países de la Comunidad Europea y se caracteriza por que dichos profesores no representan a ningún Estado u organismo; lo dicho importa no

sólo por la fuerza vinculante de sus trabajos sino también por la imparcialidad con la que se manejan.

El principal objetivo de la Comisión era identificar un conjunto de principios comunes constantes en los distintos ordenamientos jurídicos europeos con el fin de promover la unificación; dicho en otras palabras lo que busca la Comisión no es la elaboración de un código sino más bien la unificación jurídica pero nacida desde el derecho interno de los países, por lo que el código debe ser visto como un medio y un parámetro de unificación y no como un intento de legislación supranacional.

La sección tercera lleva el título de “Responsabilidad en el ámbito de las tratativas” y se compone de los artículos 2301 y 2302. El primero de estos se refiere a las tratativas contrarias a la buena fe, en tanto que el segundo trata de la violación del secreto.

El art. 2301, en su primer párrafo establece el principio de que las partes son libres de negociar y no pueden incurrir en responsabilidad por el solo hecho de no llegar a un acuerdo. La libertad de negociar también incluye la de no negociar. El segundo párrafo señala que la parte que hubiera roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. En tanto que el tercer párrafo establece que es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra; aquí se prevé dos supuestos cuando una parte prosiga las tratativas sin existir una real intención de llegar a un acuerdo, y el caso de la continuación de las negociaciones a sabiendas de que no se celebrará el contrato.

El art. 2302 señala que cuando una parte divulga informaciones confidenciales durante las tratativas, la otra se encuentra obligada a no divulgarla y a no utilizarla para sus propios fines, independientemente del hecho de que se llegue o no a la conclusión del contrato. La violación de esta obligación puede dar derecho al resarcimiento del daño y a la restitución del provecho.

Nótese que esta norma es bastante parecida al Principio del Art. 2.1.16 de la UNIDROIT, respecto del cual ya expresamos nuestra opinión. Pese a ello me remitiré a la explicación que da Luis Díez-Picazo:

“Los PECL parten en este punto de que no existe un deber general de confidencialidad y que ninguna de las partes que negocian un contrato tiene, con carácter general, el deber de tratar la información que reciben durante las negociaciones como confidencial. Por consiguiente, es preciso que el carácter confidencial de la información resulte expresamente de las declaraciones de quien así la considera, o que resulte implícita o tácitamente de las circunstancias. Ello permite establecer la distinción entre información confidencial e información no confidencial, teniendo presente siempre que la regla general está a favor de esta última”⁴⁰

Como hemos venido diciendo, toda violación a los principios de buena fe y de no divulgación de informaciones confidenciales, tiene una consecuencia jurídica, que es la colocación de la parte afectada en la posición de reclamar los daños causados. La discusión se centra en los alcances de esa indemnización, y existe algunos que se inclinan por la teoría del interés negativo o del interés positivo. En lo que respecta a la ruptura del deber de confidencialidad contenido en el artículo que se analiza, me remitiré nuevamente a la explicación de Luis Díez Picazo:

“(…) no se resarce sólo el daño al interés negativo, pues la revelación a tercero o la utilización en beneficio propio da lugar a unos daños adicionales e incluso a un enriquecimiento injustificado, que no quedaría cubierto por la susodicha regla del interés negativo. Por ello el art. 2302, PECL, establece un resarcimiento integral y una regla de restitución de beneficios que parece asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados”⁴¹

1.4.3.4. *Sentencia Tacconi expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*

En el caso planteado se enfrentaban una compañía italiana (Tacconi) contra una compañía alemana (HWS); en este caso se expidió la famosa sentencia denominada “Tacconi”⁴².

⁴⁰ Tomado de Los Principios del derecho europeo de los contratos, Civitas, Madrid, 2003, p.199.

⁴¹ Los principios, cit.p.200.

⁴² STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C- 334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*. Sobre esta decisión vid. M. Requejo Isidro, *REDI*, 2002, vol. LIV, pp. 878-881; A. Huet, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 668-671; P. Mankowski, “Die Qualifikation

Ambas partes se encontraban negociando la adquisición por la primera de una fundidora automática fabricada por la segunda. El contrato se articularía mediante una operación de leasing en la que sería la sociedad B.N. Comercio e Finanza SpA (BN) la que adquiriría de HWS la fundidora para cedérsela a Tacconi. De acuerdo con las alegaciones del demandante en el proceso original (Tacconi), el contrato de arrendamiento financiero entre Tacconi y BN ya se había celebrado, con el consentimiento de HWS, cuando ésta última se negó injustificadamente a la venta. La reclamación contra HWS se fundamentaba, por tanto, en la ruptura injustificada de negociaciones, supuesto típico y, como hemos visto, paradigmático de la culpa in contrahendo.

La intervención del Tribunal de Luxemburgo en el caso se hizo precisa para determinar si en el supuesto planteado podían utilizarse los criterios de competencia judicial incluidos en los apartados 1 y 3 del art. 5 del Convenio de Bruselas (materia contractual y delictual o cuasidelictual, respectivamente). La cuestión resultaba relevante, ya que la competencia de los tribunales italianos, ante los que se había planteado la demanda, no podía derivarse del foro general del domicilio del demandado, toda vez que la empresa demandada se encontraba domiciliada en Alemania. Tacconi mantenía que la reclamación planteada debía ser calificada como delictual, mientras que HWS sostenía que no era adecuado calificarla ni como contractual ni como delictual, por lo que solamente debía utilizar el foro general del domicilio del demandado.

El TJCE concluyó que en el supuesto planteado no nos encontrábamos ante un compromiso libremente asumido por HWS frente a Tacconi por lo que la acción iniciada no podía incardinarse en el art. 5.1 del Convenio de Bruselas. Sí podía, en cambio, ser considerada como una demanda en materia delictual, ya que se reclamaba la responsabilidad derivada del incumplimiento de normas jurídicas, en concreto, aquéllas que establecen la obligación de actuar de buena fe durante las negociaciones previas a un contrato.⁴³

Resulta interesante para nuestro estudio que en el caso Tacconi haya sido calificado como delictual y por ende el supuesto de responsabilidad precontractual fue recalificado como extracontractual, en contraposición a la sentencia denominada “Gabriel”⁴⁴. Nótese también que en la sentencia se utiliza como factor de atribución a la buena fe, y es justamente la violación de este principio el que da lugar al reclamo de la empresa Tacconi.

der culpa in contrahendo. Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR”, *IPRax.*, 2003, año 23, núm. 2, pp. 127-135; P. Franzina, “La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo”, *Riv. dir. int.*, 2003, vol. LXXXVI, núm. 3, pp. 714-745.

⁴³ ARENAS, R., *La regulación de responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2008.

⁴⁴ STJCE de 11 de julio de 2002, As. C-96/00, *Rudolf Gabriel*. Vid. A. Font i Segura, *AEDIPr.*, 2004, t. IV, pp. 886-889; L. García Gutiérrez, *REDI*, 2002, vol. LIV, núm. 2, pp. 871-876.

CAPÍTULO II.-

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

A lo largo de este capítulo abordaremos la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, por lo que se hace necesario definir qué entendemos por naturaleza jurídica. Al hablar de naturaleza jurídica nos estamos refiriendo a la esencia o fundamento que da sustancia a una institución, teoría, doctrina, etc.

La doctrina ha centrado su discusión, principalmente, en saber si la responsabilidad precontractual debe seguir las reglas de la responsabilidad contractual, o por el contrario, si debe guiarse por las reglas extracontractuales. Dentro de las posturas que dotan de naturaleza extracontractual a la responsabilidad contractual, encontramos corrientes que buscan fundamento en la teoría del abuso del derecho, o de la declaración unilateral de voluntad, o incluso un fundamento en la Ley.

Es importante señalar que, siguiendo lo manifestado por Gonzalo Sozzo, el análisis de las tesis sobre la naturaleza jurídica está condicionado por el contexto que proporciona cada ordenamiento jurídico, ya que por ejemplo los autores Alemanes ubicaron a la teoría dentro del ámbito de la responsabilidad contractual por una razón práctica, ya que su sistema jurídico, y específicamente el BGB no permitía ubicar a la responsabilidad precontractual dentro de los casos previsto para la responsabilidad extracontractual.

A título de ejemplo, en Alemania el predominio de las posturas contractuales obedece a la inexistencia de una cláusula normativa general que consagra la responsabilidad por hechos ilícitos, mientras que sí cuentan con una en materia obligacional.⁴⁵

Es necesario aclarar que, conforme al análisis hecho por Gonzalo Sozzo, los fundamentos no son el verdadero criterio para agrupar las diversas tesis (en contractuales, extrancontractuales, etc.), ya que por ejemplo hay autores que han manifestado que la responsabilidad precontractual encuentra su campo de posición en el ámbito

⁴⁵ BENATTI, Francesco, Responsabilita precontrattuale, Cit. explica esta problemática del derecho alemán en detalle, págs.. 125 – 126.

extracontractual, mientras que el fundamento para atribuir responsabilidad la han atribuido la noción de culpabilidad. En contraposición, Ihering se inclina por ubicar a la tesis estudiada dentro del ámbito contractual, pero también recurre a la noción de culpa, elemento este último que también caracteriza a lo extracontractual.

En verdad, cuando se distingue entre tesis contractuales, extracontractuales, etc. no se está trazando una diferenciación teniendo como parámetro los distintos fundamentos, entendiendo por éstos la razón de ser o el motivo por el cual se debe obligar a una determinada persona a indemnizar, que se asignan a esta especie de responsabilidad, sino que tendremos en cuenta que sector del campo de la responsabilidad se la emplaza.⁴⁶

2.1. Teorías Contractualistas.-

2.1.1. Ihering y otros autores alemanes

El trabajo de Ihering está contenido en su obra “De la culpa *in contrahendo* o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas”, que apareciera por primera vez en Alemania en 1860.

Ihering inicio planteándose un caso en el cual una persona solicita el envío de 100 libras de una determinada mercancía, pero confunde el signo libra con el de quintal y recibe por tanto una cantidad superior a la pedida. El autor dice que el contrato es nulo por adolecer de error esencial y se hace la pregunta ¿Quién responde por los gastos ocasionados en concepto de expedición, embalaje, flete, etc.?. Los textos romanos, en base a los cuales construyó su teoría, así como la doctrina tradicional no habían respondido esta pregunta, por lo que, un análisis de los textos romanos, le hizo concluir que el comerciante damnificado no podía accionar contractualmente, debido a que la nulidad hacía desaparecer

⁴⁶ BREBBIA, Roberto, Responsabilidad precontractual, cit. p. 45

de la vida jurídica al contrato y tampoco podía accionar extracontractualmente ya que la Ley Aquila no preveía este tipo de casos.

La iniquidad e insuficiencia práctica de un parecido resultado eran evidentes. La parte que había incurrido en culpa quedaba indemne, mientras que la parte inocente resultaba víctima de la negligencia de otro sin obtener satisfacción.⁴⁷

El análisis exhaustivo de las fuentes romanas, le permitió a Ihering afirmar que la culpa incontractando si se encontraba prevista en el Copus Iuris, como en el caso de nulidad de contrato por vicios en la cosa vendida, por incapacidad y se preveía la nulidad en el caso de los objetos religiosos.

Dicho lo anterior, es en el capítulo II de la obra del autor alemán donde se ocupa del análisis del fundamento de la responsabilidad *in contractando*.

A un primer análisis resultaba evidente que la actio de dolo y la actio legis Aquiliae no podían servir de fundamento dentro del marco de la legislación romana a la responsabilidad nacida en el período antec contractual. La actio de dolo debía descartarse, por cuanto en ninguno de los casos contemplados en la ley se exigía la presentencia de ese elemento intencional para derivar la responsabilidad de alguno de los contratantes. En cuanto a la acción fundada en la Ley Aquila debía correr igual suerte, dado que no mediaban los requisitos que la misma ponía como condición para la procedencia del resarcimiento: daño visible, material, causado a objetos exteriores (cosas o personas).⁴⁸

La culpa extracontractual, a criterio del autor, debía ser rechazada como fundamento legal de la responsabilidad *in contractando*. A manera de interpretación, el argentino Roberto Brebbia manifiesta:

*La relación indudable que existe entre los actos cometidos en el período precontractual y el contrato nulo o imperfecto indicaba, a juicio del maestro alemán, la verdadera dirección a seguir para determinar el fundamento de la obligación de resarcir en los casos de responsabilidad *in contractando*; y esa dirección ni podía ser otra que la de la culpa contractual.⁴⁹*

Debido a la extensión de la teoría que formulara el maestro alemán, resumimos su trabajo en los siguientes puntos:

- *La culpa in contractando es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del período de formación del contrato).*

⁴⁷ ENCICLOEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo V, Editorial Driskill S.A., 1986, Buenos Aires.

⁴⁸ Ibidem, pág. 280

⁴⁹ Ibidem, pág. 280

- *El mismo grado de culpa debe presentarse en el período de formación del contrato que en el período de ejecución.*
- *Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa in contrahendo*
- *Para que pueda haber culpa in contrahendo tiene que haber existido oferta; las meras tratativas anteriores a la promesa del contrato, no son susceptibles de originar responsabilidad basada en esa especie de culpa.⁵⁰*
- La obligación de resarcir los daños causados por actos que se generaron en el período de formación del consentimiento tiene su fundamento en la culpa. De aquí que se la llamara culpa in contrahendo.

Para la formulación de esta teoría el autor recurre a una ficción, que es la existencia de una “relación contractual”; esto implica que las partes, por estar relacionadas, aunque no vinculadas por un contrato, tienen obligaciones recíprocas. Esto último sumado a que los casos de responsabilidad precontractual no encajaban en los supuestos de responsabilidad extracontractual, llevó a Ihering a concluir que la naturaleza de la responsabilidad precontractual no podía ser otra que la contractual. La consecuencia inmediata de la aplicación de esta postura es que el potencial accionante debe sujetarse a las reglas de la responsabilidad contractual como la prescripción, requisitos, etc.

La objeción de que no puede haber acción contractual sin que exista contrato no es válida si se asigna a la misma un valor absoluto. La declaración de nulidad del contrato o el hecho de que el mismo no haya podido ser perfeccionado no invalida todos los efectos emergentes del pacto, sino únicamente aquellos que se refieren a la ejecución de las obligaciones contractuales. El contrato nulo o no perfeccionado sigue produciendo otras obligaciones no vinculadas con la ejecución del convenio, como ser, la restitución de las cosas entregadas por las partes, devolución de la señal o arras y pago de las indemnizaciones que correspondan, etcétera.⁵¹

Otro autor que sostiene la tesis contractualista es Leonhard, quien apenas hace 100 años elaboró su propia teoría de la culpa en la realización del contrato. Este autor detecta que la teoría primigenia no contemplaba el caso de los contratos válidos ya que sólo hacía referencia a los contratos nulos. El autor aseveraba que existía responsabilidad precontractual cuando existe un contrato válido, éstos contratos debían estar afectados por un vicio, que, sin invalidar el contrato, ocasionaba un daño y estos vicios se originaban en

⁵⁰ Artículo tomado de la Enciclopedia Jurídica ameba, Tomo V, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, pág 278 – 281, escrito por Brebbia Roberto.

⁵¹ Ibidem, pág. 280

la formación del contrato, de ahí el nacimiento de este caso de responsabilidad precontractual.

En el caso de los contratos válidos, la actuación lesiva en el período de formación del contrato, estaba dada por la inobservancia de los deberes de información, la cual necesariamente debía ser culpable.

Esta ampliación, por llamarla de alguna manera, de la teoría de Ihering no implica una negación de la misma, sino un complemento; el único punto de confrontación fue la extensión de la indemnización, por lo que Leonhard sostiene también que la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual es de índole contractual.

Siber, otro autor alemán, quien sin aportar un nuevo elemento, unifica las dos tesis de los autores antes citados; su estudio aparece en 1914 y se resume en lo siguiente:

*(...) sosteniendo que la responsabilidad en la formación del contrato derivaba de la inobservancia de los deberes de información... "Con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido". En consecuencia,, "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 puede incluirse, de igual forma, los supuestos hasta entonces tradicionales de culpa in contrahendo – casos de daños derivado de la invalidez contractual – y los de VbV (culpa en la realización del contrato). Por tanto, cuando se habla de culpa in contrahendo entiende que ésta se refiere no sólo a los casos en que interviene la invalidez contractual, sino que también a aquellos otros en los que, dándose un contrato válido, se ha incumplido un deber de información precontractual. A la VbV, terminología que utiliza con preferencia, le da exactamente el mismo contenido, convirtiendo así las dos expresiones sinónimas". Siber unifica también el punto relativo a la extensión del resarcimiento, inclinándose por la tesis de que los daños a indemnizar abarca sólo el interés negativo.*⁵²

2.1.2. Faggella

Otro de los autores que ubica dentro de las tesis contractualistas a la responsabilidad precontractual es Gabrielle Faggella, quien con su obra aporta un elemento indispensable

⁵² SOZZO, G. op. Cit. Pág 27

para la construcción de la precontractualidad. El elemento que aporta se refiere a la extensión del período precontractual ya que estudia el momento previo a la emisión de la oferta, período desconocido por Ihering.

Resumiendo, Faggella determina que la extensión que se debe dar al período previo a la formación del acto o contrato es el siguiente: a) antes de la oferta y b) después de emitida la oferta. Este primer período lo denomina “de las meras tratativas”, donde las partes intercambian información, discuten los términos contractuales, aclaran dudas, hacen minutas o borradores, etc. Este período de tratativas previas lo divide en dos etapas:

1) negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas, en la que las partes tratan de llegar a un entendimiento sobre los puntos principales (período de elaboración); 2) la etapa de la concreción de la oferta, en la cual cada parte, enterada de las exigencias de la otra, hace su propia composición de lugar, realiza un balance de la situación y, entonces, una de ellas se encarga de redactar una proposición u oferta definitiva. Entre estos dos momentos (que configuran el primer período) y el período posterior a la emisión de la oferta existe una diferencia cuantitativa en cuanto a la fuerza del vínculo que une a las partes, pero no cualitativa, en lo que hace a su naturaleza.⁵³

Además de la ampliación de la fase previa a la formación del consentimiento, el autor italiano manifiesta que la violación del acuerdo, y por ende la responsabilidad generada, puede existir haya o no culpa, ya que sólo bastaría el apartamiento arbitrario de las tratativas, desconociendo de esta manera a la “culpa” como fundamento utilizado por Ihering.

En conclusión, Faggella da a la teoría precontractual una naturaleza jurídica contractual, pero a diferencia de Ihering, no cree que el fundamento de la responsabilidad precontractual se halle en la idea de culpa sino que la fundamenta en la violación del acuerdo para entablar negociaciones. Dicho en otras palabras, la violación de este acuerdo, puede existir haya o no culpa y para que exista responsabilidad es necesario tan sólo el apartamiento arbitrario de las tratativas.

⁵³ SOZZO, G. op. Cit. Pág. 29

2.1.3. Saleilles

El último autor sobresaliente es Saleilles, quien coincide en términos generales con Faggella, siendo que su trabajo se centró en el estudio del retiro intempestivo de las negociaciones.

En este sentido Paz García Rubio manifiesta: “... si bien el fundamento de la misma no sería ni la culpa, ni la presunción de una ligazón tácita sino una especie de garantía legal fundada sobre la equidad, que limitaría la retirada arbitraria de las negociaciones”.⁵⁴

Manzanares Secades escribe: “Para este autor la 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”.⁵⁵

Resumiendo, el retiro intempestivo, según el autor, se da cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad y la buena fe y no la culpa ni el acuerdo tácito.

El estudio de Saleilles es donde encuentra su antecedente la construcción de la buena fe en las tratativas previas, tema que abordaremos a profundidad en el siguiente capítulo.

2.1.4. Otros autores

A continuación reseñaremos brevemente la postura de dos autores, Luigi Mengoni y Francesco Benatti. Escogimos estos autores debido al estudio que realizan sobre la legislación italiana, ya que este es uno de los pocos países donde su ordenamiento jurídico ha recogido expresamente la teoría de la responsabilidad precontractual.

El autor Luigi Mengoni, afirma lo siguiente:

⁵⁴ PAZ GARCÍA RUBIO, La Responsabilidad..., cit., pág. 33.

⁵⁵ MANZANARES, A., “La responsabilidad...”, cit. p. 979

- 1) ... el argumento fundamental de los sostenedores de la naturaleza contractual de la responsabilidad por violaciones cometidas durante las tratativas o en el acto de formación del contrato, es de orden literal. La obligación de comportarse según la buena fe, y en particular la obligación de comunicar la causa de invalidez del contrato, es formulada por los artículos 1337⁵⁶ y 1338⁵⁷ como obligación inter partes impuesta a una o más personas determinadas; no se trata por tanto de un deber absoluto, sí de una obligación relativa que, en cuanto responde a los requisitos del artículo 1174 del Código Civil, constituye una relación obligacional.⁵⁸

El autor otorga un valor relativo al deber de comportarse según lo determina los lineamientos de la buena fe, así como a la obligación de comunicar las causas de invalidez de los contratos. Gonzalo Sozzo, al estudiar esa postura ha manifestado:

El encuadramiento de la responsabilidad prevista en el artículo 1337 entre la extracontractual introduce una deformación de la verdadera función que la ley atribuye a la buena fe en ese campo. La buena fe no podría ser entendida como buena fe objetiva en ese ámbito. La responsabilidad extracontractual se encuentra esencialmente ligada a la violación de deberes absolutos, que surgen desde fuera de la relación específica entre sujetos determinados, y es cierto que a la determinación del contenido de los deberes correspondientes a derechos absolutos es extraña una valoración conforme la buena fe. En la hipótesis del artículo 1337, la buena fe debería, por consiguiente, ser entendida en sentido subjetivo... “De tal modo, el artículo 1373 no sería una norma constitutiva de obligaciones entre los sujetos de las tratativas, sino que tendría sólo la función de fijar un elemento subjetivo necesario para el resarcimiento del daño derivado de la violación del deber ya existente independientemente del artículo 1337”. El significado de la disposición sería este: el daño injusto, ocasionado a una parte de las tratativas por un comportamiento de la otra parte causalmente conexo con la relación específica instaurada a los fines de la formación del contrato, es resarcible sólo en cuanto el daño sea causado de mala fe. “El artículo 1337 proscribire una figura especial de hecho ilícito donde la medida de la responsabilidad del autor no sería dado por el canon de la culpa – diligencia sancionado por el artículo 2043, pero si por la mala fe”. Dada la letra del artículo, la construcción de la responsabilidad precontractual como extracontractual, según el autor, además de implicar una involución, que lleva a la etapa donde únicamente se sancionaba el dolus in contrahendo, conduce inevitablemente, por ese mismo hecho, a la eliminación del concepto de culpa in contrahendo, al asimilar la culpa – negligencia a la mala fe (que se resuelve en el concepto de dolo).⁵⁹ (Lo subrayado me pertenece)

⁵⁶ El autor se refiere al Código Civil Italiano. El artículo en mención dice: Art. 1337: Trattative e responsabilità precontrattuale Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. Traducción: las partes, durante el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe.

⁵⁷ Art. 1338: Conoscenza delle cause d'invalidità: La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto. La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado aviso a la otra parte, está obligado a resarcir el daño de esta afectación, por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.

⁵⁸ MENGOLI, Luigi, “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, Rev. De derecho e Procedimiento Civil, 1956, II, pág. 361.

⁵⁹ SOZZO, G., op. cit. Pág 32-33

- 2) Una interpretación como la anterior es evidentemente arbitraria, ya que desde el punto de vista exegético, se encuentra desmentida por el artículo 1338, que constituye una indiscutible aplicación del artículo 1337, en efecto: “La mala fe, puede subsistir solamente en la hipótesis de conocimiento de la causa de nulidad del contrato, mientras que el artículo 1338 admite la responsabilidad precontractual también en la hipótesis de ignorancia inexcusable. Por tanto, la concepción de la responsabilidad precontractual como responsabilidad fundada sobre el elemento subjetivo de la mala fe encuentra un obstáculo definitivo en el artículo 1338, que aplica el principio del artículo 1337 al falso procurador fundado su responsabilidad sobre el hecho objetivo de la falta de comunicación de defecto en la procura al otro contratante.”⁶⁰
- 3) El autor italiano, al abordar el tema de la responsabilidad contractual como fundamento de la responsabilidad precontractual, desde un punto sistemático, advierte un doble orden de consideraciones:
- a. *El primer argumento pone el acento en el paralelismo del artículo 1337 con los artículos 1366 y 1375 en los cuales la buena fe tiene el significado objetivo de norma de conducta. Con la disposición del nuevo artículo 1337 el legislador ha extendido el imperativo de la buena fe a la fase de las tratativas previas y de la formación del contrato, y ello importa que las obligaciones recíprocas de corrección de que habla el artículo 1175, surgen ya en esa fe en función del específico interés de protección de las partes frente a la otra en cuanto tal. Cuando una norma jurídica sujeta el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, esto es un 'índice seguro que esa relación social se ha transformado, sobre el plano jurídico, en una relación obligatoria cuyo contenido se trata precisamente de especificar a través de una valoración de la buena fe. En verdad, el principio de la buena fe (en sentido objetivo) ha sido, históricamente, desarrollado y se ha conservado como una directiva particular de la relación obligatoria y no es concebible sino en ámbito de estas relaciones La aplicación del principio de la buena fe (objetiva) presupone por tanto, un vínculo obligatorio específico, presupone que seamos un deudor y un acreedor. En síntesis, al incorporar el legislador de 1942 el período precontractual y someterlo a la buena fe objetiva, ha querido transformar una relación social en una relación obligacional.*⁶¹
- b. *El segundo argumento de orden sistemático, a favor de la concepción de la culpa in contrahendo como responsabilidad contractual, surge de la exigencia de constituir un sistema unitario de responsabilidad precontractual. Si la violación de la obligación de comunicar el vicio de la cosa reconduce a una responsabilidad contractual, también la de comunicar la nulidad del contrato debe serlo. Si ambas normas se inspiran en el mismo principio (buena fe), la misma debe ser también la naturaleza de la responsabilidad que de ellas deriva. Además por qué se generará una responsabilidad contractual en el caso de que el contrato llegue a perfeccionarse, mientras que si no llega a tal instancia, resulta aplicable la responsabilidad extracontractual.*⁶²

⁶⁰ Ibidem, Pág 33

⁶¹ MENGOLI, Luigi, op cit. pág. 364 - 365

⁶² MENGOLI, Luigi, op cit. pág. 365 - 369

En general se puede afirmar que la relación dirigida hacia la estipulación de un negocio jurídico se califica como fuente de una particular relación obligatoria que obliga a las partes a comportarse según la buena fe, en el momento en que surge en la confrontación de una o ambas partes una confianza objetiva de la otra parte.⁶³

Uno de los autores modernos más reconocidos es Francesco Benatti, de nacionalidad italiana. Los argumentos del mencionado autor son recogidos por Gonzalo Sozzo, y a su tenor se los resume de la siguiente manera:

Partiendo de la concepción según la cual la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual coincidiría con la distinción entre la violación de deberes relativos y absolutos, se ha considerado que la fórmula del artículo 1337 sería tal a los fines de persuadir que el deber previsto en la norma venga calificado como obligación inter partes, es decir, como obligación relativa.⁶⁴

Al igual que Mengoni, Benatti se inclina por dar un contenido inter partes a la estipulación contenida en el Art. 1337 del Código Civil italiano. Esta postura se contrapone al valor *erga omnes* o absoluto de las obligaciones, característico de la responsabilidad extracontractual.

Se ha observado que el encuadramiento de la norma en la categoría de la responsabilidad extracontractual llevaría a una deformación del significado que la ley atribuye a la buena fe en ese campo. La buena fe no podría ser entendida en sentido objetivo, en el sentido de norma objetiva de conducta...

*El carácter de las obligaciones que tienen su fuente en el artículo 1337 impiden toda ligazón con el sistema del artículo 2043⁶⁵. En verdad, las expresiones, como *neminem laedere* y otras utilizadas en doctrina y jurisprudencia, indican con una evidencia singular, la finalidad negativa de los deberes referentes a la regla del artículo 2043. En cambio, las obligaciones que se presentan como expresiones de la buena fe del artículo 1337 tienden también a promover y a la satisfacción de las expectativas de un determinado sujeto y, por tanto, se diferencian de aquellas del artículo 2043, las cuales están dirigidas solamente a proteger, mas no a realizar el interés del otro⁶⁶*

Las críticas a las teorías contractualistas no son pocas, pero la más importante, a nuestro juicio, radica en que los autores que sostienen esta postura recurren a una “ficción” para fundamentar sus tesis. Los defensores de la naturaleza contractual afirman que entre las partes se da un “acuerdo para entablar negociaciones”, y que por mediar dicho acuerdo

⁶³ MENGOLI, Luigi, op cit. pág. 370

⁶⁴ SOZZO, G., op. cit. Pág 35

⁶⁵ Se refiere a hechos ilícitos

⁶⁶ SOZZO, G., op. cit. Pág 35

resulta lógico que la naturaleza sea contractual. De aceptar como cierto esto, nos llevaría a pensar en la existencia de los denominados precontratos, lo que a la luz de nuestra legislación sería un claro ejemplo de violación contractual y ya no precontractual, ya que entre las partes se ha celebrado un contrato como tal, que tiene como objetivo celebrar otro ulterior, desnaturalizando así la teoría de la responsabilidad precontractual.

Habiendo analizado y estudiado minuciosamente lo dicho por los autores arriba citados, coincidimos en las críticas formuladas a la teoría contractualista, ya que a nuestro entender resulta anacrónico afirmar que la responsabilidad precontractual debe enmarcarse en las reglas de la responsabilidad contractual, cuando es bien sabido que mientras duren las tratativas previas no existe un acuerdo de voluntades y a lo sumo existe un “contacto social” que no obliga a las partes a llegar a un acuerdo.

2.2. Teorías Extracontractualistas

Previo a abordar las distintas teorías que ubican a la responsabilidad precontractual en el ámbito extracontractual, es necesario recordar que no existe un único caso de responsabilidad precontractual, sino que a saber podemos mencionar los siguientes: los contratos nulos, el caso de los contratos válidos afectados por un vicio que no lo anulan definitivamente, el caso del apartamiento intempestivo de las tratativas previas, la falta de información, etc. Esta aclaración resulta trascendental, dado que las tesis que estudiaremos a continuación tratan de explicar la naturaleza jurídica partiendo de los supuestos que originan responsabilidad precontractual, es decir que tendremos teorías que explican la naturaleza jurídica de forma relativa o absoluta. Como ejemplo de esto último tendremos autores que intenten fundamentar su teoría en un factor de atribución tan amplio que pretende abarcar todos los casos de responsabilidad precontractual, por ejemplo la buena fe o el abuso del derecho.

Durante esta parte del trabajo recurriremos en algunas ocasiones al concepto de “factor de atribución”; por factor de atribución debemos entender el fundamento de la obligación de responder. La mayoría de la doctrina internacional ha aceptado la existencia de dos tipos de factores de atribución, los subjetivos y los objetivos. Entre los factores subjetivos tenemos a la culpa y al dolo, en tanto que, entre los factores objetivos, se suele hablar del riesgo, de la obligación de seguridad o garantía, del abuso del derecho, de la equidad, etc.

La doctrina y las legislaciones actuales se han inclinado cada vez más por dejar de lado los factores de atribución subjetivos, por considerarlos decimonónicos y un rezago de la cada vez menos utilizada escuela exegética. El lugar de aquellos ha sido ocupado por los factores de atribución objetivos, los cuales han ido desplazando a la culpa y al dolo como requisitos *sine qua non* para que exista responsabilidad de cualquier tipo.

Es indudable que la legislación ecuatoriana mantiene el sistema de responsabilidad subjetivo heredado del código francés, lo cual se puede verificar con una simple lectura de nuestro Código Civil. Pese a lo dicho, también existen casos muy particulares donde se ha dado primacía a factores objetivos que fundamentan la obligación de reparar un daño ocasionado, tal es el caso de los daños al medio ambiente. En el ámbito jurisprudencial también se ha dado un gran avance ya que contamos con algunas sentencias que adoptan la teoría de la responsabilidad objetiva. Estos casos si bien son la base sobre la cual se debe construir un nuevo sistema de responsabilidad, actualmente tienen un carácter excepcional.

Esta realidad obliga a que en este trabajo tengamos que hablar de la responsabilidad precontractual asociada necesariamente con la idea de culpa, pero no por ello dejaremos de lado el análisis de las distintas teorías que explican la responsabilidad precontractual en base a uno de los factores de atribución objetivos.

2.2.1. Teoría de la culpa aquiliana

Antes de entrar a fondo en el estudio de la presente teoría, considero necesario realizar una pequeña introducción sobre la culpa, en términos generales.

A la culpa se la ha conceptualizado como un punto intermedio entre la fuerza mayor y el dolo. La culpa se diferencia del dolo en cuanto a la intencionalidad, ya que por dolo entendemos aquella intención positiva de causar daño, en tanto que la culpa, pese a ser un acto que proviene de la liberalidad, no tiene como fin causar daño; la fuerza mayor se diferencia de la culpa ya que aquella es un hecho que no se puede evitar, y proviene de actos fuera del control de las personas. Es así que la culpa se la define como la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse.

El Código Civil Ecuatoriano no trae una definición de culpa como tal. El Art. 29 se limita a asimilar la culpa al descuido y establece las tres especies de culpa, que a saber son las siguientes: culpa grave, negligencia grave o culpa lata; culpa leve, descuido leve o descuido ligero; y, culpa o descuido levísimo. Esta distinción entre las diferentes especies de culpa se la conoce como división de la culpa en grados. Esta división no es aceptada por los autores contemporáneos, ya que carece de practicidad, sobre todo cuando se pretende encuadrar un determinado acto en una de las especies de culpa. El Código Civil argentino rompe la ante dicha división y es así que el Art. 512 expresa: *“La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiere a las circunstancias de las personas, del tiempo y de lugar”*. Personalmente me inclino por la postura de eliminar la división de la culpa y legislar una definición tan amplia como la que trae el Código Civil argentino.

La noción de culpa está íntimamente relacionada con los cuasidelitos. El Art. 2184 del Código Civil ecuatoriano, en su último inciso, dice: *“(...) Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”*; más adelante, el Art. 2214 ibídem, establece que: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito, que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”*; para terminar vale decir que el Art. 2229 ibídem establece la regla general de la reparación de daños, al establecer que: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”*. Queda claro que para que exista un cuasidelito se requiere que exista voluntad en

cuanto al acto y culpa, mas no es requerido que haya una convención o relación previa entre el infractor y el afectado.

En resumen: lato sensu la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño y resultar imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. Stricto sensu, en cambio, además de estos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien los comete, con abstracción de cualquier querer doloso. Gira, por esto, en torno a la idea de previsibilidad. Es decir: la culpa cuasidelictual significa la no previsión de un evento que es perfectamente previsible en el instante en que se manifiesta la voluntad del agente, debiendo estimarse como previsible aquello que se pudo o se debió prever poniendo el debido cuidado. Si no se pudo prever, o si previsto no se pudo evitarse, se estaría en presencia del caso fortuito.⁶⁷

La culpa es susceptible de manifestarse en dos circunstancias:

(...) independientemente de toda convención, o mediando una relación obligacional previa. En otras palabras: la culpa imputable a una persona puede referirse a hechos que nada tiene que ver con un acuerdo de voluntades, o puede estar íntimamente ligada a un vínculo convencional preexistente. En el primer caso se está en presencia de la llamada culpa aquiliana o extracontractual; en el segundo, de la contractual.⁶⁸

Para terminar esta introducción es necesario adoptar una definición de culpa aquiliana o extracontractual: “(...) culpa aquiliana es la violación del derecho ajeno cometida por negligencia del agente fuera de toda relación convencional y que trae como consecuencia para el mismo la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado.”⁶⁹

Culminada la introducción, es menester citar brevemente a los autores más importantes que se han ocupado de esta teoría. Pese a la extensa doctrina existente sobre la culpa aquiliana, tomaremos como sustento para nuestro trabajo, las posturas de los autores argentinos Roberto Brebbia, Isidoro Goldenber, Rubén y Gabriel Stiglitz y Gonzalo Sozzo.

El primer autor que analizaremos es el jurista Rosarino Roberto Brebbia, quien es el precursor del estudio de la responsabilidad precontractual en Argentina y en Sudamérica.

⁶⁷ Enciclopedia Jurídica OMEBA, artículo escrito por Leonardo Colombo, Tomo V, edit. Driskill S.A., Buenos Aires, pág 167.

⁶⁸ Ibidem

⁶⁹ Ibidem

Este autor considera a la responsabilidad precontractual como una categoría autónoma, tal como se desprende del texto de su obra más importante:

(...) es posible una justificación de una teoría autónoma de la responsabilidad precontractual en el derecho argentino. [...] la doctrina nacional admite la existencia de esa tercera especie de responsabilidad, a la cual asignan rasgos diferenciales con respecto a las otras dos categorías legales. Un examen de los textos del Código argentino permite a nuestro juicio confirmar la autonomía de un sistema de responsabilidad precontractual como categoría doctrinaria.⁷⁰

Más adelante, complementa su explicación y realiza una aclaración, ya que si bien el autor considera que doctrinariamente es posible fundamentar la precontractualidad como una categoría autónoma, no sucede lo mismo si se la mira desde un punto de vista legislativo, puesto que en este caso se regiría por los principios y normas comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual. Lo manifestado se desprende de otro de sus textos:

La responsabilidad precontractual o in contrahendo. Dentro de este sistema unitario de responsabilidad civil dividido en dos grandes sectores, existe un tercer genus que adquiere, según se verá, categoría doctrinaria autónoma cuando se trata específicamente de los supuestos de responsabilidad nacidos en el período previo a la formación del contrato...

*Aplicación subsidiaria de las normas de la responsabilidad aquiliana. A nuestro juicio no existen dudas de que los casos que integran la responsabilidad precontractual no encuentran cabida en la responsabilidad contractual, toda vez que ésta supone la existencia de un contrato válido y perfeccionado, y ninguno de estos presupuestos se da en los casos de responsabilidad in contrahendo, los que por definición importan la inexistencia de un vínculo preexistente entre las partes. Si el contrato se perfeccionó, pero es nulo o anulable, no existe responsabilidad precontractual, ya que por disposición expresa del Código Civil (art. 1056), la acción de daños y perjuicios por culpa en la frustración del contrato se rige por los principios de la responsabilidad aquiliana. Más clara aún resulta la situación cuando el contrato no alcanzó siquiera a perfeccionarse (...).*⁷¹ (Lo subrayado me pertenece)

El autor en cuestión sostiene que la responsabilidad precontractual difiere en diversos aspectos de la aquiliana, ya que en virtud del principio de la buena fe, que actúa “afinado” el concepto de culpa aquiliana, da lugar a que se de un factor de mayor exigencia, que sería propio de la responsabilidad precontractual; también sostiene que se diferencia en cuanto a los sujetos legitimados activos y pasivos, ya que ésta calidad es privativa de los tratantes o precontrayentes.

⁷⁰ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 85.

⁷¹ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 42.

Dicho lo anterior, Roberto Brebbia, construye su postura partiendo del supuesto de que las declaraciones unilaterales de voluntad constituirían el terreno en el cual se desarrolla la teoría de la responsabilidad precontractual, con excepción del caso de los contratos nulos o anulables en los que ha habido acuerdo de voluntades.

En la generalidad de los casos es la culpa el fundamento inmediato de la obligación de resarcir, pero su configuración revestirá diversas características según el tipo de actos —de vinculación absoluta o relativa— que se producen en el período precontractual. Se debe concluir, entonces, que los actos de voluntad unilateral constituyen el terreno en el cual opera el principio de la culpa en el período precontractual...⁷² y

Esta imbricación entre la culpa y la voluntad unilateral en el caso de la responsabilidad precontractual, no se produce por cierto en los casos excepcionales de responsabilidad sin que medie culpa, como ocurre en el supuesto de caducidad de oferta, ya citado, y de retractación de la aceptación (CCiv., art. 1155), casos éstos en los cuales la responsabilidad encuentra su fundamento inmediato en la fuerza jurídica de la unilateralidad.⁷³

De lo transcrito anteriormente se puede deducir que el autor considera a la voluntad unilateral como el fundamento único y exclusivo cuando se trata de supuestos de responsabilidad precontractual sin culpa. De esto se deduce que también existen supuestos de responsabilidad donde el fundamento para resarcir el daño será la culpa. Dentro del primer supuesto el autor cita los casos de retractación de la aceptación y de caducidad de la oferta por incapacidad o muerte sobreviviente; en tanto que, dentro del segundo supuesto está el caso de los contratos nulos o anulables y las declaraciones sin poder vinculante que se dan durante las tratativas previa a la oferta.

Sostenemos que el fundamento general de la responsabilidad nacida del período precontractual, es la culpa; afirmación ésta que, por cierto, no puede causar extrañeza, toda vez que tal principio constituye, según se ha visto, el fundamento general —aunque no exclusivo— de todo el sistema de responsabilidad civil considerado como instituto único y autónomo.

Empero, el hecho de que se afirme que la culpa es el fundamento general de la responsabilidad precontractual, no implica que en situaciones particulares, específicamente delimitadas, el deber de resarcir se apoye en un fundamento distinto,

⁷² BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 68-69.

⁷³ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 70.

*como ocurre, v.gr., en los casos de caducidad de la oferta (CCiv., art. 1149...)*⁷⁴ (Lo subrayado me pertenece)

Así también, el autor sostiene que la culpa se configuraría por mediar un quebrantamiento del deber de obrar con cuidado y previsión que se halla legislado en el Art. 1198 del Código Civil argentino. Esta norma impone un deber genérico de diligencia, lealtad y probidad, y que constituye la esencia de la buena fe.

*Contenido del principio de la buena fe en el periodo precontractual” [...] d) De abstenerse de la realización de actos antifuncionales, entendiendo por tales aquellos que no son idóneos para avanzar la negociación y al mismo tiempo son susceptibles de producir perjuicio al otro contratante [...]. En esta categoría de los actos antifuncionales entra la ruptura unilateral de las negociaciones sin causa justificada [...]. Hacemos especial hincapié en la falta de justificación que debe revestir el cese intempestivo de las tratativas, porque tal circunstancia es la que calificará la culpa. La ruptura meramente intempestiva, pero no culposa, no genera responsabilidad en nuestro derecho.*⁷⁵

Otro de los autores que ha estudiado esta teoría es, Isidoro Goldenberg⁷⁶. Este autor distingue la “culpa *in contrahendo*” de la “culpa precontractual”, respecto de la primera no se ocupa sino que su estudio se centra tan sólo en la segunda.

El autor comienza con un análisis de los elementos que configuran la responsabilidad civil, en su análisis encuentra que:

*(...) tanto el elemento “daño” como la “culpa” (culpabilidad) no constituyen base suficiente como para poder trazar una distinción entre ambas responsabilidades, pues ambos se dan en ambas órbitas y conceptualmente son unívocos, por lo que la presencia de uno u otro en materia precontractual no hace pensar ni en una ni en otra responsabilidad legisladas.*⁷⁷

La clave de este problema está dada entonces por lo nota de antijuridicidad, esto es, la naturaleza de la materia violada por la conducta de la gente; en palabras de Gonzalo Sozzo, hay que examinar si existe o no un contrato que una a ambas partes. En la responsabilidad contractual la antijuridicidad consiste en la inejecución de “la prestación predeterminada por las partes”, mientras que en la responsabilidad precontractual, “... el acto contra ius deviene de la violación de un deber jurídico preexistente de origen legal: la obligación de no lesionar injustamente el derecho de otro, es decir, se configura un caso de culpa aquiliana”.

⁷⁴ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 89.

⁷⁵ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 91-93.

⁷⁶ GOLDENBERG, Isidoro, “Fundamento...”, cit., p. 196.

⁷⁷ GOLDENBERG, Isidoro, “Fundamento...”, cit., p. 189.

En síntesis afirma que:

Los principios que presiden la culpa contractual son pues inaplicables al período de las tratativas. La teoría de la culpa in contrahendo, que tiene su campo de acción circunscripto al período formativo del contrato no resulta apta, en consecuencia, para aplicarse a la etapa precontractual. En efecto, no existe lazo convencional entre las partes de un futuro contrato... No cabe sino afirmar que en nuestro derecho⁷⁸ esta responsabilidad se encuentra sometida a las reglas relativas a la culpa extracontractual (arts. 1066/7⁷⁹ y 1109 y cons., CCiv.). Lo subrayado me pertenece)

En otras palabras, el primer paso a dar es indagar si entre las partes existe un vínculo contractual que los ate; en caso de no existir y no pudiendo quedar sin sustento ni fundamento la infracción cometida en la etapa precontractual, la naturaleza deberá ser extracontractual que actúa como categoría residual⁸⁰. Nótese que el autor habla que la responsabilidad precontractual tendría como fundamento la violación de un deber jurídico de orden legal, que sería la prohibición de causar daño a otro.

Si la conducta desajustada se manifiesta en una etapa en la cual legalmente no procede compeler al sujeto a efectuar una determinada prestación por no haberse anudado aún el vinculum, tal circunstancia no autoriza a suponer, por implicancia, que ese proceder culposo escape a las reglas generales establecidas para la reparación de los perjuicios causados por los hechos ilícitos.⁸¹

En palabras de Gonzalo Sozzo, lo manifestado por Goldenberg no implica afirmar que la responsabilidad precontractual deba subsumirse en el ámbito extracontractual, aunque de sus textos al parecer se infiera aquello. Es más, este autor manifiesta:

Ello no significa, empero que la culpa nacida en el período precontractual no revista caracteres intrínsecos propios que la individualizan de la culpa extracontractual originada por hechos ilícitos [...] existe un mayor grado de afinamiento en el concepto de culpa

⁷⁸ El autor se refiere al derecho argentino.

⁷⁹ Artículo 1066: Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto. Artículo 1067: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia. Artículo 1109: Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.(...)

⁸⁰ Conforme Goldenberg lo afirma en su nota 23, “Fundamento...”, cit., p. 198: “La responsabilidad contractual es de excepción y deriva exclusivamente de la preexistencia de obligaciones de origen convencional. Fuera de estos casos determinados, la responsabilidad es delictual”.

⁸¹ GOLDENBERG, Isidoro, “Fundamento...”, cit., p. 198-199.

precontractual que en el de la culpa aquiliana, o sea que una misma conducta puede ser considerada negligente o sancionada como tal si se encuentra relacionada con las tratativas del contrato, y en cambio, calificarse como normal y diligente si escapa a la órbita de las negociaciones preliminares. (Lo subrayado me pertenece)

En el primer supuesto (se refiere a la culpa precontractual), todas las circunstancias se encuentran calificadas por el especial deber que tienen las partes durante las negociaciones de observar una conducta prudente y leal. Sin esa buena fe, sin esa lealtad que deben presidir los actos preliminares de un contrato, el tráfico jurídico sufriría graves entorpecimientos o se paralizaría”. Otro rasgo distintivo lo constituye la legitimación más limitada que ofrece el ámbito precontractual con relación al aquiliano.⁸²

El autor también hace un distingo basado en la idea de la legitimación, es decir, considera que en la fase precontractual potencialmente habría una menor responsabilidad. Nótese que lo dicho por Goldenberg guarda estrecha relación con la tesis propuesta por Brebbia, y en todo caso los dos autores acuden a la culpa como factor de atribución que permite el nacimiento de la responsabilidad precontractual.

Rubén y Gabriel Stiglitz⁸³, son autores que se han ocupado en extenso del tema de la culpa aquiliana, sus principales escritos son los siguientes:

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico positivo, si bien no contiene ninguna regla general referida a las normas aplicables a los casos de responsabilidad precontractual, en cambio, si estatuye, en orden a los casos de daños derivados de la anulación de contrato, la vigencia del sistema de responsabilidad extracontractual (art. 1056, CCiv.),⁸⁴ solución que perfectamente podría extenderse por analogía a las restantes hipótesis de daños precontractuales.⁸⁵

⁸² Un ejemplo que nos proporciona el mismo autor es el siguiente: “Si A invita a B a conversaciones sobre un negocio en perspectiva y en cumplimiento de tal proposición —que no es todavía oferta—, B realiza gastos que A podía perfectamente prever, este último debe responder a la contraparte de tales erogaciones si, verbigracia, antes de entrevistarse con ella, cierra contrato sobre la misma materia con otra persona. En cambio, si A invita simplemente a B a ir a Buenos Aires, sin entrar en tratativas de contrato —diciendo, por ejemplo, que desearía hablarle personalmente por un asunto de su interés—, no responde civilmente por los gastos que realice este último con motivo de su viaje”.

⁸³ STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 47-48.

⁸⁴ Código Civil Argentino: Art.1056.- Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas

⁸⁵ STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 47 a 50; id., BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 90.

(...) aun cuando exista una propuesta salvo las tres hipótesis reguladas por el art. 1150, CCiv.⁸⁶, mientras no esté aceptada, tal como ha sido enunciada, subiste la etapa de tratativas. Ello significa, en principio, no sólo que el contrato aún no se ha formado, sino que la partes conservan la libertad de sustraerse a la continuación de las negociaciones.⁸⁷

Respecto del factor de atribución, los autores se inclinan por los factores subjetivos, y al respecto dicen:

(...) sin embargo, cuando se trata, específicamente de la apreciación de la culpa en la responsabilidad precontractual, la ‘columna vertebral’ del sistema se apoya en la previsión del art. 1198⁸⁸, CCiv., primer párrafo (...)⁸⁹;

Al referirse al dolo manifiestan: *“El fundamento general de la responsabilidad precontractual, es la culpabilidad en sentido lato, esto es, sea la culpa o bien el dolo”⁹⁰;*

Estos autores han sido comentados ampliamente por Gonzalo Sozzo, por lo que me permito transcribir uno de los párrafos más importantes de su obra, respecto del tema que nos ocupa:

En verdad, ya en un pasaje anterior de la obra los autores se habían ocupado del “fundamento” de la responsabilidad precontractual, entendido este último en dicha instancia como “factor de atribución de la responsabilidad”; en efecto, allí se decía que “cualquiera de los supuestos enunciados⁹¹, potencialmente genere efectos jurídicos, si produce daño. Y el efecto no es otro que atribuir responsabilidad civil a quien participa de las tratativas. Esta conclusión halla fundamento en que las partes que intervienen en la fase de la negociación de, tal vez, un futuro contrato, deben comprometerse de buena fe. En ese sentido, no se diferencian la fase de tratativas, de la formación, ni de la ulterior ejecución del contrato”⁹². Explican que ése es el sistema recogido expresamente en el art. 1337 del Código Civil italiano, traen una referencia a la tesis de la corrección, altamente

⁸⁶ Código Civil Argentino: Art.1150.- Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada.

⁸⁷ STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 17.

⁸⁸ Art.1198.- *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.*”. Los autores consideran que el comportamiento de los precontrayentes debe ser apreciado a la luz de este artículo y por ende se podrá atribuir responsabilidad precontractual a la parte que haya frustrado las tratativas previas y se haya apartado sin el debido cuidado y previsión, conforme lo manda la buena fe.

⁸⁹ STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 36-37.

⁹⁰ STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 38.

⁹¹ Esto es, cualquiera de los posibles casos de responsabilidad precontractual, entre los que en una enumeración que hacían inmediatamente antes, abarcaba supuesto como el dolo en las tratativas, el apartamiento de las mismas, pero también las ofertas irrevocables del art. 1150, CCiv., la nulidad por un vicio en el consentimiento, etc.

⁹² STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 23.

*emparentada con la de la buena fe*⁹³. Para concluir y, a la vez, cerrar la idea de los autores que comento traigo a colación un párrafo que pese a encontrarse en una nota a pie de página, no por ello deja de ser uno de los más trascendentes y categóricos de toda la obra, más si se tiene en cuenta que expresa en forma contundente el pensar de los autores en el tema de los factores de atribución en materia de responsabilidad precontractual: “En ámbito de la responsabilidad precontractual, cabe efectuar la precedente acotación, dentro de la órbita de los factores subjetivos de atribución, pues los criterios objetivos (riesgo creado, garantía, etc.) no pueden sustentarla: ello no sería conceptualmente justificable, ni tendría fundamento positivo en nuestro ordenamiento jurídico”. Con lo cual terminan por construir una posición —a mi juicio— un tanto rígida, al momento de considerar el factor de atribución en materia de responsabilidad in contrahendo.⁹⁴

Cito al autor brasileño Antonio Junqueira de Azevedo quien en mi concepto ha sintetizado de manera correcta el problema de la culpa aquiliana y sigue la misma línea de Brebbia, al considerar que debe considerarse la existencia de un tercer tipo de responsabilidad:

En la cuestión específica de la ruptura de las negociaciones, antes que discutir si la responsabilidad es aquiliana o contractual, tal vez sea preferible optar por una tercera responsabilidad relativa a la distribución equitativa de los perjuicios. La responsabilidad aquiliana se fundamenta en el principio del respeto (alterum non laedere) y, por tanto, tiene, en el caso, dos excesos, o dos inconvenientes: exige la prueba de la culpa —lo que es difícil— y da derecho a una reparación integral (lo que puede ser demasiado). La responsabilidad contractual, a su vez, se fundamenta en el principio de la palabra dada (de fides, o tercer principio general del derecho de los Estoicos) y no exige la prueba de la culpa, pero, en compensación, no parece adecuada a las negociaciones preliminares cuando las partes todavía no han contratado. “La responsabilidad por los daños resultantes de hechos ocurridos en la formación del contrato, a semejanza de otros casos de responsabilidad no fundada en la culpa (principio de respeto), ni en el incumplimiento (principio da fides), estaría fundada en un principio mayor, de solidaridad social, que justifica la distribución equitativa de los perjuicios.”⁹⁵

De las posturas de los autores citados podemos deducir tres puntos en común: el primero es que consideran a la culpa como fundamento de la responsabilidad precontractual, es decir como factor de atribución; el segundo punto en común es que todos rechazan de plano la posibilidad de que se de una naturaleza contractual a la responsabilidad precontractual; el tercer punto de confluencia, derivado del punto anterior, radica en que consideran a la responsabilidad precontractual como un *tertium genus*. Me detengo brevemente sobre este último punto. Los autores descartan inicialmente que la reglas de la responsabilidad

⁹³ STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 24 a 26.

⁹⁴ SOZZO, G., “Antes del Contrato”, pág 72-73

⁹⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, “ A boa-fé na formação dos contratos”, vol. 87, *Rev. Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1992, ps. 89-90.

contractual sean aplicables a la fase anterior a la formalización del contrato y a continuación analizan las reglas extracontractuales, respecto de las cuales, sin descartarlas del todo, sugieren que se debe adoptar una postura autonomista o intermedia, ya que entre las dos existen ciertos elementos diferenciadores, como el afinamiento de la culpa y la legitimación activa y pasiva que serían elementos que diferenciarían a la precontractualidad. Vale decir que los autores posicionan a la responsabilidad precontractual como un *tertium genus* entre la responsabilidad extracontractual y contractual, pero siempre poniendo en relieve la necesidad de que exista un factor de atribución subjetivo.

2.2.2. Teoría de la responsabilidad legal

Por responsabilidad legal entendemos el supuesto en que, verificado un hecho particular que ha ocasionado un daño, el causante tiene la responsabilidad de resarcirlo; esa responsabilidad tiene como fuente la ley. Se puede hablar de una teoría casuística, basada en la escuela exegética y positivista propia de los códigos decimonónicos.

Recordemos que nuestro Código Civil, entre las distintas fuentes de las obligaciones, hace constar a la Ley como una de ellas. Un ejemplo de responsabilidad legal sería la obligación que tienen los padres respecto de los alimentos de sus hijos, o la responsabilidad de resarcir que tiene una persona que por descuido deja caer un objeto de un edificio causando un daño.

Esta tesis ha sido sostenida, entre otros, por Windscheid, Mosset Iturraspe y Spota⁹⁶. Estos autores han explicado, conforme a la legislación de sus países, el fundamento en el cual asientan su postura. Vale recordar que cada legislación tiene normas propias y en el caso muy particular que nos ocupa, la mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo no ha incluido los supuestos de responsabilidad precontractual como originadores de

⁹⁶ SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1983, ps. 311-312;

responsabilidad y por ende tampoco dan derecho a los perjudicados a exigir alguna especie de indemnización, es por ello que son pocos los autores que han optado por esta teoría. Esto lo digo sin desconocer la importancia práctica de la responsabilidad legal, ya que resuelve de manera sencilla la problemática de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, pero deja sin responder el problema de qué sucede cuando en una legislación, como la nuestra, no existe una norma positiva que regule este tipo de responsabilidad.

Roberto Brebbia, de manera breve y citando a Winscheid, expresa lo siguiente:

Otra postura ve en la responsabilidad del oferente por el retiro de la oferta un caso de responsabilidad legal. La obligación del solicitante, según lo afirma Winscheid, no tiene por base la voluntad del que efectuó la declaración pues el derecho la impone aun contra esa misma voluntad pueda tener confianza en que va a llegar a la conclusión de un contrato en base a la misma si media aceptación.⁹⁷

En palabras de Gonzalo Sozzo, esta tesis encierra una inclinación positivista y exegética “y un marcado espíritu casuista en punto a la visión de la construcción de la responsabilidad precontractual; luego, se ubica de lleno en la segunda etapa, que va desde la oferta hasta la aceptación”.⁹⁸ “En los casos mencionados, la responsabilidad deviene luego de haberse emitido la oferta contractual”⁹⁹.

En verdad, la categoría de “obligaciones ex lege”, como fuente de las obligaciones que es, constituye una categoría residual que sirve para explicar los casos de hechos y casos jurídicos, que no perteneciendo a una de las restantes fuentes, llamadas nominadas (el contrato, la voluntad unilateral, los hechos ilícitos, etc.), generan una relación jurídica obligacional.¹⁰⁰

A esta teoría se han sumado varias voces de crítica, resumo las principales:

- Si se sostiene que esta tesis tiene un carácter residual, debe ser aplicada como tal, lo cual no sucede ya que los autores que la sostienen parecen dar un carácter absoluto y definitorio a esta tesis.

⁹⁷ BREBBIA, R., “Responsabilidad ...”, pág. 36

⁹⁸ SOZZO, G., “Antes del Contrato”, pág. 42

⁹⁹ SPOTA, Alberto, *Instituciones...*, cit., p. 312.

¹⁰⁰ ALTERINI, Atilio A., *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 468.

- Siguiendo la misma línea, los autores debieron analizar todas las fuentes de las obligaciones y no hallando fundamento suficiente para encuadrar a la responsabilidad precontractual en una de ellas, correspondía entonces sí sostener la tesis de la responsabilidad legal.
- Si realizamos un breve ejercicio mental y apegados al positivismo y a la escuela exegética deberíamos afirmar que todas las figuras existentes en la ley tendrían el fundamento en esta fuente. Esto provocaría que todo análisis jurídico sea inútil y daría una sobredimensión a la ley, y desconocería los avances que han hecho grandes juristas por ir dejando de lado cada vez más las enseñanzas de la exégesis.
- Otra crítica personal que hago es que esta tesis tan sólo toma como base para su sostén al período que va desde la emisión de la oferta y deja de lado las tratativas previas, que como vimos fue el aporte fundamental del italiano Faggella.
- Gonzalo Sozzo critica esta teoría ya que *“(..)termina por ubicarla (se refiere a la responsabilidad precontractual) simplemente como un caso más de esa fuente al lado de otras tan disímiles como, v.gr., el pago de impuestos, tasas y contribuciones en sí, que lo desconoce en su carácter de sector tempo-espacial, proteiforme, rico en cantidad y variedad de supuestos, termina por limitarlo a una consideración estática y fría, propia del recurso exclusivo al estudio de los textos legales inherentes que brindan el derecho positivo, eliminando la posibilidad de realizar nuevas inclusiones de otros casos no específicamente tipificados.*

Por último, Roberto Brebbia dice que, la teoría de la responsabilidad legal, al igual que todas las teorías que

*(...) pretendan suministrar sustento teórico a una institución apoyándolo solamente en la voluntad de la ley, no otorga en realidad fundamento jurídico alguno a los casos de responsabilidad precontractual. Atribuir un determinado fundamento a una institución significa darle como base un principio general más amplio que el enunciado por el legislador, que permita subsumir en él otros casos no contemplados especialmente en los textos legales.*¹⁰¹

¹⁰¹ BREBBIA, R., “Responsabilidad ...”, pág. 36

2.2.3. Teoría de la declaración unilateral de voluntad.-

A manera de introducción debemos decir que en el Ecuador, a criterio de la mayoría de autores, la declaración unilateral de voluntad no es considerada como una fuente formal de las obligaciones. Mi criterio personal es inclinarme por negar esta postura ya que del texto del artículo 1453 del Código Civil se deduce que las obligaciones no sólo nacen del concurso real de dos o más voluntades, sino también del hecho de la persona que se obliga, *verbi gracia* la aceptación de una herencia, legado o la emisión de una oferta vinculante. Dejando de lado esta discusión que no es el objeto de nuestro estudio, empezaré analizando las posturas y lineamientos de esta tesis.

El tratadista argentino Gonzalo Sozzo comienza la explicación de esta tesis planteándose la siguiente pregunta: ¿Existe verdaderamente una tesis que ve en la voluntad unilateral el fundamento de la responsabilidad precontractual o, por el contrario, con ello sólo se persigue poner en evidencia que entre ambos fenómenos hay una estrecha interrelación?. Recordemos que al tratar la tesis de la culpa aquiliana vimos brevemente que el autor argentino Roberto Brebbia considera un elemento muy importante dentro de la responsabilidad precontractual a las declaraciones unilaterales de voluntad.

Sobre este tema Gonzalo Sozzo manifiesta:

Creo que sí existe una tendencia, que encuentra el fundamento de ciertos supuestos precontractuales en la presencia de una declaración unilateral de voluntad con fuerza vinculante absoluta utilizando la terminología de Brebbia, o sin posibilidad de revocación en la de Lorenzetti, y hasta en ciertos casos de declaraciones con fuerza vinculante relativa, v.gr., la revocación de una oferta simple.¹⁰²

(...) pero ello no es todo, también es cierto que existen al menos dos subgrupos de opiniones que deben ser distinguidos para evitar falsos conceptos: por un lado, aquellos autores que señalan que la responsabilidad precontractual en la etapa de la oferta tiene su fundamento en una obligación legal (ver supra), pues resulta evidente que subyace allí la idea de que existe una declaración unilateral de voluntad (no es tampoco una casualidad que esos casos donde habría una obligación legal sean precisamente los de la oferta y sus aledaños, esto es declaraciones unilaterales de voluntad). Y por otro, Lorenzetti,

¹⁰² SOZZO. G. “Antes del contrato”, pág 61

Goldenberg y Brebbia, entre otros, quienes encuentran el fundamento de dicha responsabilidad en los casos en que existe una declaración unilateral de voluntad vinculante absoluta (v.gr., promesas, caducidad de la oferta, revocación indebida, etc.) y en algún caso de declaración con fuerza vinculante relativa, como se acaba de ver; aunque no dejan de mantener algunas diferencias, en el caso del art. 1150, 2° ap., 2 en cuanto el factor de atribución de la responsabilidad, que para Brebbia está dado por la noción de culpa en sentido amplio (arts. 1109 y 1198, CCiv.) pese a que la misma no deba ser probada, pues se la tiene por demostrada en virtud de tratarse de una obligación de resultado, y que para Lorenzetti se trata de un supuesto de responsabilidad sin culpa (objetiva); lo que lleva luego a que, para el último de los autores referidos, el fundamento directo y único se encuentre en la fuerza vinculante de una declaración unilateral de voluntad, mientras que para el segundo subyace la idea de culpa aunque se trata de una declaración unilateral de voluntad. Estas últimas opiniones reseñadas son las que podrían ser agrupadas, junto a la de Goldenberg, y recibir la denominación de tesis de la declaración unilateral de voluntad.

De lo dicho en líneas anteriores se puede deducir dos puntos importantes:

- Siguiendo a Sozzo, me inclino por aceptar la existencia real de un vínculo entre la teoría de la voluntad unilateral y la de la responsabilidad precontractual, ya que, como veremos más adelante, algunos de los supuestos de responsabilidad precontractual se mueve en el campo de las declaraciones unilaterales de voluntad, por ejemplo la oferta.

Si bien esta teoría tiene fundamentos elogiados, prematuramente digo que no sería aplicable al caso de los contratos o convenciones nulas y al caso de los contratos válidos, por lo que considero que si bien sirve para profundizar en nuestro estudio, no puede ser considerado como un factor de atribución preponderante.

- *La segunda es la que especula en torno de la viabilidad de que una declaración de voluntad con carácter vinculante absoluto —y hasta una relativa— pueda ser el fundamento directo o inmediato del deber de responder antes de que exista un contrato perfeccionado.*¹⁰³

Entre los autores que más se han ocupado de este tema están Brebbia, Lorenzetti y Goldenberg. Roberto Brebbia acepta que la declaración unilateral de voluntad es fundamento suficiente para todos los casos de responsabilidad precontractual, exceptuando el acto nulo o anulable.

¹⁰³ *Ibidem*, pág 62

...los actos de voluntad unilateral constituyen el terreno en el cual opera el principio de la culpa en el período precontractual¹⁰⁴.

Si bien en apariencia Brebbia se inclinaría por ésta teoría, como ya vimos al hablar de la tesis de la culpa aquiliana, es necesario dejar en claro que este autor no considera a esta teoría como el fundamento de la responsabilidad precontractual con carácter general, sino que dice:

(...) ésta actúa como fundamento inmediato y sin necesidad de recurrir a la noción de culpa —responsabilidad objetiva— solamente en los casos de caducidad de la oferta (arts. 1149-1156. CCiv.)¹⁰⁵, de retractación de la aceptación (art. 1155, CCiv.) y revocación de la oferta en una de sus hipótesis¹⁰⁶; mientras que en las ofertas irrevocables (art. 1150, 2º ap.) y promesas vinculantes, esto es, declaraciones unilaterales de voluntad con carácter vinculante absoluto¹⁰⁷, si bien el fundamento inmediato es la existencia de una declaración unilateral de voluntad, se trata también de obligaciones de resultado en las que subyace la noción de culpa.

(...) la declaración unilateral de voluntad no puede explicar el nacimiento de la responsabilidad civil en la etapa de las tratativas —época en la que no existe todavía una declaración de voluntad—, aunque constituya fundamento bastante para asentar sobre ella ciertos casos de revocación de la oferta o de caducidad en los que no ha habido culpa.¹⁰⁸

Lorenzetti¹⁰⁹, al explicar esta teoría dice:

“Asimismo establece que cuando la oferta es emitida habiéndose renunciado a la facultad de revocarla u obligándose al emitirla a mantenerla durante un cierto tiempo (plazo) (art. 1150, 2ª p., CCiv.), “el mero incumplimiento de la obligación produce responsabilidad”¹¹⁰, pues se trata de una declaración unilateral de voluntad vinculante sin poder discrecional de revocación.(...)”

“(...) el apartamiento no es de las tratativas, sino que constituye un incumplimiento de una oferta irrevocable, hay sí una imputación objetiva”¹¹¹; y más adelante escribe: “No hace falta dar otro fundamento para explicar los casos de renuncia a la facultad revocatoria, sometimiento a plazo de la oferta, promesas (de recompensas, de fundación, de contrato, etc.)¹¹². [...] no hay aquí un abuso de derecho sino una autoobligación incumplida”¹¹³.

¹⁰⁴ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 61

¹⁰⁵ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 69,

¹⁰⁶ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 121.

¹⁰⁷ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 79 y 96.

¹⁰⁸ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., ps. 37

¹⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo, “Responsabilidad...”, cit.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 715.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 721,

¹¹² *Ibidem*, p. 717.

¹¹³ *Ibidem*, p. 718

Respecto del incumplimiento de una declaración unilateral emitida durante el período de la tratativas (declaración simple) el autor dice que debe haber mediado culpa por parte de quien la emitió. Concordantemente, Brebbia explica que:

...cuando no lo tiene, en cuyo caso engendrará responsabilidad en el supuesto de que tal conducta sea configurante de culpa por falta de cumplimiento del deber genérico de diligencia impuesto por los arts. 1109 y 1198, ap. 1, CCiv.¹¹⁴

Vistas las generalidades de esta teoría y analizando los textos escritos por los autores citados, sostengo mi crítica preliminar de que esta teoría no sería aplicable a los casos de las convenciones nulas o anulables y peor aún a los casos de los contratos válidos.

Valga recordar que al inicio de este capítulo se explicó que muchas de estas teorías abordan la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual de manera parcial, ya que no abordan todos los supuestos de aplicación de la precontractualidad, tal es el caso de la tesis que acabamos de explicar. Esta teoría, a nuestro parecer, no aporta sustancialmente para esclarecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, pero es importante para nuestro estudio ya que explica la fuerza vinculante de la oferta.

2.2.4. Teoría del abuso del derecho.-

La teoría del abuso del derecho nace por la necesidad de socializar de alguna manera la propiedad privada; esta teoría busca brindar ciertos parámetros dentro de los cuales se puede ejercer los poderes de los propietarios. El fundamento de esta teoría se asienta en que el ejercicio de la propiedad privada debe satisfacer los propios intereses del titular del bien sin que perjudique a terceros, además de reconocer el deber genérico de no dañar a otros. Esta tesis ha tenido gran acogida en las legislaciones actuales de raíces romanas e incluso en el common law.

¹¹⁴ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 87.

El desarrollo de esta teoría, que a decir de muchos autores empezó en Italia, se debió a que fue aquí donde por primera vez la propiedad privada fue contextualizada desde la perspectiva de la función social que debe cumplir, pese a esto, la idea del abuso del derecho estuvo ausente en el Código de 1865 y aun en el de 1942. Importa también para nuestro estudio decir que esta nueva visión de la propiedad se consideró como una revolución jurídica ya que implicó una limitación de los poderes propietarios, lo que condujo a que hoy en día la propiedad haya dejado de ser vista como un derecho absoluto.

Existe algunos autores que consideran que es errado hablar de abuso de un derecho, ya que ningún derecho como tal puede considerárselo como “abusivo” puesto que ha sido recogido por un ordenamiento jurídico y encuentra su tutela en el aparato de justicia estatal. Por ejemplo, existe el derecho de los socios de una compañía limitada a decidir si desean o no aceptar a un nuevo socio, para lo cual deberán expresar su conformidad y de existir oposición de alguno sencillamente no podría darse la cesión de las participaciones; este es un derecho que, al ejercitarse por alguno de los socios, puede vérselo como excesivo o abusivo ya que limita la libertad de asociación que desean ejercer los otros socios, pero es la misma legislación la que ha creído necesario dotar de una característica de “absoluto” este derecho por considerar que está en juego principios y valores más importantes.

Concebido cada derecho subjetivo como un conjunto de facultades, poderes y autorizaciones para obrar o abstenerse, y para pretender el amparo estatal, conjunto fundado en el Derecho positivo y protegido por éste, aflora la cuestión del mal uso o del ejercicio abusivo en perjuicio de alguien, de tales facultades, poderes, autorizaciones y pretensiones, es decir, del abuso en el ejercicio de los derechos.¹¹⁵

Es por esto que lo correcto es hablar de abuso en el ejercicio de un derecho y no abuso del derecho como tal. Personalmente creo que es pertinente esta aclaración.

Para terminar con las generalidades, recogemos ciertos postulados:

¹¹⁵ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, editorial Driskill S.A., tomo 1, pág 125, , Buenos Aires, 1986, escrito por el Dr. Pedro León

- El derecho termina donde el abuso comienza, por lo que ningún derecho es ilimitado, en razón de que no podría haber un orden social.
- El hombre no sólo tiene derechos sino también deberes, y podemos decir que el deber genérico más importante, que se encuentra recogido en nuestra legislación, es que nadie puede dañar a otro.
- *El ejercicio de un derecho subjetivo consiste: a) en el disfrute de ese derecho, usándolo o realizando de hecho su contenido; b) en hacerlo valer contra terceros; c) en disponer del mismo.*¹¹⁶
- *El abuso del derecho en materia de propiedad se traduce en la regla del ejercicio regular; es decir, la propiedad no puede ser ejercida irregularmente, lo que significa actuar contrariando los fines que tuvo el legislador al otorgar el derecho o el principio de buena fe.*¹¹⁷

El autor Francés, Louis Josserand, es considerado el precursor de la teoría del abuso del derecho¹¹⁸ y es a partir de sus postulados que se ha construido esta postura. No son pocos los autores que se han inclinado por considerar al abuso del derecho como el factor de atribución que explica la responsabilidad de resarcir los daños causados en la etapa previa a la formación del contrato, entre los más destacados tenemos a Spota, Llambías y Jorge Mosset, autores a los cuales haremos referencia en este trabajo.

Ya hemos dicho que la culpa in contrahendo es sinónimo de omisión de aquellas diligencias que le son obligatorias a las partes para acceder al perfeccionamiento de un contrato, tal como lo conceptualizó en un inicio Ihering. Si bien esta teoría enfoca sus esfuerzos por proteger a la parte potencialmente afectada, también existe un sector que se ha detenido a estudiar el derecho a la libertad de contratar y de apartarse de las tratativas de un contrato y es en la confluencia de estas dos posturas que nace la teoría del abuso del derecho como el factor de atribución que, en palabras de varios autores, mejor explicaría el fundamento para reparar los daños precontractuales derivados de un apartamiento arbitrario de los tratos.

¹¹⁶ WOLFF, Kip, “Tratado de derecho civil”, 39 edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, csa Edit, Barcelona, 1935, t. 1, col. 2.

¹¹⁷ SOZZO, G., “Antes del contrato”, pág 45

¹¹⁸ Se utilizará la frase “abuso del derecho” ya que los autores que se citarán se refieren de esta manera a la teoría estudiada.

El autor Llambías, citado por Carlos Adrián Garaventa¹¹⁹, manifiesta:

quien en el curso de una negociación, y cuando ésta ha avanzado suficientemente como para despertar en la otra parte una legítima expectativa acerca de su culminación, la rompe intempestivamente sin motivo justificado, incurre en culpa in contrahendo y debe responder por los daños consiguientes.

La tesis del abuso del derecho se basa principalmente en la premisa de que existe un abuso de la libertad de no contratar cuando se verifica el supuesto descrito en el párrafo anterior. Esta tesis, que sostiene que la culpa in contrahendo se produce por el abuso del derecho de no contratar por parte del oferente está edificada sobre la idea de Josserand, quien, sorpresivamente parece sostener algo diferente, ya que en su obra dice:

*suponiendo que la oferta no sea obligatoria, su retirada, cuando es injustificada es susceptible de comprometer la responsabilidad del peticitante; no se requiere que después de haber atraído inconsiderablemente al destinatario y haber hecho nacer en él una esperanza legítima, pueda el peticitante arrepentirse discretamente. Cometería, en tal caso, un abuso del derecho de no contratar, más exactamente, un abuso del derecho de retractación, que quedaría sancionado por los daños y perjuicios.*¹²⁰

Del texto citado podemos concluir que Josserand no consideró al derecho de contratar como el fundamento de la culpa in contrahendo, como lo dijo Llambías, sino que afirma que el fundamento sería el abuso del derecho de retractación. Esto resulta evidente si se lee a fondo lo manifestado por el autor francés, ya que resulta lógico que para que haya una retractación debe existir en primer lugar una oferta, ya que no es factible retractarse de algo que no existe aún o no ha sucedido. El derecho de no contratar, en cambio, guarda relación estrecha con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes; éste se exterioriza como libertad de no contratar, es decir, rehusarse si quiera entrar en tratos preliminares o negociaciones. En conclusión, conforme Josserand, la libertad de no contratar comprende un ámbito más amplio que el derecho a retractarse y se puede decir que el segundo está inmerso en el primero. También podemos decir que para que exista el derecho a la retractación debe mediar un acto positivo exteriorizado y conocido por la otra parte, como una oferta.

¹¹⁹ GARAVENTA, Carlos, “La culpa in contrahendo según la teoría del abuso de derecho”, <http://endisidencia.blogspot.com/2009/01/la-culpa-in-contrahendo-segun-la-teoria-html>

¹²⁰ Josserand, Louis Derecho Civil Tomo II Vol. I revisado y completado por Andre Brun, Ed. Bosch y cia. Bs. As. 1950 P. 43)

Por otro lado, derivado de lo antes referido, puedo afirmar que Josserand se refiere tan sólo a la etapa posterior a la emisión de la oferta¹²¹, aquella etapa considerada por Ihering en un inicio y que posteriormente fue complementada por el autor italiano Faggella.

De lo dicho hasta este momento cabe concluir que lo correcto es referirse a la tesis del ejercicio abusivo del derecho de retractación, ya que la libertad de contratar abarca un espacio más prominente. También cabe concluir que esta tesis sólo estaría, visto lo dicho hasta aquí, cercando su campo de aplicación a la etapa posterior a la emisión de una oferta, dejando de lado la etapa de las tratativas previas.

El autor Llambías, ya sea interpretando a Josserand o deseando ampliar el espectro de la teoría del autor francés, empieza criticando la división que hiciera Fagella en culpa precontractual y culpa in contrahendo, y dice: *“(...) para nosotros la distinción no se justifica. La culpa –llámese in contrahendo o precontractual- consiste en un comportamiento que defrauda la legítima expectativa de otra persona en orden a la conclusión del negocio(...)”*

El desconocimiento de esta división, que por cierto la comparto, implica que, tanto a la fase anterior a la emisión de la oferta como a la posterior, se le debe dar el mismo tratamiento, y por ende generan los mismos efectos; dicho en otras palabras, la culpa precontractual sería sinónimo de culpa in contrahendo.

Esta postura de Llambías nos lleva a pensar que éste autor extiende el ámbito de aplicación de la tesis de Josserand, del abuso del derecho de retractación de la oferta, al abuso del derecho de no contratar o de rehusarse a contratar.

La teoría estudiada es de las que llamamos relativas, ya que tan sólo buscan el fundamento para explicar dos de los varios casos de responsabilidad precontractual, que serían el retiro de las tratativas¹²² y la revocación de la oferta.

¹²¹ Es menester considerar que Josserand diseña su teoría en base a lo enseñado por Ihering, y quizá en este hecho pueda encontrarse la razón por la que el autor francés dota de trascendental importancia a la “oferta”. Josserand no considera la etapa anterior a la oferta, aporte de Faggella, sino que su tesis se asienta en el apartamiento arbitrario y sin fundamento sucedido posterior a la emisión de la oferta.

¹²² Cit. Gonzalo Sozzo, pág 46 Éste es el único caso que Spota trata dentro del apartado “ El abuso del derecho de no contratar”; Mosset Iturraspe, quien también adhiere a la tesis, incluye además el caso revocación de la oferta (arts. 1150, 1ª parte, 1149, 1156), que para Spota tiene fundamento en la obligación ex

El autor argentino Spota, uno de los referentes necesarios al abordar esta teoría, explica que:

(...) la separación de las tratativas es una facultad de ambas partes, las cuales son libres de llegar o no al acuerdo, al vínculo jurídico y aún más, al simple proyecto de contrato; pero esa facultad ha de usarse teniendo en cuenta el principio que veda el ejercicio antifuncional de las prerrogativas individuales, en el caso, la libertad para contratar o para negarse a ellos.

(...) Pero lo intempestivo de la ruptura de la tratativas, el carácter arbitrario de esa conducta, el apartamiento de las reglas de la buena fe en los preliminares contractuales, no son sino simples directivas para poner de resalto el abuso del derecho en que se ha incurrido.

(...) la responsabilidad precontractual se funda en esa conducta antifuncional, en el abuso del derecho, en la desviación de los fines sociales y económicos, que el derecho objetivo aprehende para tutelar las prerrogativas jurídicas, en el caso, la libertad de contratar o de no contratar.¹²³

Nótese que el autor utiliza para su explicación la palabra “antifuncional” para referirse al ejercicio abusivo del derecho de contratar o dejar de hacerlo durante los tratos previos. Basados en esto, podemos concluir que el apartamiento de las tratativas (ejercicio del derecho de no contratar), siempre que se tenga una causa justificada, no generaría responsabilidad y por ende tampoco la obligación de resarcir un posible daño; en tanto que, el apartamiento arbitrario, abusivo y sin causa, genera una conducta antifuncional susceptible de generar esta sí responsabilidad precontractual.

Ahora queda por establecer si el “ejercicio antifuncional” del que habla Spota se puede asimilar o no a la idea de culpa. En este punto me remitiré al análisis que hace Gonzalo Sozzo quien cita a Spota:

Alberto Spota continúa desarrollando su pensamiento (...): “...la responsabilidad precontractual debe concebirse con prescindencia de la idea de la culpa, ya refiriéndose a la idea de la culpa como elemento subjetivo del acto ilícito, ya a la culpa como base de la responsabilidad contractual, cuando nos hallamos ante una obligación de medios en oposición a la obligación de resultado”. Esto significa que, en opinión del autor —al igual

lege (Instituciones..., cit., p. 312). En la nota a fallo en el caso de “Sánchez Sorondo”, Spota amplía la nómina de supuestos que tienen fundamento en una obligación *ex lege*: “...en caso de muerte o incapacidad del ofertante o del aceptante, de retractación de la oferta o de inexistencia del objeto prometido sin culpa de la parte, como hemos tenido oportunidad de sustentarlo al referirnos a esta responsabilidad precontractual *ex lege*”.

¹²³ SPOTA, Alberto, *Instituciones...*, cit., t. II, p. 311.

que para Jorge Mosset Iturraspe—, la figura del abuso de derecho prescinde de la noción del culpa, de todo juicio acerca de la conducta, bastando la contradicción con los fines de la ley; en otras palabras, se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, y en virtud de esto es que la culpa no constituye el fundamento mediato de la responsabilidad por apartamiento arbitrario de las tratativas; pese a ello, reconoce que “Si se quiere habría culpa en los términos del art. 512, CCiv., ante las directivas que se desprenden de la buena fe—creencia en la concertación de los tratos (art. 1198, CCiv.)...¹²⁴

Vale decir que respecto de este punto la doctrina se encuentra dividida ya que por un lado existen autores que consideran que para configurarse el abuso del derecho no se requiere haber incurrido en culpa o dolo. Tal es el caso de los autores Jorge Mosset Iturraspe, Alberto Spota y Eduardo Barbier.

El autor argentino Jorge Mosset Iturraspe dice: *“Sobre la base de una concepción objetiva del acto abusivo, entendemos que no es conditio sine qua non, para que se origine la responsabilidad precontractual, que se demuestre la existencia de culpa o dolo en quien produce la ruptura intempestiva o arbitraria de las tratativas”*.¹²⁵

El autor Eduardo Barbier dice:

*“La consecuencia de ese apartamiento irrazonable o intempestivo da fundamento suficiente a un deber de responder objetivo, en tanto no importa que haya mediado dolo o culpa, ya que es la propia prerrogativa ejercida antifuncionalmente la que acarrea la responsabilidad por los daños...”*¹²⁶

En contraposición, entre los autores que opinan lo contrario tenemos a Alterini¹²⁷, López Cabana, Brebbia, Llambías, Lorenzetti, Stiglitz, entre otros.

Llambías dice,

¹²⁴ SOZZO, G., “Antes del contrato”, pág 47 y 48

¹²⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil*, cit., p. 362.

¹²⁶ BARBIER, Eduardo A. “Tratativas...”, cit., p. 1081, “La consecuencia de ese apartamiento irrazonable o intempestivo da fundamento suficiente a un deber de responder objetivo, en tanto no importa que haya mediado dolo o culpa, ya que es la propia prerrogativa ejercida antifuncionalmente la que acarrea la responsabilidad por los daños...”.

¹²⁷ Alterini, López Cabana y Ameal forman parte de quienes entienden que es necesaria la prueba de la culpa (*Derecho...*, cit., p. 725); en idéntico sentido, BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 68. Las posturas objetivas tratan al abuso de derecho dentro de los factores de atribución de la responsabilidad, v.gr. MOSSET, ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

*(...)Nosotros participamos de esa opinión pero creemos diversamente a lo que piensa Spota, que si se desea hacer valer la responsabilidad de quien abusa es indispensable que se le impute (y pruebe) la culpa, lo que será difícil porque en esta especie el abuso de no contratar, a diferencia de otras hipótesis de abuso de derecho que pueden configurarse sin culpa, queda definido por la culpa in contrahendo.*¹²⁸

Lorenzetti a su vez dice:

*No nos convence demasiado el criterio objetivo: si alguien comienza tratativas y se aparta, habrá responsabilidad salvo que pruebe la existencia de una causa ajena. Esto parece excesivo en la medida en que hay muchos motivos por los cuales uno puede retirarse; una visión objetiva anularía el balance equilibrado entre las razones de la competencia y de la buena fe, que el derecho debe evaluar. Es necesario poder explicar las razones y admitir la prueba de la falta de culpa”*¹²⁹

Roberto Brebbia critica a la tesis de manera general: *En el fondo del problema del abuso del derecho, el investigador se encuentra con el hecho innegable de que siempre que se ejerce un derecho de manera contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo, se presume la existencia de culpa (...)*¹³⁰ (Lo subrayado me pertenece)

*No cabe hablar de contrato tácito o de acuerdo para entrar en tratativas, porque ello no concuerda con la realidad y es adivinatorio de la voluntad (...) Tampoco se está ante un acto ilícito. La negativa a contratar, si no media un deber legal o si no es el recurso de cometer un acto contra derecho, no importa sino el ejercicio de una prerrogativa jurídica y, por ello, no hay ilícito... insistimos, pues, en que no existe culpa contractual ni culpa extracontractual; sólo media responsabilidad precontractual por abuso del derecho de no contratar.*¹³¹

Es importante aclarar que estos autores no consideran a la teoría del abuso del derecho como el fundamento del apartamiento arbitrario de las tratativas, pero en sus escritos han dejado entrever su postura de que el apartamiento arbitrario e injustificado, al cual le asignan como fundamento la buena fe y como factor de atribución la idea de culpa precontractual, no puede ser sostenido en base a un factor objetivo en materia precontractual.

¹²⁸ Llambías, *Tratado...*, cit., t. I, p. 223.

¹²⁹ Lorenzetti, “La responsabilidad...”, cit., p. 721).

¹³⁰ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 68.

¹³¹ SPOTA, Alberto, *Instituciones...*, cit., p. 310.

Recogiendo las posturas de otros autores y al contrario de lo manifestado por Alberto Spota, considero que el “ejercicio antifuncional” al homogeneizarse con un requisito *sine qua non* que sería el apartamiento sin causa, trae implícito el elemento subjetivo de la culpa, sin que por este pierda el carácter de factor de atribución objetivo. Este autor también hace referencia al *apartamiento de las reglas de la buena fe*, lo cual también me lleva a sostener que es imprescindible hablar de que el apartamiento arbitrario es sinónimo de un apartamiento culposo.

Del último párrafo citado del autor argentino Alberto Spota¹³², deducimos que ubica a la responsabilidad por apartamiento arbitrario fuera de las esferas de la responsabilidad contractual y extracontractual, ya que considera al abuso del derecho como un tercer género entre los hechos lícitos e ilícitos. Por último Alberto Spota acota:

*En sustancia: La responsabilidad precontractual tiene como fundamento el abuso de derecho, sin perjuicio de esos supuestos de responsabilidad precontractual ex lege. Todo ello no significa que en la regulación de esa responsabilidad no quepa asimilarla a la responsabilidad contractual, o sea como si se trataba de esta última.*¹³³

Entre otros autores que se suman a la defensa de esta doctrina tenemos a los españoles Moreno Quesada¹³⁴ y García Rubio. El primero de los autores parte de la idea que existe un derecho a abandonar las negociaciones, por lo que considera que el desistimiento de los tratos es parte del ejercicio de este derecho. Dice que el abandono de las tratativas se torna abusivo cuando de los tratos que se venían manteniendo se podía esperar razonablemente la concreción de un contrato. Este autor funda sus postulados en el Art. 1902¹³⁵ del Código Civil Español; de la lectura de esta norma deducimos que se trata del principio de que nadie puede causar daño a otro, por lo que en la legislación española no se encuentra consagrada expresamente el abuso en el ejercicio de los derechos como tal. Pese a esto, en España, encontramos un desarrollo más profundo en el aspecto jurisprudencial, tal es el caso de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo el 16 de mayo de 1988 y el 16 de diciembre de

¹³² Ver cita 9

¹³³ SPOTA, Alberto, *Instituciones...*, cit., p. 312.

¹³⁴ MORENO QUEZADA, “La oferta del Contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual.”, Colección Nereo, Barcelona, 1963, pág 45

¹³⁵ Art. 1902.- “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

1999 que en la parte pertinente dice: “(...) *la culpa in contrahendo al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse la violación del principio “neminem laedere”*”

(...) dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente (...) de la teoría del abuso de derecho, como determina cierta doctrina española. Pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente a la entrada en juego del Art. 1902 del Código Civil.

En este mismo sentido, García Rubio:

(...) considera que la responsabilidad precontractual nace del abuso del derecho que supone romper las negociaciones unilateralmente y de forma abrupta y arbitraria (ex. Art. 7.1. C.c.). Entiende que, en el supuesto planteado, se dan los requisitos que configuran dicho instituto: el uso de un derecho objetivo o extremadamente legal (el derecho a abandonar las negociaciones), el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y el carácter inmoral o antisocial del daño.¹³⁶

Por último Eduardo Barbier; señala que:

Esa obligación de reparar encuentra fundamento suficiente [...] en la conducta antifuncional que importa el ejercicio abusivo de la prerrogativa jurídica de no contratar, cuando no hay causa suficiente para ello o aun habiendo un motivo bastante, se ejerce intempestivamente aquella facultad [...] Lo que corresponde poner de resalto consiste en afirmar que la responsabilidad precontractual se funda en esa conducta antifuncional, en el abuso de derecho, en la desviación de los fines sociales y económicos que el derecho objetivo aprehende para tutelar las prerrogativas jurídicas.¹³⁷

2.2.4.1. Naturaleza jurídica del abuso del derecho.-

Respecto de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, que como dijimos difiere sustancialmente del factor de atribución, Llambías dice que la jurisprudencia

¹³⁶ MEDINA, María “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, Revista de derecho privado, Num 5-6/2005, Mayo-Junio 2005.
<http://vlex.com/vid/289829>

¹³⁷ BARBIER, Eduardo A., “Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual”, LL 1993-D-1081, p. 1086

francesa le ha atribuido responsabilidad de tipo extracontractual o aquiliana a la precontractualidad:

Tal culpa (precontractual o in contrahendo) se opone a la contractual por el contenido del deber violado: quien incurre en culpa contractual quebranta el deber de satisfacer la prestación debida que se le ha impuesto por la relación obligacional preexistente. En cambio, quien comete una culpa in contrahendo o precontractual, vulnera el deber general de actuar con prudencia y diligencia a fin de evitar el mal ajeno, que deriva de la exigencia de derecho natural alterum nom laedere” (...) “la obligación de indemnizar, por lo pronto, no proviene de alguna relación negocial preexistente y por ello, según hemos visto, no es una responsabilidad contractual. Tampoco es una responsabilidad ex lege porque no ha sido impuesta por virtud sólo de la ley como una obligación de garantía de uno de los negociadores a favor del otro. No queda, pues, otra categoría para enmarcarla sino la responsabilidad extracontractual.”¹³⁸ (el subrayado me pertenece)

Esta postura de que la responsabilidad precontractual es de naturaleza extracontractual ha sido aceptada en la jurisprudencia Argentina, *verbi gracia* el fallo “Sánchez Sarondo, Matías G. c/ Pereyra Iraola, Diego M.F.”:

El tema de la reprochabilidad de la conducta del demandado, por haber desistido de la operación al tiempo de la culminación de las tratativas, es materia atinente a la responsabilidad precontractual, conectada con la de la culpa in contrahendo”, a lo que añade “el fundamento de la responsabilidad en el período de las tratativas (pourparlers) radica en un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar, especie del género abuso del derecho.”¹³⁹

Como hemos visto, Alberto Spota, considera que el abuso del derecho no tiene una naturaleza jurídica ni contractual ni extracontractual, ya que explica que no importa la comisión de un hecho ilícito, sino el “*ejercicio antifuncional*” de un derecho. En palabras de Gonzalo Sozzo:

(...) se parte de considerar al abuso de derecho como un tertium genus entre la clásica dicotomía licitud-ilicitud, que si esto es así, si el abuso de derecho configura una tercera categoría, el abuso de derecho de no contratar que se produce en el apartamiento arbitrario de las tratativas, como especie dentro del abuso de los derechos en general, también constituirá un tercer espacio temporal en materia de responsabilidad civil.

Siguiendo la misma línea del autor antes citado, éste considera que:

¹³⁸ LLAMBÍAS, Jorge, “Tratado de derecho civil”, Ed. 3ra, Edit. Perrot, Buneos Aires 1978, pág 89

¹³⁹ GARAVENTA, Carlos, “La culpa in contrayendo según la teoría del abuso de derecho”, <http://endisidencia.blogspot.com/2009/01/la-culpa-in-contrahendo-segun-la-teoria-html>.

*(...) Habiendo admitido previamente la figura de la antijuridicidad material —pienso que ése es el defecto que se comete: considerar únicamente la antijuridicidad formal—, entiendo al abuso de derecho como una fuente particular de las obligaciones, entre ellas, de la reparar el daño ocasionado y, por ende, de los hechos ilícitos en sentido estricto, conforme la definición del art. 1066, CCiv., y no sólo por cuanto no se afecta la antijuridicidad formal, sino porque por regla el abuso de un derecho es objetivo y no subjetivo. No se trata de un acto lícito, ni de un *tertium genus*, sino de una especie dentro de los hechos ilícitos (sentido amplio) con virtualidad dogmática propia.*

Criticando la postura de Spota, Gonzalo Sozzo dice:

Asimismo, y desde el punto de vista del sistema legal de responsabilidad civil, no importa una categoría jurídica autónoma, sino que cae siempre dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, en virtud de que se trata esta última de un género al cual van a parar todos aquellos supuestos en los cuales el deber de resarcir no deriva del incumplimiento de ninguna obligación preexistente.

Comparto la crítica que realiza Gonzalo Sozzo a la postura de Spota de considerar al abuso del derecho como un *tertium genus* entre la responsabilidad contractual y extracontractual ya que podemos decir que todo lo que derive de un acto abusivo se rige por las reglas de la responsabilidad extracontractual, que como sabemos constituye un género residual.

2.2.4.2. Crítica a la teoría

Roberto Brebbia crítica a esta teoría no sólo porque considera que en Argentina no está consagrada ni legal ni jurisprudencialmente, sino por considerarla en extremo particular o limitada ya que sólo explica ciertos casos de responsabilidad precontractual:

Esta doctrina no tiene consagración legal en la Argentina ni tampoco puede decirse que haya sido impuesta pretorianamente, por vía de interpretación, por la jurisprudencia de los tribunales, no obstante haber sido invocada frecuentemente por las partes en litigio en apoyo de sus pretensiones, la más de las veces en supuesto que no enmarcaban en absoluto dentro del sistema. Sin embargo, aún cuando se admitiera que la disposición del Art. 1071¹⁴⁰C.C. no se opone a la aplicación de la teoría en nuestro derecho, creemos que no

¹⁴⁰ Art. 1071 C.C. Argentino: “El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

*pueden de todas maneras tenerse en cuenta sus postulados para asentar sobre los mismos el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual.*¹⁴¹

El autor español Díez Picaso, citado por María Medina Alcoz, también ha criticado esta teoría al indicar que:

*(...) en el entendimiento de que la posibilidad de retirarse de los tratos no constituye un derecho subjetivo en sentido técnico, del que pueda abusar por ejercitarlo extralimitadamente; la facultad de retirarse de los tratos es, sencillamente, un reflejo de la libertad contractual.*¹⁴²

Para finalizar debemos preguntarnos si el abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo es factor de atribución suficiente para hacer nacer la obligación de reparar del daño que se cause en el evento en que se verifique dicho abuso; considero que la respuesta es sí, no sólo vista la autonomía con la que está dotada esta teoría sino por el hecho de ser, en mi criterio personal, un caso originado de la aplicación del principio “*neminem laedere*”.

El acto abusivo se presenta sobre la base formal de un cierto derecho subjetivo, lo que permite caracterizar su origen en un actuar que aparece en principio como jurídicamente lícito. Es en el decurso de su actuación u omisión que se produce, por una conducta calificada de antisocial, la transición a la esfera de la ilicitud, mediante el pase a través de una sutil, pero definitiva frontera que separa ambos campos jurídicos: el permitido del prohibido.

El ejercicio antifuncional de un derecho por parte de su titular resulta ilícito aún cuando no llegue a materializarse daño alguno al sujeto pasivo, que se halla legitimado a reclamar la cesación del acto abusivo como prevención de los perjuicios que su continuación pueda llegar a provocar, (...)

2.2.5. Teoría de la buena fe.-

2.2.5.1. *Introducción.-*

¹⁴¹ BREBBIA, R., “Responsabilidad precontractual”, cit., pág 38. Hay que considerar que lo escrito por Brebbia data ya de hace varios años, por lo que actualmente la teoría del abuso del derecho ha tenido un gran auge en la Argentina.

¹⁴² MEDINA, María “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, Revista de derecho privado, Num 5-6/2005, Mayo-Junio 2005. <http://vlex.com/vid/289829>

La teoría de la buena fe, como fundamento objetivo o factor de atribución de la responsabilidad precontractual, ha sido desarrollado por grandes juristas contemporáneos y su grado de aceptación ha sido tan importante que legislaciones como la italiana y la portuguesa, han positivizado esta teoría en su ordenamiento jurídico, convirtiéndola en el fundamento que origina la responsabilidad precontractual.

La buena fe es un principio general del Derecho que tiene antecedentes romanistas y se aplica a todas las ramas del Derecho; esta teoría tiene su nacimiento, debido a los grandes estudios y aplicación positivista, en el derecho italiano. La buena fe o *bonna fides*, está íntimamente ligado a la moral, la rectitud, honestidad y lealtad, es la convicción de un proceder correcto libre de vicios.

La buena fe, puede dividirse en *buena fe subjetiva* y *buena fe objetiva*, esta última es la que nos interesa en materia de contratos.

La buena fe subjetiva es aquella creencia que por un error excusable tiene la persona de que su conducta no es contraria a Derecho. Apunta a un aspecto de conciencia del sujeto, la cual hace alusión a la íntima convicción o confianza que él tiene al enfrentarse a una determinada situación jurídica. La buena fe subjetiva está presente en varias normas del Código Civil ecuatoriano, verbi gracia, los artículos 94¹⁴³, 662¹⁴⁴, 717¹⁴⁵, 721¹⁴⁶. En nuestro

¹⁴³ Art. 94.- El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

¹⁴⁴ Art. 662.- Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, en favor del poseedor de buena fe, del usufructuario, del arrendatario

¹⁴⁵ Art. 717.- La posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular

¹⁴⁶ Art. 721.- La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio. Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato

derecho la buena fe es la regla general, es así que incluso existe una presunción de derecho en este aspecto.¹⁴⁷

La buena fe objetiva es la que se aplica a lo contractual. Esta se encuentra regulada en el Art. 1562 del libro IV del Código Civil y dice: "*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por ley o la costumbre, pertenecen a ella.*". Este principio impone una determinada conducta a los contratantes y precontrayentes, que consiste en un deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas desde el inicio de los tratos preliminares, durante la ejecución del contrato e incluso posterior a su culminación.

La conducta que deben observar los precontrayentes es tan relevante que incluso, cuando existen dudas sobre el alcance de los términos contractuales, y conocida que sea la intención de los contratantes, debe estarse a dicha intención más que a lo literal¹⁴⁸. Esto denota la relevancia que tiene la buena fe para la interpretación de los contratos, por lo que sin lugar a dudas cabe afirmar que el principio de la buena fe es aplicable tanto a la fase contractual como a la fase precontractual, momento exacto donde las partes negocian y se ponen de acuerdo en la prestación que se obligan a cumplir.

Estas dos clases se diferencian en que la buena fe objetiva, se aprecia in abstracto, prescindiendo de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, en cambio la buena fe subjetiva, se aprecia in concreto, mediante la averiguación de la convicción íntima y personal del sujeto implicado.

2.2.5.2. Contenido de la teoría de la buena fe

¹⁴⁷ Art. 722.- La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

¹⁴⁸ Art. 1576.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras

(...)la fórmula receptada por el art. 1337¹⁴⁹ ha restringido la categoría de los casos, precedentemente admitidos, de responsabilidad precontractual, porque ha sustituido el componente subjetivo de esta responsabilidad: la buena fe a la culpa.” “La innovación introducida en nuestro sistema jurídico por el art. 1337 consiste precisamente en el cambio de criterio de juicio del comportamiento de las partes en la fase de las tratativas: en el sentido de que mientras en base al viejo Código Civil eran aplicables los principios de la responsabilidad extracontractual basado exclusivamente sobre la culpa, ahora el principio es diverso y es aquel de la buena fe.¹⁵⁰

De la sentencia italiana dictada por el Tribunal de Roma se puede inferir que una parte puede actuar de buena fe y al mismo tiempo dicha actuación puede ser culposa, ya que, como se dijo en la introducción al estudio de esta teoría, la buena fe es imputable a un estado subjetivo de convencimiento, una convicción, que igualmente puede tenerse por negligencia o imprudencia (“*sensa che per questo lo stato soggetivo di buona fede cesii di essere tale*”), ejemplifiquemos, mi intención es transferir un vehículo, estoy plenamente convencido de que se encuentra saneado, libre de vicios y en perfecto funcionamiento, pasado algunos días el carro sufre una grave avería mecánica por falta de cuidado y mantenimiento de mi vehículo. Si bien mi intención al transferir el bien estaba dotada de buena fe, el perjuicio existe y además se puede imputar culpa del vendedor. En nuestro derecho se diría que el bien tiene vicios redhibitorios y se le da un enfoque distinto para solucionar el problema.

Hablando de manera general, el principio general de la buena fe, aplicado al tema que nos ocupa significa

... la sustracción del principio de la libertad y jurídicamente del de la autonomía de la voluntad del período previo a la concreción del contrato, importando una limitación directa, esto es que la posición de libertad de las partes en el período de formación del contrato se encuentra sujeta a un límite de carácter general, constituido por el deber de observar la buena fe.¹⁵¹

El Art. 1337 del Código Civil italiano, que dicho sea de paso es un elemento de suma importancia para el desarrollo legislativo de este principio aplicado a la fase precontractual, ha sido comentado por el autor italiano Vittorio Calusi de la siguiente manera:

¹⁴⁹ Se refiere al Código Civil Italiano, “las partes durante el desenvolvimiento de la tratativas y de la formación del contrato deben comportarse según la buena fe”

¹⁵⁰ Ver Sentencia del Tribunal de Roma del 24 de junio de 1955, “Tonini v. Soc. Coop. Fides e Altrui”, *Rev di Dir. Comm*, 1965, II, p. 368.

¹⁵¹ CALUSI, Vittorio E., “In tema di tratative e responsabilità precontrattuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, X, 1956, p. 473.

(...)nella economia dell' art. 1337 buona fede significhi comportamento leale nei rapporti sociali, causa giustificativa dell' affidamento e nello stesso tempo esigenza imprescindibile di condotta, appunto perché l'affidamento stesso risulterà effettivamente giustificabile. Le parti hanno l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel senso che ad esse incombe, come osserva il Grassetti, l'onere di una lealtà reciproca di condotta valutada alla stregua di una media coscienza sociale.¹⁵²

El autor Italiano Benatti, citado por Gonzalo Sozzo, dice que la fórmula del art. 1337:

(...) no ofrece ningún criterio para establecer cuándo un comportamiento es contrario a la buena fe". Y enseguida explica que "los escritores, conscientes de la gravedad de una omisión semejante, ven en el art. 1337 una norma social prejurídica o una norma de reenvío a otra norma prejurídica de buena fe [...] Pero aunque [...] en esta dirección, el examen del contenido de la regla de la buena fe puesta por el art. 1337 no deja todavía adecuadamente repuesta, porque no precisa a cuáles específicas reglas de corrección se refiere la norma". Así concluye este autor que dicho deber encierra tres obligaciones particulares: "aviso o información, secreto, custodia."¹⁵³

Con la entrada en vigor del texto del artículo 1337, surgieron ciertas dudas sobre su alcance e interpretación. Como describimos en la introducción, la doctrina diferencia la buena fe objetiva de la subjetiva, por lo que la primera gran discusión se centró en descifrar si la norma aludía a la una o a la otra. La intencionalidad con la que se comete un acto susceptible de ser encuadrado dentro de la responsabilidad precontractual, fue otro gran tema de discusión, ya que no se sabía con certeza si la violación del principio de buena fe debía tener como contenido un acto doloso o culposo.

Sobre el primer punto en discusión, debemos indicar que:

La buena fe presenta tradicionalmente dos facetas: a) La buena fe objetiva, o buena fe lealtad, que importa la exigencia de comportarse con probidad, lo que se concreta a través del cumplimiento de ciertos deberes de conducta específicos; la misma tiene aplicación en el campo obligacional; se vincula con la teoría de los actor propios. b) La buena fe subjetiva, o buena fe creencia, que apunta a la protección de quien por error ha creído en una apariencia jurídica de un tercero con quien se vincula, de su titularidad o de su legitimidad, o bien de la propia legitimidad o titularidad; la misma opera haciendo prevalecer la declaración de voluntad emitida por sobre la real, impidiendo la anulación del acto; campo de aplicación principal: derecho de familia y relaciones posesorias, tenencia y reales.¹⁵⁴

Veamos el criterio de algunos tratadistas, por ejemplo, para Calusi:

¹⁵² CALUSI, Vittorio E., "In tema...", cit., p. 474.

¹⁵³ SOZZO. G. "Antes del contrato", pág 84

¹⁵⁴ SOZZO. G. "Antes del contrato", pág 86

... el art. 1337 refiere a la buena fe, pero entendida ésta como el comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza, y al mismo tiempo exigencia imprescindible de la conducta, precisamente para que la misma confianza resulte efectivamente justificable (...) el peso de una lealtad recíproca en la conducta, valorada con el criterio de la conciencia social media (...) Puede por lo tanto afirmarse que el concepto de buena fe expresado en el art. 1337 excluye todo presupuesto psicológico subjetivo de la partes contrayentes y en particular toda referencia al error y la ignorancia.¹⁵⁵

Para Benatti,

(...) demostrado que el deber precontractual de buena fe se especifica en tres tipos de obligaciones (...) implícitamente se ha echado luz sobre el significado con el que el legislador ha usado, en la fórmula del art. 1337, el término buena fe: “eso sta ad indicare non giá uno stato soggetivo, ma una regola di condotta. Si parla nel primo caso di buona fede soggetiva en el secondo di buona fede oggetiva.”¹⁵⁶ Y ¹⁵⁷

Sobre el segundo tema en discusión, culpa o dolo, el autor italiano Vittorio Calusi dice que del texto del Art. 1337 se deduce que culpa equivale a mala fe. Esta postura es criticada por otro autor Italiano, Mengoni, quien afirma que:

(...))si la culpa equivale a mala fe, y ésta implica conocimiento del daño que se comete, se resuelve en el concepto de dolo, y con ello se elimina directamente el concepto de culpa in contrayendo. (...)Una interpretación similar es evidentemente arbitraria. Desde el punto de vista exegético, la misma se encuentra desmentida por el art. 1338, que constituye una indiscutible aplicación del art. 1337. La mala fe puede subsistir solamente en la hipótesis del conocimiento de la causa de nulidad del contrato, mientras que el art. 1338 admite la responsabilidad en la hipótesis de ignorancia inexcusable [...] de cualquier modo, la concepción de la responsabilidad precontractual como responsabilidad fundada sobre el elemento subjetivo de la mala fe encuentra un obstáculo definitivo en el art. 1398, que aplica el principio del art. 1337 al falso procurador, que funda la responsabilidad sobre el hecho objetivo de la falta de comunicación de la carencia de procura al otro contrayente.¹⁵⁸

En resumen, este autor, al considerar que existe una relación obligacional, habla de que la buena fe objetiva sería la única posibilidad aplicable.

(...) la buena fe que consagra los arts. 1337 y cons. —1338, 1398— es la objetiva, lealtad, probidad; y explica la interesante relación entre confianza y buena fe objetiva: ¿cómo se va a estar tutelando la buena fe objetiva si se trata de proteger la confianza?, ¿no

¹⁵⁵ CALUSI, Vittorio E., “In tema di tratative e responsabilità precontrattuale”, Revista Trimestral de derecho y procedimiento Civil, Tomo X, 1956, cit., p. 474, párr. 2°.

¹⁵⁶ “Eso no indica un estado subjetivo sino una regla de conducta. Se habla en el primer caso de buena fe subjetiva y en el segundo caso de buena fe objetiva”

¹⁵⁷ BENATTI, Francesco, *Responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1962, cit., p. 47.

¹⁵⁸ MENGONI, Luigi, “Sulla natura...”, cit., p. 363.

*es ello incompatible?, ¿no será la buena fe subjetiva? Responde negativamente, pues la buena fe objetiva está dirigida a proteger la confianza de un sujeto en la lealtad en la “coreteteza”, en la probidad de otro con el cual el primero ha entrado en relación.*¹⁵⁹

La pregunta que cabe hacer en este punto es si el quebrantamiento de la buena fe es un factor atributivo de reparación del daño en la fase de las tratativas previas?, pues en mi concepto la respuesta sería si, ya que la violación del principio universal de actuar conforme a la buen fe, provoca, la mayoría de las veces, un daño, el cual debe ser resarcido.

La importancia que ha adquirido este principio en la teoría moderna de las obligaciones, impone el deber de obrar de buena fe en todas las relaciones jurídicas intersubjetivas, por lo que prácticamente toda actuación del ser humano racional y consciente debe enmarcarse en este ámbito.

*(...) el quebrantamiento de la confianza, de las legítimas expectativas despertadas en el otro (tercero, cocontratante, etc.) a partir de la conducta desarrollada en el seno de una situación jurídica, o en los términos del art. 1198 del Cod. Civil, la frustración de aquello que “verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”, determina el deber de reparar el daño causado, aun cuando la conducta aparezca formalmente ajustada a la ley.*¹⁶⁰

A criterio del autor argentino Carlos Alberto Ghersi, el quebrantamiento de la buena fe sería factor suficiente para originar la obligación de reparar, sin que se requiera otro factor de atribución, verbi gracia el dolo o la culpa. Esta consecuencia deviene, en palabras de Díez Picazo del hecho de que todos los derechos subjetivos deben ejercitarse de buena fe, ya que cuando se sobrepasa este límite el ejercicio del derecho sería antijurídico y por ende da lugar a reparar el daño que se ocasione.

2.3. Conclusiones.-

Varios autores han sido protagonistas de una disputa por descifrar cuál es la naturaleza, si contractual o extracontractual, de la responsabilidad precontractual¹⁶¹. De todo lo hasta aquí

¹⁵⁹ MENGONI, Luigi, “Sulla natura...”, cit., p. 376.

¹⁶⁰ GHERSI, Carlos, “Teoría general de la reparación de daños”, Edit, Astrea, 3ra edición, Buenos Aires 2003, pág 259. El autor se refiere a la legislación argentina

¹⁶¹ Una síntesis de las líneas argumentales de la tesis contractualistas y extracontractualistas puede leerse en PAZ GARCÍA RUBIO, María, *La responsabilidad...*, cit., ps. 64 y 70.

explicado, podemos concluir que la responsabilidad precontractual no tiene una naturaleza jurídica propia, y que, como algunos autores manifiestan, más bien se trataría de un *tertium genus*. Lejos está la doctrina de ponerse de acuerdo en un criterio único o al menos mayoritario que permita dotar a la responsabilidad precontractual de independencia dogmática.

A lo largo de este capítulo se plantearon dos escenarios que colocaban a unas autores defendiendo la esencia contractual de la responsabilidad precontractual, en tanto que posicionaba a otros autores que tenían como punto de partida la negativa de la tesis contractualista, por lo que construían tesis extracontractualistas pero con diversos factores de atribución¹⁶². Luego de estudiar las teorías, y basado en nuestro derecho positivo y en los orígenes romanistas que caracterizan nuestro sistema, no podemos afirmar que en la fase precontractual exista propiamente un contrato ya que el consentimiento aún no se ha expresado de tal manera que permita perfeccionar el *vinculum*, excepcionando el caso de los contratos válidos y los contratos nulos. Tampoco podemos afirmar que la naturaleza de la responsabilidad precontractual sea enteramente extracontractual, ya que los dos supuestos antes mencionados se constituirían en excepciones a la regla.

Considero que si bien el arduo estudio y análisis efectuados con la intención de explicar la naturaleza jurídica de este nuevo género de responsabilidad civil son importantes y han aportado elementos esenciales en la construcción de la teoría de la precontractualidad, no han podido consolidar un punto común que clarifique y permita hacer más fácil el entendimiento y la puesta en práctica de esta teoría.

Sin perjuicio de volver sobre este punto más adelante, sobretudo en las conclusiones, me permito afirmar que sea cual sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, el factor de atribución común a todos ellos es el principio que prohíbe causar daño a otro¹⁶³,

¹⁶² Como se dijo al inicio, por factor de atribución debemos entender el fundamento de la obligación de responder

¹⁶³ Considero que es justificación suficiente de la responsabilidad precontractual la consideración de que el deber genérico del *alterum non laedere* tiene su fundamento en un contacto de carácter social, independientemente de la instauración de una relación jurídica entre una y otra parte, por lo que, conforme lo enseña el profesor italiano Calusi, puede afirmarse que en base a ese contacto social y a la interferencia entre las dos esferas de intereses, surge a cargo de cualquiera de los contratantes un deber de respeto para con el otro con el que trata, deber este que tiene esencialmente contenido negativo, abstenerse de realizar toda

independiente de que exista un vínculo jurídico anterior o no entre el causante y el afectado. Considero también que el análisis debe partir de la noción de daño y su imputabilidad¹⁶⁴. Resulta evidente que si no existe un daño tampoco existirá una obligación de responder, empero, de haber sido afectada una persona en la fase de formación del consentimiento, tendría derecho a ser reparada.

Esta conclusión rompe el criterio tradicional impartido en las aulas universitarias, por el cual se asegura que una persona sólo tiene obligación cuando existe un acuerdo de voluntades y sólo a partir de la fecha del acuerdo responde por los actos; a través de esta tesis se quiere abrazar la idea de que los precontrayentes tienen obligaciones durante la fase de negociación, de los tratos preliminares.

injerencia indebida en la esfera jurídica de la otra, de todo comportamiento que pueda acarrear perjuicio al interés del otro contrayente.

¹⁶⁴ Faltaría por definir si existe el daño debe ser causado con culpa, dolo o se puede prescindir de estas nociones y trasladarnos a una esfera objetiva.

CAPÍTULO III.-

3. ANÁLISIS DE LOS COMPONENTES QUE INTEGRAN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

3.1. Principios que rigen la etapa de formación del contrato

3.1.1. Libertad de negociar y contratar

Una de las conquistas de la revolución francesa que mayor trascendencia ha tenido en el ámbito jurídico y que fuera plasmada en el Código Civil Francés, fue la libertad. De la libertad individual se deriva el principio denominado “autonomía de la voluntad de las partes”. De este principio, a su vez, se derivan varias consecuencias, las que nos interesan para nuestro estudio son las siguientes: 1) Libertad de los individuos para contratar sin más limitación que el orden público y las buenas costumbres¹⁶⁵; 2) Libertad de negociación y de discusión de las condiciones contractuales. Las partes se encuentran en completa igualdad en la fase anterior al perfeccionamiento del acto o contrato, pero de igual manera deben respetar el orden público y las buenas costumbres; 3) Libertad para escoger la contraparte para negociar o contratar; 4) Libertad para que las partes puedan expresar, ya sea de forma expresa o tácita, su intención de contratar. El ritualismo o solemnidades es la excepción y son necesarias sólo para un número determinado de actos o contratos, *verbi gracia*, la compraventa de un inmueble. La voluntad tácita tiene el mismo valor que la expresa. 5) Libertad para exigir el cumplimiento de lo acordado.

¹⁶⁵ En nuestro Código civil se puede observar estas limitaciones en los artículos 1477 y 1483, de donde se deriva que el orden público y las buenas costumbres están ligados al aspecto moral, pieza fundamental en la construcción de una sociedad y del ordenamiento jurídico.

Al igual que muchas instituciones tradicionales, la autonomía de la voluntad de las partes ha venido siendo objeto de nuevos e interesantes estudios por parte de los juristas modernos y últimamente incluso por economistas. Dos ramas del conocimiento, economía y derecho, que hace poco tiempo parecían no relacionarse, han encontrado una simbiosis casi perfecta, ya que los principios de una y otra han servido para explicar varios de los fenómenos jurídicos-económicos actuales. No escapará al conocimiento de la mayoría que la evolución de la sociedad moderna, la industrialización, la globalización, las nuevas tecnologías, el mercado económico, los monopolios, la competencia, el capitalismo etc., han traído consigo el nacimiento de nuevos negocios jurídicos para los cuales el derecho no estaba preparado. El desarrollo capitalista trajo consigo una acumulación de riqueza para un gran número de personas y empresas, a la vez que permitió el apareamiento de las potencias económicas. Todos estos hechos acentuaron la disparidad de poderes entre los precontrayentes, lo cual sin dudarlo se opone a la idea de libertad, justicia y paridad, elementos integrantes y que dan contenido al principio de la “autonomía de la voluntad de las partes”. Ejemplo de esta disparidad son los contratos de adhesión, donde el consumidor sólo se adhiere a las estipulaciones de un contrato que no lo negoció y que tampoco le está permitido hacerlo.

*(...) no es posible dejar completamente libre el juego de las fuerzas económicas, porque ello no conduce automáticamente al equilibrio y armonía contractual, sino que existe una amenaza permanente proveniente del abuso del poder de individuos o grupos.*¹⁶⁶

Ante estas circunstancias, los poderes estatales han ido teniendo una mayor injerencia normativa en las órbitas privadas. Podemos decir que la “autonomía de la voluntad de las partes” cada vez es más limitada y los Estados modernos están abandonando las doctrinas del *laissez faire*, asumiendo un rol más protagónico y contando con una legislación más proteccionista; basta ver el desarrollo del derecho del consumidor.

*(...) el contrato es un instrumento jurídico destinado a satisfacer necesidades económicas. Que es por medio de contratos como, por lo normal, se satisfacen las necesidades del ser humano, cualesquiera sean ellas. De ahí que el Estado no puede permanecer indiferente frente a la contratación, a la libertad de incorporar cláusulas.*¹⁶⁷

¹⁶⁶ REZZÓNICO, J., “Contratos con cláusulas predisuestas”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1987

¹⁶⁷ MOSSET, J. “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, ed. Ira, Santa Fe, 2006, pág 25

Por libertad de contratación, que como sostengo es uno de los elementos que integran la “autonomía de la voluntad”, debemos entender la garantía que tienen las partes de pactar libremente conforme al ordenamiento positivo vigente al momento, siempre que los fines sean lícitos y no contravenga el orden público. Las partes pueden llegar a cualquier acuerdo siempre que respeten las normas de orden público y las buenas costumbres; cumplido esto, el acto o contrato adquiere el carácter de obligatorio y constituye una ley para las partes contratantes.

Resumiendo, la autonomía de la voluntad privada es un principio reconocido por un ordenamiento jurídico que faculta a los particulares a entablar libremente relaciones jurídicas con otros sujetos, con los límites antes indicados. Esta facultad se exterioriza mediante el “acto jurídico”, que es la declaración de voluntad (esta declaración de voluntad puede consistir en iniciar tratativas previas o negociaciones) de una o más partes que generará diversos efectos jurídicos que serán reconocidos y protegido por la ley.

En la especie que nos ocupa, es recién a partir de los estudios de Ihering¹⁶⁸ y Faggella, que la etapa anterior a la formación del contrato es sujeto de estudio pormenorizado. El estudio y por ende el desarrollo de esta teoría trajo consigo un “endurecimiento”¹⁶⁹ o agravación de los deberes y principios que deben observar los precontrayentes en la negociación, con el fin de evitar causar un perjuicio, patrimonial o extrapatrimonial.¹⁷⁰ Este endurecimiento se lo *“hace desde la mira “del mantenimiento de las tratativas”, al menos como regla; de limitar el apartamiento o “la salida de las conversaciones” a supuestos muy acertados, como manera de respetar la confianza suscitada, de no defraudar las expectativas que dichas tratativas han despertado;(...)”*¹⁷¹.

Si bien se reconoce el derecho de salir o abandonar las conversaciones o tratativas, esta salida debe tener una causa y un fundamento, es decir no debe ser arbitraria. La libertad

¹⁶⁸ Antes de estos autores ni los juristas y peor aún las legislaciones habían concebido la idea de regular una fase anterior al contrato. Es por ello que el Código Civil Francés no tuvo ninguna norma referente a este tema y por consecuencia tampoco los códigos que se basaron en éste, verbi gracia, el ecuatoriano.

¹⁶⁹ Palabra utilizada por Jorge Mosset Iturraspe en su obra “Responsabilidad Precontractual”, pág 16

¹⁷⁰ Afirma Brebbia *Responsabilidad precontractual* cit., p. 23.: “... el período precontractual adquiere una importancia fundamental, no siempre bien apreciada, en cuanto a que, haya sido o no precedida la celebración del contrato por tratativas preliminares, los vicios que pueden afectar el acuerdo de voluntades encontrarán forzosamente su raíz en este lapso – instantáneo o no – en que las partes se preparan para celebra un contrato”.

¹⁷¹ MOSSET, J. “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, ed. 1ra, Santa Fe, 2006, pág 16

para negociar y contratar no está siendo afectada ya que cualquiera de los precontrayentes siempre podrá abandonar las tratativas previas, pero sin que ello se arbitrario, ya que a decir de algunos autores se estaría violando la buena fe y a decir de otros estaríamos ante un abuso en el ejercicio del derecho de contratación.

En contraposición, una corriente muy importante que basa sus postulados en una nueva rama del derecho denominada “análisis económico del derecho”¹⁷², considera que abandonar las tratativas previas es un derecho que no puede ser coartado sino por 2 causas: si se lo hace con la clara intención de dañar o con mala fe.

en tiempos más recientes, para los países del Derecho continental¹⁷³, y desde bastante atrás, para el common law¹⁷⁴, se viene predicando, como un corolario de la libertad de contratar o de no contratar, que la salida de las tratativas siempre que no sea “con intención de dañar” o de mala fe, no puede ser coartada, limitada o acotada¹⁷⁵.

Encuentra una especie de parangón con la posibilidad, reconocida en el common law, de no cumplir un contrato válidamente celebrado, dejarlo totalmente de lado, con la sola indemnización de daños causados. Se trata del rechazo a la “ejecución forzada”, a la posibilidad de llegar a un cumplimiento contra la voluntad de uno de los celebrantes, que se arrepintió o desistió unilateralmente¹⁷⁶;

En conclusión, la libertad para negociar y para contratar son elementos que conforman la “autonomía de la voluntad de las partes”. Estos principios o derechos, que antes eran vistos como absolutos, se han relativizado a la luz de las exigencias del mercado y la economía mundial. Los individuos de una sociedad tienen la facultad o derecho de poder satisfacer sus necesidades en el momento y bajo las condiciones que deseen. Estas necesidades se satisfacen gracias a la interrelación con terceros, para lo cual se requiere de actos o contratos que generarán diversos efectos. Estos actos o contratos deben establecerse bajo los lineamientos de un ordenamiento jurídico vigente y estar en concordancia con los principios generales del derecho, al orden público y a las buenas costumbres, que se constituyen en límites implícitos y explícitos impuestos por la misma sociedad para

¹⁷² El análisis económico del derecho prioriza la lógica económica sobre la jurídica y la eficiencia sobre la justicia.

¹⁷³ Este Derecho prioriza los comportamientos diligentes y prudentes, leales y probos, en el período precontractual, las explicaciones razonables acerca de por qué seguir o no seguir en las conversaciones.

¹⁷⁴ Enfatiza acerca de la libertad: de contrata o de no hacerlo; de entrar y de salir de las tratativas; de expresar o no las razones para obrar de tal o cual modo, etc.

¹⁷⁵ AMEAL, O., “Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 507 y ss.

¹⁷⁶ DE LOS MOZOS, J., “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, pág 922 , respectivamente.

mantener la paz y convivencia armónica de sus individuos. Es así que si bien todos tenemos derecho a iniciar negociaciones tendientes a la celebración de un contrato, tenemos la obligación de actuar de buena fe, por ejemplo no podremos continuar negociaciones a sabiendas de que no tenemos la intención de llegar a un acuerdo concreto ya que estaremos causando un perjuicio que debe ser evitado.

3.1.2. Principio de buena fe

En la fase anterior al perfeccionamiento del contrato se presentan los denominados tratos previos o diálogos preliminares¹⁷⁷, que son entendidos como aproximamientos de los interesados para celebrar un contrato. Los tratos previos o negociaciones, pueden o no darse, y dependerá del ánimo de los potenciales contratantes y de la complejidad¹⁷⁸ o no del acuerdo que se pretende, es así, la adquisición de un paquete accionario importante de una multinacional requerirá más negociación que la adquisición de un vehículo o una artículo de primera necesidad en una despensa. La importancia de los tratos previos radica en que éstos sirven para preparar el camino con el fin de que la voluntad expresada sea efectiva para que la obligación contraída sea real y apegada a la intención de los precontrayentes.

Las negociaciones o tratos previos permiten que los precontrayentes pongan en consideración de la contraparte sus necesidades, objeciones y puedan discutir sobre los términos que se deberán incluir en el texto del contrato (jurídicos y económicos), en caso de que llegue a perfeccionarse. Estas negociaciones, en principio y como regla general, no implican que las partes queden obligadas, es decir, no por entrar en diálogos, debe necesariamente llegarse a celebrar un contrato. Esta es la denominada libertad de contratar

¹⁷⁷ Stiglitz los conciben como aquellos "... diálogos preliminares que, en el *iter* negocial, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato". Stiglitz; Stiglitz, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 34.

¹⁷⁸ Stiglitz, *ob. cit.*, pág. 15I: "Su contenido varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para las partes, es más probable que las negociaciones se extiendan en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como por ejemplo, la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y, en ocasiones, innecesarias".

y negociar, entendido como aquel derecho que faculta a las partes a contratar o no con la persona que desee hacerlo.

Otra de las funciones de los tratos preliminares, a más de permitir que las partes discutan los términos y preparen el camino para un potencial contrato, es que, en caso de que se perfeccione el contrato, lo dicho y hecho en los tratos previos servirán para interpretar los términos del mismo. Esto resulta lógico en el sentido de que es justamente en esta fase anterior al contrato, donde las partes expresan sus intenciones y necesidades previo a exteriorizar su voluntad.¹⁷⁹

*Así, los tratos preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes, frente a cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución del contrato que se llegare a perfeccionar (...).*¹⁸⁰

Vistas las dos funciones más importantes de los tratos previos, resulta lógico que las legislaciones extranjeras, los principios de la UNIDROIT, la doctrina y la jurisprudencia hayan recogido y afirmado que durante los tratos preliminares las partes estén obligadas a actuar de buena fe, pese a que las negociaciones no son obligatorias, en el sentido de que las partes no deben necesariamente celebrar un contrato.

Continuando con el análisis que estamos haciendo, tampoco podemos decir que las negociaciones no crean ninguna obligación alguna para las partes, ya que, conforme el sistema europeo continental, cuando no se llega a celebrar un contrato por faltar a la buena fe, esta inobservancia se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la parte afectada. Francesco Messineo, en este sentido manifiesta:

...las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte

¹⁷⁹ “Art. 1576.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

¹⁸⁰ Jorge Oviedo Albán, “La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación”, Temis, Bogotá D.C., 2008, pág 88. También forma parte de la conferencia presentada el día 22 de abril del 2008 en las Jornadas colombo argentinas de derecho privado *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; la Universidad EAFIT y la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Igualmente.

*tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo (...)*¹⁸¹

En síntesis, el período precontractual corresponde a una etapa en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles son sus necesidades y discutir sobre las eventuales condiciones que permitirán celebrar un contrato. Pese a que esta etapa no está dotada del elemento de la “obligatoriedad”, las partes deben proceder de acuerdo con el principio de buena fe. Esta es la premisa de la cual partiremos y la que aceptamos como válida para guiar el desarrollo del presente trabajo.

La buena fe es un elemento esencial y determinante en toda relación jurídica, tanto en su concepción, formación y ejecución. La buena fe debe considerarse como un atributivo volitivo requerido, antes, durante y después de celebrado el contrato. La buena fe contractual es un desarrollo dinámico de los principios generales del derecho concretados en las expresiones “vivir honestamente”, “no dañar a otro” y “dar a cada quien lo suyo”; circunscrito a una exigencia de comportamiento congruente con una actitud psicológica animada de un contenido ético, que se exterioriza al verificarse un pacto. La buena fe funciona como un elemento apto para el logro de la adecuación del Derecho a la realidad.

Quedando claro que la buena fe debe ser el parámetro que guíe la conducta que deben adoptar los precontrayentes en la etapa anterior a la formación del contrato, es necesario dotar de elementos¹⁸² al principio de la buena fe y verificar su grado de aceptación por las legislaciones extranjeras.

Como se dijo en el capítulo II, y siguiendo las enseñanzas de DÍEZ PICAZO, el ordenamiento jurídico exige comportarse según la buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesto (no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una

¹⁸¹ Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, T. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

¹⁸² Debido a que abordaremos a la buena fe desde una óptica diferente a la tradicional (buena fe contractual) es necesario encontrar los elementos caracterizadores que le darán substancia y contenido, con el objetivo de permitir a los juzgadores interpretar esta buena fe precontractual en los casos concretos que sean de su conocimiento.

fraterna convivencia (deberes de diligencia, de información, de esmero, de cooperación, etc.).

La doctrina distingue dos formas de conceptualizar a la buena fe, la buena fe-lealtad (también llamada objetiva¹⁸³) y la buena fe-creencia (también llamada subjetiva¹⁸⁴). La expresión “buena fe subjetiva”, que de manera general ha sido considerada como un “estado de ignorancia y error”, denota un estado de conciencia, un convencimiento.

*(...) y se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia, o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno.*¹⁸⁵

*En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error.*¹⁸⁶

*el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. El error incide aquí en la titularidad o en la legitimidad de la propia conducta (...) o en la legitimidad de la conducta de la contraparte.*¹⁸⁷

La buena fe subjetiva se refiere exclusivamente a la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica, esto es, a la conciencia que tiene el sujeto en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho, de no estar dañando un interés ajeno tutelado por el derecho, por esto se la denomina como la buena fe-creencia.

¹⁸³ DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, “La fuerza de la buena fe”, en: *Contratación contemporánea, Teoría general y principios*, Atilio Alterini; José Luis De Los Mozos; Carlos Alberto Soto, (Directores), Palestra, Lima – Perú, Temis, Bogotá, D.C., 2000, pág. 276.: “en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine “buena fe-lealtad.” (cursivas fuera de texto).

¹⁸⁴ LARROZA, Ricardo, “La buena fe contractual”, en: *Contratos, teoría general*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 251 y 254. De La Puente y Lavalle, anota: “...En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama “buena fe creencia”;

¹⁸⁵ J. Martins Costa. “A boa-fé no direito privado”, *Revista Dos Tribunais*, Sao Paulo, 1999, 410-412.

¹⁸⁶ R. Cristofari. “Diligenza e buona fede soggettiva: il problema del collegamento tra i due fenomeni”, en revista virtual *Persona e danno*, publicado el 7 de febrero de 2009 [www.personaedanno.it/cms/data/articoli/013567.aspx27] (consultado el 3 de julio de 2009).

¹⁸⁷ MOSSET ITURRASPE, J.. *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, s. d., 152.

La buena fe objetiva se verifica en la fase anterior del contrato al imponer a las partes la obligación de hablar claro. Es por ello que las cláusulas oscuras no deben favorecer al autor de la declaración. Traigo a colación brevemente la teoría de los actos propios, que es simplemente una derivación del principio de la buena fe-lealtad. Esta teoría dice que no se puede defraudar la confianza puesta en una conducta anterior jurídicamente relevante, de acuerdo a ésta, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas, una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando ésta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Tal es el caso de entrar en negociaciones y hacer pensar a la contraparte que la celebración del contrato es inminente, pero llegado el momento de la exteriorización y formalización del contrato, uno de los precontrayentes se aparta sin mediar razón justificada, argumentando el derecho de la libertad contractual. A nadie le es lícito volver sobre su conducta anterior, cuando esa conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona una legítima confianza de que se mantendrá aquella conducta (*venire contra factum proprium non valet*).

ENNECCERUS-NIPPERDEY precisan el concepto de la siguiente manera: “A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”.

Para que esta teoría sea aplicada debe darse lo siguiente: a) una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro; b) una pretensión o el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictorios con aquella conducta; c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

A esta teoría son ajenos todos los actos que no tengan un valor vinculante, *verbi gracia* las meras opiniones o las expresiones de deseo, al igual que las meras intenciones, porque una intención no puede obligar en la medida que no se asuma un compromiso.

Manuel de la Puente y Lavalle destacan las siguientes características otorgadas por la doctrina a la buena fe objetiva:

- a) *Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.*
- b) *Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.*
- c) *Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.*
- d) *Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.*
- e) *El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.*
- f) *El estándar jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en que actúa el sujeto.*¹⁸⁸

Veamos algunos ejemplos de legislaciones que han positivizado el principio de la buena fe en la fase de los tratos previos.

Empecemos por nuestro vecino, el Código de Comercio colombiano impone la obligación de actuar de buena fe en el período de tratos preliminares en su Artículo 86: *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha señalado que:

*(...) el legislador ha recurrido a una cláusula general, con el fin de ofrecer al intérprete un criterio elástico de evaluación, (...) descargando en cada uno de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de varios deberes (seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no estén ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar.*¹⁸⁹

Nótese que conforme a la legislación colombiana, la buena fe debe estar exenta de culpa, por lo que podemos deducir que para que se incurra en responsabilidad precontractual la parte que causa el daño debe actuar con culpa. Queda por definir si la buena fe y la culpa de las que habla el Código de Comercio colombiano deben entenderse en sentido objetivo y/o subjetivo.

¹⁸⁸ Jorge Oviedo Albán, “La formación del contrato: ...” op cit., pág 90.

¹⁸⁹ Corte Suprema de Justicia colombiana, sentencia de 21 de marzo de 1998, M.P. Rafael Romero Sierra, expediente n° 4962.

Por otro lado, el Art. 1362 del Código Civil Peruano dice: “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*”

El Código Civil Boliviano ha optado por denominar “culpa precontractual” y normar ésta en su Art. 465:

Art. 465.- (CULPA PRECONTRACTUAL). En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe, debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato.

Respecto de las legislaciones de la Europa continental, podemos citar como los ejemplos más claros la portuguesa y la italiana.

El Código Civil portugués dice: “*Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos).- Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*”¹⁹⁰

El código civil italiano en el capítulo segundo, en la sección segunda “*Dell'accordo delle parti*”, dice: “*Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale.- Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*”¹⁹¹

Debemos hacer hincapié en que en el derecho anglosajón¹⁹² el deber de buena fe en la etapa precontractual no ha sido reconocido con la misma intensidad como en el derecho continental, no obstante que se observa un avance, por lo menos en el caso norteamericano,

¹⁹⁰ Quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en la fase preliminar como en su ejecución, proceder según las reglas de la buena fe, bajo pena de responder por los daños que culposamente se causen a la otra parte.

¹⁹¹ Las partes, mientras se desarrollan las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe.

¹⁹² Ver KOZOLCHYK, Boris, *La contratación comercial en el derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 345.

donde el Código de Comercio Uniforme ha señalado en el Art. 1-203 que se impone a los contratantes el deber de buena fe en su cumplimiento, pero no se hace referencia a la etapa anterior.

*Lo cierto es que las cortes en los Estados Unidos han reconocido que las partes tienen libertad de negociar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual afirmando a su vez que el deber de buena fe o fair dealing no se extiende a las negociaciones preliminares.*¹⁹³ (Lo subrayado me pertenece)

Aunque como señala el mismo autor citado, Farnsworth, se observa una tendencia en la jurisprudencia en los últimos años¹⁹⁴ a reconocer responsabilidades precontractuales, concretamente en eventos que constituyen enriquecimiento sin causa, *misrepresentation*, o representaciones o declaraciones falsas o erróneas, promesas específicas hechas en las mismas y un acuerdo para negociar de buena fe¹⁹⁵.

Para el *common law*¹⁹⁶, se viene predicando, como corolario de la libertad de contratar o de no contratar, que la salida de las tratativas siempre que no sea “con intención de dañar” o de mala fe, no puede ser coartada, limitada o acotada.

En el *common law* se mantiene la tesis de que de no cumplir un contrato válidamente celebrado, se lo puede dejar totalmente de lado, con la sola indemnización de daños causados. Se trata del rechazo a la “ejecución forzada”, a la posibilidad de llegar a un cumplimiento contra la voluntad de uno de los celebrantes, que se arrepintió o desistió unilateralmente.¹⁹⁷

¹⁹³ Farnsworth, E. Allan, *Contracts*, 3^{ra} edición, Aspen Law & Business, New York, 1999, págs. 194 a 195

¹⁹⁴ La tendencia actual va encaminada a ampliar el espectro de la responsabilidad. No debemos olvidar que el sistema anglosajón difiere sustancialmente del nuestro, por lo que estos sistemas se sostienen en principios donde la libertad contractual y comercial son pilares fundamentales. Ejemplo de esta tendencia es la escuela del “Análisis Económico del Derecho”, que mira al Derecho desde una óptica total de mercado.

¹⁹⁵ Farnsworth, ob. cit., págs. 197 a 198.

¹⁹⁶ Que por sobre todas las cosas enfatiza acerca de la libertad: de contratar o de no hacerlo; de entrar y de salir de las tratativas; de expresar o no las razones para obrar de tal o cual modo, etc.

¹⁹⁷ DE LOS MOZOS, J.L., *La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno*; BENJAMIN, A. H. V., *Reflexiones sobre el principio de la vinculación contractual de la publicidad*; ANDORNO, L. O., *El deber de la información en la contratación moderna*; ORDOQUI CASTILLA, G., *La responsabilidad del empresario por el deber de información*; todos estos trabajos en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 879 y ss.; 950 y ss.; y 922 y ss., respectivamente.

Estas son algunas de las razones que se invocan para permitir los apartamientos en la fase anterior al contrato:

- a. *“Sujetar las negociaciones a las “reglas del mercado”;*
- b. *Evitando, de este modo, la interferencia del Estado a través de su legislación y sus jueces;*
- c. *Haciendo realidad el principio recto de “dejar hacer”;*
- d. *Otorgando prioridad a los temas de “costos” o “costes” de una ejecución forzada, con intervención de la justicia, o bien de una acción por responsabilidad civil por daños irrogados por el alejamiento incausado;*
- e. *Pensamos que la idea básica es que mientras un contrato no se encuentre celebrado, perfeccionado por el consentimiento, los tratantes son libres de mantenerse o de apartarse de las conversaciones;*
- f. *Que las explicaciones acerca del porqué de una conducta de desistimiento o abandono no son siempre fáciles; que muchas veces se trata de una cuestión de conveniencia económica ante la aparición de otro “interesado” en el negocio: que el debate que puede abrirse resulta en ocasiones interminable... etcétera¹⁹⁸*

El autor Kornhauser, profesor de la Universidad de Colorado, EE.UU., acerca del elemento fundamental del contrato, dice:

“Los análisis económicos rechazan el enfoque del contrato como una promesa y lo reemplazan por la idea de que el Derecho contractual debe promover la “eficiencia”. Si la ganancia de una de las partes en caso de que incumpla es superior a la pérdida que tendría la otra, esa parte no debería ser obligada a cumplir. Entonces, la amenaza de una indemnización debe disuadir solamente los incumplimientos en los que el beneficio de la parte que incumple no excede la pérdida de la otra parte. Para el análisis económico del Derecho el problema no es el del si el sistema de daños debe disuadir el incumplimiento o no, sino cuál es la cantidad óptima de disuasión y cuáles son las acciones que inducen a ese nivel óptimo” (ob. cit. ps. 112 y ss.). El autor del trabajo se ocupa, más adelante, de “la teoría económica de la confección de los contratos” y menciona: a) la denominada “negociación sobre las contingencias”, y b) el distingo entre los contratos “completos” y los “incompletos” (ob. cit. ps. 114 y ss.). Todos aspectos de suma importancia en el common law, sobre los cuales, lamentablemente, no podemos detenernos. Cooter y Ulen se ocupan, de manera magistral, de dos temas “fundamentales del Derecho”; 1. Qué promesas deberían ser legalmente exigibles, y 2.Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles”. Todos temas de sumo interés dentro de aquella doctrina norteamericana.¹⁹⁹

Ahora, y en cuanto al deber de actuar de buena fe en todas las etapas del contrato, está reconocido en los principios y normas de la *lex mercatoria*. Así se expresa en los principios de Unidroit:

¹⁹⁸ MOSSET, Jorge, “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, 2006, pág 18.

¹⁹⁹ SPECTOR, Horacio, “Elementos de Análisis Económico del Derecho”, Edit. Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, Santa Fe, pág 109

Artículo 1.7.

*Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.*²⁰⁰

*Artículo 2.15 (Negociaciones con mala fe)”; 1. Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no cumlminen en acuerdo. 2. Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones con mala fe, será responsable por los daños causados a la otra parte. 3. En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo.*²⁰¹

Tal como lo señala la citada formulación de los Principios de Unidroit, la idea inspiradora que los rige está constituida por la buena fe y lealtad negocial, de tal manera que en ausencia de una disposición específica en los principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación. El principio de la buena fe y lealtad negocial, de esta manera, se constituye en una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes.

*El reconocimiento del principio de buena fe y lealtad negocial, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los principios sino como un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, es una de las mayores y más acertadas innovaciones que presentan los principios respecto de otros textos de derecho uniforme, en particular respecto de la convención de Viena.*²⁰²

En los Principios de Derecho Europeo de Contratos se reconoce igualmente en el artículo 2301 la libertad de celebrar o no un contrato en virtud de la libertad de negociación, pero señalando en el numeral segundo que:

*Sin embargo, la parte que hubiera iniciado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte”. Se establece además en el numeral tercero que: “Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra.”*²⁰³

²⁰⁰ Art. 1.7. UNIDROIT

²⁰¹ Art. 2.15 UNIDROIT

²⁰² PERALES, María del Pilar, “El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y disposiciones generales)”, en: *Revista de Derecho Mercantil*, nº 223, 1997, pág. 222.

²⁰³ Principios de Derecho Europeo de Contratos. Art. 2301, numeral 2do.

Como podemos apreciar, el deber de actuar conforme a la buena fe durante la fase anterior al perfeccionamiento del contrato, cada vez tiene mayor acogida en las legislaciones del mundo, no sólo porque recoge una necesidad social sino que me atrevo a decir que este es un principio de tan grande espectro que funciona como elemento para el logro de la adecuación del Derecho a la realidad. Terminemos con un ejemplo, deseo contratar un seguro contra incendios para mi casa, me pongo en contacto con una Empresa Aseguradora que me impone como requisito llenar una serie de formularios, entre los cuales consta uno que describe los materiales con que fue construida la casa; pese a que conozco que mi casa es de madera, para conseguir el seguro digo que mi casa es de hormigón. Esto denota mala fe en la fase anterior del contrato, que hubiera provocado o que se eleve la prima o que la contraparte no acepte asegurar mi casa.

3.1.3. Principio de aplicación del deber de no dañar a otro

Este principio de origen romano ha tenido tal trascendencia que hoy por hoy es imposible imaginar la ciencia del derecho, en especial la teoría de las obligaciones y la de reparación del daño, sin la existencia de este.

El principio “*alterum non laedere*” se halla recogido en las compilaciones y tratados más antiguos de la Roma Clásica; también se expresa con la variante “*neminem laedere*” y es uno de los tres deberes que, según el derecho romano tradicional, componen el derecho²⁰⁴. Debido a su gran importancia es considerado como uno de los principios generales del derecho, ya que éste puede aplicarse a cualquier rama y su funcionalidad es infinita.

²⁰⁴ *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere.* Trad.: La justicia consiste en la constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho. Las reglas del derecho son estas: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo.

Este principio se encuentra recogido por la legislación ecuatoriana en el Art. 2229²⁰⁵ del Código Civil y del cual se deriva la obligación de reparar todos los daños que se causen. Este articulado tiene la particularidad de someter la reparación del daño a que el acto causante hay sido cometido con malicia o negligencia. Otra característica es que este principio es de efecto *erga omnes*, es decir que todos estamos obligados a acatarlo sin distinción. Por último podemos afirmar que se trata de una obligación negativa, de no hacer; pese a esto también debemos mencionar que existe una corriente que sostiene que este principio también trae obligaciones positivas, “hacer todo lo posible para evitar un daño”; esta situación amplía el espectro de aplicación de este principio pero sin lugar a dudas también trae un alto grado de incertidumbre ya que no es claro los límites de esas actuaciones positivas. Por el momento, debemos tener claro que todos tenemos la obligación de abstenernos de hacer actos que perjudiquen y causen daño a terceros.

*(...) En cambio, quien comete una culpa in contrahendo o precontractual, vulnera el deber general de actuar con prudencia y diligencia a fin de evitar el mal ajeno, que deriva de la exigencia de derecho natural alterum non laedere.*²⁰⁶

Los tres principios (libertad de negociar y contratar, buena fe, no dañar a otro) aquí explicados constituyen, en nuestro concepto, el marco dentro del cual debe entenderse y explicarse la teoría de la responsabilidad precontractual. La aplicación de estos principios universales en la fase formativa del contrato, da la posibilidad a las personas para poder entrar en negociaciones con toda libertad, pero a la vez sabiendo que tienen la obligación de actuar conforme la buena fe y que deben limitar sus actos a realizar sólo aquellos que no causen perjuicio a terceros.

3.2. Deberes y Obligaciones de los precontrayentes

²⁰⁵ Código Civil Ecuatoriano. Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

²⁰⁶ LLAMBÍAS, Jorge, “Tratado de derecho civil”, Ed. 3ra, Edit. Perrot, Buenos Aires 1978, pág 89

El profesor Díez-Picazo ha manifestado que “*por el hecho de relacionarse o de entrar en contacto las partes asumen unos determinados deberes. Quedan obligadas a comportarse con la buena fe necesaria y a observar en los tratos la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes.*”²⁰⁷.

Estos deberes y obligaciones que vamos a explicar brevemente constituyen los elementos que conforman el principio de la buena fe, entendidos y explicados éstos a la luz de lo que interesa a la responsabilidad precontractual. La lista que presentamos a continuación no es de criterio unánime y tampoco constituye un catálogo inamovible; vista la extensión, en este trabajo nos remitiremos a las que hemos considerado las más importantes.

Es menester mencionar que la rama del derecho donde ha habido un mayor estudio de los deberes y obligaciones precontractuales ha sido en el derecho del consumidor; esto es importante si consideramos que estos deberes y obligaciones de los precontrayentes no siempre podrán ser aplicados de manera general, ya que provienen de un estudio muy particular enfocado a dar una solución determinada que brinde más protección al consumidor. Empero, los deberes de información, de secreto y confidencialidad, de custodia y cuidado y para finalizar el deber de no levantar falsas expectativas²⁰⁸, que tiene relación con el deber de diligencia y cuidado, que son los que a continuación trataremos, se los ha escogido teniendo en cuenta su carácter más general.

3.2.1. Deber de información

El deber de información en la legislación ecuatoriana ha estado presente desde la expedición de nuestro Código Civil y se lo encuentra en varios cuerpos normativos. Este deber ha sido estudiado y entendido desde un punto de vista diferente del que pretendemos

²⁰⁷ DIEZ-PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, tomo I, Madrid, 1993, pág. 271.

²⁰⁸ Este deber corresponde a una construcción propia por considerar necesario para nuestro trabajo. Este deber guarda íntima relación con el deber de diligencia y cuidado, pero hemos creído conveniente tratarlo de distinta por considerar que es más acorde al *iter contractual*.

abordarlo en este trabajo, es así que el Art. 1801²⁰⁹ del C. Civil ecuatoriano lo aborda pero sin considerar que la inobservancia o violación de este deber se da en una fase anterior a la formación del contrato, tratativas previas. Este aspecto es entendible si consideramos que en nuestro sistema no se contempla obligaciones anteriores a la formación del contrato y de allí deviene que, por ejemplo, los vicios redhibitorios no sean considerados como una falta al deber de información, sino como un vicio que tiene el objeto de la prestación y que trae consecuencias jurídicas para las partes.

Los estudios por parte de la doctrina jurídica en lo referente a los deberes de información han sido tan grandes que han provocado un cambio de ciento ochenta grados, ya que en el derecho romano, incluso en el clásico y moderno²¹⁰, se tenía la creencia de que a cada una de las partes le correspondía informarse y adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato, ya que es a cada una de las partes a la que le incumbe satisfacer sus intereses con el objeto a negociar. Esta forma de pensar se mantuvo hasta el apareamiento de la responsabilidad precontractual, y sobre todo con el aporte de la doctrina italiana y alemana, que posibilitó que varios ordenamientos jurídicos incluyan el deber precontractual de información. Este cambio se lo puede explicar debido al complejo tráfico económico moderno, donde es imposible adquirir la vasta cantidad de conocimientos necesarios y sobre todo porque cierta información es guardada con celo y no se puede acceder a ella, por ejemplo balances de una compañía, estudios actuariales, informes de auditoría, etc.

A decir del autor colombiano, Vladimir Monsalve Caballero²¹¹ *“este fenómeno ha despertado un interés por estudiar esta figura (deber de información) con carácter autónomo, es decir, sin*

²⁰⁹ Art. 1801.- Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, estará obligado no sólo a la restitución o rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios. Pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo estará obligado a la restitución o rebaja del precio.

²¹⁰ GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: Editorial la Ley, 1994, p. 12. El autor menciona que solo se reconocía el deber de información aquel que nacía de conformidad con las exigencias de la buena fe o de los vicios del consentimiento (error y dolo). Estos son los deberes que, en mi opinión prevé nuestra legislación, por lo que cabe decir que el cambio de ciento ochenta grados está pendiente aún en nuestro sistema.

²¹¹ **REVISTA DE DERECHO** N° 30, Universidad del Norte, Barranquilla, 2008, “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”, Vladimir Monsalve Caballero.

necesidad de referirlos a los vicios del consentimiento o a la obligación de saneamiento, y es en esa autonomía donde es procedente el estudio de este deber de información en los tratos preliminares.”

Para comprender el deber de información debemos entender qué se entiende por informar, para lo cual nos remitiremos a lo dicho por el autor colombiano Ernesto Rengifo:

Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. La importancia de la cuestión, radica para cuando la falta de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que, lo que no ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el cocontratante que, de haber conocido la información que no le fue comunicada (reticencia) o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones, más favorables.²¹²

Como se puede apreciar, la correcta, debida y oportuna información es, en la mayoría de las veces, la causa para que se pueda perfeccionar un acuerdo, sin embargo existe una fuerte corriente, con fundamentos por demás válidos, que relativiza y niega la existencia de este deber de información en la fase de formación del contrato.

Veamos algunos de los argumentos que defienden lo absoluto del deber de informar. A decir del autor argentino Jorge Mosset un mercado donde existe información abundante, oportuna, transparente y veraz, sería un mercado perfecto. Al contrario, un mercado imperfecto está matizado por la ignorancia, la dificultad en la comprensión, la oscuridad, que se constituyen en barreras para la transferencia de la información, esto, a decir del autor, sucede en la mayoría de mercados latinoamericanos.

En esta misma línea, el autor en mención dice que un contrato perfecto *“es aquel celebrado sobre la base de una información impecable, plena y correcta; de lo contrario, a falta de información, se llega a contratos imperfectos, proclives al aprovechamiento o a las nulidades.”*²¹³

Como lo mencionamos al inicio de este tema, la mayoría de estos deberes relacionados con la buena fe, deben su estudio y progreso a las necesidades imperantes del derecho de consumo, y es así que varios autores dotan de importancia al deber de información basados

²¹² RENGIFO, Ernesto, “Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación” ENSAYO DE POSESIÓN COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE DEL DR. ERNESTO RENGIFO GARCÍA, BOGOTÁ, 27 DE OCTUBRE DE 2004

²¹³ MOSSET, J. y PIEDECASAS, M., “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, Santa Fe, pág 60.

en que el mercado es imperfecto y por ende no sólo existe oscuridad en la información sino que ésta también puede ser asimétrica.

Media, en consecuencia, tal como ocurre con la mayoría de los consumidores, un “déficit en la información”, cuya superación, a través de medidas estatales o de la actuación de las organizaciones de consumidores y usuarios, no es fácil ni sencilla. De ahí el fracaso de la “prevención” en materia de abusos o aprovechamientos y la apertura necesaria del camino a la reparación. Los contratos bancarios nos brindan un buen ejemplo de lo que venimos expresando.²¹⁴

La información asimétrica adquiere relevancia cuando uno de los tratantes o precontrayentes posee información que es ignorada por la otra parte, y que es de tal importancia que influirá en los términos del contrato. Vale decir que de haberse tratado de una información simétrica, compartida, las cláusulas del acuerdo hubieran sido otras, diferentes o sencillamente no se hubiere dado el contrato. Pongamos un ejemplo, soy representante de una empresa de transporte extranjera a la que le interesa adquirir una flotilla de buses que ya tiene asignada una determinada ruta; mi contraparte en la negociación me hace la entrega de unos estudios en los cuales se hace constar el flujo de pasajeros de esa zona y una proyección de crecimiento poblacional que provocará una mayor demanda dentro de esa ruta. Debido a la información presentada llego a la conclusión que el negocio es conveniente y por ende adquiero la flotilla de buses con una clara expectativa; firmado que fue el contrato y ya en operaciones, resulta que la flotilla ha perdido el derecho sobre la ruta y de un estudio posterior resulta que la proyección hecha por mi vendedor es totalmente alejada de la realidad y se ha alterado los resultados de la misma. De haber conocido la información real el negocio jamás se hubiere perfeccionado, por lo que en conclusión, esa información influyó en mi consentimiento pero de manera errónea.

Jorge Mosset, en su obra “Responsabilidad Precontractual” menciona y analiza dos casos tomados de la jurisprudencia norteamericana, por el momento se analizará el segundo por corresponder a nuestra línea de análisis

b) El segundo refiere a la compraventa de un departamento que resultó, al tomar posesión del mismo, “infestado de termitas”. Se probó que los vendedores-demandados, conocían

²¹⁴ Ibidem, pág 60 y 61

*esta situación, pero guardaron silencio al momento de la operación. Tanto en primera como en segunda instancia —causa “Obne vs. Schlemeyer”, fallado por la Corte de Washington, 1960— se consideró que la conducta de los vendedores configuraba un caso “de fraude” —fraud, traducido más bien como dolo o engaño— y se hizo lugar a la demanda”.*²¹⁵

En este caso se observa claramente la importancia de la información en la fase de las tratativas previas, ya que resulta evidente que es una información que debe conocer el comprador. Este tipo de información se la conoce como “información relevante” y su ocultamiento, a decir de Mosset, provocaría incurrir en la figura del “dolo omisivo”, prevista en el Art. 933²¹⁶ del Código Civil Argentino.

*... el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa; la figura importa la recepción del deber genérico de informar, de revelar la información relevante a la contraparte; como un derivado del principio de buena fe, del deber de lealtad y probidad.*²¹⁷

Hasta aquí los argumentos en defensa del deber de información como una obligación que compete a las partes en conjunto y no individualmente a cada una. En resumen se puede decir que las partes deben proveer la información con la que cuenten y consideren necesaria y relevante para que la otra parte pueda formarse una idea clara que le permita expresar su consentimiento sin vicios que nuliten el acuerdo.

Por otro lado, como se dijo, existe una corriente que considera que cada una de las partes es la que debe preocuparse y proveerse de su propia información. Esta postura es sostenida por el profesor de Edimburgo quien afirma que no existe ningún deber de ninguna de las partes para colocar en conocimiento de la otra hechos que conoce y que pueden influenciar en el otro en decidir cuándo entrar o no en el contrato.

Cada parte tiene el derecho de usar la información que posea a fin de obtener el mejor negocio posible; ninguna parte está en obligación de asistir a la otra. De alguna manera ésta es la esencia de la autonomía privada y de la libertad de empresa, y no existe ninguna

²¹⁵ Ibidem, pág 62

²¹⁶ Art.933.- La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa.

²¹⁷ MOSSET, J. y PIEDECASAS, M., “Responsabilidad Precontractual”, pág 62.

*duda de que el intercambio y el comercio no podrían operar de la manera en que lo hacen sobre la base de cualquier otra regla distinta.*²¹⁸

El autor Atiyah explica los fundamentos económicos del aludido principio de “no información”:

*Una razón obvia por la que no puede existir un deber general de revelar información en transacciones comerciales es que debe existir algún incentivo económico para invertir en la adquisición de habilidades y conocimientos, y que dicho incentivo es en parte suministrado por la capacidad de las partes de hacer uso de su conocimiento y habilidades en la negociación de los contratos. Si una compañía petrolera, por ejemplo, tiene a los mejores expertos del mundo a fin de determinar la probabilidad de que se pueda descubrir petróleo en un predio, sería absurdo esperar que la empresa divulgue lo que aprendió con la ayuda de sus expertos a otros propietarios o concesionarios. Ésa sería una manera simple de privarlos de los frutos de su conocimiento, o de obligarlos a compartir éste con su contraparte que no ha hecho una inversión similar. De la misma manera, alguien que ha dedicado toda su vida al estudio de antigüedades o piezas de colección tiene claramente el derecho a usar ese conocimiento para su propio beneficio al juzgar qué comprar o cuánto ofrecer por un ítem o pintura en un remate.*²¹⁹

Esta explicación de los fundamentos del principio de “no información” encuentra sentido sobretodo en el derecho anglosajón, debido a la corriente que estudia el derecho con base en el “análisis económico del derecho”, donde la idea de justicia tiene un valor relativo y sucumbe ante la eficiencia, el punto de equilibrio y el libre mercado.

*Las situaciones de asimetría informativa plantean tales cuestiones: si una de las partes sabe algo que la otra no conoce, podrá usar esa información en su provecho y con ello ganar más. Si el Derecho permite a unos usar la información, sin comunicarla, entonces estará protegiendo un derecho a ganar utilidades usando esa información. Si, por el contrario, deja de reconocer ese derecho —al forzar a comunicar la información—, entonces hace que el valor agregado de dicha información se pierda para quien la obtuvo. Si se anula un contrato por asimetría informativa, por ejemplo, se está negando el derecho a aprovechar económicamente la información que generó la asimetría. Si se mantiene la validez, por el contrario, se le está dando valor a la información, pues se permite su uso sin que ello genere efectos negativos para quien la usa. Se concluye, por tanto, que la consecuencia natural de permitir usar la información es crear incentivos para buscarla, obtenerla y utilizarla. Por el contrario, si no se permite su uso, se crean desincentivos para su obtención y utilización.*²²⁰

²¹⁸ Ibidem, pág 63.

²¹⁹ Atiyah, P. “An Introduction to the Law of Contract”, 4 ed. Clarendon Law Series 1989, pág 277

²²⁰ Ibidem, pág 267

Anteriormente vimos un ejemplo citado por Mosset que sustentaba la importancia de la información, a continuación un caso que brinda sustento a la postura que estamos abordando:

a) El caso se refiere a la venta de un terreno — “L. y N. Grove vs. Chapman”, Corte de Apelación de Florida, 1974— por un precio libremente acordado, considerado bueno por ambas partes; tiempo después, el vendedor descubre que el comprador conocía un “dato importante” que hubiera valorizado el predio de manera extraordinaria: Walt Disney había considerado construir Disneyworld en la zona. Y el comprador guardó silencio. El vendedor demandó al comprador, peticionando del deber de revelar una información tan importante. El silencio lo había inducido en un error. Admitida la demanda en primera instancia, fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Florida, por entender que “no existía nada deshonesto ni injusto en la conducta del comprador, y que las partes negociaron en igualdad de oportunidades, por lo que el contrato era perfectamente válido.”²²¹

Este es un ejemplo en el cual se puede observar, la inexistencia del deber de información, ya que es indudable que el conocimiento previo de la plusvalía que ganaría el inmueble motivó al comprador a entrar en tratativas. De haber hecho conocer esta información al vendedor, lo más probable es que el negocio no se hubiera realizado y el afectado hubiera sido el comprador. Este es un típico caso donde se verifica la posición doctrinaria que afirma la inexistencia de un deber, en el período precontractual, de suministrarse mutuamente información, esta postura es apoyada por Atiyah.²²²

Jorge Mosset, en la obra que estamos citando, sigue a su vez la obra de Bullard quien al finalizar su análisis dice que:

(...) muchas veces culpamos de no saber algo a quien no nos lo contó, en lugar de culparnos a nosotros por no preguntar [...] el dolo omisivo puede castigar a quien se esfuerza por saber más y premiar al que no se esfuerza por aprender. Ello es, evidentemente, un efecto social que debemos evitar. Se trata de promover el conocimiento y la información, no la ignorancia y la estupidez.”²²³

El análisis de estas dos posturas nos permite afirmar que ni un extremo ni el otro son la solución al problema de la información entre los precontrayentes, ya que por un lado no es dable admitir que el deber de información sea absoluto e ilimitado, y tampoco podemos

²²¹ MOSSET, J. y PIEDECASAS, M., “Responsabilidad Precontractual”, pág 61.

²²² ATIYAH, P. S., An Introduction to the Law of Contract, 4ª ed., Clarendon Law Series 1989, ps. 265 y ss.

²²³ BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra, Lima, 2003, pag. 331.

caer en la postura de creer que no existe un deber de información, ya que ellos equivaldría a relativizar el principio de la buena fe.

Considero que el deber de información debe estar presente en los tres estados del contrato, negociaciones, exteriorización de la voluntad y ejecución de lo acordado; a la vez, el deber de información en la fase de las tratativas previas debe circunscribirse a la información necesaria e indispensable de tal manera que permita a las partes configurar un “contrato perfecto”. Con esto no niego ni reduzco los fundamentos de la corriente inglesa, que personalmente me parecen por demás sustentados, pero considero que debe primar la buena fe y la justicia por sobre planteamientos fríos de mercado; no debemos olvidar que los que llevan a cabo las negociaciones buscan satisfacer intereses personales y sacar el mayor provecho, pero esta búsqueda de utilidad no puede ser desmedida.

*La información es conocimiento, la desinformación es ignorancia. La información construye la seguridad y otorga confianza; la desinformación mantiene en la incertidumbre, el desconocimiento, y construye la desconfianza, el temor.*²²⁴

En síntesis, los tratantes se deben información: oportuna, concreta, clara, precisa, comprensible, pero también existen limitaciones, donde será el juzgador el que en última instancia deba analizar la suficiencia y la relevancia de la información. La mayoría de veces asistiremos a negociaciones asimétricas, donde la información sea más fluida de un lado que del otro; este efecto de mercado es normal y es por ello que la legislación, *verbi gracia*, derecho del consumidor, tiene la tarea de precautelar a la parte débil de la relación jurídica. Tampoco debemos olvidar que no todas las personas están en capacidad para recibir determinada información y poder asimilarla en su magnitud, esto pasa por diversas circunstancias sociales, ante las cuales la parte más fuerte no deberá olvidar que le está prohibido causar daño a un tercero y que puede incurrir en dolo omisivo. La pregunta que cabe hacerse es ¿qué tipo de información no revelada acarrea una sanción por incumplimiento del deber de información?, pues en nuestro criterio, si la información tiene que ver con las condiciones propias del objeto de la obligación (calidad y cantidad), el deber de información debe acatarse absolutamente y cualquier omisión en la información sobre las mismas lleva a las sanciones de nulidad y resolución de los efectos realizados del

²²⁴ MOSSET, J. y PIEDECASAS, M., “Responsabilidad Precontractual”, pág 59.

contrato y por ende dará lugar al pago de los daños causados. Empero, si la información no se refiere a cuestiones inherentes al objeto de la obligación, sino que contiene datos del objeto y del negocio que representan un beneficio lícito para quien los conoce, en desarrollo de la naturaleza económica de tal información vista como un bien disponible y apto para su explotación no deben revelarse, como lo acontecido en el caso de la compra del inmueble donde el comprador conocía que en ese lugar se construiría un complejo de diversión.

El deber de información tiene también como función brindar una seguridad jurídica a futuro a las partes contratantes. Es así que los negociantes buscan desechar la “inseguridad jurídica”, de donde deviene la necesidad de *“privilegiar lo habitual, común o de siempre, atendiendo al caso y sus circunstancias, dejando de lado lo sorpresivo, extraordinario o extraño, y, así mismo, subrayar la necesidad de ser transparente, claro, comprensible, marginando todo comportamiento oscuro, reservado o reticente, que se manifiesta con expresiones excesivamente técnicas o de difícil comprensión, atendiendo siempre a las personas de los tratantes y a sus conocimientos o habilidades”*.²²⁵

Uno de los elementos que busca precautelar el deber de información son las denominadas “expectativas razonables”, nacidas de la negociación. En este sentido sostiene Rezzónico, citado por Jorge Mosset en la obra referida anteriormente:

Quando los contratantes cierran su acuerdo dan nacimiento en el mundo jurídico a un acto de previsión que normalmente se hace en miras a obtener seguridad ²²⁶. *Una o ambas partes quieren de alguna manera, influir sobre su futuro, asegurándolo; atarlo a la realidad presente tal cual es conocida por ellos en ese momento o con sus cambios futuros previsibles*. *“(…) en este aspecto, se procura así neutralizar posibles vicisitudes desfavorables que puedan afectar sus respectivas posiciones [...] Es que existe en el hombre una necesidad de seguridad, nacida no sólo de su propia posición de riesgo e inestabilidad frente a la naturaleza, sino respecto de sus semejantes.* ²²⁷

²²⁵ PERTIÑEZ VILCHEZ, *El deber de transparencia en los contratos...*, en su obra *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Edit. Thompson-Arazandi, Navarra, 2004, pág. 27.

²²⁶ REZZÓNICO, J., “Contratos con cláusulas predisuestas”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 412. Está muy claro que así como la exposición precedente acerca de la “información relevante” que conduce a resultados eficientes estaba inspirada en la doctrina del *common law* y en la “interpretación económica del Derecho”, ésta que ahora exponemos, sobre la seguridad, muestra a las claras la influencia del “Derecho continental” en la vertiente germánica. Lo reconoce Rezzónico, a quien seguimos.

²²⁷ *Ibidem*. Todo contrato, como toda obligación, encierran un plan o proyecto, que las partes se proponen llevar adelante, cumplir. Empero, sólo se puede anticipar lo previsible; de ahí que las circunstancias

Es importante el saber a qué atenerse, ya que ello dotará de seguridad a la relación contractual a futuro.

*Todo ello, que permite una mayor previsibilidad de los acontecimientos, es seguridad y satisface importantes derechos de los particulares, pues cada una de las partes debe poder saber cómo se comportará el otro en el transcurso de una determinada relación para, a su vez, orientar sus actos en miras a alcanzar el fin que los liga.*²²⁸

Quienes se relacionan para llegar a un negocio, que convenga a ambos, buscan “certeza”, ver lo más claro posible en el futuro, y por esa vía lograr la “previsibilidad” que se proyecta en la vida y en los negocios de los particulares²²⁹.

En conclusión, un elemento fundamental de la buena fe y del deber de información, que debe estar presente en las tratativas, fuerza a respetar —y, por ende, no defraudar— las “expectativas razonables”, vale decir “el interés de confianza”, las esperanzas fundadas —no los sueños ni los “castillos en el aire”²³⁰. La noción de “expectativas razonables” es bastante ambigua y de nuevo será el juzgador el que deba analizar el caso concreto para lo cual las partes deberán aportar suficientes elementos de convicción que permitan al tercero imparcial definir las expectativas de las partes en la fase anterior a la formación del contrato.

Para finalizar este análisis,²³¹ sin ánimo de hermetizar el principio que se está tratando, decimos que el deber de información se traduce en:

sobrevinientes fortuitas o imprevisibles no puedan ser contempladas por los celebrantes. Allí aparece la necesaria labor del juez en la “reconducción” del negocio a las bases originarias queridas.

²²⁸ Calamanderi, en su trabajo *La certezza del Diritto e la responsabilità della dottrina*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1942.

²²⁹ MOSSET, J. y PIEDECASAS, M., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 67. Contratar es prever, anticipar el futuro. Desde la ignorancia o la inexperiencia no se puede contratar con certeza. De ahí las limitaciones a la voluntad autónoma. Y la gravedad que encierra “que uno sepa y el otro ignore”.

²³⁰ Jorge Mosset hace referencia nuevamente al trabajo de BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales de los contratos...* cit., ps. 252.

²³¹ Más adelante, en este mismo capítulo, nos referiremos a los casos en que la ley ecuatoriana prevé expresamente la obligación de informar, verbi gracia el Art. 1799.- “*Si se ha estipulado que el vendedor no está obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará, sin embargo, obligado a sanear aquellos de que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador.*”, y el Art. 1801.- “*Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, estará obligado no sólo a la restitución o rebaja del precio, sino a la*

- a. La información que deben proveerse los precontrayentes debe guardar relación con las condiciones propias del objeto de la obligación (calidad y cantidad), empero, si la información no se refiere a cuestiones inherentes al objeto de la obligación, sino que contiene datos del objeto y del negocio que representan un beneficio lícito, no están las partes en obligación de proveer esos datos.
- b. Las partes están obligadas a informar adecuada y correctamente a la contraria para que ésta decida sin error, engaño o confusión, con el fin de que la voluntad exteriorizada se halle libre de vicios
- c. La información debe ser adecuada, clara, completa, precisa y comprensible, teniendo en cuenta la capacidad receptiva de la otra parte.
- d. La violación de este deber es un factor que origina responsabilidad de resarcir los daños, en caso de que sean causados.
- e. En la etapa precontractual la información es trascendente de tal manera que una información incorrecta puede derivar en la no conclusión de un contrato y en caso de perfeccionamiento puede ocasionar un estado de inseguridad jurídica.

3.2.2. Deber de secreto y confidencialidad

Se ha hablado del derecho que tienen las partes a ser informadas de manera oportuna, clara, sin que se induzca a errores, etc., con la limitación de informar lo relacionado con el objeto de la obligación (calidad y cantidad). La actual estructura económica ha provocado que los sujetos jurídicos guarden y respalden con mayor celo la información, objetivo que ha sido posible en gran medida por los avances tecnológicos.

indemnización de perjuicios. Pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo estará obligado a la restitución o rebaja del precio". (el subrayado me pertenece)

Grandes corporaciones invierten altas sumas de dinero en complejas investigaciones para lograr avances tecnológicos, obtenciones vegetales, mejoras en sus productos, con el objetivo de ser más competitivos, innovadores y vender más. Visto desde esta perspectiva resulta totalmente lógico que cierta información sea considerada como secreta y confidencial, ya que no escapará al conocimiento de todos que la piratería tecnológica es uno de los inconvenientes que tienen que afrontar los poseedores de la información. Este es un problema que ha existido por años, ante el cual el derecho ha brindado una de las herramientas más idóneas para proteger las invenciones²³², que es la propiedad intelectual²³³. Lamentablemente no toda la información es susceptible de protección por esta rama del derecho.

*Cada día, y con más fuerza, se admite en las actuales sociedades evolucionadas la enorme importancia que sus integrantes atribuyen a la posesión de información. De tal forma que una vez comunicada a terceros se pierde el control absoluto que se poseía sobre la misma, y llegando el caso, cualquiera que ha llegado a su conocimiento podrá disfrutarla perjudicando a aquel que le pertenecía y a quien muy probablemente le era considerada como su bien más importante.*²³⁴

Lo que no se da a conocer no se puede vender. Pongamos un ejemplo, una empresa que tiene como giro de negocio la creación de software desea vender su programa de ordenador a una compañía, para lo cual inician las negociaciones; esta última, interesada en adquirir el

²³² Los medios de protección con los que se cuenta son provisto a través de la Ley por parte de los Estados. Mundialmente se conoce y se acepta el derecho de autor sobre creaciones intelectuales, hallazgos científicos, etc. Dos son básicamente las formas en las que el Estado protege la información empresarial y confidencial, el sistema de patentes y el sistema protector de exclusivas, conocido como el *copyright*. El sistema de patentes le da a su titular la posibilidad de que por un tiempo específico y limitado (En el Ecuador, Art. 80 de la Ley de Propiedad Intelectual, “El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra”), mantenga para sí la titularidad de sus ideas o formas de expresión y su explotación económica. Respecto del *copyright*, se puede decir que es el derecho de explotación económica que le da a un titular de obras literarias, científicas o de cualquier otra especie para que la reproducción o copias de la misma se hagan bajo su directa explotación y autorización, mediante el pago de un precio.

²³³ Por ejemplo el conocido “*Know how*” que, hoy en día es considerado como un activo empresarial que suele ser reflejado en la contabilidad de las empresas. Sobre este “*know how*” existe un auténtico derecho patrimonial y que, en definitiva, explica que dicha información pueda ser transmitida a terceros a través de diversos mecanismos, como puede ser el caso de las licencias del “*know how*”, en cuyos casos los comerciantes suelen cancelar cuantiosas sumas de dinero por su explotación.

²³⁴ FARRANDO, M.I. *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas. Estudios de derecho mercantil*. Madrid: Civitas, 2001, p. 27. Este autor afirma que puede sostenerse la validez de la siguiente regla, idea que compartimos en todo: la consideración económica que se atribuye a la información es inversamente proporcional al número de sujetos que la conocen. Es por tanto este criterio el que ha sido amparado por diversos ordenamiento legales, el cual busca proteger la creación y el uso de la información.

programa, solicita una exposición en la cual se explique el funcionamiento del software y ha pedido que sus técnicos analicen el software para comprobar que éste satisfaga los requerimientos. En caso de que se decida adquirir el programa no habrá necesidad de proteger la información transferida, ya que ahora será de propiedad de la compañía. El problema surge cuando no se perfecciona el contrato, ya que por motivo de las negociaciones y con el afán de vender el producto, la empresa creadora transfirió gran cantidad de información, que no cabe duda que debe ser protegida.

Esta obligación negativa, “no difundir la información adquirida durante las tratativas previas”, es definitivamente una necesidad que tienen las partes cuando entran en negociaciones. La violación de este deber negativo puede causar perjuicios para la parte que ha confiado en la honestidad de su contraparte.

La información puede ser protegida en dos ámbitos, para lo cual nos remitiremos al caso español:

En el caso del derecho español, son dos los ámbitos de protección que pueden identificarse con claridad respecto al ámbito de protección ejercida desde el Estado (descartando el caso de aquella información que por ser de interés estatal es considerada como clasificada o secreta). El primero es el destinado a amparar la intimidad de las personas que, con fundamento en el art. 18.1 CE, tiene su principal desarrollo en la normativa protectora de la intimidad encarnada en los diversos textos que protegen la privacidad o esfera personal de los ciudadanos. El segundo grupo es aquel destinado a proteger una categoría de información muy especial, la empresaria, cuya protección se encuentra consagrada en el artículo 25.22 LPI.²³⁵

En el Ecuador contamos con normas que protegen y resguardan la información. En los contratos modernos, desde los más complejos hasta los más sencillos (contratos laborales), se ha generalizado el uso de las denominadas cláusulas de confidencialidad, e incluso los sujetos jurídicos han previsto “cláusulas penales” en caso de violación de estas obligaciones, la pregunta y el ámbito de este estudio es qué sucede con la protección de esa información en la fase anterior a la formalización del acuerdo?, considero que en el Ecuador no se halla protegida la transferencia de información de tal manera que brinde

²³⁵ Vladimir Monsalve Caballero, pág 55, “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. **REVISTA DE DERECHO** N° 30, Universidad del Norte, Barranquilla, 2008.

seguridad a los negociantes, ya que sólo contamos con normas generales²³⁶ que protegen determinadas formas de información²³⁷.

De lo dicho anteriormente podemos inferir que existen dos formas en las cuales se expresa la obligación de secreto y confidencialidad, una es de origen legal y la segunda de origen contractual. Sobre la legal se ha hablado y sobre la contractual se dijo que cada vez se va generalizando el uso de las denominadas “cláusulas de confidencialidad”. Estas cláusulas se hacen presentes cuando se formaliza el acuerdo, pero previo al perfeccionamiento del acuerdo, en la fase de las negociaciones, los precontrayentes también tienen la opción de firmar un acuerdo previo que trace las reglas del uso y transferencia de la información. En este punto cabe plantearse dos interrogantes, ¿qué sucede si no se firma este acuerdo?, y ¿firmado este acuerdo estamos frente a un contrato como tal?. Respecto del primer cuestionamiento afirmamos que no existe un marco legal que proteja a los precontrayentes. Sobre la segunda interrogante, decimos que si bien es dable este acuerdo previo, en caso de violación del mismo estaríamos ante una responsabilidad contractual y no precontractual.

El autor colombiano Vladimir Monsalve resuelve este vacío de la siguiente manera:

Frente a la inexistencia de una técnica homogénea, producto del panorama anteriormente descrito, estaremos en la imperiosa obligación de acudir a deducirlo de un principio o norma de ámbito general, siendo este forzosamente el principio de la buena fe. Un ejemplo claro de esto se encuentra en que en la actualidad no existe ningún soporte normativo expreso –vigente en el contrato de trabajo– que imponga a los trabajadores la obligación de guardar secreto sobre las informaciones reservadas de la empresa, situación ésta que obliga a retomar esta norma general a la cual se ha venido haciendo alusión. Pero no quiere decir lo anterior que siempre debemos acudir a esta norma general, ya que como también se dijo anteriormente, existen en la actualidad múltiples normas colmadas de diversos preceptos que consagran esa obligación negativa de no revelar o comunicar información privilegiada o aquella que haya sido obtenida con ocasión de relaciones

²³⁶ El **Art. 288** de la Ley de Propiedad Intelectual limita la acción penal al otorgar el derecho de acción tan sólo en caso de violación de los derechos consagrados en dicho cuerpo normativo, dejando por fuera a la información que, como vimos, puede no estar protegida por esta ley. “Art. 288.- La violación de cualquiera de los derechos sobre la propiedad intelectual establecidos en esta Ley, dará lugar al ejercicio de acciones civiles y administrativas; sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, si el hecho estuviese tipificado como delito.”

²³⁷ La información puede expresarse de diversas formas, a través de documentos contables, estrategias fiscales, proyecciones económicas, documentos de auditorías internas, archivos digitales, estrategias de mercadeo, estudios de mercado, etc. Muchas veces esta información es transferida con el fin de cerrar un negocio, pero la entrega de esta información a la contraparte sólo está protegida por la confianza y el deber de lealtad que tiene la contraparte.

*comerciales, laborales o administrativas, encuadrando aquí perfectamente aquellas ocurridas con ocasión a los tratos preliminares. Ahora lo que si es preciso establecer es que todas estas normas son aplicaciones específicas del principio universal, al que aquí nos hemos dedicado, la buena fe objetiva, siendo este el modelo de conducta que se considera como referente para la comunidad, por ser sinónimo de corrección, probidad, honestidad, lealtad.*²³⁸

Para finalizar este tema debemos plantearnos el caso en que una de las partes o las dos, infrinjan el deber de secreto y confidencialidad, hasta qué punto y en qué medida serían responsables. Para responder esta pregunta me remito nuevamente al autor colombiano que estamos siguiendo para nuestro estudio

En lo que tiene que ver con el establecimiento del quantum indemnizatorio por la violación de este deber en las tratativas, es necesario entrar a estudiar la intencionalidad del causante del daño; dependiendo si opera el factor culpa o dolo serán opuestos los factores indemnizatorios, de tal forma que si la contraparte falta a su deber de secreto y confidencialidad sin intención de causar daño, esta deberá reparar exclusivamente los que pudieron ser previstos al momento de constituir la obligación; si por el contrario en su conducta media dolo (art. 1107), en el caso de dolo el quantum del resarcimiento es pleno o integral, sin posibilidad de pacto alguno o acuerdo previo para determinar su entidad. Tal sería el caso de aquel que se beneficia directamente de la información recibida, revelando unas recetas sobre la elaboración de productos especializados, o utilizándolas para su provecho, elaborando los mismos productos con base en la información obtenida.

Queda claro que la medida del resarcimiento deberá estar en proporción a la actuación del infractor, por lo que será tarea del Juez indagar y hallar la intención con la que actuó el sujeto jurídico.

El deber de secreto y confidencialidad deben acompañar no sólo en la fase de las tratativas previas, sino durante todas las fases del contrato. Este deber tiene íntima relación con la seguridad jurídica que buscan las partes para poder interactuar en el mercado. Se ha obviado en este trabajo lo referente a la información personalísima por ser un ámbito ajeno a nuestro estudio y por merecer un análisis más profundo

3.2.3. Deber de custodia y cuidado

²³⁸ Vladimir Monsalve Caballero, pág 56, “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. **REVISTA DE DERECHO** N° 30, Universidad del Norte, Barranquilla, 2008.

Este deber secundario ha sido desarrollado en gran medida por la doctrina italiana. La obligación de custodia y cuidado es aquel que tiene una de las partes en relación a los bienes o documentos que le han sido entregados para su análisis, de cara a la celebración del contrato.

(...) De tal forma que viene aquí a responder aquel que, habiendo recibido los bienes en el ejercicio de su experimentación, uso o simple tenencia, no emplea la diligencia debida y por tanto le causa daños a aquellos bienes entregados. No se trata con ello solamente de salvaguardar esos bienes de la actuación lesiva de quien los tiene, sino, y sobre todo, de consagrar una obligación de salvaguarda y custodia frente a terceros que, en caso de ser violada, le obligaría a aquel a reparar.²³⁹

Los deberes de custodia y conservación surgen por lo general cuando una de las partes que negocia ha manifestado su intención de examinar las mercancías o las cosas a contratar antes de decidirse o no a adquirirlas. Si hay una pérdida o un deterioro de estas mercancías por defecto o por culpa imputable a quien se le han entregado éstas, siendo este un comportamiento opuesto a la buena fe, existe aquí defraudación y falta a la confianza depositada.²⁴⁰

Este deber de custodia y cuidado guarda íntima relación con el principio de no dañar a otro, y es así que el que ha confiado en su contraparte en la fase de las negociaciones no debe defraudar dicha confianza y por ende, en el caso de que se le ha entregado objetos para su análisis, debe conservarlos y mantenerlos en el mismo estado en el que fueron entregados, salvo que sean fungibles por supuesto.

3.2.4. Deber de no levantar falsas expectativas

Este deber no tiene sustento doctrinario, quizá porque algunos autores consideran que es parte de otros deberes, pero en nuestro concepto debe ser tratado como un deber independiente, ya que en la teoría de la responsabilidad precontractual tiene mucho sentido hablar del deber de “no levantar falsas expectativas”. Este deber es desarrollado brevemente

²³⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C. *La culpa in contrahendo*, Bilbao: Departamento de Publicaciones Universidad del País Vasco, 1989, pág. 222.

²⁴⁰ Vladimir Monsalve Caballero, pág. 58, “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. **REVISTA DE DERECHO** N° 30, Universidad del Norte, Barranquilla, 2008.

teniendo como sustento el principio de buena fe y el concepto económico del “costo de oportunidad” o chance.

Podemos decir que este deber trae una obligación negativa, es decir que si bien las partes son libres de entrar en la etapa de las tratativas previas, este derecho tiene que ser limitado ya que podemos encontrarnos el caso en que premeditadamente una de las partes negocie sin tener nunca la intención de llegar a un acuerdo.

La vulneración de este deber puede traer consecuencias graves, ya que una de las partes, creyendo en la buena fe del otro y estando casi seguro de que habrá un acuerdo, puede descartar otras posibilidades de negociación confiando en las actuaciones que tenga su contraparte. Pongamos un ejemplo, deseo vender una casa, existen varios interesados, pero uno de ellos ha mostrando un interés particular en el inmueble, y transcurrido el tiempo dicho interés permanece y tanto es así que ha dicho expresamente que va a comprar la casa y ha solicitado al vendedor que deje de publicar anuncios y termine cualquier negociación que esté llevando a cabo con terceros. Pasado un tiempo el potencial comprador desiste. Durante el tiempo perdido, el vendedor perdió otras oportunidades de vender lo cual le trae un costo, que hablando en términos económicos, es el denominado “costo de oportunidad”.

3.2.5. Otros deberes

Hasta el momento hemos abordado los deberes que a nuestro buen creer y entender son los más importantes. Es necesario mencionar que no existe un listado hermético de deberes precontractuales, ya que cada autor aborda este tema bajo su punto de vista, por lo que este es un tema aún abierto y de continuo debate.

Pese a lo dicho, también podemos afirmar que todos los deberes precontractuales nacen de la idea de que las partes deben actuar de buena fe, antes del contrato, al momento de

exteriorizar su voluntad y durante su ejecución. Lo importante es tener muy clara la idea de “buena fe”.

Entre los deberes no abordados tenemos al deber de fidelidad, de lealtad, de reciprocidad, de solidaridad, por mencionar unos cuantos.

3.3. Delimitación del período precontractual y supuestos de aplicación de la Responsabilidad Precontractual

3.3.1. Extensión del período precontractual

Recordemos que fue el maestro alemán Ihering el primero en abordar el tema de la culpa in contrahendo, y construyó su teoría a partir de la idea de considerar que el período precontractual sólo comprendía lo posterior a la emisión de la oferta. Fue recién el italiano Gabrielle Faggella quien aportó la verdadera extensión del período previo a la formalización del contrato, para lo cual dividió la fase en dos etapas: la que comprende las tratativas realizadas por las partes con miras a emitir una oferta y otra que comienza con la emisión de la oferta y termina con el acuerdo o desacuerdo de las partes.

Si bien lo afirmado por los mencionados autores es de una trascendencia inapelable, consideramos que para los fines de nuestro trabajo es mejor hablar de una sólo etapa denominada de “tratativas previas”, y dejar de lado la importancia que se le ha dado a la “oferta”, ya que lo que busca esta tesis es abordar el tema de la responsabilidad precontractual de la manera más amplia posible, ya que de allí se puede bifurcar un sinnúmero de casos que sería imposible tratarlos por la extensión de este trabajo. *“Puede existir responsabilidad precontractual desde el momento mismo en que las partes entran en*

tratativas – desde las primeras conversaciones -, no siendo necesario para ello que exista oferta”²⁴¹

En esta parte del trabajo nos ayudaremos con los importantes aportes obtenidos de la V Jornada Bonaerense de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, llevada a cabo en Junín en 1992, donde se contó con la presencia de Roberto Brebbia. Entre las conclusiones más importantes a que se arribó consta el ámbito de aplicación de la responsabilidad precontractual, que a su tenor dice:

La responsabilidad precontractual se entiende desde el comienzo de las tratativas hasta la formación del consentimiento y comprende los supuestos de nulidad. También integra la categoría algunas hipótesis de contratos válidos pero que dependen de un “requisitos de eficacia” que no se verifica. Quedan excluidos del marco de la responsabilidad precontractual: la resolución, la rescisión y la frustración del fin.²⁴² (Lo subrayado me pertenece)

Del texto mencionado se desprende que la extensión del período precontractual, hablando temporalmente, iría desde el comienzo de las tratativas hasta la formación del consentimiento²⁴³. Respecto de este punto cabe hacer una observación, ya que la fase de tratativas preliminares puede terminar con la concreción o no del contrato. Esta aclaración me permito hacer ya que el texto citado puede traer confusiones al hablar de “formación del consentimiento”. En síntesis, la extensión del período precontractual va desde el primer contacto de los precontrayentes hasta la concreción del contrato o el apartamiento de las negociaciones.

Dicho lo anterior propongo la siguiente construcción de la etapa precontractual. Como requisito de aplicación de esta teoría entendemos aquellos supuestos o hechos fácticos que

²⁴¹ PICASSO, S., “La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, en Instituciones de Derecho Privado moderno. Edi. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2001, Pág 469”

²⁴² Esta postura fue sostenida por los autores: Bueres, Gesualdi, Boragina, Agoglia, Meza, Burgos, Mainard, Laveglia, Vásquez Ferreyra, Laplacette, Mosset Iturraspe, Goldenberg, Zago y Lorenzetti. Durante las Jornadas Bonaerenses, otro grupo de autores sostuvo una postura contraria, donde afirmaban que la responsabilidad precontractual comprende dos etapas: la primera abarca desde el inicio de las tratativas preliminares hasta la emisión de la oferta; la segunda, desde la oferta formulada hasta la definitiva frustración del contrato o perfeccionamiento del acuerdo – contratos nulos o anulables. Esta postura fue sostenida en Brebbia Andorno, Casiello.

²⁴³ El consentimiento se formará dependiendo del tipo de contrato que se pretenda celebrar, ya sea real, solemne o consensual.

deben verificarse necesariamente para que se pueda hablar de responsabilidad precontractual. Estos supuestos los hemos clasificado en dos grandes grupos: 1) Responsabilidad Precontractual en el supuesto de que no se llegue a celebrar el contrato, y; 2) Responsabilidad Precontractual en caso de que exista acuerdo de voluntades. Dentro de estos grandes supuestos existen otros casos que se pueden dar dependiendo de las circunstancias, tal como lo veremos más adelante. Nótese que se deja de lado la emisión de una oferta dándose mayor importancia a la exteriorización de la voluntad, que será en última instancia, el determinante para el objeto de nuestra clasificación.

El punto común o el factor vinculante de los dos supuestos de aplicación antes mencionados, está en que en todos los casos se ha producido una violación de los deberes y/o principios que están presentes y rigen las negociaciones. Esta violación o inobservancia se da durante la etapa de formación del consentimiento, donde las partes analizan, conversan, intercambian información, etc.

Como he manifestado previamente, no todos los contratos se verifican con un acuerdo inmediato de las voluntades, como cuando acudo a un expendio de frutas y solicito un kilo de manzanas, sino que existen contratos de mayor complejidad en donde la fase de formación de la voluntad está compuesto por varias actos previos como reuniones, elaboración de borradores y acuerdos parciales que van dando forma a lo que será un acuerdo contractual.

Previo a tratar los diversos supuestos que originan responsabilidad precontractual, creemos necesario definir qué se entiende por tratativas. Es de trascendental importancia saber cómo nació o cómo se integró el contrato, cuáles fueron los temas discutidos, los derechos y deberes nacidos de esta fase para las partes, *es básico atender al proceso de gestación del acuerdo, al iter negocial.*²⁴⁴

Esta primera etapa, cuyos inicios estamos tratando de precisar-medie una oferta pública o privada, o una mera recomendación, o sólo la mención en una guía o listado, etcétera-, es la denominada “de las conversaciones”, por cuanto en ella los que se han acercado o relacionado – los tratantes – buscar conocerse, saber de la necesidad de uno u de la

²⁴⁴ MOSSET, J. “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, ed. 1ra, Santa Fe, 2006, pág 103

*aptitud para satisfacer la del otro. Puede incluso ser un mero “gesto” o señal – sin mediar palabras – o la sola exhibición de un producto que puede adquirirse por medios mecánicos.*²⁴⁵

Como se aprecia del texto citado, la etapa de las tratativas abarca un sinnúmero de actuaciones tanto materiales como intelectuales. Es importante señalar que en la nación argentina²⁴⁶ parte de la fase anterior a la formación del contrato, lo constituyen las denominadas minutas, los precontratos y las promesas de contratos. Esta situación difiere con la realidad jurídica del Ecuador ya que, *verbi gracia*, una promesa celebrada con todos los requisitos de fondo y de forma, se la tiene como un verdadero contrato. Tampoco se ha discutido sobre la naturaleza de un precontrato o de las minutas, por lo que en esta tesina dejaremos de lado dichos conceptos.

En la obra de Jorge Mosset consta una definición de tratativas²⁴⁷ que la adoptaremos para nuestro trabajo por encontrarla sencilla, completa y aplicable a nuestro ordenamiento jurídico: *“aquellas exteriorizaciones de las partes, tendientes a elaborar un proyecto de contrato, pero no idóneas para concluirlo, pero que sin embargo tienen por finalidad la celebración del mismo”*²⁴⁸

Otros autores también se han ocupado de definir a las trataivas, Díez Picaso *“los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato, y pueden ser verbales - conversaciones o negociaciones- o manifestaciones escritas - proyectos, minutas, borradores, presupuestos”*²⁴⁹

El autor Cuadrado Pérez dice: *“Los tratos preliminares comienzan cuando las partes entran en contacto, y finalizan con la conclusión del mismo o con la ruptura de los propios tratos.”*²⁵⁰

²⁴⁵ Ibidem, pág 106

²⁴⁶ Nos referimos a esta nación ya que esta parte del trabajo halla sustento doctrinario en varios autores de nacionalidad argentina.

²⁴⁷ *Trattative*, para los italianos; *pourparlers préliminaires o accords préparatoires* para los franceses; *Vorverhandlungen*, para los alemanes; y *pre-contractual dealings*, para los anglosajones;

²⁴⁸ MOSSET, J. “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, ed. 1ra, Santa Fe, 2006, pág 124 (CCCom. De Rosario, sala II, L. L. Litoral 1998-1-46)

²⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 270

²⁵⁰ CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio España, Bolonia, 2003, p. 33

3.3.2. Supuestos de aplicación de la Responsabilidad Precontractual

La división en dos grandes grupos de supuestos que originan responsabilidad precontractual, corresponde a una construcción propia la cual hemos creído se ajusta más a nuestro sistema jurídico, por lo que, en cuanto a la forma, diferirá de las construcciones de varios autores, pero en esencia se compone de la misma materia prima, aunque matizada con elementos propios.

3.3.2.1. *Supuesto en que no llegó a perfeccionarse el contrato*

Bajo este supuesto abordaremos dos subtemas, el primero es el caso en el que se inician las tratativas con la intención de llegar a un acuerdo, y el segundo, es el caso en que se inician las tratativas sin haber tenido nunca la intención de llegar a un acuerdo final. Respecto del primer subtema lo hemos dividido en dos posibles supuestos, uno es el apartamiento intempestivo y sin causa justa y el segundo es el caso en que se dilatan las conversaciones a sabiendas de que ya no es posible un acuerdo final, pero que inicialmente si hubo intención de llegar a un acuerdo.

3.3.2.1.1. *Caso en el que se inician las tratativas con la intención de llegar a un acuerdo final*

Los supuestos a tratarse nacen de la idea de que las partes entraron en negociaciones con el objetivo de llegar a un acuerdo, pero que, en el transcurso de la etapa de las tratativas previas, se dieron eventos que provocaron que no se concluya el acuerdo querido.

Entonces, partimos de la premisa que las partes entran en contacto con una clara intención de llegar a un acuerdo que permita satisfacer sus intereses y necesidades y que por ende actúan, al menos al inicio, de buena fe. Para determinar si los precontrayentes dieron inicio a las negociaciones con buena fe, los jueces deberán estar a la intencionalidad, los motivos y la causa que originó los acercamientos. Este aspecto adquiere relevancia sobretodo en el momento en que se determine el resarcimiento.

3.3.2.1.1.1. *Apartamiento intempestivo y sin causa justa*

Quizá sea este el supuesto originador de responsabilidad precontractual más estudiado por los autores y que también ha ocasionado un mayor debate. Tenemos dos posturas encontradas, por un lado los que pugnan por la imposición de la libertad, del dejar hacer y dejar pasar y por otro los que abanderan la causa de la “seguridad”, de la protección a la parte débil y de la primacía de la buena fe.

La primera postura es sostenida sobretodo en los países anglosajones y por autores neoliberales y neoindividualistas que consideran que las normas jurídicas son una interferencia cultural y que el mercado debe ser regulado a través de hilos invisibles y de normas espontáneas, por lo que rechazan la teoría de la responsabilidad precontractual al considerar que sólo cuando se cierre el acuerdo se puede hablar de obligaciones como tal. *“El apartamiento de uno de los tratantes es un “riesgo” que quien entra en conversaciones debe asumir sin protestar ni pretender sanciones.”*²⁵¹

Si bien resulta muy interesante la postura anglosajona, considero que no debemos caer ni un extremo ni en el otro, es decir, ni se debe sostener dogmáticamente que durante la fase de las tratativas no existe ningún tipo de responsabilidad, pero tampoco se podría sostener que por el simple hecho de entrar en negociaciones se generarían vínculos obligaciones que

²⁵¹ MOSSET, J. “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, ed. 1ra, Santa Fe, 2006, pág 281

conducirían a la concreción de un acuerdo. Es menester recordar que las partes no están obligadas a llevar las negociaciones hasta su fin y concretar el acuerdo, ya que de ser así nadie se arriesgaría siquiera a tener conversaciones. Entonces, como consecuencia de lo antes dicho, las negociaciones no generan un vínculo obligacional y por ende no se podría compeler a los precontrayentes a continuar negociando cuando su intención es apartarse de las tratativas que iniciaron. Dicho esto podemos afirmar que sería inconcebible una acción por la cual se pretenda obligar, judicialmente, a una de las partes a continuar negociando.

Por todo lo dicho hasta aquí “*entendemos que se debe partir del principio de que el retiro de las tratativas, en un marco adecuado, de buena fe y sin generar daño, en principio no genera responsabilidad*”²⁵²; visto desde la óptica contraria, “*la ruptura abusiva, intempestiva, incorrecta, de las tratativas deriva en responsabilidad*”.²⁵³

Esta posición es compartida por Gonzalo Sozzo:

La regla general es que estando las partes intercambiando opiniones y haciendo averiguaciones recíprocas respecto del futuro contrato a celebrar, cualquiera de ellas puede retirarse de las tratativas en caso de no ponerse de acuerdo sobre algún aspecto o si alguna de las mismas ya ha advertido que lo que el otro tratante puede proporcionarle no se adapta a sus necesidades. Incluso puede ocurrir que haya un acuerdo de ambas partes para finalizar las tratativas, en cuyo caso tampoco surgirá el deber de indemnizar. La responsabilidad precontractual surgirá cuando el apartamiento de las tratativas sea unilateral, arbitrario o intempestivo.

En principio, quien se aparta de las tratativas previas lo hace en legítimo ejercicio de un derecho, el derecho de libre contratación. El problema nace cuando este derecho es ejercido abusivamente, excediendo los límites tolerables por la buena fe y causando un perjuicio a la contraparte.

Por esto, quien abandona abruptamente las negociaciones lo hace legítimamente y, sin embargo, viola el principio de confianza razonable, y de ello deriva su responsabilidad. Responsabilidad que, basada en el quebrantamiento de la buena fe, no puede constreñir a concluir el pacto que se estaba preparando, ni tampoco a indemnizar el lucro que su

²⁵² MOSSET, J. “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, ed. 1ra, Santa Fe, 2006, pág 125

²⁵³ Ibidem

*cumplimiento habría reportado, es decir, el lucro derivado de la realización de la prestación.*²⁵⁴

Para hablar de un apartamiento arbitrario, intempestivo, sin causa justa, etc., la doctrina y la jurisprudencia de varios países han visto necesario que medie “una razonable confianza en la conclusión del contrato”²⁵⁵. En palabras de Gonzalo Sozzo, esto supondría, generalmente, que:

(...) debió haber mediado un período de tiempo mínimo de trato interpartes, suficiente como para generar confianza, lo que nos lleva a la conclusión de que no existe una coincidencia plena ente “período de las tratativas previas” y “responsabilidad precontractual” como regla, ya que se trata éste, del caso de responsabilidad precontractual más próximo al inicio de las mismas, y visto que comienza cuando ha mediado un “estado avanzado de las negociaciones”, caracterizado por la permanencia y número de contactos ²⁵⁶, mientras que aquél —período de las tratativas— principia con el primer contacto entre ellas, o al menos con el primer contacto susceptible de ser probado ²⁵⁷ o, lo que significa una observación más aguda aún, “antes mismo de que los precontractantes se pongan en contacto para negociar” ²⁵⁸, donde explica más extensamente que ello es factible pues “... mediante un acto unilateral de alguno de ellos que sirva de invitación general o particular para entrar a considerar la posibilidad de la concertación de un acto o negocio jurídico.”²⁵⁹

No estamos del todo de acuerdo con el análisis que hace el autor argentino, ya que por un lado, para generar confianza no es siempre necesario tener largas negociaciones ya que ésta puede nacer desde el primer contacto; en todo caso siempre será un aspecto muy subjetivo y de difícil apreciación. La necesidad de que se genere confianza para hablar de un apartamiento arbitrario, según lo que acabamos de decir, no puede ser un parámetro para pretender dividir la etapa de las tratativas previas, pero si es fundamental al momento de determinar lo abrupto e intempestivo del apartamiento de las negociaciones.

²⁵⁴ MARIA MEDINA ALCOZ, Revista de Derecho Privado, Num. 5-6 /2005, Mayo Junio 2005. “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual” Universidad Rey Juan Carlos

²⁵⁵ PAZ GARCÍA RUBIO, María, *La responsabilidad...* cit., p. 106. Según la opinión mayoritaria en la jurisprudencia italiana, el objeto sobre el cual debe recaer la confianza es “...nella correttezza e nella serietà delle trattative”. (en la corrección y en la seriedad de las tratativas)

²⁵⁶ PAZ GARCÍA Rubio, citando una sentencia de los tribunales italianos (PAZ GARCÍA RUBIO, María, *La responsabilidad...*, cit., p. 107).

²⁵⁷ MARTÍNES LEDESMA, Horacio, “Precontractualidad en el derecho de la informática”, LL 988-A-885.

²⁵⁸ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 97.

²⁵⁹ SOZZO, G., “Antes del ...”, pág 109

En este punto cabe hacerse la primera pregunta, ¿qué elementos deben coincidir para que se configure el supuesto de retiro arbitrario y sin causa de las tratativas?

En Alemania, la búsqueda jurisprudencial del elemento antijuridicidad ha arrojado el hallazgo de dos notas tipificantes: a) *“la creación de confianza en la segura realización del contrato”* y b) *“el conocimiento o deber de conocer de su imposibilidad o bien el interrumpir las negociaciones sin motivo fundado”*²⁶⁰.

Como se ha dicho en reiteradas ocasiones, Italia cuenta con una normativa que permite un mejor estudio y más en el tema que nos ocupa en este momento; los Arts. 1942 y el 1337 del Codice Civile han provocado un desarrollo del supuesto de responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las negociaciones. *“Es que en aquel ordenamiento jurídico, y dados los términos legales genéricos con que fue concebida aquella norma, doctrina y jurisprudencia ha debido dedicarse con profundo ahínco a precisar los requisitos configurativos de la ruptura intempestiva o arbitraria de las negociaciones.”*²⁶¹ Se señalan los siguientes:

- a) *Confianza*²⁶² *razonable de una de las partes intervinientes en las tratativas previas, acerca de que el contrato habría llegado a perfeccionarse;*
- b) *Ruptura injustificada de las conversaciones previas por la otra parte;*
- c) *y finalmente que, como consecuencia de dicha ruptura, la parte que confiaba y por qué lo hacía, haya sufrido efectivamente un daño.*²⁶³

Creemos conveniente añadir otro elemento, d) la ruptura debe ser unilateral. Pese a que está implícito en la letra b), es importante señalar que las tratativas deben romperse de manera unilateral ya que si las dos partes terminan de común acuerdo las negociaciones pues no cabría hablar de responsabilidad.

Respecto del primero de los elementos ya nos hemos ocupado brevemente en líneas anteriores y no es necesario profundizar ya que es un concepto de entendimiento general

²⁶⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa...*, cit., p. 157.

²⁶¹ SOZZO, G., “Antes del ...”, pág 116

²⁶² *Ver anteproyecto del código Europeo de Contratos*, al tratar la responsabilidad precontractual, en su Art. 6 dispone: “(...)3. Si en el curso de los tratos preliminares han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado.”

²⁶³ *Ibidem*, pág 117

que no trae complicaciones. Respecto del tercer elemento mencionado por el autor, basta decir que para que exista responsabilidad precontractual, la conducta antijurídica debe ser suficiente para provocar un daño, ya que donde no se ha generado un daño no habrá derecho a resarcimiento.

La doctrina ha centrado sus esfuerzos en ocuparse del segundo elemento, pero de la lectura de diversos estudios, se desprende que para la mayoría de autores, el primero y el segundo elementos estarían íntimamente ligados. Manzanares Secades, al referirse al tema expresa:

“(...) la jurisprudencia no es excesivamente 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 una razonable confianza en la construcción del contrato, está obligado a resarcir (...)”²⁶⁴;

Por su parte, Eduardo Barbier, señala que *“hay ruptura intempestiva cuando es practicada ‘sin causa suficiente’, o cuando, ‘...aun habiendo un motivo bastante, se ejerce intempestivamente aquella facultad’²⁶⁵*. Criticamos lo dicho por Barbier ya que en nuestro entender pueden existir motivos justificados, por más que sean intempestivos, para apartarse de las negociaciones, por ejemplo, el Gerente de una empresa de desarrollo de software desea contratar personal para trabajar en su empresa, pero en el decurso del *iter negocial* sufre un robo de todo el equipo de su compañía, lo cual imposibilita contratar nuevo personal.

En la línea de Manzanares Secades está el autor italiano Bessone que dice: *“(...) los criterios de decisión así expuestos tienen los inconvenientes de cualquier indagación sobre la psicología del operador dejando un margen al arbitrio del juez y no es raro manacciano di perjudicar la seguridad del tráfico”*.²⁶⁶

Gonzalo Sozzo, comentando a este autor italiano dice que:

... si bien parece compartir los intentos de “Objetivación” del concepto de ruptura injusta, entiende el autor que lo realmente importante es precisar cuándo existe o no confianza, ya que de este segundo elemento depende el primero y porque debe prevalecer ese interés sobre el de que quien se aparta, lo que en definitiva importa —para el autor— también un

²⁶⁴ MANZANARES SECADES, Alberto, “La responsabilidad...”, cit., p.692.

²⁶⁵ BARBIER, Eduardo A. “Tratativas...”, cit., p. 1085

²⁶⁶ BESSONE, Mario, “Rapporto...”, cit., p. 1004.

*intento de objetivación pero no ya de la ruptura injusta, sino a través de la objetivación de la confianza.*²⁶⁷

En opinión de Asúa González, “lo fundamental para determinar la existencia del elemento confianza vendría dado por la presencia de una afirmación implícita o explícita de que el contrato se celebraría, extremo éste que se reducirá a una cuestión de prueba como de interpretación de las actitudes adoptadas”.²⁶⁸ Estamos de acuerdo con lo manifestado por la autora citada, ya que para incurrir en responsabilidad precontractual será necesario que se haya/n dado acto/s conducentes a levantar una verdadera expectativa de que el contrato se firmaría. En síntesis, la situación de las tratativas debe ser tal que para el precontrayente perjudicado haya sido inminente la firma del acuerdo.

Para completar este estudio será prioritario identificar qué hechos no generan responsabilidad. En primer lugar, por todo lo dicho hasta aquí, vemos que la “confianza” se torna en un requisito sine qua non, es decir, cuando el precontrayente no ha levantado expectativas, puede apartarse sin que ese hecho genere responsabilidad. Concomitante con el primer supuesto, establecemos que cualquiera de los precontrayentes puede apartarse de las negociaciones con un justo motivo²⁶⁹ o como los llama la autora Clara Asúa, un “motivo de conveniencia”. Estos motivos de conveniencia pueden ser infinitos, tal es el caso de que a punto de adquirir una casa luego de una larga negociación, enferme un hijo mío y deba atender gastos hospitalarios que me impiden concretar el contrato; o también está el caso de recibir una mejor oferta.²⁷⁰

Asúa González, sobre este aspecto manifiesta:

²⁶⁷ SOZZO, G., “Antes del ...”, pág 118

²⁶⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., La culpa..., cit., p. 281.

²⁶⁹ SOZZO G., “Antes del ...”, pág 118 dice: “De todas maneras, la postulada desatención a los motivos del apartamiento no debe ser completa, pues si quien se aparta prueba la existencia de un justo motivo para su conducta —v.gr., la mejor oferta de un tercero—, esa causa valedera actuará en el caso concreto como una exigente de responsabilidad.” (el subrayado me pertenece)

²⁷⁰ Ver MANZANARES SECADES, Alberto, “La responsabilidad...”, cit., ps. 699, nota 27 bis, y 707. Esta autor indica: “algunos de los trabajos más importantes sobre el tema de la doctrina española e italiana (v.gr., Calusi, Bessonne, Manzanares Secades, Paz García Rubio) encierran, dentro de la hipótesis de ruptura de las negociaciones, también el caso de la revocación de la oferta tanto en la cual la ruptura, dadas ciertas circunstancias (v.gr., una mejor oferta de un tercero), se encontraría justificada.”

*Aun respecto a tales motivos podrían establecerse diferencias, pues es distinto el caso de que surjan otras posibilidades de contratar en mejores condiciones de aquel en el que sólo se aduce un cambio de opinión sobre la conveniencia de la contratación.*²⁷¹

Evidentemente, el último supuesto de cambio de opinión sería, en palabras de Sozzo, un motivo aparente que no daría derecho al apartamiento arbitrario.

Concluyendo, *“la ruptura será intempestiva y generará responsabilidad por esa causa cuando la misma se produzca habiendo mediado confianza en la contraria; y, por contrario, será justa si no mediara aún dicha confianza o si estando la misma presente, quien se apartó acredita algún motivo justo para su conducta.”*²⁷²

Sobre el factor de atribución existen básicamente dos líneas doctrinales que consideramos son las que mejor explican el fundamento de resarcir los perjuicios causados, esto son: la culpa aquiliana y el abuso en el ejercicio del derecho de contratar.

Defendiendo la primera postura tenemos a Roberto Brebbia que explica claramente que el *“acto unilateral que pone fin a las conversaciones anteriores a la oferta debe ser “intempestivo” y “culposo”*²⁷³ (el subrayado me pertenece); a lo que agrega al momento de las conclusiones con relación al punto que es requisito asimismo que también haya surgido un “daño” como consecuencia de ello²⁷⁴.

El fundamento de la obligación de indemnizar durante las tratativas reside, pues, en la culpa, entendido tal concepto en su sentido más amplio, o sea, comprensivo del dolo y de la culpa propiamente dicha. Esta culpa propiamente dicha, que constituye el supuesto más frecuente de responsabilidad, es de la misma naturaleza que la que se manifiesta en los actos ilícitos o contrario a las normas contractuales, (...).

Esta culpa precontractual no es, sin embargo, como lo afirmaba Ihering, (...). La obligación de garantía que, según el jurista alemán, se debe recíprocamente las partes a partir de la oferta, aparte de que constituye una ficción, resulta impotente, a nuestro criterio, para demostrar la naturaleza convencional de la culpa, toda vez que puede existir

²⁷¹ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., La culpa..., cit., p. 281-282.

²⁷² SOZZO G., “Antes del ...”, pág 119

²⁷³ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 99

²⁷⁴ BREBBIA, Roberto, voz “Culpa in contrahendo”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, pág 288.

*una obligación de diligencia derivada de cualquier circunstancia especial no resultante de un contrato.*²⁷⁵

El autor argentino en su tan memorable obra, resume su posición diciendo que se incurre en responsabilidad precontractual cuando: “(...) c) *Cuando se ha puesto fin intempestivamente, sin causa justificada, a las tratativas y el daño ha derivado de esa interrupción subitánea*”²⁷⁶

Nótese la importancia que da el autor al hecho de que el apartamiento se lo haya hecho sin que medie causa justificada, ya que explica que

*... tal circunstancia es la que calificará la culpa del agente, ya que, según se ha visto, la simple ruptura intempestiva de los preliminares no engendra responsabilidad. La prueba de que el cese subitáneo de las negociaciones fue justificado estará a cargo de la parte que lo invoque como defensa en el juicio (...) y deberá consistir en la demostración de que con posterioridad a la iniciación de los “pourparlers” ocurrió un hecho imprevisto que torna inconveniente o innecesario el negocio sobre el cual versaban los preliminares de contrato*²⁷⁷ (Lo subrayado me pertenece)

Nos inclinamos por la postura sostenida por Brebbia, con dos consideraciones: la primera radica en el hecho de que si bien la actuación del retractante debe ser culposa, esta actuación culposa debe ir de la mano con el hecho de haber generado confianza en que el acuerdo era inminente. La segunda consideración que hacemos es respecto al direccionamiento de la prueba que deberá actuar el que se apartó intempestivamente, ya que no creemos que se debe probar que el negocio se tornó “inconveniente o innecesario”, sino imposible, ya que al hablar de inconveniente o innecesario podría darse “motivo aparente”, como lo denomina Gonzalo Sozzo.

Sosteniendo la segunda postura recogemos lo manifestado por Paz García Rubio, que dice: “(...) *estos dos elementos, la confianza y la injusta causa de ruptura, se cumplen adecuadamente en la figura del abuso de derecho*”²⁷⁸. En el capítulo II se explicó ampliamente sobre este factor de atribución, por lo que tan sólo cabe rescatar que el ejercicio abusivo de un derecho es

²⁷⁵ BREBBIA, R. “Responsabilidad Precontractual”, pág 49

²⁷⁶ Ibidem, pág 52

²⁷⁷ Ibidem, pág 52

²⁷⁸ PAZ GARCÍA RUBIO, María, *La responsabilidad...*, cit., p. 131.

una forma de actuar desapegado a los lineamientos de la buena fe y me atrevo a decir que siempre será culposo.

El Art. 5 del Proyecto de Decreto-Ley de Cuba de diciembre de 2003, establece:

(...) Cualquiera de las partes, es libre de romper unilateralmente los tratos preliminares y no incurre en responsabilidad. No obstante la parte que ha negociado o ha interrumpido la negociación o tratos preliminares con mala fe, es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte por la frustración del contrato no concertado, e incluso de la pérdida de la mejor oferta de contrato que durante esta etapa previa haya podido esta última aceptar.

El Código Civil Griego de 1940 lo establece en su Art. 197, el Código Civil portugués lo regula en su Art. 227, el Código Civil alemán de 1896, tras la reforma introducida por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001, lo establece en el Art. 311.2.

Concluimos con el siguiente postulado: La parte que hubiera roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe es responsable por el daño causado. Ahora, qué se entiende por haberse roto las negociaciones de forma contraria a la buena fe²⁷⁹? Pues bien esta será tarea del juez, ya que deberá empezar determinando en qué punto de las negociaciones se dio el apartamiento; dependiendo de esto deberá examinar la confianza creada en uno de los precontrayente de que la concreción del acuerdo era inminente; posteriormente deberá juzgar si la causa del apartamiento fue con o sin causa justificada y de llegar a la conclusión de que fue sin causa justificada o culposa deberá establecer si existió un daño y el monto indemnizable.

3.3.2.1.1.2. Dilatación de las conversaciones a sabiendas de que no se llegará a un acuerdo final, bajo el supuesto que

²⁷⁹ OVIEDO, JORGE. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 115: 83-116, enero-junio de 2008 El autor colombiano señala que uno de los deberes de los precontrayentes es no abandonar las negociaciones sin justa causa y dice: “Este deber obliga a las partes a que aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación”

las negociaciones se iniciaron con la intención de llegar a un acuerdo.

Otro de los supuestos que genera responsabilidad precontractual se da cuando una de las partes, habiendo iniciado las tratativas con la intención de llegar a un acuerdo, dilata innecesariamente las negociaciones a sabiendas que será imposible concretar el acuerdo.

Como se ha dicho anteriormente, la doctrina se encuentra dividida sobre si es conveniente y razonable que las “meras tratativas” originen una responsabilidad precontractual; si es justo y equitativo que quienes se encuentran intercambiando criterios, puntos de vista o necesidades, deban responder por comportamientos “ligeros”, “abandonos incausados”, “descuidos en el trato” o “interrupción abrupta” de tales conversaciones.

El autor argentino Jorge Mosset, al tratar el tema de las tratativas o conversaciones, dice:

a) es jurídicamente conveniente que las relaciones interpersonales, intercambios, cualesquiera sean, estén iluminados por la buena fe, probidad, lealtad, y b) sin dejar de admitir que el criterio judicial deberá ser más severo según los “avances de las tratativas”; más atenuado o contemplativo cuanto se trata de las primeras conversaciones, etapa de la ideación, y más severo a medida que se avanza con la concreción de las pretensiones. Conductas no reprochables en la primera etapa²⁸⁰ podrán ser reprochables y merecer una sanción resarcitoria en etapas posteriores.²⁸¹ (Lo subrayado me pertenece)

De lo transcrito se desprende la importancia que tiene para los precontrayentes, en caso de que se tenga certeza de que no se llegará a un acuerdo, el terminar las conversaciones o tratativas lo antes posible, ya que mientras más se avance en las negociaciones el daño

²⁸⁰ Este autor habla de una primera etapa que se refiere a la anterior a la emisión de un oferta, pero como quedo sentado, en nuestro trabajo hemos creído conveniente hablar de una sola etapa de tratativas, independiente de si existe o no oferta. Pese a esta aclaración, hemos tomado lo dicho por este autor ya que es de trascendental importancia la consideración que hace al argentina, ya que adoptamos el criterio de que mientras más se avance las tratativas más reprochable será la conducta de los tratantes, y por ende mayor el resarcimiento.

²⁸¹ MOSSET, J. “Responsabilidad Precontractual”, Edit. Rubinzal-Culzoni, ed. 1ra, Santa Fe, 2006, pág 107

puede ser mayor. El mismo autor argentino, ejemplificando de una manera excelente, explica esta situación con el siguiente ejemplo:

En la tarea docente comparamos la situación de los tratantes de un contrato con la de los miembros de una pareja de enamorados o novios, la ruptura del noviazgo adquiere relevancia cuando el mismo ha llegado a un cierto grado de avance o maduración, por lo común a partir del “compromiso matrimonial”; antes de producirse el compromiso pueden encontrarse múltiples explicaciones, que vuelven razonable la ruptura.²⁸²

Para determinar si el precontrayente que ha roto las negociaciones ha violado o no la buena fe en sentido objetivo²⁸³ procede efectuar un juicio comparativo entre su *conducta precedente*, mantenida durante las negociaciones, y su *conducta sucesiva*, constitutiva de la ruptura. Si se observa que no ha cumplido el “estándar de coherencia” exigible, porque despertó una confianza en el otro precontrayente que ha sido posteriormente defraudada, habrá que concluir que el deber de actuar de buena fe ha sido infringido.

Es menester recordar los principios que gobiernan la fase del *iter negocial*, principio de no dañar a otro, principio de autonomía de la voluntad y el principio de buena fe; además es necesario tener presente los deberes dimanantes del principio de buena fe: deber de información, deber de custodia y cuidado, deber de no levantar falsas expectativas y deber de secreto y confidencialidad. Cuando una de las partes dilata las conversaciones innecesariamente, rompe el principio de buena fe (levantar falsas expectativas) y atenta contra el principio de no dañar a otro (evitar un daño).

El supuesto estudiado hasta aquí ha sido considerado recientemente por la doctrina y la legislación extranjera, tal es el caso del Art. 2:301 de *Principles of European Contract Law*, elaborados por el Grupo de Trabajo presidido por el Profesor danés OLE LANDO, que en su parte pertinente dice:

²⁸² *Ibidem*, pág107

²⁸³ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa...*, cit., pp. 205, 206 y 293. La autora dice que se debe hablar de buena fe en sentido objetivo ya que para fijar si se ha vulnerado el principio general de la buena fe, la referencia son las *conductas* de los sujetos y no sus *creencias*. La buena fe en sentido objetivo es ajena al sujeto y le impone un elenco de pautas de comportamiento (códigos de conducta), a diferencia de la buena fe en sentido subjetivo, que describe un estado psicológico del sujeto, que está en la creencia de que actúa en base a su propio derecho o que ignora que está lesionando un derecho ajeno.

Negociaciones contrarias a buena fe.

1. Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo. (...)

3. Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra. (Lo subrayado me pertenece)

De la misma manera, este supuesto está regulado en El anteproyecto del código Europeo de Contratos, es especial en los artículos 6 al 10, pero tomaremos tan sólo el Art. 6:

Deber de corrección. 1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe.

2. Obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato. (Lo subrayado me pertenece)

Varios autores ya estudiados consideran que este supuesto de responsabilidad precontractual tiene como factor de atribución al “abuso²⁸⁴ en el ejercicio del derecho de contratar”. Estos autores afirman que la actuación abusiva (léase proseguir tratativas sin intención de llegar a un acuerdo) tiene sustento en el hecho de que la legislación de varios países dan un carácter absoluto a la libertad de contratación y por ende, como sucede en nuestro país, las partes no se sienten obligadas durante las negociaciones, lo cual provoca en varios casos que se abuse de este derecho.

Bianca²⁸⁵ señala claramente que puede advertirse un comportamiento doloso, cuando una de las partes prosigue las tratativas con la intención de no concluir el contrato. Según el mismo autor, habría culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en las tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber la suficiente determinación en la perfección del contrato.

Dentro de este supuesto también estaría incluido el hecho de que, habiendo llegado ya a un acuerdo verbal, al momento de firmar el documento necesario para la existencia de un

²⁸⁴ PAZ GARCÍA RUBIO, María, *La responsabilidad...*, cit., p. 131.” la confianza y la injusta causa de ruptura— se cumplen adecuadamente en la figura del abuso de derecho”

²⁸⁵ Bianca, C. Massimo, *Diritto Civile. 3, Il contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2000, pag. 168.

contrato, una de las partes desista o se aparte abruptamente²⁸⁶. Este caso acontecería con aquellos actos y contratos que para su existencia y validez requiere de una solemnidad, tal es el caso de la tradición de un derecho de servidumbre²⁸⁷, la enajenación de un bien inmueble²⁸⁸, la constitución de una hipoteca²⁸⁹. Recordemos que el Art. 1459 del Código Civil ecuatoriano establece tres tipos de contrato, real, solemne y consensual. El contrato solemne es aquel que está sujeto a la observancia de formalidades que de no verificarse no surtiría efecto el acto o contrato, es consensual cuando se perfecciona con el sólo consentimiento. Respecto de los contratos consensuales habrá apartamiento intempestivo antes de exteriorizar la voluntad de contratar por parte de los precontrayentes; en cambio, en los contratos solemnes, puede existir apartamiento hasta antes de formalizar el documento que contiene el acuerdo, pese a que previamente las partes se hayan puesto de acuerdo. Veamos un ejemplo, Pedro ha acordado con Valentina la venta de una casa, prometiéndole el primero firmar la escritura pública en determinada fecha, llegado el día Pedro comunica a Valentina que ha desistido de la venta.

Concluyendo, para que la conducta de uno de los precontrayentes se subsuma en este supuesto será necesario que concurren los siguientes elementos:

- a. Que se hayan iniciado las tratativas con la intención de llegar a un acuerdo;
- b. Que se haya levantada una expectativa²⁹⁰ o confianza²⁹¹ en la otra parte de que se llegará a un acuerdo;
- c. Que durante las tratativas, una de las partes, intencionalmente, prosiga las negociaciones a sabiendas que será imposible concretar un acuerdo;

²⁸⁶ Recordemos que la etapa de tratativas inicia desde el primer contacto hasta la formalización del consentimiento. El consentimiento se formalizará dependiendo del tipo de contrato al que se desee llegar.

²⁸⁷ Art. 713 Código Civil ecuatoriano

²⁸⁸ Art. 1740 Código Civil ecuatoriano en su inc. 2do.

²⁸⁹ Art. 2311 Código Civil ecuatoriano en su inc. 2do.

²⁹⁰ Es importante el saber a qué atenerse lo cual requiere de cierta organización exhibe el elemento de orden, que la doctrina alemana denomina “seguridad de orientación”. Todo ello, que permite una mayor previsibilidad de los acontecimientos, es seguridad y satisface importantes derechos de los particulares, pues cada una de las partes debe poder saber cómo se comportará el otro en el transcurso de una determinada relación para, a su vez, orientar sus actos en miras a alcanzar el fin que los liga”

²⁹¹ Calamanderi, en su trabajo *La certezza del Diritto e la responsabilità della doctrina*, en *Rivista del Diritto Commerciali*, 1942, señala el importante papel que respecto de la certidumbre del derecho le corresponde al juez, al abogado y al científico del Derecho, el jurista.

- d. Que la parte afectada no haya tenido conocimiento de la imposibilidad de lograr el acuerdo;
- e. Que la conducta antijurídica haya causado un daño.

Nótese que la intencionalidad en la actuación del precontrayente es fundamental para poder imputarle una actuación contraria a la buena fe, lo cual lleva a concluir que será necesaria la concurrencia de la culpa. Entonces, la conducta debe ser antijurídica, reprochable e imputable a una de las partes y además debe existir un daño. Si no se ha causado un daño pues así se hayan dilatado las negociaciones no habrá “responsabilidad”.

Al contrario del primer supuesto analizado, considero personalmente que no se podría alegar una causa legal justificada para evitar resarcir el daño causado a la contraparte, ya que cuando aparece esta causa o cuando sencillamente no se desea contratar, el único camino es salir de las tratativas inmediatamente.

3.3.2.1.2. Caso en el que se inician las tratativas sin la intención de llegar a un acuerdo final

Con lo dicho hasta este momento creemos que no es necesario ahondar en este supuesto ya que es tiene casi todos los elementos configurativos de los dos supuestos anteriores, por lo que proponemos partir este breve análisis con dos ejemplos.

Primer ejemplo.- En Quito, en el sector de la República del Salvador, existen dos restaurantes que brindan el mismo servicio (almuerzos) y su target de clientes es similar. Uno de los propietarios “A”, desea vender su restaurant debido a problemas económicos familiares; éste hace conocer su intención a un sin número de individuos y se reúne con varios de ellos. Entre los interesados esta el propietario del restaurant ubicado en el mismo sector, “B”, quien también inicia negociaciones para adquirir el negocio, pero con la única intención de frustrar cualquier venta de “A”, ya que su deseo es que quiebre el restaurant y por ende quedarse con la clientela, quienes a falta de una opción alternativa deberán acudir

a su local. Hay que añadir que “B” tampoco tiene dinero para adquirir el restaurant de “A” y pese a esto inicia las negociaciones. Luego de varias reuniones mantenidas por “A” con los interesados, llega a la conclusión de que la oferta de “B” es más lucrativa y por ende decide vender a éste su negocio y desecha las otras alternativas anterior y las surgidas posteriormente, ya que ha empeñado su palabra. El momento de firmar la compra venta del negocio “B” expresa su intención de no firmar, provocando en “A” un daño pecuniario.

Segundo ejemplo.- La Farmacéutica “Todo lo cura” ha decidido vender un paquete accionario equivalente al 90% de la compañía. Este hecho era altamente conocido por los demás agentes competidores del mercado, ya que fue altamente publicitado en bolsas de valores y medios electrónicos. Al conocer de este hecho, uno de los magnates árabes más ricos del mundo y propietario de la Farmacéutica “Cura y Sana”, recién constituida, decide entrar en conversaciones con la Farmacéutica “Todo lo cura”. La intención del magnate árabe no es adquirir el paquete accionario sino, acceder a documentos contables, estrategias de marketing, estados financieros, estudios de mercado, estudios científicos, etc., de propiedad de la Farmacéutica “Todo lo cura”, debido a que su empresa está recién empezando y esa información sería de gran valía. Inician las negociaciones y se prolongan por 1 año, tiempo dentro del cual, la Farmacéutica “Todo lo cura” provee de la información que requiere el magnate árabe, ya que es la única forma de cuantificar el valor del paquete accionario y de establecer el futuro económico de la empresa. Esta información es analizada por colaboradores de la Farmacéutica “Cura y Sana”, quienes extraen los datos que les son de importancia de la información provista. Del trámite de las negociaciones y de la conducta del magnate árabe, se podía deducir con claridad que se llegaría a concretar un acuerdo, es decir se levantó una expectativa certera y por supuesto confianza en la vendedora. Llegado el momento de concretar el acuerdo, luego de haber obtenido la información deseada, el magnate árabe, con un simple correo electrónico comunica su intención de desistir de las negociaciones.

Los ejemplos expuestos muestran dos casos prácticos que se pueden dar en la realidad, además que denotan la importancia de que la actuación desleal, contraria a la buena fe, antijurídica, que se presenta en la fase de las tratativas preliminares, deba ser castigada

cuando ocasiona un daño. He aquí la importancia de esta teoría, no sólo en el ámbito jurídico sino también económico.

De los ejemplos expuestos podemos concluir que los elementos integrantes de este supuesto a saber serían los siguientes:

- a. Que se hayan iniciado tratativas sin la intención de llegar a un acuerdo;
- b. Que por motivos de las tratativas se haya generado “confianza” en que se llegará a un acuerdo.
- c. Que uno de los precontrayentes haya violado el principio de buena fe y los deberes dimanantes de este principio.
- d. Que se haya ocasionado un daño

De los ejemplos expuestos se puede deducir con claridad que todos los elementos se cumplen. Nótese también que la intencionalidad y el daño juega un papel importante al momento de establecer la responsabilidad, por lo que creemos que la culpa, al menos en los supuestos hasta el momento estudiados, se constituye en un requisito *sine qua non*.

Respecto del daño por el momento sólo diremos que la *chance* o costo de oportunidad, es un aspecto a tener en cuenta al momento de cuantificar el daño; en el primer ejemplo, se ve claramente que la actuación de “B” provocó que “A” desechó oportunidades de concretar el negocio con otros interesados, sobre todo cuando de las tratativas se derivó confianza suficiente de que el acuerdo era inminente.

Para culminar debemos indicar que este supuesto también ha sido considerado por la normativa extranjera, pero lamentablemente poco profundizado por los autores, es por ello que preferimos citar los ejemplos antes vistos.

El Art. 2:301 de los *Principles of European Contract Law*, elaborados por el Grupo de Trabajo presidido por el Profesor danés OLE LANDO, establece:

Negociaciones contrarias a buena fe. (...) 3. Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra.

El artículo 5 del Anteproyecto del código Europeo de Contratos dispone:

Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. Las partes pueden establecer negociaciones o tratos preliminares, que tiendan a la concertación de un futuro contrato, sin que ello constituya una oferta.

Cualesquiera de las partes, es libre de romper unilateralmente los tratos preliminares y no incurre en responsabilidad. No obstante la parte que ha negociado o ha interrumpido la negociación o tratos preliminares con mala fe, es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte por la frustración de contrato no concertado e incluso por la pérdida de la mejor oferta de contrato que durante esta etapa previa haya podido esta última aceptar.

Se considera mala fe, el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a la concertación del contrato. (Lo subrayado me pertenece)

Como se observa, el Anteproyecto del código Europeo de Contratos, opta por hablar de “mala fe”, que sería asimilable al “dolo”. Esta postura es compartida por varios autores, pero no es la más aceptada. Nótese también que dan importancia, al momento de responsabilizar por los daños y perjuicios, a la “pérdida de la mejor oferta”, lo cual creemos es un aporte de vital importancia, ya que la tendencia actual es ir un poco más allá del daño al interés positivo.

3.3.2.2. Supuesto en que hubo acuerdo de voluntades que generó un contrato nulo

El segundo gran supuesto a analizar corresponde al evento en que haya habido un acuerdo de voluntades y por ende un contrato. Este supuesto puede parecer antagónico al contenido de nuestro trabajo, más si analizamos este supuesto según la legislación ecuatoriana. Previo a entrar en análisis es importante que el lector abandone lo aprendido y deje de lado los conocimientos que sobre nulidad se le han impartido, ya que en este trabajo se propone una nueva forma de generar responsabilidad derivada de la invalidez, nulidad o inexistencia del acto celebrado.

3.3.2.2.1. Supuesto de nulidad del contrato celebrado

Como se dijo en el primer capítulo, el autor alemán Rudolf Von Ihering fue el primero en formular la teoría que denominó “*culpa in contrahendo*”; esta culpa emanaba de la nulidad del contrato y más concretamente de la nulidad por error esencial que había sido causada culpablemente por una de las partes durante el proceso formativo del contrato.

Jhering analizó el caso de una persona que solicitó el envío de 100 libras de un producto determinado y que, al confundir el signo de libra con el de quintal, recibió una cantidad muy superior a la pedida. El contrato era, por tanto, nulo, por adolecer de error esencial, pero ¿quién debía afrontar los gastos de embalaje y expedición generados? La doctrina tradicional no encontraba una respuesta para el problema planteado, pues el vendedor dañado – que había confiado en la validez del contrato, veía defraudados sus intereses – carecía de acción contractual (el contrato era nulo) y de acción extracontractual (el caso no encajaba en ningún supuesto de la Lex Aquilia de damno dato). El autor citado concluyó que, dado que había una culpa cometida en el período previo a la conclusión del contrato y, puesto que ésta era generadora de un daño, podía denominarse culpa in contrahendo, y encontró apoyo para tal afirmación en determinados casos particulares del Corpus Iuris Civilis, en los que se contemplaba la venta de res extra commercium y de herencia inexistente, cuando el vendedor no informaba al comprador de la imposibilidad de la enajenación por la inexistencia del objeto.²⁹²

El autor alemán afirmaba que quien incurría en culpa estaba obligado a resarcir el daño causado por provocar la nulidad, y halló el fundamento de esta obligación en la responsabilidad contractual. Como se dijo en el segundo capítulo, esta postura fue criticada por recurrir a una ficción, ya que el contrato al ser declarado nulo no podía ser considerado como fuente de la obligación de indemnizar.

La parte defraudada se hace acreedora de un derecho a ser indemnizado para recuperar la situación – el statuo quo ante – en que estaría de no haber iniciado las negociaciones que, a la postre no sólo resultaron infructuosas, sino perjudiciales.²⁹³

Como se viene sosteniendo, la responsabilidad precontractual no puede fundarse en un incumplimiento contractual, ya que el contrato al ser declarado nulo²⁹⁴ no puede servir de

²⁹² MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, Revista de Derecho Privado-Num. 5-6/2005, Mayo-Junio 2005, pág 34.

²⁹³ *Ibidem*, pág 35

²⁹⁴ Es importante recordar que cuando un acto o contrato adolece nulidad debidamente declarada, el efecto principal es que se priva retroactivamente al contrato del efecto querido por las partes. Así, el contratante que dio origen a dicha causa de nulidad incurre en responsabilidad precontractual. La nulidad puede originarse en un vicio de la voluntad o en otra de las causas que dan pie a esa sanción civil. Otros autores complementan lo dicho afirmando que cuando una de las partes era conocedora del obstáculo que se opone a la validez del acto

fuente de la obligación de reparar, pero *“la reclamación si podía basarse en la frustración de la confianza razonable creada, al haber vulnerado, durante la fase preliminar, los deberes de buena fe y lealtad que la presiden.”*²⁹⁵

*Nadie discute, desde que Ihering, lo afirmara con acierto en su célebre monografía, que cuando las partes han llegado a la conclusión del contrato materia de las negociaciones preliminares y tal acto es declarado inválido posteriormente por causas imputables a algunos de los contratantes, dando lugar a daños y perjuicios, la situación así nacida se encuentra comprendida en la teoría de la responsabilidad in contrahendo, ya que las causas de anulación son siempre originarias y se remontan, por ende, a la época en la que se gestó el consentimiento.*²⁹⁶

Con lo dicho hasta el momento, vamos a partir del siguiente postulado: Para que pueda tener lugar el supuesto de responsabilidad precontractual que estamos analizando, será necesario que se haya perfeccionado el contrato y que haya comenzando la ejecución del mismo. Luego será necesario que dicho contrato sea sancionado con la nulidad.

*(...) Resulta que una de las partes (vendedor) tenía conocimiento al momento en las tratativas de la existencia de la causal que hubiera impedido la conclusión del contrato de haberla comunicado o la contraria (v.gr., conocía la existencia de una imposibilidad originaria en la prestación o bien que ella misma era incapaz para contratar, o bien comete “autoerror” (la parte compradora) (en el sentido de que éste no es provocado por dolo de la contraria); más precisamente, un “error en la declaración”. En ambas situaciones, el sujeto que no informa a la otra o que genera el vicio, es el causante de la nulidad del negocio y, por tanto, del perjuicio que con ella se ha ocasionado a la contraria.*²⁹⁷

Suponiendo que el contrato ya ha sido declarado nulo, es necesario hacerse la siguiente pregunta, *¿Cuál es la razón por la cual este supuesto, en el que existe un contrato ya perfeccionado por el consentimiento de las partes contratantes y que, en consecuencia, a primera vista, debería generar responsabilidad contractual, termina por producir sólo responsabilidad precontractual?*²⁹⁸, la respuesta a la pregunta planteada nos la da el autor argentino Roberto

o contrato y lo ha ocultado a la otra parte, viola el deber de información. En este caso, existe una responsabilidad precontractual que se funda en la violación de un deber dimanante de la buena fe.

²⁹⁵ *Ibidem*, pág 35. La autora que estamos siguiendo, afirma que esta postura es aceptada unánimemente por la doctrina española y cita a Asúz González, Díez-Picazo, Lacruz Berdejo, Delgado Echeverría y Medina Alcoz. Cabe señalar que España no cuenta con normativa sobre responsabilidad precontractual.

²⁹⁶ BREBBIA, R., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 69.

²⁹⁷ SOZZO, G. “Antes del contrato”, pág 130

²⁹⁸ *Ibidem*, pág 131

Brebbia, quien afirma que la razón está dada *por el hecho de que el vicio se produjo, en verdad, en un momento anterior al perfeccionamiento del contrato.*²⁹⁹.

Compartimos lo dicho por Roberto Brebbia, ya que al ser declarado un contrato nulo, el efecto principal, sería que se retrotraen las cosas al estado anterior al perfeccionamiento del mismo. Dicho en otras palabras, no existiría un contrato. Además, la fase de las tratativas previas es el *iter* en el cual los precontrayentes intercambian posturas, dan a conocer sus intereses y necesidades y donde se obtiene la información personal de la contraparte y respecto de la esencia y características del objeto del contrato, por lo que no es sino en esta etapa donde se gesta la nulidad.

La responsabilidad precontractual por nulidad del contrato es reconocido en derechos positivos como: Brasil, Italia, Alemania, Francia, etc.

Respecto del factor de atribución y la naturaleza jurídica de este supuesto, la doctrina argentina, encabezada por Roberto Brebbia, es unánime al considerar que se *“trata de un supuesto que encuentra su fundamento en la culpa aquiliana.”*³⁰⁰, y que por ende es de naturaleza extracontractual. *“El fundamento legal de la obligación de indemnizar nacida a favor del contratante damnificado a raíz de la anulación del contrato, se encuentra en la culpa aquiliana del responsable de la declaración de invalidez, (...)”*³⁰¹

El sorprendente criterio unánime de la doctrina argentina se explica por el contenido del Art. 1056 de su Código Civil, que dice: *“los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los hechos ilícitos o de hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.”*³⁰². Con una norma tan clara como la argentina, resulta inoficioso algún tipo de debate sobre la naturaleza jurídica – contractual o

²⁹⁹ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 167.

³⁰⁰ SOZZO, G. “Antes del contrato”, pág 131

³⁰¹ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 69.

³⁰² Art. 1056 del Código Civil argentino. Sobre este artículo Gonzalo Sozzo en la obra que seguimos dice: “los hechos cometidos con culpa (en sentido lato) en la época de formación del contrato se rigen por las reglas relativas a los hechos ilícitos (arts. 1066y sgts. C. C.) y engendran, por lo tanto, la obligación de reparar los daños causados, sin perjuicio de los efectos que emergen de la anulación en sí misma (arts. 1050 y sgts).”

extracontractual – del supuesto de nulidad. Diferente es el caso de la legislación francesa³⁰³ donde autores como Baudry-Lacantinerie et Barde, Planiol, Saleilles, entre otros, se han pronunciado a favor de la tesis contractual, mientras que Mazeud y Savatier, se inclinan por el carácter extracontractual del supuesto de nulidad. Por nuestro lado nos inclinamos por la postura de los autores argentinos.

Siguiendo a Brebbia, éste realiza el siguiente análisis:

*(...) opinamos que si en este caso, que bordea por así decirlo los límites de la responsabilidad contractual, la ley dispone que se apliquen los principios de la responsabilidad extracontractual, con mayor razón aún será obligatoria esta aplicación a supuestos en los cuales todavía no ha habido contrato, como ocurre con las manifestaciones de voluntad unilateral.*³⁰⁴

Los actos culposos generadores de la nulidad del contrato pueden consistir en “*acciones positivas que viciaron, por ejemplo, el consentimiento (violencia, dolo, error), o bien, simplemente, en la no comunicación a la contraparte de la causa de nulidad de la que tuvo o debió tener conocimiento*”³⁰⁵. Este comportamiento de la parte que calla se encuentra asimilado a una especie de *dolo de omisión* “*consistente en no impedir que la contraparte se confíe, por su ignorancia en la situación, en una expectativa destinada a quedar frustrada*”³⁰⁶. No se debe el resarcimiento si la parte damnificada incurrió en error por negligencia, como se desprende del Art. 929 del Código Civil argentino.

Debido a que ningún autor ecuatoriano ha abordado el tema de la nulidad desde la óptica de la teoría de la Responsabilidad Precontractual, es indispensable analizar brevemente cómo funciona la figura de la nulidad en el Ecuador:

³⁰³ BAUDRY-LAGANTINERIE et BARDE (op. cit., I, N° 60), PLANIOL et RIPERT-ESMEIN (op. cit., N° 492), SALEILLES (op. cit., ps. 697 y sgts.), entre otros, se pronuncian a favor de la tesis contractual, mientras que MAZEAUD (op. cit., I, N° 123 y sgts.), SAVATIER (op. cit., N° 116) sostiene el carácter extracontractual de la responsabilidad originada en casos de contratos nulos o anulables. En el derecho italiano, MESSINEO (“T. G. del Contrato”, II, Cap. XIV, N° 7) otorga naturaleza extracontractual a la obligación de indemnizar nacida del hecho de no haber participado a la parte contraria el vicio que invalidaba el acto. DE CUPIS (op. cit.), en cambio, sostiene la opinión contraria.

³⁰⁴ BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, cit., p. 91.

³⁰⁵ Con. MESSINEO (op. y loc. cit.). Son aplicables en general al derecho argentino las consideraciones que sobre el tema efectúa este autor respecto al art. 1338 del C. C. italiano de 1942. V. NEPPI, en sus anotaciones a MESSINEO (op. cit.), es del mismo parecer, considerando aplicable al art. 1056 C. C. argentino lo dicho con respecto al art. 1338 C. C. italiano (op. cit., II, Cap. XIV, ad. LXX, p. 327).

³⁰⁶ MESSINEO, op. y loc. cit.

Se puede definir a la nulidad, conforme se lee del Art. 1697³⁰⁷ del C.C.E., como la sanción legal establecida por la falta de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor mismo del acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. Nuestra legislación divide a la nulidad en absoluta y relativa. *“Si el requisito es exigido según su naturaleza o especie del acto o contrato hay, con su omisión, nulidad propiamente tal. Si es exigido en atención a la calidad o estado de las partes, el acto o contrato es simplemente anulable y puede ser rescindido.”*³⁰⁸.

De lo manifestado por el autor chileno Claro Solar, podemos afirmar que el acto o contrato puede adolecer tanto de vicios que provocan la acción de nulidad como otros que provocan la acción de rescisión.

El hecho que un acto o contrato adolezca de un vicio que causa nulidad, no implica que los mencionados no existen, pero como lo dice Claro Solar, adolecen de una enfermedad mortal que debe ser declarada ya que es insanable; o de una enfermedad menos grave que si bien da lugar a que el contrato sea anulado, puede sanarse los vicios por la ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, ésta sería una enfermedad sanable.

El Art. 1583 del Código Civil ecuatoriano establece un catálogo de las formas de extinguir las obligaciones y en su numeral 9º dice: *“Por la declaratoria de nulidad o por la rescisión”*.

Del mencionado numeral se puede deducir lo siguiente:

- Nuestro código civil, al hablar de nulidad se refiere a la llamada “absoluta”, en tanto que la rescisión equivale a decir nulidad relativa.
- Una declaración de voluntad no puede estar viciada al mismo tiempo por la nulidad y por la rescisión. Puede darse el caso que en un mismo acto de voluntad se presenten las dos nulidades pero no tendrá efectos la nulidad relativa si también adolece de nulidad absoluta. En caso de que un contrato, por ejemplo, sea celebrado

³⁰⁷ Art. 1697. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

³⁰⁸ CLARO, L., “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”, Tomo VI De las Obligaciones, edit. Temis S.A., Chile 1950, pág 580

por un menor adulto y tenga por objeto la entrega de 100 kilos de cocaína, se tendrá como nulo absolutamente y no relativamente.

- Tanto la nulidad absoluta como la relativa cuentan con normas propias que las diferencian entre sí.

Dentro de la doctrina se ha criticado mucho la ubicación de esta causal dentro del Título XIV de la extinción de los modos de extinguirse las obligaciones, ya que se dice que “*estos no son modos de extinguir las obligaciones, sino que por medio de ellos se dejan sin efecto los contratos mismos; y como consecuencia de esta disolución del contrato, desaparecen o se extinguen las obligaciones que con ellas se había tratado de formar.*”³⁰⁹

En efecto, tanto la nulidad relativa como la absoluta, no extinguen *per se* las obligaciones, sino que se requerirá del pronunciamiento de un Juez que declare la nulidad para que a partir de ese momento se extingan definitivamente las obligaciones. Dicho en otras palabras mientras no se de una declaración de nulidad o rescisión el acto o contrato puede estar produciendo sus efectos, es decir el acto o contrato existe con el vicio y sólo cuando se haga desaparecer al acto o contrato se producirá la extinción de las obligaciones.

La declaración de nulidad o rescisión tiene como principal objetivo evitar que el acto o contrato siga produciendo efectos en quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

Antes de continuar, considero menester abordar un problema que ha levantado grandes críticas y diversas posturas, es el relacionado con la nulidad y la inexistencia jurídica.

*Todo acto o contrato, toda declaración de voluntad, requiere para su **existencia** o perfeccionamiento la concurrencia de determinados requisitos; pero la simple concurrencia de estos requisitos puede no bastar para su **validez**, porque en todo acto o convención deben distinguirse las cosas que le son **esenciales**, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente; las que son de su **naturaleza** y se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial que las indique o enumere; y las puramente **accidentales**, que no perteneciéndole esencial ni naturalmente, se le agregan por medio de cláusulas especiales.*³¹⁰ (Las negritas y el subrayado me pertenecen).³¹¹

³⁰⁹ CLARO, L., “*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*”, Tomo VI De las Obligaciones, edit. Temis S.A., Chile 1950, pág 578

³¹⁰ CLARO, L., *ibid*, pág 581

Resumiendo lo dicho por Claro Solar, de faltar uno de los requisitos esenciales para la *existencia* del acto o contrato, sencillamente no puede existir jurídicamente y por ende no produciría efectos jurídicos, sería la *nada*; en tanto que, de faltar tan sólo un requisito para la *validez* del acto, éste si existiría pero con el vicio. El primero sería un acto inexistente, en tanto que el segundo sería nulo.

Nuestro artículo 1460 dice:

(...) Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

El código civil chileno trae esta misma disposición en su art. 1444, sobre el cual Claro Solar ha manifestado:

El art. 1444, estableciendo claramente esta doctrina³¹², dice que si falta una de las cosas esenciales al perfeccionamiento de un contrato como tal, no produce efecto alguno: no dice que el contrato a que falte este requisito esencial sea nulo. El art. 1681³¹³ expresa que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes: no expresa que el acto o contrato sea nulo si falta alguno de los requisitos exigidos para su existencia sino que se refiere a requisitos prescritos para el valor, para la validez, del acto o contrato.³¹⁴

Siguiendo esta doctrina de los actos nulos e inexistentes encontramos tres situaciones diferentes en las que se puede hallar el acto o contrato:

- 1. La de inexistencia jurídica.-** Falta requisito esencial para su existencia legal.
- 2. La de nulidad absoluta.-** Adolece de un vicio que afecta a la validez según su naturaleza.

³¹¹ Ver Art. 1460 del Código Civil Ecuatoriano

³¹² Se refiere a la doctrina de la inexistencia jurídica de los actos o contratos. El autor considera que el Código Civil Chileno, similar al nuestro, establece tanto la nulidad, la rescisión y la inexistencia jurídica y lo intenta probar a través del análisis del art. 1444 y 1681 del código chileno.

³¹³ Equivalente al Art. 1697 de nuestro Código Civil

³¹⁴ CLARO, L., *ibid*, pág 582

3. La nulidad relativa.-

Adolece de un vicio que afecta la validez en relación a la calidad o estado de las partes.

Aubry y Rau, también distinguen la inexistencia de la nulidad:

El acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales el lógicamente imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino como no realizado. Así no se puede concebir convención sin el concurso del consentimiento de las dos partes, ni venta sin cosa vendida o sin precio. Pasa lo mismo con el acto que no ha sido acompañado de las condiciones y de las solemnidades indispensables a su existencia (...) La ineficacia de tales actos es independiente de toda declaración judicial. Ella no se cubre ni con la confirmación³¹⁵ ni con la prescripción.³¹⁶

En este punto nos adelantamos a decir que la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana no reconocen una distinción entre nulidad absoluta e inexistencia. Esta postura ha sido rebatida con sobrados fundamentos y sin ánimo de profundizar en demasía, pongo dos ejemplos que han traído confusión:

1. El Art. 1718 dice: *“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; **y se mirarán como no ejecutados o celebrados**, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.”*(el subrayado me pertenece)
2. El Art. 1740 dice: *“La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito. (...)”*

Art. 1741.- *“Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso segundo del artículo precedente no se reputen perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, **podrá cualquiera de las partes***

³¹⁵ En Ecuador se tendría que hablar de ratificación.

³¹⁶ Aubry y Rau, 5ta edición, pág 180

retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.”

Estos dos artículos crean confusión y dan lugar a que se genere la pregunta, ¿en nuestra legislación se adopta o no la doctrina de la inexistencia de los actos o contratos?. Estos dos casos, *a priori*, nos harían pensar que si ya que de su lectura se infiere que el contrato jamás se celebró, es decir no es que adolezca de un vicio (falta escritura pública) sino que se lo asimila a la no existencia.

Ha quedado demostrado que tanto Chile como Ecuador mantienen sistemas jurídicos parecidos y el Código Civil, al tener el mismo origen, evidentemente es similar. Pese a esto, en Ecuador, a diferencia de la opinión de Claro Solar respecto de la legislación chilena, no se ha aceptado la doctrina de la inexistencia como tal, ya que nuestra jurisprudencia se ha inclinado por asimilar y dotar de igualdad a los términos nulidad absoluta e inexistencia, siendo que la inexistencia sería una consecuencia de la nulidad absoluta y no una especie diferente, tal como lo veremos brevemente.

Nuestra Ex Corte Suprema de Justicia³¹⁷ emitió una Resolución sobre el “Efecto jurídico del contrato de promesa de compraventa de inmuebles celebrado por instrumento privado”, y se pronunció de la siguiente manera:

... el documento intitulado ‘nn’ ... es un instrumento privado, que contiene una promesa privada de compraventa de un inmueble y su construcción. Del mismo, aparece de manifiesto su nulidad absoluta, ya que no ha sido celebrado por escritura pública, requisito exigido por el 1597 (1570) del Código Civil en su numeral primero... nulidad absoluta que debe ser declarada de oficio por aparecer de manifiesto, al tenor de lo que dispone el artículo 1726 (1699) del Código Civil, y al ser este contrato nulo de nulidad absoluta, se debe tener como no ejecutado o celebrado, de acuerdo al artículo 1745 (1718) ibidem... En consecuencia, este documento no ha generado ninguna obligación contractual válida; y si se dio o pagó algo en su ejecución, lo que procede es que las partes sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1731 (1704) del Código Civil, lo cual origina el deber mutuo de restitución, para lo cual se ha de considerar la buena o la mala fe de las partes.

³¹⁷ Actual Corte Nacional de Justicia

Esta Resolución tiene como fuentes tres fallos reiterados sobre este punto de derecho, que a saber son los siguientes:

- 11-X-1999 Resolución No. 509-99, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.³¹⁸
- 10-X-2000 Resolución No. 405-2000, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.³¹⁹
- 23-IX-2002 Resolución No. 194-2002, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.³²⁰

Como se puede apreciar, nuestra jurisprudencia se ha inclinado por desconocer la doctrina de la inexistencia jurídica y ha optado por asimilar la nulidad absoluta a la inexistencia, es decir a los *no ejecutado o celebrado*.

En definitiva, esta doctrina pretende diferenciar a la inexistencia, a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa o rescisión, con el fin de dotar a cada una de efectos diferenciadores que provocaran resultados diversos según los defectos o vicios que afecten a los actos o contratos. Es así que no puede tener el mismo efecto un contrato que se entiende por no celebrado que uno que existe pero que adolece de un vicio.

Personalmente me inclino por la postura de que nuestra legislación debe contemplar expresamente casos de inexistencia, ya que es indudable que doctrinariamente está sustentada esta teoría y en la práctica se dan casos en que en efecto no existe el acto o contrato como tal., como se ha probado con los Arts. 1718 y 1740 del C.C. Esta doctrina se debe complementar con una reingeniería en el aspecto de la reparación de los daños, con el fin de dotar de verdadera eficacia a la diferenciación entre nulidades e inexistencia. Así también, la adopción de la teoría de la responsabilidad precontractual ayudaría a evitar que se cometan abusos en la fase de gestación del consentimiento.

³¹⁸ G.J. S. XVII, No. 15, p. 4872, R.O. 334, 8-XII-1999

³¹⁹ G.J. S. XVII, No. 15, p. 4882, R.O. 225, 15-XII-2000

³²⁰ G.J. S. XVII, No. 15, p. 4922, R.O. 710, 22-XI-2002

Ha quedado claro que en nuestra legislación sólo se acepta las figuras de la nulidad absoluta y relativa, por lo que procedemos a caracterizar sus elementos.

El efecto general de la nulidad se encuentra contenido en el Art. 1704 que dice: “*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*”

Es importante dejar en claro que esta disposición no se refiere únicamente a los casos de nulidad absoluta sino también a la nulidad relativa. Como ya se ha indicado, tanto la nulidad absoluta como la relativa, debe ser declarada y reconocida en sentencia, la que debe haber pasado por autoridad de cosa juzgada, es decir se definitiva y estar en firme.

Esta sentencia marcará la muerte del acto o contrato viciado. A partir de este momento dejará de producir los efectos y borrará los efectos que produjo mientras no existía la declaración de nulidad, por lo que no cabe la postura sostenida por Savatier y Planiol sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual, ya que el contrato a dejado de existir y no pueden derivarse efectos de algo que ya no existe.

Tomamos las palabras de Jorge Morales quien manifiesta: “*La declaración judicial de la nulidad destruye los efectos de las obligaciones y evita que se produzca en el porvenir, constituyendo así un modo de especialísimo de extinguir las obligaciones.(...)*” (el énfasis me pertenece)

Con la declaración de nulidad, el acto o contrato deja de generar efectos y da derecho a las partes a ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, *restitución un integrum*. Este efecto deviene del hecho que nuestra legislación asimila a la nulidad absoluta con la inexistencia y por ende si no existió nunca debió haber generado efectos, por lo que las actuaciones de las partes, deben retrotraerse al instante antes de la celebración del acto o contrato.

El efecto secundario derivado del efecto general es que la declaración de nulidad da derecho a las partes a la restitución íntegra. Esta restitución va a depender de los actos o hechos que hayan tenido lugar entre el momento de la ejecución del acto o celebración del

contrato, y el día en que quede en firme la sentencia por la que se declara la nulidad. Así podemos tener los siguientes escenarios:

1. Que el contrato no haya sido ejecutado: En este supuesto, la sentencia que declara la nulidad, sólo tendrá como objetivo privar de los efectos jurídicos que pudiera producir el acto o contrato a futuro. **En este caso se extinguen las obligaciones que nacieron con la celebración del acto o contrato**, y no da derecho a ningún tipo de restitución.
2. Que haya sido cumplido por una de las partes o por ambas, total o parcialmente: En este supuesto, dependiendo del grado de cumplimiento, las partes deben ser restituidas al momento anterior a la celebración del acto o contrato viciado de nulidad.

La responsabilidad precontractual actuará independientemente en los dos supuestos arriba explicados, ya que cualquiera que sea el vicio originador de la nulidad, éste sucedió durante la fase precontractual.

Como se puede apreciar de lo hasta aquí dicho nuestra Ley sí prevé efectos posteriores a la declaración de nulidad del acto o contrato, siendo el principal las restituciones mutuas. Esto no hace más que afianzar la existencia de la responsabilidad precontractual y la importancia de la fase preparatoria al contrato. Pese a que las restituciones mutuas son un efecto importante para no dejar en la nada jurídica a la parte afectada, considero que esta solución es insuficiente, ya que las restituciones comprenden la cosa entregada y recibida, y la restitución de los intereses o frutos, el abono de mejoras y los gastos; cada uno también deberá responder por el deterioro o pérdida de la cosa³²¹. En todo caso, el Art. 1704 del Código Civil ecuatoriano, dice las partes serán restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, por lo que todos los costos y gastos

³²¹ Art. 1704.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo según las reglas generales, y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

incurridos en la fase anterior a la celebración del contrato, no podrán ser restituidos ya que no existe sustento legal.

Veamos un ejemplo: “A” y “B” entran en tratativas en enero del 2009 para la adquisición de un taladro petrolero, para lo cual “A” incurre en gastos de viaje para conocer el taladro de “B”, además contrata un especialista para analizar la estructura y composición metálica del taladro. Luego de un año de negociaciones logran acuerdo de cosa y precio y celebran un contrato en virtud del cual “B” se obliga a entregar un taladro petrolero a cambio de USD. 20.000.000. Este taladro fue comprado para ser utilizado en la perforación de un pozo, por lo que “A” ya tenía destinado este taladro. Firmado el contrato y a punto de la entrega “A” se entera que el taladro de “B” se encontraba embargado por orden judicial. “B” nunca comunicó sobre este hecho, por lo que las tratativas se enmarcaron en una negociación de un objeto que no podía transferirse, es decir ilícito³²². Por este contrato “A” se obligó al pago del 50% del valor pactado el momento de la firma y el restante debía pagar cuando se ponga a funcionar el taladro. Ante esta circunstancia “A” demanda la nulidad del contrato y la restitución de lo pagado. El Juez declara en sentencia la nulidad y ordena la restitución de las partes a su estado anterior a la firma del contrato. En este caso “B” deberá devolver el 50% del precio recibido más los intereses y los gastos generados.

Como se aprecia del ejemplo citado, “A” recibirá lo pagado más los intereses, pero no podrá recuperar los gastos incurridos durante la negociación. Vale considerar que el vicio del contrato se originó por una falta al deber de información durante las tratativas previas, ya que “A”, de haber conocido que era imposible transferir el taladro, no habría firmado el contrato. Este mismo criterio es sostenido por Roberto Brebbia³²³ respecto de la legislación argentina.

³²² Ver Art. 1480 del Código Civil Ecuatoriano

³²³ BREBBIA, R. “Responsabilidad ...”, pág 70 y 71. El contratante que hubiere dado lugar a la nulidad o que conocía (o debía conocer) el vicio que invalidaba el acto, *no puede pedir su anulación, aun cuando esta invalidez sea de carácter absoluto* (arts. 1047, 1164 y sgts.). Tal es el caso, verbigracia, del comprador que obtuvo declaración de nulidad del negocio de compraventa fundado en error sobre la naturaleza jurídica del acto (por haberlo realizado, por ejemplo, creyendo que era una locación); el art. 924 C. C. otorga sustento legal su acción de nulidad, pero en virtud de lo dispuesto en los arts. 1056 y 1109 C. C. debe indemnizar a la contraria los daños sufridos por su error si es culposos.

3.3.2.2.1.1. *Causas de anulación originadas en la etapa de gestación del consentimiento*

Veamos brevemente las causas que originan nulidad en la legislación argentina, según el Art. 1038, CCiv.³²⁴; se puede originar por:

- A) Vicios de la voluntad³²⁵;
 - 1) Dolo (arts. 931 y 933 CCiv.)
 - 2) Error de hecho excusable (+) buena fe (=) violación de los deberes precontractuales de información, custodia, etc.
 - 3) Violencia.
- B) Inidoneidad del objeto del acto;
- C) Incapacidad de los sujetos.

Pese a que en el Ecuador son similares las causas de nulidad, para un mejor estudio dividiremos en nulidad absoluta y nulidad relativa.

La nulidad absoluta es la sanción impuesta por la ley cuando las partes omiten requisitos que la prescribe para el valor de un acto o contrato, en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las partes intervinientes.

Del Art. 1698³²⁶ se puede inferir las causas o los supuestos que, verificados, provocan la nulidad absoluta de un acto o contrato, las causas son las siguientes:

³²⁴ Vélez clasifica de algunas maneras las nulidades en aquellas que provienen de la falta de condiciones necesarias y relativas a:

- las personas intervinientes,
- la esencia del acto, que comprende:
 - existencia de voluntad,
 - observancia de las formas prescriptas.
- de una ley que prohíba el acto.

³²⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 167, señala “En rigor más correcto que hablar de ‘vicios del consentimiento’ es aludir a vicios de la voluntad contractual”.

³²⁶ Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en

Objeto³²⁷ y causa ilícita.-

El Art. 1462 del C.C. establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que tal acto o declaración recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

Todo acto o declaración de voluntad debe tener un objeto y una causa “real”³²⁸. Para que el acto o contrato sea válido se requiere que el objeto y la causa sean lícitos. Dicho en otras palabras, la falta de objeto o de causa impide la formación misma del acto jurídico, en tanto que el objeto y la causa lícita son requisitos *sine qua non* para la validez al acto.

Muchos tratadistas distinguen la entre la falta de causa y la causa lícita, y fundamentan su razonamiento en el hecho de que la ausencia de causa no genera nulidad absoluta sino trae como consecuencia la inexistencia del acto o contrato, es decir es la nada jurídica. En contraposición, otros autores han manifestado que la ausencia de causa y la causa ilícita vician el acto o contrato de nulidad absoluta y no diferencian entre una y otra, este es el caso de nuestro sistema ecuatoriano donde la Jurisprudencia ha optado por asimilar la ausencia de causa con la causa ilícita.

Respecto del objeto podemos decir que el Art. 1477 establece que el objeto debe ser tanto física como moralmente posible. Decimos pues que es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, en tanto que es moralmente imposible el que prohibido por las leyes³²⁹ o que sea contrario al orden público y las buenas costumbres.³³⁰

consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. (...)

³²⁷ BREBBIA, R. “Responsabilidad ...”, pág 77. “(...) Cuando los contratos recaen sobre bienes o hechos prohibidos por las leyes o contrarios a las buenas costumbres, son nulos y engendran la obligación de resarcir (art. 953 C. C.); por ejemplo, cuando una de las partes se hubiese comprometido a realizar un hecho ilícito. En tales casos, por lo general, la responsabilidad civil emergente de la anulación será compartida por ambas partes y ninguna de ellas tendrá derechos contra la otra (art. 1082 C. C.), salvo que el dolo cometido por uno de los contratantes hubiere inducido a la contraparte a concertar el negocio prohibido, sin culpa de ésta.(...)”

³²⁸ Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. (...)

³²⁹ Art. 1480.- Hay objeto ilícito en la enajenación: De las cosas que no están en el comercio; De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y, De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.

Art. 1482.- Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones,

El fundamento de esta disposición viene dado por la máxima de que nadie puede ser obligado a lo imposible.

Decimos pues que hay objeto ilícito por ejemplo cuando prometo vender un bien inmueble que está embargado por una autorización judicial. Decimos también que hay objeto ilícito en el contrato por el cual una parte se obliga a repartir en la salida de los colegios revistas prohibidas para menores de edad.

En cuanto a la causa, el Art. 1483 establece lo que se debe entender por causa y dice: *“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.”*

El mismo código nos trae ejemplos por demás claros: *“Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”*

Omisión de requisitos y formalidades prescritas por las leyes para el valor de ciertos actos o contratos.-

Es necesario dejar en claro que, cuando se habla de requisitos y formalidades no se debe entender tan sólo las solemnidades o requisitos de forma o también llamados externos, sino que se refiere también a los requisitos de fondo o denominados internos, mismos que se hallan previstos en las distintas leyes. Podemos afirmar que nuestro código al decir requisitos habla de los de fondo, en tanto que por formalidades se refiere a los requisitos de forma o solemnidades.

Entre los requisitos internos tenemos al objeto y causa lícitos y a la capacidad; los requisitos externos son los que se refieren a la existencia misma del acto o contrato, sin los cuales la ley no reconoce la vida jurídica de tales. Ergo, la omisión de los requisitos externos no tendría como efecto solamente le producir la nulidad absoluta, sino que también provoca la inexistencia, es decir el acto o contrato no crea derechos ni genera

audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.

³³⁰ Art. 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

obligaciones, *verbi gracia*, la promesa de compra venta en escritura privada no da derecho a exigir su cumplimiento y tampoco obliga al promitente vendedor a transferir la propiedad.

La incapacidad absoluta.-

El mismo artículo que se viene analizando, en su penúltimo inciso establece que hay nulidad absoluta en los actos o contratos de personas que son incapaces absolutas.

El Art. 1463 del C.C.E. establece que: *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.”* Esta clase de incapacidad tiene su fundamento en la falta de discernimiento y en la imposibilidad de tener voluntad consciente.

Debido a esto, el mismo artículo establece que los actos de aquellas personas no surten ni los efectos de las obligaciones naturales y no admiten caución, ya que se entiende que el acto o contrato nunca fue perfeccionado.

Respecto de los vicios que originan nulidad relativa, nos remitimos al último inciso del Art. 1698 que dice: *“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”* La nulidad relativa también es conocida con el nombre de rescisión. Los vicios son:

Falta de capacidad³³¹ legal de las partes o de una de ellas.-

Nuestra legislación reconoce tres tipos de incapacidades, la incapacidad absoluta, la relativa y la especial. Ha quedado claro quiénes son incapaces absolutos, por lo que nos referiremos a la capacidad relativa y especial

El Art. 1463 establece: *“Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos*

³³¹ El Código Civil italiano de 1942 establece expresamente en su art. 1398 que la nulidad por incapacidad permite a quien sufre un daño reclamar por responsabilidad precontractual.

respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Por ejemplo será nulo relativamente el contrato de compra venta que celebre el menor adulto respecto de un vehículo. Así también será nulo relativamente el contrato por el cual uno de los cónyuges enajena un inmueble sin la autorización del otro cónyuge. El un caso constituye una incapacidad relativa, en tanto que el segundo se refiere a una incapacidad legal.

El error.-

Nuestra legislación prevé dos clases de error, el de derecho^{332 333} y el de hecho, el primero no vicia el consentimiento, en tanto que el segundo si lo hace.

El error que vicia el consentimiento y que produce la nulidad relativa se da en los siguientes casos:

- Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta;³³⁴
- Cuando recae sobre la identidad de la cosa;³³⁵
- Cuando recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto³³⁶ del contrato;³³⁷
- Cuando recae sobre una cualidad especial de la persona, siempre y cuando esa cualidad se la causa principal del contrato.³³⁸

³³² BREBBIA, R. “Responsabilidad ...”, pág 73. “En cuanto al *error de derecho*, es generalmente irrelevante para invalidar el acto, y su acción no excusa la responsabilidad por los hechos ilícitos (art. 923), por lo que el daño que se origine a la contraria por tal causa deberá ser resarcido.”

³³³ Art. 1468.- El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento

³³⁴ Art. 1469.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación (...).”

³³⁵ Art. 1469.- “o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.”

³³⁶ SALVAT, “Parte General”, N° 2323. El error puede versar sobre el *objeto mismo*, es decir, si se hubiese contratado “una cosa individualmente diversa de aquélla sobre la que se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho” (art. 927 C. C.), o bien sobre la *cualidad de la cosa* que se ha tenido en mira (art. 926 “in fine” C. C.). La cualidad sobre la que versó el error debe ser *principal o substancial*, como si se compra un perro creyendo que es de una raza determinada no siéndolo.

³³⁷ Art. 1470.- *El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.*

El error acerca de otra cualquiera cualidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa cualidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

Preferimos no entrar a analizar cada una debido a la naturaleza del presente trabajo.

La fuerza³³⁹.-

Como regla general, el Art. 1472 establece que la fuerza no vicia el consentimiento, sino bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, el temor reverencial no bastará para viciar el consentimiento, pese a ser un acto de fuerza.³⁴⁰

Para que la fuerza vicie el consentimiento y cause nulidad relativa deben concurrir los siguientes requisitos:

- Debe ser la causa determinante del acto o contrato;
- Debe ser injusta y no producto del ejercicio legítimo de un derecho; y,
- Debe ser grave, de tal manera que debe ser capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio habida consideración de su edad, sexo y condición.³⁴¹

El Art. 1473³⁴² establece que no es necesario que la fuerza la ejerza el beneficiario, sino que puede ser ejercida por cualquier persona, valga decir por un “delegado” del beneficiario.

El Dolo³⁴³.-

³³⁸ Art. 1471.- El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato.

³³⁹ BREBBIA, R. “Responsabilidad ...”, pág 74. “La violencia, que jurídicamente puede ser definida como “la coerción ejercida sobre una persona para obligarla a ejecutar un acto que no quería realizar”, admite dos formas diferentes: la violencia física, a la que nuestra ley califica de fuerza o temor, y la violencia moral o intimidación.”

³⁴⁰ Art. 1472.- (...) El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

³⁴¹ Art. 1472.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. (...)

³⁴² Art. 1473.- Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.

³⁴³ BREBBIA, R. “Responsabilidad ...”, pág 73 “La conducta dolosa asumida por uno de los contratantes durante los actos de formación del contrato facultada a la contraparte para reclamar la anulación del contrato si el dolo asume al carácter de principal, vale decir si reúne los requisitos exigidos en el art. 932 C.

De la misma manera que la fuerza, por regla general el dolo no vicia el consentimiento por sí, sino que deben reunirse dos requisitos:

- Que sea obra de una de las partes. A diferencia de la fuerza, el dolo debe ser obra de una de las partes y no puede ejercerse por un tercero.
- Que haya sido la causa por la que se contrató, es decir que de no mediar el dolo, no se hubiera dado el acto o contrato³⁴⁴.

Cuando no concurren estas dos circunstancias, “*el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.*”³⁴⁵

Roberto Brebbia en su obra “Hechos y Actos jurídicos”, como parte del dolo ubica el caso del error provocado, y dice:

*Es la segunda regla de Ihering. En este supuesto no hay error material en la expresión, sino falta de información por no transmisión de la misma de uno a otro de los tratantes, lo que produce una falsa representación mental de la realidad de los hechos en el otro. Se trata del dolo como vicio de la voluntad. Rigen, por tanto, combinadamente las normas del cap. I relativas al error y del cap. II, del dolo. Constituye un caso de error provocado por la actividad —positiva o negativa— de la contraria.*³⁴⁶

Hasta aquí los casos que provocan nulidad de un contrato y por ende, en nuestro entender, da derecho a la parte afectada a solicitar la restitución al *statuo quo* tenido antes de la firma

C., y también, para obtener la reparación de los daños y perjuicios causados (art. 1056 y 1066 y sgts. C. C.).”

³⁴⁴ Ibidem, pág 75. “(...) dejaremos consignado una vez más que, de conformidad con los principios ya estudiados, cuando una de las partes, conociendo esa “incapacidad” del objeto, indujera a la otra, que no sabía ni estaba en condiciones de conocer la causa de invalidez, a la concertación del negocio, o simplemente no pusiera en conocimiento de la contraparte la deficiencia en cuestión, debe responder por los daños y perjuicios causados. Cuando el damnificado tenía la obligación legal de conocer la falta de idoneidad del objeto (p. ej., si se tratare de un contrato que tuviere por objeto una herencia futura, prohibida por el art. 1175 C. C.); o bien, si empleando una diligencia normal hubiere debido conocer el impedimento para contratar y no hubiera habido dolo de la contraparte, desaparece la obligación de reparar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 923 C. C., en el primer supuesto, y de lo prescripto en el art. 929, últ. ap. C. C., en el segundo.” El autor citado habla de estos casos al tratar el dolo.

³⁴⁵ Ver Art. 1474.

³⁴⁶ BREBBIA, Roberto, *Hechos y actos jurídicos*, cit., p. 288

del contrato, y por supuesto la reparación de los daños causados durante la fase preliminar anterior a la formación del consentimiento.

De lo dicho podemos afirmar que es en los casos de nulidad absoluta donde se verifica de mejor manera la responsabilidad precontractual, ya que las causas que provocan esta nulidad, a diferencia de la rescisión, son insubsanables. Queda pendiente el análisis a profundidad de cada uno de los vicios, los que, como dijimos al inicio, sería imposible abordarlos por la naturaleza del trabajo empeñado.

3.3.2.2.2. *Supuesto de un contrato válido*

Si antagónico resultaba hablar de responsabilidad precontractual cuando de por medio existió un contrato, pues más opuesto resulta hablar de responsabilidad precontractual cuando existe un contrato válido.

Este caso de responsabilidad precontractual pone en tela de juicio y hasta en crisis lo que hasta hoy se ha venido sosteniendo que constituye el “supuesto de hecho de la responsabilidad precontractual”, en especial que medie necesidad de la “ausencia de consentimiento” como límite final, como regla de inclusión-exclusión (que en realidad ya se encontraba en crisis a partir de la revisión de la noción de contrato y del consentimiento como su elemento fundamental).³⁴⁷

La hipótesis de la responsabilidad precontractual en los contratos válidos fue desarrollada fundamentalmente en Alemania, y no así en Italia, Francia y España³⁴⁸, donde el ámbito de la culpa *in contrahendo* se limita a los casos de contratos inválidos, contratos que nunca llegan a perfeccionarse (apartamiento de las tratativas, revocación de la oferta, etc.), violaciones de los deberes de custodia y conservación.

³⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo, “La responsabilidad...”, cit., p. 715. El autor, al tratar este tópico, ya comentaba que “Puede ser difícil saber cuándo hay consentimiento en los casos de conformación sucesiva o compleja”.

³⁴⁸ Ha señalado Asúa González entre los fundamentos para no incluir este supuesto dentro del estudio de la culpa *in contrahendo* en el derecho español: a) La existencia de un contrato válido que resulta insatisfactorio. b) Que se caería en la creación de una categoría donde lo único que se destaca es el origen precontractual del acto lesivo.

No ha sido fácil establecer una línea demarcadora entre los supuestos de nulidad, los incumplimientos contractuales y los vicios de la cosa, ya que existen múltiples puntos de contacto entre estos.

A este supuesto se lo fundamenta en dos hechos que pueden presentarse de un contrato válido:

1. Que si bien un contrato puede adolecer de nulidad relativa³⁴⁹, la parte afectada por un error o dolo de la contraria puede decidirse a mantener el negocio y demandar únicamente por responsabilidad precontractual. En este caso se admite la posibilidad de que la parte afectada opte por ejercitar la acción de nulidad relativa o la acción de responsabilidad precontractual.

La autora española Asúa González, sobre el tema indica:

(...) lo que ahora se plantea es si quien ha incurrido en un error trascendente a los efectos anulatorios puede persistir en el contrato y solicitar una reparación por culpa in contrahendo; cabría pensar, quizás, que si alguien, pudiendo anular un contrato, no lo hace es porque no se considera perjudicado por su conformación y que por ello no puede esgrimir un defecto en ésta para solicitar la intervención de la responsabilidad por culpa in contrahendo. Más bien, sin embargo, se consideran la acción de anulación y la responsabilidad por culpa in contrahendo, manteniendo el contrato válido, como dos posibilidades a disposición del errans, quien podrá, de este modo, decidir cuál de las soluciones salvaguarda mejor sus intereses.³⁵⁰

Otra autora española, Paz García Rubio, sobre el tema escribe:

Muchos autores rechazan que, en el caso de que el contrato permanezca válido, puede afirmarse la pervivencia de una responsabilidad precontractual, ya que entonces la sanción de la falta infringida en el período preparatorio se encauzará a través de la responsabilidad contractual, en la que aquélla quedará absorbida. A nuestro juicio, esta tesis no es correcta, pues no resulta fácilmente comprensible que la realización de un acto doloso o culposo anterior a la celebración del contrato pueda significar una violación de las obligaciones dimanantes del mismo: el contrato estaría produciendo entonces un efecto retroactivo que no parece admisible

³⁴⁹ No incluimos el caso de la nulidad absoluta, ya que ésta puede ser declarada por el Juez con independencia de la alegación o no que hagan las partes, pues es su deber declararla cuando se presenta.

³⁵⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa...*, cit., p. 167 y 264 y ss.

2. Se relaciona estrechamente también con la temática de los vicios redhibitorios³⁵¹, donde, en opinión de Gonzalo Sozzo, la necesidad de que se trate de un defecto existente al momento de contratar hace que inevitablemente se esté en presencia de un incumplimiento de un deber precontractual de información, lo que transforma la temática de los vicios en una cuestión de formación del contrato.³⁵²

Si se presentan estos dos casos se estará ante el supuesto de responsabilidad precontractual en un contrato válido, a decir de varios autores.

El punto más conflictivo que ha traído este supuesto radica en que presenta numerosos puntos de contacto con la materia de la responsabilidad contractual³⁵³.

Lo que se trata de dilucidar aquí es cuándo se está frente al incumplimiento de un deber precontractual y cuándo ante la inobservancia de una obligación contractual; ello implica determinar cuándo el mismo deber precontractual no se transforma luego en una obligación contractual, siendo esta última la verdaderamente incumplida. Sólo serán, por tanto, incumplimientos precontractuales que autorizarán a accionar por culpa in contrahendo aquellos que no devengan en incumplimiento de alguna prestación³⁵⁴.

Otra de las críticas, sobre todo respecto del primer hecho señalado, es que el contrato no es propiamente un contrato válido, sino que lo que ocurre es que simplemente el sujeto activo de la acción de nulidad decide mantener el negocio, lo cual no implica que no adolezca de algún vicio.

Por ello es, en este punto de la responsabilidad precontractual en los contratos válidos, una cuestión secundaria; lo que realmente interesa averiguar es si mediando dolo de quien oculta un vicio de la cosa que debe entregar, la contraria puede mantener el contrato válido no ejercitando ni la acción redhibitoria con la correspondiente indemnizatoria, ni la

³⁵¹ Algunos autores ven en las acciones indemnizatorias con motivo de los vicios de la cosa, acciones típicamente contractuales, mientras que otro sector de la doctrina parece ver en ellas acciones precontractuales, pues limita la indemnización al interés negativo.

³⁵² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 465, tratando de marcar las diferencias entre los vicios redhibitorios y los casos de incumplimientos contractuales, señala que "(...) el vicio que da lugar a la evicción o los vicios redhibitorios, el 'germen patógeno', es coetáneo a la negociación misma [...] Tanto la evicción como los vicios redhibitorios se fundan en una causa anterior o contemporánea (arts. 2091 y 2164, CCiv.)"

³⁵³ Si ya de por sí la culpa *in contrahendo* se vincula estrechamente con la responsabilidad contractual, es en este supuesto donde la confusión se hace mayor.

³⁵⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa...*, cit., p. 182.

quanti minoris, y reclamar derechamente por culpa in contrahendo los daños al interés negativo. Ambas cuestiones se encuentran, sin embargo, vinculadas, pues evidentemente quienes sostengan la naturaleza contractual de los vicios redhibitorios de ninguna forman consentirán que se ejercite una acción por culpa in contrahendo.

3.3.2.2.1. Vicios redhibitorios

En la legislación ecuatoriana se encuentra normada una obligación general denominada de “saneamiento”,³⁵⁵ esta obligación es la que tiene el vendedor de una cosa respecto del objeto que se transfirió a favor del comprador y comprende a saber dos objetos: a. Amparar el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, esta obligación es conocida como “evicción”, y; b. Responder por los defectos ocultos de la cosa vendida, estos defectos son conocidos como “vicios redhibitorios”, que son de los que nos ocuparemos.

Vamos a partir del supuesto que los vicios redhibitorios, que como se dijo son defectos ocultos de la cosa vendida, tienen su origen en el *iter contractual*, es decir en la etapa de las tratativas previas.

Cuando la cosa objeto de la compra venta tiene un vicio que fue ocultado o que no pudo ser percibido por el comprador, estamos ante un vicio redhibitorio, respecto del cual, el vendedor tiene la obligación de saneamiento. El Art. 1797³⁵⁶ del Código Civil ecuatoriano dice: “Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.”³⁵⁷ De la norma citada se desprende que el comprador de una cosa

³⁵⁵ Art. 1777 Código Civil Ecuatoriano.- “La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios.”

³⁵⁶ El Art. 1800 del mismo cuerpo legal ratifica el texto del Art. 1797, e indica: “Lo vicio redhibitorio dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta o la rebaja del precio, según mejor le pareciere.”

³⁵⁷ En similar sentido se expresa el Art.2164 del Código Civil argentino: “Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella.”

afectada por un vicio oculto tiene dos alternativas³⁵⁸ cuando: pedir que se rescinda la venta o accionar con el propósito de que se rebaje proporcionalmente el precio. También se desprende que los vicios ocultos pueden afectar tanto a un bien mueble como a un bien inmueble. Respecto de la rescisión, o también llamada nulidad relativa, hemos hablado ya en extenso, por lo que tan sólo diremos que el comprador puede accionar y solicitar al juez que declare la nulidad del contrato por el error en cuanto al objeto o porque dolosamente el vendedor no informó sobre los defectos de la cosa, ya que de haberlos conocido el comprador jamás hubiera accedido a la compra. Este también constituye, en nuestro entender, un supuesto de responsabilidad precontractual, ya que la falta de información que provocó la nulidad³⁵⁹ se produjo justamente en la fase anterior al perfeccionamiento del contrato.

El autor colombiano Sergio Vásquez Barros, sobre el tema indica:

*(...) para que el saneamiento por vicios ocultos proceda ser requiere que éstos hagan impropia la cosa objeto del contrato para el uso al que se le destina o bien, disminuyan de tal modo ese uso que, de haberlo conocido el comprador con anterioridad a la adquisición, no la hubiese adquirido o habría dado pagado menos precio por ella.*³⁶⁰

*Los vicios de los vicios redhibitorios radican en que la obligación del vendedor no queda extinguida con la simple entrega de la cosa, si ésta carece de las cualidades propias para su finalidad o uso, y que ha convencido y llevado al comprador a su adquisición, es por ello, que debe responder de la integridad y cualidades aparentes que tuvo la cosa antes de la puesta a disposición de la misma en manos del comprador.*³⁶¹

³⁵⁸ Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 13. Pág. 2876. (Quito, 15 de Noviembre de 1976): “El Art. 1824 del Código Civil define la acción redhibitoria, como aquella que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble. El Art. 1827 ibidem, estatuye que éstos dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta o la rebaja del precio según le pareciere”

³⁵⁹ Art. 1698.- “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.” (el subrayado me pertenece)

³⁶⁰ VASQUEZ, Sergio, “Saneamiento por vicio ocultos”, Revista de Derecho vLex, Num. 68, Mayo 2009, pág

1.

³⁶¹ Ibidem, pág 2

Los requisitos para que proceda este saneamiento por vicios ocultos son tres³⁶²: oculto, anterior y grave.

- a. Oculto.- este requisito se deriva del numeral tercero del artículo 1798 del Código Civil ecuatoriano, que indica: “3a.- No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.”³⁶³. Por oculto entendemos el vicio que afecta la cosa pero que no es susceptible de apreciarse a simple vista, habida cuenta de que el comprador tuvo el cuidado suficiente al momento de analizar la cosa objeto de la compra venta. Si el vicio era apreciable a simple vista o si el comprador tenía la experticia suficiente que por su profesión podía darse cuenta del vicio, y no lo manifestó al tiempo de la venta, pues no podrá interponer acción redhibitoria ya que se entiende que su intención fue adquirir la cosa en el estado en que se hallaba y que el precio pactado fue justo en relación al estado de la cosa.

Pongamos un ejemplo, un ciudadano cualquiera desea adquirir un vehículo, para lo cual acude a un patio de autos y escoge uno ya que aparentemente se lo ve nuevo y tiene un kilometraje apropiado. Pasados pocos días, el auto empieza a dar serios problemas, por lo que acude a su mecánico de confianza quien le manifiesta que el auto está en condiciones inapropiadas para circular ya que se debe cambiar el embrague, las pastillas de frenos y a decir del mecánico, el kilometraje ha sido adulterado. En este caso estamos frente a un vicio redhibitorio, ya que para el ciudadano común no es sencillo darse cuenta de detalles

³⁶² Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 1. Pág. 37. (Quito, 20 de octubre de 1982): “(...) Conforme al texto del Art. 1825 del Código Civil, los vicios redhibitorios para ser tales deben reunir, de modo concurrente, las siguientes calidades: 1.- Haber existido al tiempo de la venta; 2.- Que por ellos la cosa vendida no sirva para el uso natural o sólo sirva imperfectamente, de manera que se presuma que, conociéndolos el comprador, no la hubiera comprado, o la hubiere comprado a mucho menos precio; y 3.- Haber el vendedor guardado un deliberado silencio sobre los mismos, y ser de tal naturaleza que el comprador los haya podido ignorar sin negligencia grave de su parte, o que no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión. Así pues, incumbía al actor demostrar de modo fehaciente, inconcuso e irrefragable de autos todos y cada uno de los elementos que generan los vicios redhibitorios y hacen jurídicamente procedente la acción redhibitoria.”

³⁶³ Art. 1798 Código Civil ecuatoriano, En el mismo sentido se expresa el Art.2170 del Código Civil argentino: “El enajenante está también libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio.”

mecánicos que sólo un experto y luego de una revisión completa podría hacerlo. El comprador, al haber adquirido la cosa de buena fe, tiene derecho a que se le rebaje el precio pagado por el vehículo o se rescinda el contrato.

En el ejemplo citado se aprecia la importancia que tiene la buena fe precontractual y en especial uno de los deberes precontractuales, el de información³⁶⁴. La falta de información sobre la cosa que versa el acto o contrato, provoca que el consentimiento sea viciado y por ende, a nuestro entender, se incurre en responsabilidad precontractual, puesto que el vicio se originó durante las tratativas previas.

b. Anterior.- En este punto me remitiré al autor colombiano que estamos siguiendo.

Los vicios han de concurrir en la cosa objeto del contrato con anterioridad al perfeccionamiento al mismo, habida cuenta que los defectos sobrevenidos con posterioridad corren a cargo del propietario de la cosa desde el momento en que se manifiestan o se hacen presentes aunque no se manifiesten de inmediato. (...)

*Cuestión distinta es como resolver cuando el vicio es posterior al perfeccionamiento del contrato pero su causa originaria es anterior a la venta; (...)*³⁶⁵

Para su estudio importa mucho la cualidad de anterior del vicio, ya que como dice el autor colombiano, de ser posterior el defecto de la cosa, el vendedor no tendrá la obligación de saneamiento si no conocía ni podía conocer que la cosa a futuro tendría un defecto. Recordemos que desde el comprador entra en posesión de la cosa adquirida, corren de él los riesgos de la cosa. El Art. 1798, en su numeral 1 dice: “*Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes: 1.- Haber existido al tiempo de la venta; (...)*”³⁶⁶.

c. Grave.- por grave entendemos aquel vicio que de haberlo conocido el comprador, no hubiere adquirido la cosa o hubiere pagado un precio inferior por ella.

³⁶⁴ Art. 1801.- “*Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, estará obligado no sólo a la restitución o rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios. Pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo estará obligado a la restitución o rebaja del precio.*”

³⁶⁵ VASQUEZ, Sergio, “Saneamiento por vicio ocultos”, Revista de Derecho vLex, Num. 68, Mayo 2009, pág 1.

³⁶⁶ Art. 1798 Código Civil ecuatoriano, numeral 1ro.

La gravedad del vicio vendrá dado por el uso o destino que se le vaya a dar al bien adquirido. Como en la mayoría de los casos sucede, cuando aparece un vicio, las partes no suelen ponerse de acuerdo para arreglarlo, por lo que deberán acudir a un juez para que determine la gravedad del vicio y si en verdad la intención de las partes fue diferente y por el vicio sobreviniente, se ha afectado dolosamente al comprador.

Es importante analizar el texto del Art. 1801, que indica

Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, estará obligado no sólo a la restitución o rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios. Pero si el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo estará obligado a la restitución o rebaja del precio.

Como se aprecia del texto citado, el vendedor de la cosa, haya conocido o no los vicios, estará siempre obligado a la restitución o rebaja del precios, pero si los conocía y no los informó, deberá pagar los daños y perjuicios³⁶⁷. Este articulado, en nuestro entender, muestra una regulación, aunque oculta, de responsabilidad precontractual, ya que se le está imponiendo al vendedor el “deber de información” precontractual y en caso de violación lo hace responsable de los daños y perjuicio que su actuación desapegada la buena fe provoque a la contraparte.

Para finalizar me parece menester citar las partes importantes de la sentencia dictada el 26 de marzo de 1998 a las 09H00 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex – Corte Suprema de justicia, dentro del juicio No. 224-96, que siguió Manuel Rosales en contra de Intercoff, publicada en el Registro Oficial No. 319 del 18 de mayo de 1998, donde a nuestro entender, se verifica un caso de responsabilidad precontractual por vicios redhibitorios:

VISTOS: En el juicio que por acción redhibitoria sigue el Dr. Manuel Rosales Cárdenas en contra de INTERCOFF C.A., el Juez Segundo de lo Civil de Pichincha acepta la demanda y condena a la demandada a devolver al actor la diferencia de precio que existiere entre una fotocopiadora marca Panasonic en capacidad de producción de 4000 copias por Toner y la

³⁶⁷ En este mismo sentido se ha expresado la legislación argentina, en el Art.2176 del Código Civil argentino dice: “Si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescisión del contrato.”

que realmente produce que es materia de la demanda. Elevada la causa en apelación la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Quito, en sentencia de segunda instancia, revoca la sentencia subida en grado y, consecuentemente, rechaza la demanda. (...), para resolver considera:

PRIMERA.- En los contratos de compra-venta mercantil, las obligaciones del vendedor se reducen generalmente a dos: entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida. La obligación de saneamiento, llamada también de garantía, se clasifica en saneamiento por evicción y saneamiento por vicios ocultos. Es una consecuencia de la obligación de entrega, por que el vendedor en definitiva está obligado a entregar la cosa vendida tal como se ha convenido en el contrato. El saneamiento por vicios redhibitorios está reglado el Art. 191 Código de Comercio que recurría al Código Civil normas de la compra-venta y entre ellas al Art. 1825 relativo a la acción "quantum minoris", objeto de la demanda, contenidas por el párrafo 8o., título XXII, libro Cuarto del Código Civil. **En un contrato de compra-venta se entiende que el comprador adquiere la cosa en consideración a sus cualidades, especificaciones generales y técnicas de la oferta. Si al utilizar la cosa comprada detecta que ésta tiene un vicio o defecto que no lo advirtió ni podía advertirlo por ser oculto al momento de la compra-venta, puede ejercitar la acción redhibitoria,** por que el vendedor que le transfirió la cosa a título oneroso le debe garantía por la misma. Según el Art. 1824 del Código Civil, "Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios". **Esta norma legal nace de las reglas que rigen a los contratos, según las cuales los contratos deben ejecutarse de buena fe** y, por consiguiente, obligan no solo lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenece a ella. En esta virtud un vendedor cuando una cosa vendida tiene algún defecto que él desconocía al momento de la compra-venta y que no lo pudo conocer con mediana diligencia, debe cambiar la cosa, rescindir el contrato o rebajar el precio, es decir ejecutar de buena fe aquel contrato. **De otro lado, hay que tomar en cuenta que el vicio oculto de la cosa produce un error y si el vendedor lo conocía y no lo manifestó inclusive habrá un engaño en el adquirente que podría hasta viciar su libre voluntad o discernimiento.** El Art. 1825 del Código Civil señala taxativamente los requisitos o presupuestos de los vicios redhibitorios (...). De acuerdo con el Art. 1835 del Código Civil, si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el numeral segundo del Art. 1825, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta, sino solo para la rebaja del precio; (...) SEGUNDA.- De los instrumentos agregados (...) INTERCOFF C.A., el 30 de octubre de 1991, ha vendido al doctor Manuel Rosales Cárdenas una copiadora Panasonic, modelo 1510, con todos sus accesorios "standard", nueva de fábrica. INTERCOFF C.A., se compromete a respetar todas las garantías expuestas en la oferta presentada. En dicha oferta, que forma parte del contrato se señala explícitamente que el toner tendrá la capacidad de 4000 copias, del valor por unidad de S/. 8,25 y un costo total por copia en papel de S/. 10,70 por lo tanto; esta garantía respecto de la capacidad del toner constituye un convenio por el cual se constituye un vicio redhibitorio lo que naturalmente no lo es, o sea, el número de copias que ha de rendir el toner. En las dos inspecciones judiciales practicadas por el juzgado, (...), el Juez ha verificado personalmente que el rendimiento del toner es solamente de 2744 copias; es decir hay una diferencia de rendimiento entre las características que se determinan en la compra-venta y la que realmente ha producido la máquina copiadora de 1256 copias por toner. El informe pericial presentado por Diego Tuza Quilumba no hace sino confirmar lo que el Juez ha observado en las inspecciones judiciales; (...) TERCERA.- **El numeral segundo del Art. 1825 del Código Civil, citado anteriormente, establece que los vicios redhibitorios pueden ser: a) Tales que por ello la**

cosa vendida no sirva para su uso natural, o b) Que por ellos la cosa sirva imperfectamente. Al emplearse en la redacción de este numeral la conjunción disyuntiva "o" se deja en claro que el comprador afectado por un vicio oculto en la compra-venta de una cosa puede intentar la acción redhibitoria no solo cuando la cosa es impropia para su destino sino también cuando el vicio hace que la cosa sirva imperfectamente; esto es que el vicio disminuye el uso que de la cosa se pueda realizar; que la cosa no sirva con el grado de bondad o excelencia que se determinó en las especificaciones técnicas al momento de la compra-venta. La sentencia de segunda instancia recurrida incurre en un error de juicio o juzgamiento al considerar que la acción redhibitoria deducida por el doctor Manuel Rosales Cárdenas no procede porque la cosa si sirve para su uso por hallarse en perfectas condiciones, desestimando la otra causal para la acción redhibitoria de que la cosa vendida debido al vicio oculto sirva imperfectamente. CUARTA.- De acuerdo con el Art. 1827 del Código Civil, el comprador en casos de vicios redhibitorios puede optar ya sea por exigir la rescisión del contrato o ya sea la rebaja del precio. Esta segunda opción, llamada en el derecho romano "cuanti minori", es la que ha planteado el doctor Manuel Rosales Cárdenas, quien en su demanda reclama: la rebaja del precio de la fotocopiadora materia de la compra-venta en un 50% del valor pagado, considerando que la vida útil de la máquina es de por lo menos 10 años, y al pago de daños y perjuicios, puesto que Intercoff C.A., en razón de su especialización, negocio y fines que persigue la compañía estaba en conocimiento de que la máquina fotocopiadora como máximo podía producir 3000 copias y en la actualidad solo produce 2500. El demandante tiene derecho a que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se le reconozca los intereses legales, en mérito de lo contemplado por el Art. 1602, regla segunda, del Código Civil. Esta acción, con arreglo al Art. 1836 ibidem no se halla prescrita por no haber transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la compra-venta hasta la fecha de citación con la demanda en que se interrumpió la prescripción. Por las consideraciones expuestas (...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia recurrida y declara con lugar la demanda. En consecuencia, se dispone la rebaja del precio de compra-venta en la parte proporcional a la disminución del rendimiento de la máquina copiadora, que se fijará pericialmente, con los intereses legales respectivos, computados desde el momento del pago del precio hasta la cancelación de la rebaja del mismo. Con las Costas, en quinientos mil sucres se regulan los honorarios del doctor Manuel Rosales Cárdenas de los que se retendrá el porcentaje legal para el Colegio de Abogados. Notifíquese y devuélvase. Fdo.) Dres. Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Tito Cabezas Castillo, Ministros Jueces.

Luego del análisis de esta sentencia podemos afirmar que uno de los supuestos que origina responsabilidad precontractual es el caso de los contratos válidos, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a. Que la cosa objeto del contrato se vea afectada por un vicio redhibitorio.
- b. Que el vicio o la causa que origina tal, sea anterior al perfeccionamiento del contrato.

- c. Que el afectado, al momento de interponer la reclamación, opte por mantener el contrato vigente ³⁶⁸pero solicitar la rebaja del precio.
- d. Que el comprador no haya tenido ni podido tener conocimiento del vicio que afectaba la cosa.

³⁶⁸ Si el comprador opta por la acción rescisoria, estaríamos frente a una nulidad relativa por vicio redhibitorio. Si bien a nuestro parecer este también es un supuesto que origina responsabilidad precontractual, es importante diferenciar las dos figuras ya que bajo el supuesto de nulidad el contrato se entiende que jamás existió, en cambio, al optar por la rebaja del precio, se opta por mantener el contrato pero con rebaja de precio. El caso planteado en la jurisprudencia es perfecto para ilustrar la diferencia descrita.

CAPÍTULO IV.-

4. Estudio del alcance de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad precontractual

Como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, no existe en la legislación ecuatoriana normas relativas a la responsabilidad precontractual, por lo que no encontraremos regulación que determine la extensión del resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por incurrir en responsabilidad precontractual. Dada esta circunstancia, para abordar este capítulo nos basaremos en legislación, jurisprudencia y doctrina extranjera.

Antes de adentrarnos en el estudio de este capítulo, debemos indicar que cada uno de los supuestos analizados en el capítulo precedente tiene una distinta extensión en cuanto al resarcimiento del daño, ya que como hemos venido sosteniendo, mientras más certeza se tenga que se celebrará el acuerdo potencialmente será mayor será el daño causado. Es así que no podemos dar el mismo tratamiento al supuesto en el cual no se celebró ningún acuerdo, que al supuesto en que el contrato se dio pero fue declarado nulo.

En este punto debemos adelantar una de las conclusiones de nuestro trabajo, ya que de la naturaleza jurídica que se otorgue a la “responsabilidad precontractual”, dependerán las normas aplicables al resarcimiento de los daños y perjuicios. De considerarse de origen contractual estaríamos ante un incumplimiento que puede ser doloso o culposo, dependiendo de lo cual variará la medida del resarcimiento. De considerarse extracontractual, es decir proveniente de un hecho ilícito, se deberá indemnizar todo el perjuicio que tenga relación con el hecho que generó la responsabilidad. Nos inclinamos por la segunda alternativa³⁶⁹, ya que, desde la óptica de los daños causados, no se podría hablar de incumplimiento contractual puesto que no existe un acuerdo (salvo el caso de los

³⁶⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado BREBBIA, R. “Responsabilidad Precontractual”, pág 108. “(...) la obligación de resarcir existente en tales casos debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y lucro cesante (...) y se extiende a las consecuencias que normalmente derivan del hecho productor de responsabilidad”

contratos válidos afectados por un vicio); lo que nos lleva a concluir que jamás la parte afectada puede solicitar el pago de los daños y perjuicios como si se hubiera llegado a un acuerdo, pese a que la doctrina actual a llegado a sostener que la indemnización por daño precontractual puede incluso superar al resarcimiento producto de incumplimiento contractual, tal como veremos más adelante.

Mucho se ha debatido sobre el “daño”, sus requisitos, alcances y forma de repararlo. Esto se debe principalmente a que el daño es el presupuesto principal del derecho de la responsabilidad civil.

El concepto más antiguo de daño, es el que se conoce en la partida 7ma tit. VI, ley 3ra que define (...) como el empeoramiento, menoscabo o detrimento que un hombre recibe en sí mismo, o en sus cosas por culpa de otro. Monoscabos o perjuicios, es lo mismo que la privación del interés, de utilidad, de provecho, de ganancia o de lucro, como fenómeno físico, el daño significa nacimiento o perjuicio, vale decir, aminoración o alteración de una situación favorables.³⁷⁰

La responsabilidad precontractual, como hemos dejado claro, no se encuentra regulada en la legislación ecuatoriana, y cabe afirmar que la reparación del daño provocada por ésta responsabilidad, tampoco está regulada en los países con legislación más avanzada, tal es el caso de Italia, España, Argentina, Portugal, etc., por lo que al daño precontractual, en cuanto a sus requisitos y la extensión de su resarcimiento, le serán aplicable los principios generales contenidos en la materia de daños y perjuicios.

Decimos entonces que el daño precontractual debe contener los mismos requisitos que la doctrina exige para los daños en general, esto es: que el daño sea cierto³⁷¹, cuantificable y específico³⁷². A más de esto debemos imponer otro requisito (de tinte procesal), que sea susceptible de prueba, ya que en caso contrario no valdrá la existencia de los tres requisitos antes mencionados pues el afectado no podrá probar la ocurrencia del mismo y a su vez el Juez tampoco podrá imponer una sanción.

Entonces,

³⁷⁰ STIGLITZ, R y G, “Responsabilidad precontractual”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 40.

³⁷¹ Como cierto entendemos que debe haber certidumbre respecto de su ocurrencia y existencia misma.

³⁷² Como específico se entiende aquel que afecta patrimonialmente al afectado, de un modo especial e individual.

“(…) Puede decirse por consiguiente, que el daño debe ser cierto (o sea, debe haber certidumbre sobre su existencia misma), debe ser ocasionado por la parte negociante, o por sus auxiliares a título de culpa, dolo o simple mala fe, y el actuar ilícito debe haber violado un derecho subjetivo perteneciente al damnificado. A parte de ello, debe encontrarse ligado por una relación de causalidad adecuada con el hecho que determinó la responsabilidad del agente.”³⁷³

4.1. Detrimento patrimonial.-

La idea de la reparación de una daño nace necesariamente de un requisito *sine qua non*, esto es que exista un detrimento patrimonial provocado por uno de los precontrayentes hacia su contraparte. *“Si en el transcurso de las negociaciones, con ocasión de la no conclusión del contrato una de ellas causa un detrimento patrimonial a su contraparte, ésta tiene la obligación de reparar los perjuicios que causa, de conformidad con el principio general de neminem ledere, el cual es aplicable a cualquier tipo de responsabilidad.”³⁷⁴*

En esta parte de nuestra tesina seguiremos el trabajo de Vladimir Monsalve Caballero, ya que consideramos que su trabajo aporta con claridad y suficiencia a nuestros objetivos. El mencionado autor, tratando el tema del detrimento patrimonial se plantea la siguiente interrogante: ¿Qué es indemnizable?

Monsalve inicia planteándose el problema de la distribución del riesgo, para lo cual se apoya en lo escrito por el italiano Nanni. Este autor, a decir de Monsalve,

nos presenta un panorama completo y detallado, sobre la distribución del riesgo y sobre las circunstancias que se puede matizar determinando si los daños producidos por la ruptura de las negociaciones deben ser asumidos por cada una de las partes, o si por el contrario, deben ser reparados de conformidad con el principio de la buena fe.³⁷⁵

Nótese que existe una discordancia entre la tesis ampliamente sostenida de que antes de la formalización del acuerdo no existen obligaciones entre las partes y por ende cada una debe asumir los riesgos de las negociaciones; a diferencia de la postura que venimos sosteniendo

³⁷³ MONSALVE, V., “Responsabilidad Precontractual”, Ibañez, Bogotá, 2010, pág 366

³⁷⁴ Ibidem, pág. 366

³⁷⁵ Ibidem, pág. 367

a lo largo de este trabajo. Vale recalcar que nuestro afán no es ahuyentar a los negociante sino dotar de reglas garantistas para los precontrayentes durante el *iter negocial*.

La exigencia de distribuir entre las partes el riesgo de los perjuicios (creemos que el autor quiso decir perjuicios), está satisfecha por la individualización de las circunstancias que han determinado la ruptura de las negociaciones: si de tal examen el motivo que ha inducido una parte para apartarse de los tratos resultan justos, éstos serán conformes al parámetro de la buena fe precontractual, cada contratista soportará las consecuencias de un riesgo que siempre es inherente a los gastos realizados cuando el vínculo aún no se ha perfeccionado; en el caso contrario (y, si lo recuerdan, estando en presencia de una negociación justa en fase de una fundada legítima confianza), el ejercicio del potestativo derecho para retirarse de la negociación, lo demuestra abusivo y determina por tanto un perjuicio que no debe ser distribuido el cual siempre será consiguiente a la interrupción de la relación precontractual.³⁷⁶

A manera de conclusión anticipada, Monsalve manifiesta: “(...) el daño resarcible en virtud de la responsabilidad precontractual debe haber sido originado por la situación de confianza y guardar con ella una estrecha relación”. Estamos plenamente de acuerdo con lo sostenido por el mencionado autor, ya que a lo largo de nuestro trabajo hemos venido sosteniendo que la “confianza” debe ser el parámetro para determinar la existencia de responsabilidad precontractual, ya que donde no existe confianza en la conclusión de un acuerdo no cabe hablar de daño y peor aún de reparación, puesto que previo a que se genere la confianza, cada una de las partes debe asumir el riesgo de la negociación.

Siguiendo a Monsalve, éste realiza una clasificación sobre lo que debe considerarse indemnizable y lo que no; de esta manera podremos delimitar el campo de estudio a los supuestos que provocan responsabilidad y causan daño. El autor divide en: a) gastos espontáneos o especulativos, y; b) gastos provocados.

a. Los gastos espontáneos o especulativos.- (...) Ellos se caracterizan porque una de las partes los ejecuta normalmente en el ejercicio de su actividad, como la publicidad, la capacidad instalada en los establecimientos, en fin, todos aquellos gastos que desembolsa aquél que desarrolla una actividad económica en general, o son los que constituyen un riesgo implícito de todo negocio, o los ejecutados en interés exclusivo.

Por ello, no son resarcibles (aunque la ruptura de las conversaciones no presente causa de justificación), los gastos que de todas formas habría que realizar para iniciar

³⁷⁶ Nanni, L., “La trattative” I contratti in generale, tomo III, Utet, Torino, 1991, pág. 28. Respecto de la cita consideramos poco apropiada hablar de “contratantistas” ya que se trata de la fase anterior al perfeccionamiento del acuerdo.

las negociaciones. En el curso de la preparación de un contrato, los interesados están obligados a efectuar gastos, o a asumir riesgos considerables. (...)

- b. *Los gastos provocados.- (...) los cuales se caracterizan (...), porque son efectuados con ocasión a la manifestación conjunta de la voluntad que tienen las partes, producto de los avances de la negociación. Por tal circunstancia éstos, si están llamados a ser resarcidos. De tal forma, si existe un consentimiento mutuo o interés común en la realización de determinados gastos como planos, presupuestos, proyectos, etc., en ese instante, esos gastos consentidos deberán ser resarcidos del patrimonial de aquél que los ha ejecutado. En consecuencia, si una de las partes se retira de las conversaciones sin concurrir al pago, será justo que la otra pueda demandarle indemnización por un monto equivalente a la parte no aportada que debía cubrir el que se retiró. Por una parte, esta solución se justifica en el comportamiento conforme a la buena fe (que debe presidir los tratos), y por otra, la equidad aconseja que en el transcurso de la preparación del consentimiento los patrimonios de los tratantes no se vean injustificadamente deteriorados o disminuidos. (...).*

Ahora, lo que sucede es que si esos gastos se ejecutan porque obedecen a una apariencia creada, como si se le hace aparecer como imprescindible, aunque no se ordene hacerlo, en tal caso, por depender directamente de los que si fueron acordados, tendrán su fundamento resarcitorio.³⁷⁷

Lo dicho por el autor que seguimos es por demás importante para continuar con nuestro estudio, puesto que ha quedado claro que antes de la concreción de un acuerdo pueden existir dos tipos de gastos, los unos que dan derecho a resarcimiento y los otros que no. Decimos que, para que existan gastos provocados que dan derecho a reparación, entre las partes deben existir consentimiento en tratar o negociar y además debe existir una manifestación de voluntad que mueva a efectuarlos o que exista una apariencia de que dichos gastos son necesarios e indispensables para el normal desarrollo de las negociaciones; en tanto que, los denominados gastos espontáneos, no pueden ser exigidos ya que son realizados por pura liberalidad de una de las partes y sin que haya existido entre ésta y otra persona el acuerdo para negociar.

Esta postura, a nuestro modo de interpretar, tiene una doble fundamentación, por un lado se busca impedir el enriquecimiento injusto y por otro lado, aplicando un principio general de derecho, el que hace algo, debe soportar los riesgos de sus actos. Debemos recordar que las partes están “obligadas a conducirse con diligencia y consideración al interés de la otra parte, lo

³⁷⁷ MONSALVE, V., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 368 y 369.

que les permite esperar legítimamente comportamientos recíprocos durante todo el proceso del iter contractual.”³⁷⁸

Lo dicho hasta aquí ratifica el camino que decidimos seguir en el presente trabajo, esto es que la violación de los deberes de la buena fe, que deben presidir los tratos preliminares o negociaciones, da lugar a que exista responsabilidad y por ende la parte afectada esté en posición de demandar el resarcimiento de los daños provocados. Relacionando lo dicho en el capítulo precedente, debemos concluir diciendo que los gastos provocados sólo son posibles cuando entre las partes ha existido confianza en que el negocio llegará a un acuerdo concreto, es decir, donde no existe confianza no habrá responsabilidad precontractual, y los gastos incurridos con anterioridad deberán *“ser soportados por la víctima, puesto que será el resultado de una actitud aventurada al efectuar desembolsos que tal vez el estado de las negociaciones no justificaba.*”³⁷⁹

4.2. Teoría del Interés Negativo y Positivo

La base de la construcción de la teoría de la responsabilidad precontractual se la debemos al maestro alemán Ihering, quien también se ocupó de la extensión de resarcimiento. *“Ihering³⁸⁰ sostuvo la idea de que en el ámbito de la responsabilidad precontractual debe indemnizarse el daño al interés negativo y en la órbita contractual el daño al interés positivo.*”³⁸¹

El daño al interés negativo procura colocar al damnificado en la misma situación que hubiera estado de no haber entrado en las tratativas; mientras que el daño al interés positivo consiste en reparar todos los perjuicios que acarrea el incumplimiento del contrato en su etapa de ejecución, intentando posicionar al contratante in bonis en la misma situación que podría estar si el contrato se hubiera cumplido por la contraria.

³⁷⁸ *Ibidem*, pág. 370

³⁷⁹ *Ibidem*, pág. 370

³⁸⁰ Para entender lo dicho por Ihering es importante recordar que este autor parte de la existencia de una oferta como tal. Sobre esto hemos dicho que para nuestro estudio lo relevante es la “certeza” que tenga la parte afectada de que se realizará el contrato, y no la existencia de una oferta.

³⁸¹ SOZZO, G., “Antes del contrato”, pág 217

*Normalmente se entiende que en la noción de interés negativo se incluye el daño originado en los gastos que se han efectuado con motivo de las negociaciones y las pérdidas de chances de perfeccionar otros contratos.*³⁸²

La parte damnificada por la no formalización de un contrato válido puede tener interés en que se ejecute el contrato (interés positivo), o bien en que no se ejecute el mismo (interés negativo). Tomando como un ejemplo el caso de un contrato de compraventa, el vendedor tendrá derecho a pedir, en virtud del interés positivo, todo el dinero equivalente a lo que le hubiera correspondido si el contrato se ejecutara, es decir la diferencia de precio entre el valor de la cosa vendida y el precio de venta. En cambio, si opta por el interés negativo, sólo puede reclamar lo que le hubiere correspondido si el hecho exterior de la conclusión del contrato no hubiera existido nunca, o sea el reintegro de los gastos. El interés positivo tiene por base la validez del contrato; el interés negativo, la nulidad del convenio o la no formalización del mismo.

La discusión se ha centrado en el hecho de saber si en los casos de responsabilidad precontractual se debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante o sólo el primero. La tesis amplia sostenida por Ihering, fue respaldada por otros autores como Fagella, Saleilles, Spota, María Paz García Rubio³⁸³ y Stiglitz, para quienes el resarcimiento comprendía el daño emergente y el lucro cesante. En oposición, y considerando que sólo comprende el daño emergente, tenemos a Lafaille.

Sobre este punto, Asúa González escribe:

“El interés contractual negativo y su opuesto, el interés contractual positivo, se apoyan respectivamente, valga la redundancia, 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: cumplimiento. El negativo, sin embargo, 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 ávido 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 (si no 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

³⁸² Ibidem

³⁸³ GARCÍA, M. “La responsabilidad”, pág 28

ganancias dejadas de obtener en relación a negocios que se desecharon por preferir en que al final resultó inválido³⁸⁴ (lo subrayado me pertenece)

Si bien la autora, analizando a Ihering, considera sólo el caso de los contratos nulos, creemos que lo dicho es aplicable a todos los supuestos de responsabilidad precontractual donde se haya levantado una expectativa certera de que el acuerdo era inminente³⁸⁵.

Para aclarar la diferencia entre el daño al interés negativo y positivo nos remitiremos a lo manifestado por María Paz García Rubio:

*En lo que sí parece haber unanimidad es en computar, como elementos integrantes del interés negativo y en la línea marcada por Ihering, tanto los gastos útilmente realizados (daño emergente) como la frustración de ganancias (lucro cesante). Entre los daños emergentes deben computarse: derivados de los tratos truncados (viajes, etc.), de la estipulación de un contrato que a la postre resultó inválido (asistencia legal, documentación, etc.). Mayores dificultades presente la determinación exacta del lucro cesante indemnizante; éste se concreta sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero, así como las ventajas que de ello derivarían, lo que exige demostrar la existencia efectiva y no sustentada por meras conjeturas de otras oportunidades negociables, prueba siempre dificultosa.*³⁸⁶(Lo subrayado me pertenece)

La misma autora trae un ejemplo que considero esclarecedor para delimitar lo que se debe entender por lucro cesante, tanto en el supuesto de daño al interés positivo y negativo:

*Pero si la vinculación de V y C quedó en la etapa de las tratativas precontractuales, y fue rota intempestivamente por V, el daño al interés negativo que sufre C es el derivado de los gastos y el lucro cesante que haya sufrido, por ejemplo, si con miras a concretar esa compra hizo un viaje desde otra provincia y abandonó entre tanto sus propios negocios. Pero C, en tal caso no podrá reclamar nada referido concretamente a la venta fallida – por ej., el lucro cesante por no haber podido dar la casa en alquiler –, porque esto excede la órbita del interés negativo y pertenece a la del interés positivo o cumplimiento.*³⁸⁷

En este mismo sentido, Rubén y Gabriel Stiglitz, citados por Gonzalo Sozzo, dicen que el daño al interés negativo cabe cuando se verifica una:

³⁸⁴ ASUA GONZALEZ, C., “La culpa ...”, pág 28

³⁸⁵ Remito al lector a releer el ejemplo del restaurant citado al estudiar el supuesto en que se entró en tratativas sin la intención de llegar a un acuerdo.

³⁸⁶ GARCÍA, M. “La responsabilidad”, pág 232 y 233.

³⁸⁷ Ibidem, pág., 219 y 220

(...) hipótesis de frustración del contrato, en las cuales se vulnera el interés “de confianza” de la parte perjudicada, o interés negativo (...). En estos casos, se resarce el daño, consistente en la situación patrimonial negativa en que queda el perjudicado, con motivo de los gastos incurridos. Obligaciones contraídas u otras oportunidades perdidas a raíz de haber creído en la conclusión o eficacia del negocio (...). La disminución patrimonial que el sujeto no hubiese sufrido de no haber confiado en el estado de las tratativas (daño emergente), y las ventajas que habría de otra forma conseguido (lucro cesante), por ejemplo, de haber vendido a otro o comprado a otro, el mismo objeto del contrato en cuya formación creyó, luego frustrado. (...) Así definido, el interés negativo comprende – insistimos – tanto el daño emergente (por ej., gastos de envío de una cosa vendida, en función de un contrato luego anulado), como al lucro cesante, consistente en las ganancias dejadas de percibir por no haber realizado ese mismo negocio con otra persona (en razón de haberlo dejado de lado para poder vender la cosa a quien luego por su culpa generó la nulidad del contrato).³⁸⁸ (Lo subrayado me pertenece)

Nótese el subrayado del texto citado. Los autores no hacen mención a la oferta, sino a la confianza generada por el precontrayente infractor. Lo dicho por estos autores, a nuestro entender, guarda una estrecha relación con la posición mantenida en este trabajo.

El Despacho de las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín 1992, en la parte debatida sobre los daños resarcibles dice:

(...) 7. Daños resarcibles: Son indemnizables todos los daños patrimoniales y morales vinculados en relación de causalidad adecuada con el hecho generador de responsabilidad (unanimidad)

8. El quid del daño al interés positivo y del daño al interés negativo: Despacho A: El distingo entre el daño al interés positivo y el daño al interés negativo (o de confianza) es válido para ser aplicado a las cuestiones tratadas (Bueres, Gesualdo, Agoglia, Boragina, Meza Burgos, Mainard, Laveglia, Casiello, Andorno, Nicolau, Laplacette, Vásquez Ferreyra, Lorenzetti). Despacho B: El distingo entre el daño al interés negativo y el daño al interés positivo significó, en su hora, un avance en la evolución de la doctrina. Empero, su rigidez y equivocidad lo hacen inconveniente, debiendo precisarse los daños resarcibles (Mosset Iturraspe, Gldenberg, Lloveras de Resk)³⁸⁹

Encontramos un fallo de la Corte Nacional Argentina, en la cual, tratándose de un caso de responsabilidad precontractual, se manda a indemnizar de la siguiente manera:

a) debe indemnizarse el daño al interés negativo; b) que esta noción incluye los gastos efectuados durante las negociaciones y la ganancia dejada de percibir por no haber realizado otras operaciones dejadas de lado, esto es, se indemnizan daños patrimoniales;

³⁸⁸ STIGLITZ, R y G., “Responsabilidad precontractual”, pág 53 a 56.

³⁸⁹ MOSSET, J., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 284.

*c) que no corresponde indemnizar el lucro cesante, ya que este rubro forma parte de la idea de daño al interés positivo.*³⁹⁰

La teoría del interés negativo originada a raíz del estudio de Ihering, ha venido sufriendo cambios importantes conforme se han aumentado los supuestos de responsabilidad precontractual y es así que actualmente, si bien es la base donde se asienta la extensión del resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia actual han rebasado los límites de la teoría del interés negativo, llegando incluso a aceptar el resarcimiento por daño moral, tal es el caso argentino.

Nos inclinamos también por aceptar la conclusión mayoritaria a la que arribaron varios autores en las V Jornadas Bonaerenses, sobre todo en lo que respecta al resarcimiento del daño moral. *“El resarcimiento en materia de responsabilidad precontractual debe cubrir, a nuestro juicio, la reparación del daño patrimonial y moral originados por el hecho ilícito.”*³⁹¹

“(…) Basta recordar en este momento que deben considerarse como propiciando la reparación del daño moral en materia precontractual, aunque no lo digan expresamente, todos aquellos autores y tribunales que admiten el resarcimiento de tal agravio en los supuesto de hechos ilícitos civiles³⁹², dado que los casos de responsabilidad “in contrahendo”, por definición, se encuentran excluidos del dominio contractual. Tal reflexión es aplicable también a los casos de responsabilidad precontractual nacida de la anulación de actos o contratos que alcanzaron su perfección, atento lo dispuesto en las muchas veces recordada norma del art. 1056 C. C.^{393,394}

En igual sentido, aunque manteniendo la diferencia entre la etapa anterior y posterior a la oferta, se pronuncia Jorge Mosset *“(…) la doctrina entiende que el “daño extrapatrimonial”,*

³⁹⁰ C. Nac. Com., sala E, 05 de junio de 1996, “Omar Farley v. LR1-Radio El Mundo”.

³⁹¹ BREBBIA, R. “Responsabilidad Precontractual”, pág. 111

³⁹² Vg.: ACUÑA ANZORENA, “La reparación del agravio moral en el C. C.”, en la ley 16-532; MACHADO, op. cit., III, p. 359; COLOMBO L., “El daño moral en las relaciones contractuales” en La Ley 24-9, sec. Doc.; DASSEN, J., “La reparación del daño moral”, en J. A. 943-III-61, etc. Cuanto a la jurisprudencia, puede consultarse la citada en nuestra obra citada, N° 117; etc.

³⁹³ Art.1056 Código Civil Argentino.- *“Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.”*

³⁹⁴ BREBBIA, R. “Responsabilidad Precontractual”, pág. 111

vulgarmente identificado con “daño moral”, debe indemnizarse cuando se encuentra demostrado en el período precontractual.

(...) por no tratarse de un mero supuesto de tratativas frustradas, la solución en el caso de retractación –o revocación³⁹⁵- culposa de la oferta es la reparación integral del daño emergente y del lucro cesante, además de los daños extrapatrimoniales.

El autor Messineo, al tratar el caso italiano cita dos sentencias, e indica:

El resarcimiento deberá cubrir el daño contractual negativo, habiendo resuelto la C. de Casación que los gastos o pérdidas resarcibles son aquellos ocasionados por las negociaciones mismas y que después resultaron vanos, sin motivo justificable³⁹⁶. El mismo tribunal resolvió que si en el desarrollo de las negociaciones la conducta de una de las partes ha sido legítima en un primer tiempo y solo después ha llegado a ser culposa, el daño resarcible es simplemente el que puede relacionarse con ese segundo período.³⁹⁷

De lo expuesto hasta aquí podemos apreciar que el debate, entre los defensores de la teoría del daño al interés positivo o de cumplimiento y los defensores de la del daño al interés negativo o de confianza, es casi nulo; esto se debe principalmente al hecho de que cada vez son menos los autores que apoyan la naturaleza contractual de la responsabilidad precontractual. La naturaleza extracontractual de la fase anterior a la formación del acto o contrato, permite excluir la teoría del daño al interés positivo³⁹⁸, propio éste de un contrato válidamente celebrado y que busca el cumplimiento del mismo.

Veamos una sentencia: **C. Nac. Civ., sala F, 2/3/2000, “Serra, Fernando Horacio y otro v. Piero Sociedad Anónima, Industrial y Comercial s/cobro de honorarios profesionales”, ED 26/3/2001:** También desarrolla el problema de la extensión del resarcimiento; al respecto el fallo se inclina por la resarcibilidad del daño al interés negativo y dice:

³⁹⁵ El autor se refiere a la revocación o retractación de la oferta, por lo que cabe pensar que el mencionado autor no considera que sean resarcibles el lucro cesante y el daño moral en la etapa anterior a la oferta. Postura que no compartimos, ya que como dijimos el daño al interés negativo o de confianza no tiene fundamento en la existencia de una oferta sino en la confianza generada en la contraparte.

³⁹⁶ Fallo de cn. 26-945, cit. por MESSINEO, op. cit., I, p. 310, nota N° 4.

³⁹⁷ Fallo de ab. 23-947, cit. por MESSINEO, op, y loc. cit. nota N° 5.

³⁹⁸ Al no existir un negocio válidamente perfeccionado no cabe hablar de incumplimiento.

“...De ello se sigue, entonces, que los gastos, los trabajos, los estudios en que incurrió una de las partes, deben serle resarcidos. Decidir que tiene derecho al proyecto o a la dirección de la obra como si los trabajos hubiesen sido realizados es confundir las tratativas contractuales con el contrato perfeccionado.

Sentado lo anterior cuadra analizar, a continuación, la cuantía del resarcimiento a fijarse. A este respecto, ninguna duda cabe de que los trabajos a retribuir no pueden ser otros más que los que dieran origen al anteproyecto que los actores presentaran en la invitación formulada por la demandada. Adviértase —sin perjuicio de lo que se dirá acerca del monto de los honorarios— que así lo entendió la propia accionante cuando reclamó extrajudicial sólo el pago del anteproyecto, sin que se hiciera reserva de un crédito mayor”.

En síntesis, podemos afirmar que la teoría del daño al interés negativo o de confianza es la adecuada para ser aplicada a los supuestos estudiados de responsabilidad precontractual, con excepción del caso de los contratos válidos, que guarda sus propias reglas conforme se dijo en el capítulo precedente.

Ahora, habiendo concluido que es el interés negativo el apropiado para ser aplicado, queda por analizar la extensión del resarcimiento y los requisitos que deben cumplirse para que exista una obligación de reparar.

El daño al interés negativo o de confianza, cabe solo en cuanto se haya despertado una razonable confianza en uno de los precontrayentes de que la negociación terminará con un acuerdo; antes de esta “confianza” no cabe resarcimiento alguno, ya que de ser así nadie entraría en negociaciones y se estaría atentando gravemente contra la libertad de contratación, a la vez que se rompería las reglas de mercado y en especial se la de la oferta y demanda.

Bien, partiendo de la hipótesis de que entre los precontrayentes se ha generado la suficiente “confianza”, el daño al interés negativo incluirá el resarcimiento patrimonial y extrapatrimonial. El primero está compuesto por el daño emergente³⁹⁹, y la pérdida de

³⁹⁹ Valor de la pérdida efectivamente sufrida. En este caso se debe incluir los costos de transacción inicial o de negociación.

chance o costo de oportunidad⁴⁰⁰; en tanto que el segundo es el conocido como “daño moral”. La intención de regular y positivizar la “responsabilidad precontractual” tiene como fundamento la justa distribución de riesgos económicos en el mercado actual, con el fin de que la parte afectada no quede en indefensión cuando se atente contra el principio de buena fe precontractual.

Para finalizar es menester hacer mención a una doctrina moderna, cada vez con mayor acogida, que se inclina por aceptar la “reparación integral”. En este sentido se pronuncian varios autores, entre los que mencionamos a los siguientes:

No hay motivo para limitar la responsabilidad del dañador, al interés negativo o de confianza, el deber de responder como manda el Art. 227 de todos los daños causados, en términos generales, seguido de una causalidad adecuada, lo que correspondería, los lucros cesantes, de acuerdo a los principios de la responsabilidad y de los daños emergentes producto de la violación de la ley⁴⁰¹

En este mismo sentido se pronuncia Monsalve Caballero:

Hoy se debe entender la expresión interés negativo, como una expresión de tipo descriptivo, mas no limitativo, ya que sin duda, el daño que se causa con la violación del deber precontractual como se explicitaba anteriormente, no tiene otra limitante que la ley, por tanto es aplicable per se, la teoría y los elementos que contienen en su entidad el daño y frente a la ausencia de restricciones, consideramos que nada es más justo que la completa e integra aplicación de la reparación de perjuicios en determinación extensa.⁴⁰²

Apoyando este criterio tenemos al autor Llamas Pombo:

El resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento siendo una función pura y exclusivamente indemnizatoria y por tanto, el causante de un perjuicio debe repararlo, en su totalidad para que al restablecer el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Si bien este concepto tiene varias acepciones dependiendo del área en la que se emplee la expresión, de manera general podemos decir que es el valor máximo sacrificado alternativo al realizar alguna decisión económica. Este término fue acuñado por Friedrich von Wieser en su *Theorie der gesellschaftlichen Wirtschaft* (Teoría de la Economía Social 1914). Se refiere a aquello de lo que un agente renuncia cuando hace una elección o toma de una decisión. En nuestro caso particular, el daño se causa cuando, debido a que se ha generado una confianza razonable entre los precontrayentes, uno de ellos deja de negociar con otros agentes y pierde esa oportunidad de negocio.

⁴⁰¹ MENEZES CORDEIRO, A., “Da boa Fé no Direito Civil”, Almedina, Coimbra, 1984, pág 585.

⁴⁰² MONSALVE, V., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 380.

⁴⁰³ LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor”, Trivium, Madrid, pág 270

Esta tendencia se está imponiendo cada vez con mayor fuerza y, en nuestra opinión, con fundamentos sobrados, ya que consideramos que lo fundamental en el derecho de daños es el daño en sí, siendo que el objetivo y finalidad que se debe perseguir es que el afectado sea real y totalmente resarcido, tanto patrimonial como extrapatrimonialmente.

4.3. Requisitos del daño precontractual resarcible

A decir de varios autores, entre ellos Gonzalo Sozzo, el resarcimiento proveniente de la responsabilidad precontractual, no debe escapar a las reglas generales del derecho de daños.⁴⁰⁴ A decir de Jorge Mosset, “*deben configurarse los presupuestos básicos para que proceda la acción de responsabilidad civil.*”⁴⁰⁵

*En una primera observación debe existir un actuar contrario a la buena fe, o un actuar culposo o doloso, o un actuar con abuso del derecho, o la violación de algún deber específico que las partes hayan asumido o surja de la ley, sin perjuicio de que los conceptos señalados se superpongan o merezcan apreciaciones diferentes respecto de lo que representan, según la postura doctrina que se asuma.*⁴⁰⁶

Como se aprecia el primero de los elementos para que exista responsabilidad precontractual es que se verifique un actuar antijurídico (contrario a cualquiera de los factores de atribución estudiados en el capítulo II. Como ya se indicó, nosotros nos inclinamos por el factor de atribución de la buena fe, ya que consideramos que abarca todos los supuestos de responsabilidad precontractual estudiados en el capítulo III).

Pero además debe existir necesariamente el daño, que debe reunir adecuadamente los requisitos de existencia y certeza y no tratarse de meras hipótesis o conjeturas.

⁴⁰⁴ SOZZO, G., “Antes del contrato”, pág 225

⁴⁰⁵ MOSSET, J “Responsabilidad Precontractual”, pág., 311.

⁴⁰⁶ Ibidem

*Y entre ellos, la conducta antijurídica y el daño, un adecuado nexo causal.*⁴⁰⁷

El autor que estamos siguiendo, Jorge Mosset, dice que además del actuar contrario a la buena fe debe existir un daño y por último un nexo causal entre la conducta antijurídica y el daño. Resulta evidente que para la existencia de la responsabilidad precontractual exista un verdadero daño, el mismo que deberá ser probado. Más adelante el mismo autor manifiesta:

*Para que nazca la obligación de resarcir en el ámbito de la responsabilidad precontractual el damnificado debe acreditar no sólo la existencia de un hecho antijurídico imputable al accionado, sino también la existencia de un daño que guarde adecuado nexo causal con el hecho antijurídico.*⁴⁰⁸

*(...) Si hubiere conculcación del deber de diligencia por concurrencia de ilícito culposo y su conexión causal adecuada con las negociaciones preliminares, nace la responsabilidad civil precontractual, con fundamento en la culpa de igual signo.*⁴⁰⁹

4.3.1. Actuación contraria a la buena fe.-

El jurista español, Díez Picaso, citado por Carlos Alberto Gherzi, sostiene que *la buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y consecuencias*⁴¹⁰, de las que se puede destacar las siguientes:

(...) b) La buena fe como 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, en tanto que los partícipes de un negocio jurídico no sólo se deben lo que han estipulado, o simplemente aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.

c) La buena fe como límite del ejercicio de los derechos subjetivos o de cualquier otro poder jurídico, (...) el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económica-social distinta

⁴⁰⁷ Ibidem

⁴⁰⁸ Sentencia citada por Jorge Mosset: C2aCCom de Paraná, Sala II, 24 de septiembre de 1996, “Benmelej, Yontob V. Municipalidad de Paraná.”

⁴⁰⁹ MOSSET, J “Responsabilidad Precontractual”, pág., 311.

⁴¹⁰ GHERSI, C., “Teoría General de la reparación de daños”, Edit. ASTREA, 3ra edición, Buenos Aires, 2003, pág 255.

*de aquella para la cual ha sido atribuida a su titular por el ordenamiento jurídico (abuso del derecho), sino también cuando se ejercita de una manera o en circunstancias que lo hacen desleal, según la confianza depositada en el titular por la otra parte según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas.*⁴¹¹ (Lo subrayado me pertenece)

Carlos Alberto Ghersi, sobre la importancia de la buena fe como factor de atribución indica:

*En definitiva, la enorme riqueza del principio general de la buena fe, se halla en la circunstancia de constituir el fundamento último de otros principios e institutos que tienen como fin llegar a la solución justa ante los conflictos de intereses, entendiendo la justicia con criterio finalista, como un valor en sí mismo, con independencia de la formal adecuación del acto lesivo a determinada norma legal o convencional.*⁴¹² (Lo subrayado me pertenece)

Para finalizar, y siguiendo al autor argentino, éste considera a la buena fe como un factor atributivo autónomo para la reparación de los daños causados. Si bien el autor no se refiere específicamente a la responsabilidad precontractual, consideramos que sus postulados son plenamente aplicables al tema de nuestro trabajo.

*La especial relevancia adquirida por el precepto que impone el deber de obrar de buena fe en todas las relaciones jurídicas intersubjetivas, lo erige como piedra angular del derecho obligacional, y su observancia es un deber jurídico ínsito en el ejercicio de todo derecho, facultad o prerrogativa.*⁴¹³ (Lo subrayado me pertenece)

Como se aprecia de este texto, el deber de obrar conforme al principio de buena fe se halla inmerso en toda relación jurídica intersubjetiva, entre las que sin lugar a dudas se encuentran las tratativas previas, las negociaciones y en general todo acto conducente a la celebración del un acto o contrato. Más adelante el autor señala:

⁴¹¹ DIÉZ PICASO, “El abuso del derecho y el fraude a la Ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”, Madrid, Documentación, 1974, pág. 37

⁴¹² GHERSI, C., “Teoría General de la reparación de daños”, pág 257

⁴¹³ *Ibidem*, pág 259

Por ello, el quebrantamiento de la confianza, de las legítimas expectativas despertadas en el otro (tercero, cocontratante, etc.) a partir de la conducta desarrollada en el seno de una situación jurídica, o en los términos del art. 1198 del Cód. Civil⁴¹⁴, la frustración de aquello que “verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”, determina el deber de reparar el daño causado, aun cuando la conducta aparezca formalmente ajustada a la ley.

En efecto, frente al quebrantamiento de la buena fe se impone el deber de reparar el daño causado por esa sola circunstancia, sin que deba requerirse la presencia de otro factor de atribución, ya que la sola violación del precepto constituye fundamento suficiente para el nacimiento de la obligación resarcitoria, sin perjuicio de que medien en el caso otros factores subjetivos (dolo o culpa⁴¹⁵).⁴¹⁶

Si bien la buena fe es considerado como un factor de atribución de carácter residual, consideramos que es el que mejor se acopla al *iter negocial* y a la “responsabilidad precontractual”, ya que estamos hablando de una etapa donde no existe un *vinculum* como tal y donde predomina la buena fe y la lealtad de los precontrayentes. No escapará al lector que la existencia de la culpa es también un factor de atribución a tomar en cuenta, más, vale decir, que éste se encontraría incluido si hablamos de una actuación contraria al principio de buena fe. En todo caso, la culpa y el dolo, actuarán como factores de afinación de la responsabilidad de resarcir en la etapa precontractual, ya que como hemos venido sosteniendo no es lo mismo entrar en tratativas con la intención de llegar a un acuerdo que ingresar a negociar con la intención de sólo causar un perjuicio.

4.3.2. Daño.-

La doctrina y la jurisprudencia imponen al daño los siguientes requisitos:

⁴¹⁴ Se refiere al Código Civil argentino.

⁴¹⁵ El dolo y la culpa actúan como factores de afinamiento con miras a la cuantificación del daño, ya que no tendrá el mismo tratamiento el caso en que uno de los precontrayentes haya actuado como dolo (entrar en negociaciones sin la intención de llegar a un acuerdo), que el caso en que exista culpa o negligencia. En última instancia, ésta será una labor del Juez que conozca el caso concreto.

⁴¹⁶ GHERSI, C., “Teoría General de la reparación de daños”, pág 259

1. Certidumbre.- *“está relacionado con su existencia material y no conjetural, es decir, debe constituir un verdadero impacto en la persona o en el patrimonio de otro.”*⁴¹⁷ *“La certidumbre del daño, en suma, constituye siempre una constatación del hecho actual que proyecta también al futuro una consecuencia necesaria.”*⁴¹⁸

2. Que sea personal del accionante.- *“Lo atinente a la personalización del daño es una tautología, pues sólo está legitimado el damnificado (...); por otra parte, no podría demandarse un daño inferido a otro, pues siempre tiene que consistir en un daño propio, que puede ser directo o indirecto.”*⁴¹⁹

3. Que de él resulte una lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo.- el interés jurídicamente protegido *“está referido al daño sufrido por el partícipe damnificado por haber sido envuelto en negociaciones inútiles, a raíz del retiro intempestivo y arbitrario al otro partícipe o por el ocultamiento de situaciones que resulten ser, posteriormente, causas de nulidad del contrato resultante.”*⁴²⁰

En síntesis, el daño precontractual debe contener los requisitos que la doctrina exige a los daños en general para que sean resarcibles. Puede decirse, por consiguiente, que el daño precontractual debe ser cierto (o sea, debe haber certidumbre sobre su existencia misma), personal del accionante, y haber violado un derecho subjetivo perteneciente al damnificado. Además de los requisitos mencionados, consideramos que el daño debe ser cuantificable y susceptible de ser probado, ya que de faltar estos requisitos no sería posible determinar el monto del daño.

⁴¹⁷ GHERSI, C., “Teoría General de la reparación de daños”, pág. 61

⁴¹⁸ ZANNONI, Eduardo. “El daño en la responsabilidad civil”, Edit. ASTREA, 2da edición, Buenos Aires 1993, pág.23.

⁴¹⁹ GHERSI, C., “Teoría General de la reparación de daños”, pág. 61

⁴²⁰ SAAVEDRA, Francisco, artículo “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”, en Revista “LEX ET VERITAS”, Facultad de Ciencia Jurídicas de la Universidad Internacional SEK (Santiago, Editora Metropolitana, 2004), pág. 93.

4.3.3. Relación de causalidad.-

Por último, entre la conducta antijurídica y el daño debe mediar una adecuada relación de causalidad. Dicho en otras palabras, el daño causado debe ser fruto de una conducta antijurídica determinada imputable a uno de los precontrayentes.

4.4. Carga de la prueba

A decir de Brebbia, “*la prueba de la existencia de todos estos requisitos, como así también la extensión del perjuicio sufrido, se encuentran a cargo del precontratante damnificado.*”⁴²¹

*Sobre este punto tiene también importancia el emplazamiento acordado a los hechos generadores de responsabilidad precontractual dentro de la categoría extracontractual. Los hechos ilícitos de carácter delictual importan obligaciones de no hacer —la de no violar el derecho ajeno—, razón por la cual no compete al deudor (agente del daño) probar lo negativo de la no violación, sino al acreedor (damnificado) demostrar lo positivo del hecho vulnerador del derecho ajeno.*⁴²²

El autor argentino termina diciendo:

*En materia de responsabilidad “in contrahendo”, por consiguiente, el damnificado deberá demostrar la culpa del agente o la existencia del hecho contrario a la norma para que prospere su reclamo de indemnización, a diferencia de los casos de responsabilidad contractual en los que al demandante le bastará de ordinario acreditar la existencia de la obligación a demostrar el cumplimiento de la prestación.*⁴²³ (Lo subrayado me pertenece)

Como se desprende del texto citado, al tratarse de una obligación de no hacer, la carga de la prueba corre a cargo del afectado, al estar en mejor posición de probar el daño que se causó.

⁴²¹ BREBBIA R., “La responsabilidad...”, pág. 112

⁴²² *Ibidem*

⁴²³ *Ibidem*

Vladimir Monsalve Caballero, al referirse al caso de la ruptura injustificada de las negociaciones, dice que es necesario demostrar los daños y perjuicios que se han causado y la imputabilidad del deudor por el incumplimiento. Más adelante el autor dice:

*(...) estaríamos frente a dos labores específicas por parte de cada una de las partes trabadas en litis, por un lado, el dañado, quien tiene que fundamentar y demostrar su legítima confianza y los perjuicios causados, y por otra parte, el dañador, quien deberá demostrar la existencia de su no imputabilidad para adoptar una postura acorde con las negociaciones.*⁴²⁴

Lo manifestado por el autor colombiano resulta por demás lógico, ya que dentro de un proceso judicial, tanto la parte actora como la parte demandada, deben probar sus afirmaciones.

Desde la óptica de la parte que daña, será necesario que pruebe alternativa o conjuntamente lo siguiente: que su actuar estuvo conforme al principio de buena fe, que jamás existió confianza de que el acuerdo era inminente y/o que su actuar no ocasionó daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Cualquiera de estas tres causas que sean probadas, serán eximentes, en mi criterio, de responsabilidad precontractual.

Por otro lado, desde el punto de vista de la parte afectada, deberá probar, éste en cambio de manera conjunta, lo siguiente: que existía confianza en que el acuerdo era inminente y que su patrimonio sufrió un detrimento. Además, dependiendo del caso de responsabilidad precontractual al que se enfrente, deberá probar dolo, mala fe, etc. Esto no hará más que afinar el resarcimiento de los daños y perjuicios.

⁴²⁴ MONSALVE, V., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 399.

4.5. Resarcimiento de daños y perjuicios desde la óptica del Análisis Económico del Derecho

En el presente capítulo abordaremos lo referente a la negociación contractual desde la óptica del Análisis Económico del Derecho. No he encontrado ningún autor que aborde este tema, por lo que el presente sub-numeral de esta tesina será elaborado en base a los principios que gobiernan la antedicha rama del Derecho y se intentará conjugar aquellos con lo hasta ahora manifestado en el presente trabajo.

Vamos a iniciar pensando en que en una determinada legislación se encuentra regulada de manera adecuada la responsabilidad precontractual. Al decir esto, estamos estableciendo una obligación de índole legal, la cual se traduce en adecuar la conducta de los agentes negociantes al principio de buena fe. Evidentemente, el incumplimiento de esta obligación acarrearía responsabilidad precontractual.

Imaginemos A desea adquirir un inmueble donde funciona un restaurant, para lo cual, luego de descartar múltiples opciones, maneja solo dos posibilidades, la de B y C. A A le interesan los dos restaurants, es decir, con cualquiera que llegue a un acuerdo estará satisfecho; la decisión pasa únicamente por el precio. Inician las negociaciones⁴²⁵ entre A y B, siendo que B ha propuesto el precio de USD. 100.000; en tanto que C ha propuesto un valor de USD. 105.000. Tanto B como C no se hallan en negociaciones con otros oferentes, por lo que A es la única opción actual.

Ante esta situación, A decide seguir negociando sólo con B, teniendo la intención de llegar a un acuerdo con éste; su decisión es comunicada tanto a B como a C. Continuando con las tratativas y con el fin de cerrar el negocio A le pide a B que realice dos refacciones pequeñas al restaurant a un costo de USD. 5000,00, a lo cual B accede; estas adecuaciones toman 30 días, siendo que para proseguir con la

⁴²⁵ KLUGER, V. (compiladora), “Análisis Económico del Derecho”, Heliasta, Buenos Aires, 2006. Trabajo de Lidia María Rosa Garrido, pág. 147 “*La negociación es la ciencia que comprende el análisis sistemático de evitación y resolución de conflictos y que como arte incluye las habilidades en el manejo de las relaciones interpersonales, la capacidad de convencer, de ser escuchado y escuchar, de saber qué estrategias usar y cómo y cuándo hacerlo.*”

negociación es necesaria su ejecución. Cuando parecía inminente la firma del acuerdo con B, C decide tomar contacto con A y reducir el precio a USD. 92.000, dado que requiere el dinero de urgencia.

A, se enfrenta a un doble análisis⁴²⁶, por un lado jurídicamente sabe que el apartarse intempestivamente de las tratativas previas le provocará enfrentar una potencial demanda por responsabilidad precontractual y no desea causar un daño a B. Por otro lado, de un análisis meramente financiero, resulta que el aceptar la oferta de C es abismalmente más eficiente para sí, ya que está dejando de pagar un monto de USD. 8.000.

A decide optar por romper las tratativas, pero a la vez reconocerá a B los gastos incurridos durante la fase negocial, que básicamente son los USD. 5000,00 que fue un gasto necesario para continuar con las tratativas, también acepta reconocer el valor de USD. 500 por el tiempo perdido; no se reconoce la pérdida de chances porque no las hubo y tampoco el lucro cesante (lo que B hubiera percibido en caso de que se haya dado la venta de su restaurant). Al aceptar A la oferta de C puede cubrir los gastos efectuados por B y a la vez dejar de erogar el valor de USD. 2.500, que sería el valor que dota a la decisión de eficiencia. B no resulta afectado ya que su patrimonio no tuvo detrimento y puede vender a otro oferente su restaurant; C consigue su propósito y a su patrimonio ingresan USD. 92.000 que los requería de urgencia; A, luego de sus negociaciones, dejó de pagar USD. 2.500 que los hubiera tenido que pagar si C no realizaba su oferta.

⁴²⁶ Ibidem, pág 147, a decir de la autora será *“necesario en este proceso que cada parte internalice qué podría suceder si no arriban al acuerdo, las posibilidades de obtener el mismo fin con otro sujeto, un análisis de costos beneficios, tiempo invertido en la negociación, márgenes de maniobra antes de retirarse de una negociación ya iniciada.”*.

En estricta aplicación de la escuela del Análisis económico del Derecho, aplicando los conceptos de eficiencia, Teorema de Coase⁴²⁷, óptimo paretiano, el criterio de eficiencia de Posner y el criterio de compensación de Kaldor y Hicks⁴²⁸, concluimos que fue eficiente la decisión de A de apartarse de las tratativas previas iniciadas con B y aceptar la oferta de C.

Si en la legislación a que hacemos referencia de forma imaginaria, no hubieran existido normas que sancionen el apartamiento arbitrario e intempestivo de las tratativas previas, el resultado sería que B quedaba en absoluta indefensión y debía asumir el costo de los USD. 5000, incurrido como gasto para hacer las adecuaciones, en tanto que A hubiera dejado de pagar USD. 8000,00, siendo que C hubiera sido el único agente que mantendría su misma situación.

Del ejemplo expuesto, que considero no se aleja de la cotidianeidad, concluyo que si no existiera normas⁴²⁹ que regulen la responsabilidad precontractual, habría un desequilibrio social y económico, que perjudicaría los precontrayentes y tratantes. El contrato⁴³⁰ que se firme con C será fruto de una negociación⁴³¹ eficiente.

El Análisis económico del Derecho gira en torno a la noción de eficiencia o bienestar agregado, al considerar que las normas jurídicas pueden ser entendidas como intentos institucionales de maximizar el bienestar agregado. ⁴³² La premisa de la que parte este análisis es que los individuos son agentes racionales que eligen sus acciones para maximizar sus utilidades individuales sobre la base de un orden coherente de preferencias transitivas. La preferencia de un agente será orientada por la búsqueda de la eficiencia en la asignación de los recursos.

⁴²⁷ El Teorema de Coase parte del criterio de que hay que evitar el daño más grave o minimizar el daño conjunto. Las reglas de responsabilidad operan como incentivos que afectan las conductas de las personas.

⁴²⁸ KLUGER, V. (compiladora), "Análisis Económico del Derecho", Heliasta, Buenos Aires, 2006, pág. 32: "El criterio de eficiencia de Posner se acerca al criterio de compensación de Kaldor y Hicks, según el cual una situación X es preferible a una situación Y si los agentes económicos beneficiados por la situación X estarían dispuestos a compensar plenamente a los agentes económicos perjudicados por la situación X (...)."

⁴²⁹ El derecho tiene la tarea de corregir las divergencias entre costes y beneficios, externalidades y perjuicios, cuando el equilibrio no ha surgido naturalmente o se ha roto.

⁴³⁰ Desde una perspectiva económica sólo estaremos frente a un contrato válido cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias.

⁴³¹ KLUGER, V. (compiladora), "Análisis Económico del Derecho", Heliasta, Buenos Aires, 2006., pág. 42 "Las premisas del contrato perfecto son que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan todos los puntos relevantes, que el contrato se ha concluido de buena fe, suponiendo que el engaño, amenazas y la influencia de poder monopolista quedan excluidas."

⁴³² KLUGER, V. (compiladora), "Análisis Económico del Derecho", Heliasta, Buenos Aires, 2006., Trabajo de Horacio Spector, pág.48.

La consecuencia de la aplicación del AED a la responsabilidad civil es la consideración de que un sistema correcto de responsabilidad civil servirá para poner en línea los incentivos para que el accionar privado, guiado exclusivamente por el propio interés del agente, conduzca a su vez a la mejor situación posible.⁴³³

Por lo expuesto, afirmo que las normas que regulan la responsabilidad precontractual son eficientes y deben implementarse en las legislaciones modernas, incluyendo en la ecuatoriana. Es necesario contar con normas e instituciones que promuevan la eficiencia en cuanto se refiere a utilizar los recursos, ya que el fin económico (conforme la escuela de AED) de las normas jurídicas será el de encontrar la mejor relación entre costos y beneficios totales.

⁴³³ KLUGER, V. (compiladora), “Análisis Económico del Derecho”, pág 9

CAPÍTULO V.-

5. Estudio de la Responsabilidad Precontractual en la Legislación Ecuatoriana.-

La legislación ecuatoriana, al igual que la mayoría de legislaciones de corte latinoamericano, no regulan la fase anterior al contrato, y peor aún traen normas referentes a la Responsabilidad Precontractual.

Se podría decir que el espíritu del legislador ha sido dejar al libre albedrío de los particulares y a su voluntad el establecimiento de los términos en una negociación. El legislador, con sustento en nuestras raíces romanistas y francesas, no ha creído necesario regular el *iter contractual* y ha centrado sus esfuerzos en regular la fase contractual y post contractual.

El Código Civil ecuatoriano, en lo que respecta a los actos de voluntad, concibe la existencia de los actos jurídicos y los hechos jurídicos, prescindiendo de lo que se denominan “negocios jurídicos”. A los actos jurídicos se los define como aquellos actos realizados por personas capaces que son idóneos para crear efectos queridos por las partes; en tanto que los hechos jurídicos, si bien tienen relevancia jurídica, son aquellos actos de la naturaleza que no dependen de la voluntad del hombre. Durante la fase anterior a la formación del contrato, las partes realizan actos jurídicos que tienen por finalidad la creación de efectos deseados, pero también puede darse el caso de que los efectos provocados por los actos de voluntad de los precontrayentes no sean los deseados.

De una profunda investigación realizada en la legislación ecuatoriana, se pudo identificar ciertas normas que, a nuestro entender, constituyen casos de responsabilidad precontractual, así no se lo diga expresamente.

5.1. Análisis de los principios aplicables a la Responsabilidad Precontractual a la luz de la legislación ecuatoriana

5.1.1. Libertad de contratación

Este principio reconocido universalmente se encuentra garantizado en el numeral 16 del Art. 66⁴³⁴ de la Constitución de la República del Ecuador. En un sin número de cuerpos legales de la legislación ecuatoriana se encuentra regulada, de una u otra forma, el derecho que tienen las personas para negociar, crear obligaciones, firmar contratos, etc.

En el capítulo III se habló en extenso del principio de la autonomía de las partes, y se la dividió en los siguientes elementos: 1) Libertad de los individuos para contratar sin más limitación que el orden público y las buenas costumbres⁴³⁵; 2) Libertad de negociación y de discusión de las condiciones contractuales. Las partes se encuentran en completa igualdad en la fase anterior al perfeccionamiento del acto o contrato, pero de igual manera deben respetar el orden público y las buenas costumbres; 3) Libertad para escoger la contraparte para negociar o contratar; 4) Libertad para que las partes puedan expresar, ya sea de forma expresa o tácita, su intención de contratar. El ritualismo o solemnidades es la excepción y son necesarias sólo para un número determinado de actos o contratos, *verbi gracia*, la compra venta de un inmueble. La voluntad tácita tiene el mismo valor que la expresa. 5) Libertad para exigir el cumplimiento de lo acordado.

La norma de mayor importancia en el ámbito civil está contenido en el Código Civil, en su Art. 1561, que a su tenor indica: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”; otra norma de importancia es la contenida en el Art. 153, que dice:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

⁴³⁴ Art. 66 núm. 16.- “El derecho a la libertad de contratación”

⁴³⁵ En nuestro Código civil se puede observar estas limitaciones en los artículos 1477 y 1483, de donde se deriva que el orden público y las buenas costumbres están ligados al aspecto moral, pieza fundamental en la construcción de una sociedad y del ordenamiento jurídico.

Por libertad de contratación, que como sostuve en el capítulo III es uno de los elementos que integran la “autonomía de la voluntad”, debemos entender la garantía que tienen las partes de pactar libremente conforme al ordenamiento positivo vigente al momento, siempre que los fines sean lícitos y no contravenga el orden público.

Resumiendo, la autonomía privada es un principio reconocido por un ordenamiento jurídico que faculta a los particulares a entablar libremente relaciones jurídicas con otros sujetos, con los límites antes indicados. Esta facultad se exterioriza mediante el “acto jurídico”, que es la declaración de voluntad (esta declaración de voluntad puede consistir en iniciar tratativas previas o negociaciones) de una o más partes que generará diversos efectos jurídicos que serán reconocidos y protegido por la ley.

Si bien se reconoce el derecho de salir o abandonar las conversaciones o tratativas, esta salida debe tener una causa y un fundamento, es decir no debe ser arbitraria, tal como ya se sostuvo. La libertad para negociar y contratar no está siendo afectada ya que el acto jurídico de abandonar las tratativas, con justa causa, tiene un sustento jurídico y la legislación tiene la obligación de precautelar este derecho, ya que de no hacerlo estaríamos antes un mercado poco atractivo para negociar y contratar.

Dicho lo anterior, queda claro que en el Ecuador se garantiza la libertad de contratación, en todas sus formas, pero con las limitaciones impuestas por la misma legislación.

5.1.2. *Principio de buena fe*

El principio de buena fe, entendido como un parámetro de conducta, se encuentra regulado en la legislación ecuatoriana en el Art. 1562 del Código Civil, que dice: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.*”

Si bien el artículo arriba citado habla inicialmente de la buena fe en la etapa de ejecución de las obligaciones, posteriormente del texto se desprende una mayor cobertura a lo que se debe entender por buena fe, es así que podemos afirmar que la buena fe es un patrón de conducta que debe guiar a las partes antes, durante y después de celebrado un acto o contrato.

Retomo las palabras dichas en el capítulo II al decir que la buena fe debe considerarse como un atributivo volitivo requerido, antes, durante y después de celebrado el contrato. La buena fe contractual es un desarrollo dinámico de los principios generales del derecho concretados en las expresiones “vivir honestamente”, “no dañar a otro” y “dar a cada quien lo suyo”; circunscrito a una exigencia de comportamiento congruente con una actitud psicológica animada de un contenido ético, que se exterioriza al verificarse un pacto. La buena fe funciona como un elemento apto para el logro de la adecuación del Derecho a la realidad.

En conclusión, al estar regulada la buena fe en la legislación ecuatoriana considero que este principio es plenamente aplicable a la etapa anterior a la formación del contrato, por lo que afirmo que la buena fe objetiva, regulada en el Art. 1562 del Código Civil, impone a los precontrayentes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus tratos y negociaciones preliminares; se les impone el deber de “hablar claro”, sin fingir ni perjudicar al otro.

5.1.3. *Principio de aplicación del deber de no dañar a otro*

Como se dijo en el Capítulo III, el principio “*alterum non laedere*” se halla recogido en las compilaciones y tratados más antiguos de la Roma Clásica y es uno de los tres deberes que, según el derecho romano tradicional, componen el derecho⁴³⁶.

⁴³⁶ *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere.* Trad.: La justicia consiste en la constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho. Las reglas del derecho son estas: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo.

Este principio se encuentra recogido por la legislación ecuatoriana en el Art. 2214 del código civil, que indica: “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.*”; así mismo, complementa el artículo citado y amplía el espectro de aplicación de este principio, el Art. 2229⁴³⁷ del Código Civil, que dice: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.*”

De los citados artículos se desprende la obligación de reparar todos los daños que se causen en un tercero, ya sea que éstos provengan de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, de actos, negocios jurídicos, etc. Como se dijo en el capítulo III, este articulado tiene la particularidad de someter la reparación del daño a que el acto causante hay sido cometido con malicia o negligencia. Otra característica es que este principio es de efecto *erga omnes*, es decir que todos estamos obligados a acatarlo sin distingo. Por último podemos afirmar que se trata de una obligación negativa, de no hacer; pese a esto también debemos mencionar que existe una corriente que sostiene que este principio también trae obligaciones positivas, “hacer todo lo posible para evitar un daño”; esta situación amplía el espectro de aplicación de este principio pero sin lugar a dudas también trae un alto grado de incertidumbre ya que no es claro los límites de esas actuaciones positivas. Por el momento, debemos tener claro que todos tenemos la obligación de abstenernos de hacer actos que perjudiquen y causen daño a terceros.

*(...) En cambio, quien comete una culpa in contrahendo o precontractual, vulnera el deber general de actuar con prudencia y diligencia a fin de evitar el mal ajeno, que deriva de la exigencia de derecho natural alterum nom laedere.*⁴³⁸

La teoría general de la reparación de daños impone necesariamente que exista un daño, que como ya vimos debe reunir ciertas características; este daño es producto de un actuar que puede ser doloso, negligente, premeditado, intencional, etc., pero lo que importa es que se genere un daño. En la legislación ecuatoriana, para que se deban daños y perjuicios debe

⁴³⁷ Código Civil Ecuatoriano. Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

⁴³⁸ LLAMBÍAS, Jorge, “Tratado de derecho civil”, Ed. 3ra, Edit. Perrot, Buenos Aires 1978, pág. 89

probarse la existencia real de un detrimento ya sea patrimonial o extrapatrimonial; esta obligación de reparar los daños tendrá su fuente en el principio “*alterum non laedere*”.

Los tres principios (libertad de negociar y contratar, buena fe y *alterum non laedere*), conforman la pirámide triangular donde, en mi concepto, se asienta la teoría de la responsabilidad precontractual, por lo que afirmo que, los pilares para que en el Ecuador se positivice ésta teoría son fuertes y suficientes, tanto más que dan fundamento para que la fase del *iter negocial*, esté dotada de seguridad jurídica y protección legal, en caso de abusos y desapego a la buena fe.

5.2. Análisis de la normativa existente en el Ecuador sobre la Responsabilidad Precontractual.- Casos de responsabilidad precontractual

Quizá parezca anacrónico que por un lado se sostenga que el Ecuador no está regulada la Responsabilidad Precontractual y por otro lado se cite normas relativas al tema, más haremos notar que, luego de un exhaustivo y pormenorizado análisis de varios textos legales, he podido identificar ciertas normas que directa e indirectamente hacen relación al tema que nos ocupa, pero que nuestra legislación les da un tratamiento diferente.

5.2.1. Venta según el Art. 1762 del Código Civil.-

El Art. 1762 del Código Civil dice:

Si avenidos vendedor y comprador en el precio, señalaren día para el peso, cuenta o medida, y uno de ellos no compareciere en él, estará obligado a resarcir al otro los perjuicios que de su negligencia resultaren. Además, el contratante que no faltó a la cita podrá, si le conviniere, desistir del contrato. (Lo subrayado me pertenece)

Si bien este es un artículo producto del rezago de nuestro código, es importante considerarlo y estudiarlo. La norma habla de un contrato en el cual existe conformidad o avenimiento respecto del precio, más el contrato quedará perfecto cuando las partes acuda, en la fecha señalada, al peso, cuenta o medida. Imaginemos que A y B se ponen de acuerdo en que por cada saco de maíz se le pagará 10 pesos, acuerdan que en determinado día, digamos dos después de la cosecha, se reunirán para el peso y cuenta. Llegado el día en el que se debe determinar la cosa objeto del contrato, A no acude a la cita. La norma es clara al indicar que A, por su negligencia deberá resarcir los perjuicios, en tanto que B, por haber cumplido con la cita, puede optar por desistir del contrato.

En mi concepto el código, al decir “avenidos vendedor y comprador en el precio”, falta uno de los elementos para que este acto pueda ser considerado como un contrato y esto es la determinación de la cosa, la cual se determinará en un día determinado. Considero que, el precontrayente que no acuda a la cita, no incurre en responsabilidad contractual, sino que al faltar al cierre del acuerdo, se estaría dando un caso de apartamiento arbitrario de las tratativas previas. Es por esto que incluso el artículo en mención debería decir “(...) podrá desistir de celebrar el contrato”.

5.2.2. Propuesta verbal y escrita conforme el Código de Comercio.-

El Código de Comercio ecuatoriano, a partir del Art. 141 hasta el 147 trata sobre las propuestas verbales y escritas, conocidas generalmente como ofertas.

Antes de empezar el análisis debemos recordar que nosotros sostenemos que para que se configure un caso de responsabilidad precontractual por apartamiento arbitrario de las negociaciones, no es necesario que existe una oferta como tal, sino que basta que se haya levantado una confianza tal que haga presumir razonada e indefectiblemente el acuerdo es inminente.

El Art. 141 del Código de Comercio dice:

“Art. 141.- Para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre.”

Roberto Brebbia y otros estudios de la responsabilidad precontractual han iniciado sus estudios del apartamiento arbitrario cuando de por medio existe una oferta, ya sea ésta verbal o escrita. La razón fundamental de esto se debe a que la oferta ofrece un mejor medio de prueba y un mayor nivel de certeza sobre el avance de las negociaciones. Este hecho lo critico puesto que la oferta puede darse tanto en el primer contacto de las partes como al segundo, tercero, etc., es decir en cualquier momento de la negociación. Es por ello que para nosotros es más idóneo hablar de “certeza”.

El Art. 142 del Código de Comercio indica:

“Art.- 142.- La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza y, si en distintas, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.

Vencidos estos plazos, la proposición se tendrá por no hecha, y si la aceptación llegare extemporáneamente a noticia del proponente, éste deberá dar aviso al aceptante de la insubsistencia de su proposición.”⁴³⁹

Si bien la vetustez de esta norma puede traer ciertas complicaciones, lo importante es que este artículo regula el tratamiento que debe darse a las ofertas por escrito y los límites en cuanto a su aceptación. Hoy en día, con los avances de la tecnología nos encontramos ante contratos que pueden perfeccionarse con un solo “click”, verbi gracia, las compras por internet. No son pocos los portales web que cuentan con un sinnúmero de ofertas disponibles para los compradores, lo cual, la aceptación de una de ellas acarrea la obligación de perfeccionar el acuerdo.

El Art. 143 ibídem nos presenta un caso en el cual es permitida la retractación dentro de un determinado período de tiempo, es así que esta norma indica:

⁴³⁹ Gaceta Judicial. Año LXXVIII. Serie XIII. Nro. 1. Pág. 118. (Quito, 22 de Noviembre de 1977)

“Art.- 143.- El proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume.”

Esta norma permite al oferente arrepentirse de la celebración de un contrato siempre y cuando lo haga antes de la aceptación de la otra parte, ya que el legislador ha creído que mientras no se acepte la oferta no se ha causado un daño aún. Si bien es una norma repetitiva en la mayoría de legislaciones similares a la nuestra, no está por demás indicar que la emisión de la oferta puede ser producto de largos y tediosos procesos de negociación. Imaginemos nuevamente el ejemplo de la compra de una farmacéutica, las partes han estado en tratativas por 6 meses, siendo que en ese momento el propietario de la compañía emite una oferta que tiene una vigencia de 5 días; éste podrá, dentro de esos 5 días, arrepentirse de la oferta. Este hecho evidentemente provoca daño al otro tratante, ya que el sólo hecho de emitir una oferta implica que en la otra parte se generará un grado de “confianza” tal que permita prever la celebración de un contrato. Si esta norma fuere aplicada al caso antes mencionado, sencillamente se estaría atentando contra el principio de la buena fe, y lo que es peor, a vista y con consentimiento de la ley comercial.

El Código de Comercio considera que el *iter negocial* inicia con la emisión de la oferta, lo cual, como hemos visto, no es correcto. El Código ha desconocido el período de las tratativas previas existentes antes de la oferta.

La norma más importante de nuestra legislación se encuentra contenida en el Art. 144 *ibídem*, que indica:

ART.- 144.- La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue dirigida la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido.

Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto. (Lo subrayado me pertenece)

Este artículo, conjuntamente con los principios arriba citados, son de trascendental importancia para sentar las bases de la positivización de la responsabilidad precontractual.

Nótese las siguientes particularidades; en primer lugar, la retractación puede hacerse sólo después de emitirse una oferta, que a decir de varios autores, acarrearía una responsabilidad de índole más bien contractual; la indemnización incluye los gastos efectuados a quien fue dirigida la oferta, además de los daños y perjuicios, y; el proponente podrá exonerarse del pago de indemnizaciones si cumple el contrato propuesto.

Nos preguntamos, ¿acaso sólo puede incurrir en responsabilidad precontractual el que emite una oferta?, lógicamente que no, ya que el que “espera” una oferta, también puede incurrir en responsabilidad precontractual si se aparta arbitraria e intempestivamente de las negociaciones, o se aparta debido a que jamás fue de su interés el siquiera escuchar una oferta. Si bien el artículo es importante, carece de la mayoría de elementos fundamentales que dan sustento y originan la responsabilidad precontractual. Sólo se está viendo la media cara de una moneda.

Lo dicho nos lleva a afirmar que la normas más que una solución trae un problema, lo cual se puede apreciar en la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, serie II, Nro. 46 de 24 de octubre de 1907.⁴⁴⁰

Otra duda que nos surge es ¿qué se quiere decir con retractación tempestiva?, ya que hablar de tempestivo es decir oportuno y adecuado; ahora, ¿cuándo es oportuno y adecuado retractarse?, siguiendo la lógica del Código de Comercio, es oportuno retractarse dentro de tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación o dentro del tiempo que esté vigente la oferta.

Esta afirmación nos lleva a concluir que la legislación ecuatoriana no contempla el caso de la retractación o apartamiento antes de la emisión de la oferta ni transcurrido los términos arriba señalados. Dicho en otras palabras, no contamos con la figura de la retractación intempestiva, la cual evidentemente se puede dar en cualquier momento de la negociación y será un acto castigado siempre que entre las partes medie “confianza”.

⁴⁴⁰ Gaceta Judicial, serie II, Nro. 46 de 24 de octubre de 1907.

5.2.3. *Oferta pública*

Caso particular son las denominadas ofertas públicas, donde, al igual que en el caso anterior, se regula la actuación de una de las partes, el oferente.

Art.- 148.- Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.

Imaginemos que el oferente incumple con su obligación contenida en esta norma, ¿perjudicado deberá intentar una acción por responsabilidad contractual o precontractual? A la luz de nuestra legislación deberá ser contractual, ya que hubo una persona que se acogió a las condiciones de la oferta. Más consideramos que este es un caso de responsabilidad precontractual.

5.2.4. *Vicios redhibitorios*

Respecto de los vicios redhibitorios nos ocupamos ya en extenso en el capítulo III, por lo nos ratificamos en nuestra opinión de que, pese a que el código civil trata los casos de vicios redhibitorios como un caso de rescisión o rebaja de precio, se trata de un caso de responsabilidad precontractual ya que el vicio que origina la rescisión o rebaja del precio se verifica antes de la celebración del contrato, por lo que se está contraviniendo el principio de buena fe durante los tratos preliminares.

5.2.5. *Nulidad*

De igual manera que el caso anterior, la nulidad fue estudiada en el capítulo III, restando solamente por hacer la siguiente crítica al tratamiento de la nulidad que da nuestra legislación.

El Art. 1583 del Código Civil ecuatoriano establece un catálogo de las formas de extinguir las obligaciones y en su numeral 9º dice: “*Por la declaratoria de nulidad o por la rescisión*”. Al hablar de nulidad se refiere a la absoluta, en tanto que por rescisión se entiende la nulidad relativa. Queda claro que declarada la nulidad en sentencia, las obligaciones derivadas del acto declarado nulo, se extinguen, es decir el acto o contrato viciado dejará de producir sus efectos.

El efecto⁴⁴¹ de la declaratoria de nulidad por parte del Juez, hace nacer el derecho de las partes a ser restituidas al mismo en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, *restitución in integrum*. Este efecto se da debido a que nuestra legislación no diferencia entre nulidad absoluta e inexistencia, por lo que las partes, para objeto de la restitución, deben retrotraerse al estado anterior a la celebración del contrato.

La restitución no sólo comprende la cosa entregada y recibida, sino que comprende la restitución de los intereses o frutos, el abono de mejoras y gastos; cada uno también deberá responder por el deterioro o pérdida de la cosa.⁴⁴²

Aclaremos con un ejemplo: “A” celebra un contrato con “B” en virtud del cual “A” se obliga a entregar un taladro petrolero. Este taladro fue comprado para ser utilizado en la perforación de un pozo, al poner en funcionamiento el taladro, éste se rompe por la vetustez del mismo, siendo que “B” lo adquirió como si fuera casi nuevo. “B” conocía perfectamente este vicio y dolosamente indujo a la celebración del mismo ya que de haber conocido la antigüedad del taladro “A” no hubiera comprado. Por este contrato “B” se obligó pagar un determinado precio. “B” tan sólo pagó el 50% del valor pactado y el restante debía pagar cuando se ponga a funcionar el taladro. Ante el incumplimiento de “B”

⁴⁴¹ El Art. 1704 dice: “*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*”

⁴⁴² Art. 1704.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo según las reglas generales, y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

en el pago del 50% restante, “A” demanda el pago completo y los daños y perjuicios causados. El Juez declara en sentencia la nulidad relativa y ordena la restitución de las partes a su estado anterior a la firma del contrato.

En este caso “A” deberá devolver el 50% del precio recibido más los intereses y los gastos generados, en tanto que “B” deberá devolver el taladro en el estado en que se encuentre ya que el deterioro de la cosa no se debió a su mal uso o negligencia.

Como se aprecia con claridad, las restituciones se verifican a partir de la fecha en que se celebró el contrato y no antes. El contrato declarado nulo pudo haber sido objeto de una larga y costosa negociación, lo cual no será reconocido en las restituciones mutuas, y peor aún dónde queda el resarcimiento por el costo de oportunidad perdido por la decisión de contratar con el causante de la nulidad. Estas preguntas sin respuestas son hacen afirmar que la nulidad debe ser vista desde una óptica diferente, la de la responsabilidad precontractual, ya que no es sino en el *iter contractual* donde las partes vulneran los principios aplicables a este tipo de responsabilidad y se podría decir que la nulidad se genera antes de la celebración del contrato.

5.3. Resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la Responsabilidad Precontractual bajo la óptica de la legislación ecuatoriana

Para iniciar esta parte del capítulo debemos adelantar una de nuestras conclusiones. Afirmamos que la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Precontractual es de índole extracontractual; que la buena fe es el factor de atribución aplicable; que la culpa y el dolo actúan factores de afinamiento de la responsabilidad precontractual, y; que la teoría del daño al interés negativo o de confianza es la que debe aplicarse, por lo que debe *repararse el daño patrimonial y moral originados por el hecho ilícito*⁴⁴³, dentro de lo patrimonial⁴⁴⁴

⁴⁴³ BREBBIA, R. “Responsabilidad Precontractual”, pág. 111

⁴⁴⁴ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011. (Quito, 29 de octubre de 2002): “El daño material existirá siempre que se cause a otro, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente

se deberá resarcir los gastos efectuados durante las negociaciones y la ganancia dejada de percibir por no haber realizado otras operaciones dejadas de lado.

Esta afirmación implica que el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por incurrir en responsabilidad precontractual, deberá seguir el mismo tratamiento que los casos de responsabilidad extracontractual.

Los efectos de esta conclusión ubica a la responsabilidad precontractual en un doble escenario⁴⁴⁵, si el hecho que provoca responsabilidad precontractual es cometido con intención de dañar⁴⁴⁶, constituirá un delito, como es el caso de entrar en tratativas sin la

por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. Y debe existir una relación de causalidad entre el daño y la culpa. Las tres formas clásicas en que se presenta la culpa son: negligencia, imprudencia e impericia. La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. En la práctica no resulta cosa fácil determinar la verdadera noción de la negligencia y de la imprudencia, porque no es sencillo delimitar sus alcances, por lo cual comúnmente ambos términos son utilizados de manera similar. La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado. Estas tres diferentes maneras de representación que adopta la conducta culposa, no suelen darse de un modo claro e independiente a la hora de la práctica forense. En el campo de la doctrina, se han reconocido dos criterios para guiar su apreciación. Básicamente la diferencia depende de cuál sea el sujeto en mira, al momento de realizar tal examen de previsibilidad: un modelo abstracto o uno concreto, el propio agente. En el primer modelo, llamado también objetivo, se toma en consideración la previsibilidad general de un sujeto ejemplo o prototipo. Se trata de un cálculo de la visión anticipada de los probables resultados conforme a la actitud media del común de las personas; por ejemplo, el buen padre de familia, el hombre juicioso, etc. En tanto que el modelo concreto o subjetivo es aquel que aprecia la culpa en relación con el agente mismo. No se presenta a comparación con ningún tipo abstracto o ideal, atendiendo sólo a las condiciones particulares que rodean el efecto dañoso." (el subrayado me pertenece)

⁴⁴⁵ Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

⁴⁴⁶ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 1853 (Quito, 29 de agosto de 2001) "Las características fundamentales del cuasidelito en nuestra legislación civil, se individualizan como: a) Son una de las fuentes de las obligaciones; b) La responsabilidad a que dan lugar es extra contractual; c) Se trata de hechos ilícitos culposos cometidos por una persona; d) Debe haber una relación de causalidad entre tales hechos culposos y el daño, patrimonial o no patrimonial, inferido a otro; e) Aunque el delito es cometido con intención de dañar, es decir con dolo, y el cuasidelito sin tal intención, pero sí con culpa, la ley no distingue esta diferente situación de intencionalidad para efectos de la responsabilidad del hechor; f) Esta

intención de llegar a un acuerdo; en cambio, si el hecho es cometido sin la intención de dañar, estaremos ante un cuasidelito.

Por todo lo dicho, serán aplicables las siguientes normas para la cuantificación de los daños y perjuicios:

Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

5.4. Formulación de un sistema de Responsabilidad Precontractual en el Ecuador

Con base en el estudio realizado, en las conclusiones a que se ha arribado y con sustento doctrinario debido, proponemos las siguientes normas jurídicas que deben ser parte de nuestro ordenamiento jurídico, ya que, en base a los criterios del análisis económico del derecho, resultarían “eficientes”.

Art... Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

responsabilidad se concreta en la obligación de indemnizar a la víctima por el daño o perjuicio sufrido, obligación que debe entenderse como la manera de reparar dicho daño o perjuicio.”

Art... Cualquiera de las partes es libre de iniciar negociaciones y no incurre en responsabilidad precontractual en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo

Art... Los tratos preliminares comienzan cuando las partes entran en contacto, y finalizan con la conclusión del mismo o con la ruptura de los propios tratos

Art... Las partes durante las negociaciones deben conducirse bajo los parámetros de la buena fe, so pena de reparar los daños y perjuicios provocados a la otra parte

Art... Sin perjuicio de otros casos, incurrirá en responsabilidad precontractual la parte que: a) Se aparte intempestivamente y sin justa causa; b) Dilate las conversaciones con pleno conocimiento de que no se llegará a un acuerdo, partiendo del supuesto de que las negociaciones iniciaron con la intención de lograr un acuerdo; c) Inicie las tratativas previas sin tener jamás la intención de llegar a un acuerdo; d) Provoque la nulidad o rescisión del contrato; e) Cause la rebaja del precio en el caso de existir un vicio redhibitorio.

Art... En caso de verificarse la responsabilidad precontractual, deberá repararse el daño patrimonial y moral originados; el resarcimiento del daño patrimonial incluirá los gastos efectuados durante las negociaciones y las ganancias dejadas de percibir por no haber realizado otras operaciones, mismas que deberán probarse por quien las alega.

Art... Son causas eximentes de responsabilidad precontractual, a) que entre los precontrayentes no exista confianza suficiente que haga presumir indefectiblemente a uno de ellos que el acuerdo es inminente, y b) que el apartamiento de las tratativas previas sea por efecto de caso fortuito o fuerza mayor debidamente probado.

CAPITULO VI.-

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

- La Teoría de la Responsabilidad Precontractual busca sancionar un comportamiento considerado como lesivo, antijurídico y contrario a la buena fe (*bona fides*), que tiene lugar durante los tratos preliminares, con el fin de proteger al precontrayente afectado y dotarlo del derecho suficiente para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que ha soportado por una determinada conducta antijurídica.
- Consideramos que la “etapa precontractual” (período dentro del cual puede imputarse responsabilidad precontractual por determinados comportamientos antijurídicos), inicia con el primer contacto que tiene los precontrayentes y termina cuando las partes llegan o no a un acuerdo.
- Consideramos a los tratos preliminares como verdaderas relaciones jurídicas más no como simples relaciones sociales, como sostienen varios autores.
- La naturaleza jurídica de la Responsabilidad Precontractual es extracontractualista. Descartamos la teoría contractualista puesto que entre las partes no existe un contrato.
- Los principios que gobiernan la etapa precontractual son: la buena fe, la libertad de contratación y el deber de no dañar a otro. Estos principios, lejos de repelerse, se complementan entre sí y permiten que un determinado ordenamiento jurídico sea aplicable la teoría de la Responsabilidad Precontractual. En última instancia, será el Juez el que determine y pondere, en los casos particulares que le corresponda resolver, qué principio/s deberá/n ser aplicado/s.

- La teoría que mejor explica la obligación de resarcir los daños y perjuicios provenientes de la etapa anterior a la formación del contrato, es la buena fe. Dicho en otras palabras, el factor de atribución de la responsabilidad precontractual es la buena fe. El abuso del derecho, la culpa, la declaración unilateral de voluntad, etc., si bien dan sustento a algunos de los casos de responsabilidad precontractual no abarcan todos, por lo que no son suficientes para ser considerados como factor de atribución de esta responsabilidad.
- El dolo y la culpa actúan como factores de afinamiento de la responsabilidad precontractual, más no como factores autosuficientes.
- Afirmamos que lo importante no es que se exteriorice una oferta, sino que entre los precontrayentes haya existido “confianza” en que el acuerdo era inminente. Se hablará de responsabilidad precontractual cuando la parte afectada pueda probar que existió la denominada “confianza”, caso contrario, no podrá imputarse responsabilidad.
- Las partes son libres de negociar, pero sus actuaciones deben estar guiadas por la buena fe. Es lícito apartarse de las negociaciones con justa causa y cuando no se ha despertado lo que en este trabajo se ha llamado “confianza”.
- La teoría aplicable al resarcimiento de los daños y perjuicios es la del “daño al interés negativo”. El resarcimiento debe ser tanto patrimonial como extrapatrimonial; se deberá resarcir los gastos efectuados durante las negociaciones y las ganancias dejadas de percibir por no haber realizado otras operaciones dejadas de lado⁴⁴⁷, más el daño moral.
- El Análisis Económico del Derecho nos ofrece una herramienta útil para determinar la necesidad de que existan regulaciones sobre Responsabilidad Precontractual, más los postulados generales y los principios aplicados por la Teoría General de Daños, son suficientes para fundamentar los daños y perjuicios resarcibles.

⁴⁴⁷ Costo de oportunidad

- Los tratos preliminares, pese a ser relaciones jurídicas, no han sido objeto de interés por los legisladores, por lo que varios ordenamientos jurídicos carecen de estas regulaciones; vale decir que el derecho no ha alcanzado a esta etapa del contrato.
- La legislación ecuatoriana cuenta con principios sobre los cuales se puede intentar una acción de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual. Las normas contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil podrían dar sustento este tipo de acciones.
- La fuente de las obligaciones aplicable a un caso de Responsabilidad Precontractual sería la Ley.
- Nuestro sistema de resarcimiento por delitos y cuasidelitos es aplicable a la reparación de los daños sufridos por uno de los precontrayentes, con las peculiaridades expuestas en esta tesina.
- Durante esta investigación no se pudo encontrar una sentencia que resuelva un caso de Responsabilidad Precontractual en el Ecuador, por lo que, en base a nuestros conocimientos, afirmamos que a la fecha no existe una resolución que permita esclarecer la naturaleza y tratamiento de esta institución.

6.2. Recomendaciones.-

- Recomendamos que los artículos innumerados propuestos al final del Capítulo V sean parte de nuestro ordenamiento jurídico, ya que, desde una óptica social y de la escuela del Análisis Económico del Derecho, son normas eficientes, que tendrán por fin precautelar a la parte débil en un proceso precontractual y evitar distorsiones en las negociaciones.
- Recomendamos que este tema sea parte de un estudio profundo en las Facultades de Derecho, ya que a la fecha sólo se estudia la responsabilidad contractual y extracontractual.

6.3. Bibliografía.-

- ALTERINI, Atilio, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
- AMEAL, Oscar, *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 2001.
- ASÚA GONZÁLEZ, Carmen, *La culpa in contrahendo (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao: Departamento de Publicaciones Universidad del País Vasco, 1989.
- ATIYAH, Patrick, *An Introduction to the Law of Contract*, 4 ed. Clarendon Law Series 1989.
- BARBIER, Eduardo A, *Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual*, 1993.
- BENATTI, Francesco, *Responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffré, 1962.
- BIANCA, Massimo, *Diritto Civile. 3, Il contratto*, Giuffré, Milano, 2000
- BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad Precontractual*, Rosario, 1957.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra, 2003.
- CLARO, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Tomo VI De las Obligaciones, Santiago, Temis S.A., 1950.
- CUADRADO PÉREZ, César, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio España, 2003.
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, “La fuerza de la buena fe”, *Contratación contemporánea, Teoría general y principios*, Atilio Alterini; José Luis De Los Mozos; Carlos Alberto Soto, (Directores), Lima, Temis, Bogotá, 2000.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato*, Madrid, Editoriales Dykinson, S.L. y Ciudad Argentina, 2001.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot.

- DIÉZ PICASO, Luis, *El abuso del derecho y el fraude a la Ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones*, Madrid, Documentación, 1974.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, t. I, Madrid, Civitas, 4ª ed., 1993.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1996.
- FARÍA, José Eduardo, *El derecho en una economía globalizada*, Trotta, Madrid.
- FARNSWORTH, Allan, *Contracts*, New York, Aspen Law & Business, 3rd ed., 1999.
- FARRANDO, Ismael *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas. Estudios de derecho mercantil*. Madrid, Civitas, 2001
- GARRO, Alejandro, *Los contenidos de los principios de UNIDROIT. Algunas reglas en camino hacia la uniformidad, Jornadas UNIDROIT, Modernos contratos comerciales, UADE, cuarta sesión Buenos Aires, 1998.*
- GHERSI, Carlos, *Teoría General de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 3ra edición, 2003.
- GOLDENBERG, Isidoro, *Fundamentos de la responsabilidad precontractual*, JUS, 1966.
- GÓMEZ CALLE, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid, Editorial la Ley, 1994.
- IHERING, Rudolf, *De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas*, en *oeuvres choisies*, tomo 2, págs. 1-100, trd. Francés por O. de Meulenaere. V, 1965.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil Tomo II Vol I*, revisado y completado por Andre Brun, Buenos Aires, Bosch, 1950.
- KOZOLCHYK, Boris, *La contratación comercial en el derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2006.

- KLUGER, V. (compiladora), “Análisis Económico del Derecho”, Buenos Aires, Heliasta, 2006.
- LARREATEGUI, Carlos, *Derecho Romano de las Obligaciones*, Quito, Universitaria, Ed. 2da, 1986.
- LARROZA, Ricardo, *La buena fe contractual*, en: *Contratos, teoría general*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- LLAMAS POMBO, E., “Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor”, Madrid, Trivium.
- LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, Ed. 3ra, 1978.
- LORENZETTI, Ricardo, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1993.
- MANZANARES, Alberto, *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*, Madrid, Anuario de derecho español, 1985.
- MARTÍNES LEDESMA, Horacio, *Precontractualidad en el derecho de la informática*, LL 988-A-885.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, T. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952.
- MENEZES CORDEIRO, A., “Da boa Fé no Direito Civil”, Coimbra, Almedina, 1984.
- MORELLO, Augusto, *Indemnización del daño contractual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Ed. 3ra, 2003.
- MORENO QUEZADA, José, *La oferta del Contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual*, Barcelona, Colección Nereo, 1963.
- MOSSET, Jorge, *Responsabilidad civil y contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

- MOSSET, Jorge, *Responsabilidad Precontractual*, Santa Fe, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2006.
- NANNI, L., “La trattative” I contratti in generale, Torino, tomo III, Utet, 1991.
- OSPINA, Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá, Temis, ed. 8va, 2008.
- OSPINA, Guillermo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá, Temis, Ed. 7ma, 2005.
- OVIEDO, Jorge, *La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación*, Bogotá D.C, Temis, 2008.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *El deber de transparencia en los contratos*, en su obra *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Thompson-Arazandi, 2004.
- PICASSO, Sebastián, *La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998*, en Instituciones de Derecho Privado moderno, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 2001.
- POTHIER, Robert. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires, Heliasta, ed. 2da, 2007.
- REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1987
- SAAVEDRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Medellín, Gustavo Ibáñez, 2003.
- SOZZO, Gonzalo, *Antes del contrato*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- SPECTOR, Horacio, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Santa Fe, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2004.
- SPOTA, Alberto, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- STIGLITZ, Rubén – STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- WOLFF, Kip, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, 39 edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, CSA, 1935.

- ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Edit. ASTREA, 2da edición, 1993.

Revistas

- ARENAS, Rafael. “*La regulación de responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II*”. Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2008.
- CABANILLAS, Antonio. “*El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 628, Madrid, Mayo-Junio 1995.
- CALAMANDREI, Piero. “*La certezza del Diritto e la responsabilità della doctrina*”. Rivista del Diritto Commerciali, 1942.
- CALUSI, Vittorio. “*In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*”. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, X, 1956.
- MARTINS COSTA, Janira. “*A boa-fé no direito privado*”, Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1999
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, “*A boa-fe na formação dos contratos*”. Revista Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 87, Sao Paulo, 1992.
- MEDINA ALCOZ, María. “*La ruptura de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual*”. Revista de Derecho Privado, Universidad Rey Juan Carlos, Núm. 5-6/2005, Mayo-Junio 2005.
- MENGOLINI, Luigi, “*Sulla Natura della responsabilità precontrattuale*”, Revista de derecho y procedimiento Civil, II, Milano, 1956
- PERALES, María del Pilar, “*El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y disposiciones generales)*”. Revista de Derecho Mercantil, nº 223, 1997
- PÉREZ, Mariano. “*La responsabilidad Precontractual*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 485, Madrid, Julio-Agosto, 1971.
- RENGIFO, Ernesto, ENSAYO DE POSESIÓN COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE DEL DR. ERNESTO RENGIFO GARCÍA, BOGOTÁ, 27 DE OCTUBRE DE 2004

- SAAVEDRA, Francisco. “*La responsabilidad durante los tratos negociales previos*”. Revista LEX ET VERITAS, Vol. 2, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK, Santiago, Editora Metropolitana, 2004.
- VASQUEZ, Sergio, “*Saneamiento por vicio ocultos*”, Revista de Derecho VLex, Núm. 68, Mayo 2009.
- MONSALVE CABALLERO, Vladimir. “*La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción*”. Revista de Derecho, N° 30, Universidad del Norte, Barranquilla, 2008.

Internet

- ALBIEZ, Klaus. Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma del 2002 del BGB. Internet. www.vlex.com: (Acceso 05-01-2010).
- CARRASCO, Ángel. Comentarios al Código Civil, Artículo 1101. Internet. www.vlex.com: (Acceso 05-01-2010).
- CRISTOFARI, Ricardo. Diligenza e buona fede soggettiva: il problema del collegamento tra i due fenomeni. Internet. www.personaedanno.it/cms/data/articoli/013567.aspx27, Revista virtual *Persona e danno*, publicado el 7 de febrero de 2009 (Acceso 20 de julio de 2010).
- GARAVENTA, Carlos. La culpa in contrahendo según la teoría del abuso de derecho. Internet. <http://endisidencia.blogspot.com/2009/01/la-culpa-in-contrahendo-segun-la-teoria-html>. Acceso: (31 de agosto de 2010)
- MEDINA, María. La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Internet. www.vlex.com (Acceso 05-01-2010).
- PICASSO, Sebastián. La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998. Internet. www.alterini.org/tonline/to_ps1.htm. (Acceso 10 de junio de 2010)

- RUIZ, Juana. La ruptura de los tratos preliminares puede ocasionar responsabilidad si alguna de las partes ha actuado de mala fe. Internet. www.vlex.com: (Acceso 05-01-2010).
- VIRGÓS, Miguel. Comentarios al Código Civil, Artículo 10. Internet. www.vlex.com: (Acceso 05-01-2010).

Textos legales nacionales y extranjeros:

- Anteproyecto de Código Europeo de Contratos
- Código Civil Alemán (BGR)
- Código Civil Argentino
- Código Civil Boliviano
- Código Civil Colombiano
- Código Civil Chileno
- Código Civil Cubano
- Código Civil Ecuatoriano
- Código Civil Español
- Código Civil Francés
- Código Civil Griego
- Código Civil Italiano
- Código Civil Peruano

- Código Civil Portugués
- Código de Comercio
- Constitución de la República del Ecuador
- Contract Code, el Código Europeo de Derecho Común de los Contratos, elaborado por la Comisión Lando
- Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías
- Convenio de Bruselas de 1968
- Ley General de Seguros
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
- Principios sobre Contratos Civiles y Comerciales de UNIDROIT
- *Principles of European Contract Law*, elaborados por el Grupo de Trabajo presidido por el Profesor danés OLE LANDO

Sentencias

- Sentencia de la Corte Nacional Comercio, sala E, 05 de junio de 1996, “Omar Farley v. LR1-Radio El Mundo”. Argentina.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, sentencia de 21 de marzo de 1998, M.P. Rafael Romero Sierra, expediente n° 4962.
- Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, Bogotá D.C., 2 de agosto 2001, Expediente No. 6146. Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, Bogotá, D.C., 12 de diciembre 2006, Expediente No. 68001-31-03-001-2000-00137-01.
- Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, Bogotá D.C., 7 de septiembre de 2006, Expediente No. 52001-31-03-003-2000-20371-01.

- Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, Bogotá, D. C., 19 de diciembre 2006, Expediente No. 1998-10363-01.
- Sentencia del STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C- 334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). Italia.*
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia - Coruña (A), Galicia - Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de Octubre 2003, Recurso nº 45/2001, Ponente FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.
- Sentencia del Tribunal de Roma del 24 de junio de 1955, “Tonini v. Soc. Coop. Fides e Altrui”, *Rev di Dir. Comm*, 1965, II. Italia.
- Sentencia No. 0200 del Tribunal Supremo-Sala Primera de lo Civi, de 03 de marzo de 1994 Recurso nº 1.312/91, Ponente D. ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA.
- Sentencia No. 0200 del Tribunal Supremo-Sala Primera de lo Civi, de 06 de febrero de 2001, Recurso nº 47/1996, Ponente ROMERO LORENZO, ANTONIO.
- Sentencia No. 0355 del Tribunal Supremo-Sala Primera de lo Civi, de 18 de abril de 1994 Recurso nº 0384/91, Ponente D. ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA.
- Sentencia publicada en la Gaceta Judicial Año LXXVII. Serie XII. No. 13. Pág. 2876. (Quito, 15 de Noviembre de 1976.
- Sentencia publicada en la Gaceta Judicial Año LXXXIII. Serie XIV. No. 1. Pág. 37. (Quito, 20 de octubre de 1982)
- Sentencia No. 509-99 publicada en la Gaceta Judicial XVII, No. 15, p. 4872, R.O. 334, 8-XII-1999. Quito.
- Sentencia No. 405-2000, publicada en la Gaceta Judicial XVII, No. 15, p. 4882, R.O. 225, 15-XII-2000. Quito.
- Sentencia No. 194-2002 publicada en la Gaceta Judicial XVII, No. 15, p. 4922, R.O. 710, 22-XI-2002. Quito.

- Sentencia publicada en la Gaceta Judicial, serie II, Nro. 46 de 24 de octubre de 1907. Quito.
- Sentencia publicada en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 1853 (Quito, 29 de agosto de 2001).
- Sentencia publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011. (Quito, 29 de octubre de 2002).
- Sentencia publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXVIII. Serie XIII. Nro. 1. Pág. 118. (Quito, 22 de Noviembre de 1977)

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

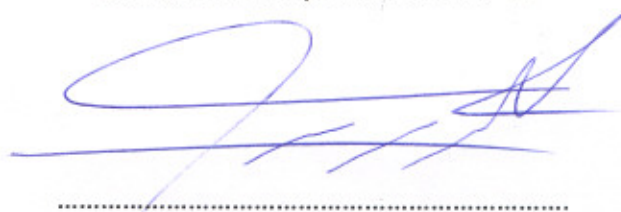
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Francisco Xavier Cevallos Ayala, CI. 1716968696, autor del trabajo de graduación intitulado: La Responsabilidad Precontractual en la Legislación Ecuatoriana, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 11 de mayo del 2011-05-11

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'F' followed by several horizontal strokes and a final flourish.

C.I. 1716968696



REPÚBLICA DEL ECUADOR

DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE No. **171696869-6**
CIUDADANIA
APELLIDOS Y NOMBRES
CEVALLOS AYALA FRANCISCO XAVIER
LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA
FECHA DE NACIMIENTO **1985-07-31**
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
SEXO **M**
ESTADO CIVIL **Soltero**



INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **EMPLEADO PRIVADO**

V4444V4444

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
CEVALLOS JAIME BOLIVAR
APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
AYALA ZOILA AMABLE
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

QUITO
2011-09-09
FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-09-09



000760514

DIRECTOR GENERAL

FECHA DEL CEDULADO

