

Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares

Liability before the break unexcused preliminary dealings

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

Catedrático de Derecho Civil

Investigador Asociado. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

RESUMEN: Si bien el haber emprendido negociaciones no genera la obligación de concluir el contrato proyectado, en el caso de ruptura injustificada de las mismas se plantea la necesidad de delimitar cuál sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada, lo cual resultará decisivo a la hora de determinar el alcance y extensión de los daños relativos a la indemnización fruto de tal comportamiento.

ABSTRACT: While negotiations have undertaken not generate the obligation to conclude the contract proposed, in the case of an unjustified breaking of them is a need to define what the legal status of the liability, which will be decisive in determining the scope and extent of damages relating to compensation arising out to such behavior.

PALABRAS CLAVE: Contrato. Fases del contrato. Tratos preliminares. Responsabilidad. Indemnización

KEY WORDS: Contract. Phases of the contract. Preliminary dealings. Liability. Compensation.

SUMARIO: I. SOBRE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EN GENERAL: ORÍGENES Y POSIBLES SUPUESTOS;—II. RESPONSABILIDAD EN EL CASO DE RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES: 1. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD: A. *Retrospectiva histórica y comparada*; B. *Nuestra opinión*; 2. ALCANCE DE LA CITADA RESPONSABILIDAD Y EXTENSIÓN DEL EVENTUAL RESARCIMIENTO: A. *Retrospectiva histórica y comparada*; B. *Nuestra opinión*.—III. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. SOBRE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EN GENERAL: ORÍGENES Y POSIBLES SUPUESTOS

Como ya sabemos, es común entre la doctrina señalar que la realización de tratos preliminares no constriñe inexorablemente a celebrar el contrato, puesto que las partes están imbuidas de una intención de discutir que no tiene que llevar aparejada la voluntad de contratar¹, de tal manera que estas, en el marco del principio de libertad contractual que preside la contratación, tanto pueden exponer libremente el modo en el que querrían obligarse, como también pueden decidir entre celebrar el contrato, o bien, incluso, poner fin a las tratativas sin haberlo concluido, sin que dicha conducta pudiera reputarse, *prima facie*, contraria al principio de la buena fe, principio que en este caso se erige en verdadero y efectivo factor modulador de la autonomía contractual. Aún así, pocas son las legislaciones que reconocen el deber de indemnizar en el caso de ruptura o desistimiento unilateral, sea justificada o no, de los tratos preliminares².

Así pues, nos adentramos en el terreno de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*³, esto es, la responsabilidad que puede emanar en el curso de las negociaciones contractuales o periodo de gestación del contrato, en el caso de no actuarse con arreglo a los dictados de la buena fe o de la lealtad debida⁴.

El tema de la responsabilidad en la etapa precontractual se remonta al pandectista alemán Ihering⁵ quien, sobre el estudio de los textos romanos justinianos y utilizando el método inductivo⁶, elaboró una teoría general al respecto, a propósito del supuesto de la venta carente de objeto (en los casos de venta de cosas sagradas, públicas o de una herencia inexistente)⁷.

En su virtud⁸, aun cuando el mencionado autor consideraba que la referida venta era nula (*emptio non teneat*), sin embargo, entendía que el contratante de buena fe resultaría protegido por la acción propia del contrato de compraventa celebrado (*actio ex empto*) y podría, en consecuencia, reclamar la correspondiente indemnización del vendedor que, sabedor de la causa de invalidez del

contrato, no lo comunicó oportunamente, al faltar al deber presumido por la ley, que no tendría que pactarse expresamente, de observar el comportamiento debido en el proceso de formación del contrato e impedir su perfección, lo que le llevaría a incurrir en una actuación culposa exigible, no a través de la *actio doli* o la *actio ex lege Aquiliae*, sino más bien por medio de una *actio ex contractu*, sin que la nulidad del contrato hubiera de reputarse un obstáculo para ello, toda vez que los contratos no solo originan la obligación de cumplirlos, sino que cuando este efecto resulta imposible por alguna causa, como la nulidad, pueden originar otras consecuencias, tales como la de indemnizar el daño ocasionado al contratante de buena fe, incluso en el caso de que el vendedor ignorara que la cosa vendida constituyera una *res extra commercium*, dado que cuando se celebra un contrato hay que cerciorarse de la concurrencia de los requisitos necesarios para su validez.

Aun así, IHERING resalta que la *diligentia in contrahendo* nace solamente a partir del momento de la emisión de la oferta (concretamente, se refirió a algunos casos de revocación de la oferta en el ámbito de contratación entre ausentes), y no en un momento anterior, razón por la cual resultaría difícil mantener con base en la teoría del pandectista alemán la extensión de la responsabilidad *in contrahendo* a la fase de tratativas o tratos preliminares⁹, a pesar de que se siga señalando de manera impropia a Ihering como el padre científico de la aplicación de la teoría de la *culpa in contrahendo* a la etapa de los tratos preliminares. Esta es, entre otras, alguna de las objeciones que se plantean a la tesis de la responsabilidad precontractual en sede de tratos preliminares¹⁰, lo cual empujará a buscar otras posibles propuestas sobre el particular, tal como veremos más adelante.

Sin embargo, el hecho de que los contratos resultaran cada vez más complejos y nacieran fruto de largas y meticulosas negociaciones en los primeros años del siglo XIX impulsó a centrar la atención con mayor énfasis en la importancia de los tratos preliminares¹¹, planteándose la posible extensión de la *culpa in contrahendo* abordada por IHERING a esta etapa del proceso formativo del contrato.

En todo caso, cuando nos adentramos en sede de responsabilidad precontractual debemos hacerlo teniendo en cuenta que esta puede presentarse de manera diversa, lo que dificulta un tratamiento unitario del fenómeno y nos llevará al análisis de la casuística¹². En efecto, la observancia de un comportamiento desleal puede originar varias consecuencias bien distintas, algunas de ellas tipificadas y contempladas específicamente por el ordenamiento jurídico cuando los tratos preliminares desembocan en el contrato: ya la conclusión de un contrato nulo¹³ —nulidad—, ya propinar una lesión en los intereses de la contraparte —saneamiento por evicción—, o bien ocasionar el incumplimiento de la obligación —dolo—. En todas ellas, la actuación de mala fe generará responsabilidad civil y su correspondiente indemnización, si bien en puridad, más que hablar en tales casos de *culpa in contrahendo*, estaríamos en el ámbito de la responsabilidad contractual¹⁴.

Sin embargo, en otros casos el alejamiento del comportamiento debido según los moldes de la buena fe se produce en un momento anterior a la celebración del contrato, cuando los tratos previos no concluyen en contrato, sin que el ordenamiento jurídico se pronuncie de manera categórica al respecto, sobre la base de la regla general ya señalada en cuya virtud las tratativas no obligan a contratar y, por ende, los sujetos que han intervenido en ellas podrían desistir de las mismas con arreglo al principio de la libertad contractual¹⁵. Aún así, si la conducta observada distara de la buena fe por ser desleal podría atribuirse alguna consecuencia jurídica conducente a exigir la indemnización de los daños producidos por tal comportamiento.

Precisamente, en este segundo gran apartado de situaciones de comportamiento indebido contrario a la buena fe en un momento anterior a la celebración del contrato, cuando los tratos previos no concluyen en un contrato, podríamos incluir una amplia variada gama de supuestos¹⁶ que a continuación relacionamos: a) la concertación de un contrato nulo, con algunas variantes, según sea el caso¹⁷ (conocimiento de tal circunstancia por uno de los contratantes con ocultamiento a la otra parte, desconocimiento de tal circunstancia por no haber observado la diligencia exigible —error—, intervención de un menor que oculta su incapacidad, imposibilidad del objeto o de la prestación); b) el desistimiento anterior a la formalización del contrato por escrito, cuya forma reviste un carácter *ad solemnitatem*, una vez alcanzado el acuerdo verbal¹⁸; c) la iniciación de las negociaciones de mala fe, o su prolongación, también de mala fe, a partir de un momento determinado, sin contar en ambos casos con una intención seria de celebrar el contrato; y, por último, d) la ruptura unilateral de las tratativas como expresión del principio de libertad contractual¹⁹, supuesto al que nos referiremos de manera exclusiva a continuación prescindiendo del resto de las situaciones.

II. RESPONSABILIDAD EN CASO DE RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

Debemos partir diciendo que, como regla general, la ruptura de la negociación emprendida no origina responsabilidad jurídica alguna²⁰, toda vez que las partes, por el hecho de haber efectuado tratos preliminares, no se obligan a concluir el contrato, puesto que, si así sucediera, esto es, si se impusiera algún tipo de responsabilidad por ruptura o desistimiento unilateral de las tratativas, contaría con una clara limitación al principio de libertad contractual, que podría constituir una rémora a la propia dinámica del tráfico jurídico.

Sin embargo, otra sería la cuestión si la ruptura operada derivara ya de una ausencia total de intención de contratar por alguno de los intervenientes²¹; ya si dicha intención inicial se acreditara turbia o malévolas, al no ser conforme a los dictados de la buena fe; o bien si dicha ruptura se produjera en un estadio

tan avanzado de la negociación que hubiera generado razonablemente claras expectativas en la otra parte hasta el punto de defraudar su confianza²², supuestos todos ellos que constituirían ejemplos notorios de desistimiento unilateral de las tratativas injustificados, al quedar en entredicho y vulnerado el principio de la buena fe contractual²³ que también ha de regir el ámbito precontractual. Así pues, tales casos podrían ser entendidos como fuente de responsabilidad civil²⁴, de la que, evidentemente, emanaría la correspondiente obligación de indemnizar los daños causados.

Por lo tanto, la diligencia que se ha de observar durante este periodo de negociaciones es la de un buen padre de familia, con sujeción a las reglas de la buena fe, de manera que toda ruptura intempestiva e injustificada de las mismas generará a cargo de su infractor responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados. Precisamente por ello, si las conversaciones preliminares fracasan y el contrato no llega a concluirse, habrá que fijar cuál de las partes responde por los daños y perjuicios producidos, ya a alguno de los contratantes o a un tercero²⁵.

Y es que en la fase de formación del contrato las partes han de observar una conducta presidida por el deber de lealtad recíproca y de buena fe, de modo que la ruptura injustificada de los tratos preliminares hará responder a quien actuó con tan arbitrario proceder de los gastos y pérdidas patrimoniales ocasionados a la otra parte.

En efecto, afirmamos la responsabilidad en los casos en que no se observen los deberes que han de cumplirse ineludiblemente durante este periodo de negociaciones preliminares (deberes de lealtad, veracidad, protección, y no mantener conversaciones paralelas)²⁶, y en el análisis de tal aserto nos aprestamos a abordar, por un lado, el tipo de responsabilidad de la que se trata —naturaleza jurídica— y, por otro, el de su alcance y extensión de la indemnización que de ella se deriva.

1. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

A) *Retrospectiva histórica y comparada*

Según la teoría clásica formulada por IHERING, se consideró que el contratante que, pudiendo conocer las causas de invalidez de la venta, no las hubiera comunicado a la otra parte, habría actuado en contra de la diligencia exigible con arreglo al principio de la buena fe y, por ende, habría incurrido en *culpa in contrahendo*²⁷, lo que le acarrearía el consiguiente deber de indemnizar y resarcir al agraviado.

A dicha teoría hay que reconocerle que constituye la primera aportación seria y sistemática que trató de resolver algunos de los problemas que se podían plantear en el periodo de formación del contrato, y ello contribuyó para que,

en su momento, constituyera una verdadera innovación, lo cual no fue gran obstáculo para que pronto comenzara a ser tachada de insuficiente por motivos más que variados: en efecto, se le achacó que el ámbito de la responsabilidad *in contrahendo* quedara reducido al solo supuesto del contrato nulo, y no se extendiera también a los casos de contrato válido en los que no se hubiera observado la diligencia debida en el periodo de su formación²⁸; a su vez, difícilmente se puede sostener la obligación de indemnizar por un comportamiento que, en modo alguno, es culposo, de tal manera que, si aun así se sostuviera, lo sería sobre la base de una mera ficción²⁹; e, incluso, la gran dificultad de conciliar una contradicción más que aparente, ya atisbada por el propio IHERING, que resultaba de admitir una acción procedente de un contrato para exigir responsabilidad cuando el contrato del que emanaba era nulo³⁰.

Precisamente, ante la insuficiencia apuntada, la doctrina alemana del siglo XIX trató de superar las deficiencias señaladas recurriendo a otros argumentos tendentes a basar la denominada *culpa in contrahendo*: ya la buena fe (*bona fides*); ya la acción de dolo (*actio doli*)³¹; bien la *actio legis aquilae*³²; bien el principio de causación u ocasionalidad (*Veranlassungs prinzip*)³³; o, incluso, la presunción de la existencia de un pacto tácito de garantía³⁴.

En esta travesía histórica del tema que nos ocupa no debemos pasar por alto el Derecho italiano y la obra del autor italiano FAGGELLA³⁵, que causó gran repercusión tanto en la doctrina italiana como francesa. El mencionado autor se opone abiertamente a la teoría de IHERING que hace descansar la responsabilidad precontractual en la *culpa in contrahendo* y presenta como novedad de forma sistemática la dimensión temporal del periodo precontractual, a cuyo fin distingue netamente dos fases: una primera correspondiente a las tratativas, que antecede a la emisión de la oferta y es ignorada por IHERING³⁶; y la segunda, que arranca con la emisión de la oferta y remata con la conclusión del contrato, o bien con el cese definitivo de las negociaciones por no alcanzar el acuerdo pretendido. A su vez, dentro de la primera fase señalada —tratativas—, FAGGELLA delimita dos momentos bien diferenciados, el de las tratativas propiamente dichas y el de la formación de la oferta definitiva, previa esta a la formulación de una propuesta u oferta definitiva.

Además, FAGGELLA sostiene que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes que entran en conversaciones no quedan obligadas a contratar —resultados negativos—, lo que les legitimaría para revocar o retractarse de las propuestas y contrapropuestas realizadas; sin embargo, lo afirmado no obsta para que también se puedan derivar resultados positivos en el periodo precontractual, como son los que corresponden a una eventual responsabilidad civil, cuyo fundamento no radicaría en la culpa apuntada por IHERING, ni en la existencia de un mandato, ni siquiera en una pretendida gestión de negocios ajenos, sino más bien en la inobservancia del acuerdo expreso o tácito alcanzado por las partes de efectuar negociaciones, violación que puede ocasionarse

por la separación arbitraria de las tratativas, al margen de que medie culpa o dolo, o no. Así es, surge responsabilidad precontractual en este caso por «*la indebida destrucción del patrimonio o valor patrimonial ajeno*»³⁷, pues el derecho de retirarse de las tratativas no puede justificar la vulneración de un valor legítimo ajeno³⁸.

Sin embargo, la posición esgrimida con anterioridad, lejos de acallar la cuestión, no hizo sino avivar la polémica en Italia, toda vez que la mayoría de la doctrina fundaba la responsabilidad precontractual en general en el principio de la responsabilidad aquiliana³⁹ y, concretamente, en lo que a la ruptura de las negociaciones preliminares se refería, o se negaba toda responsabilidad⁴⁰ o, de admitirse, se hacía solo bajo el esquema de la responsabilidad extracontractual⁴¹.

Precisamente, ante esta situación y, teniendo en cuenta alguna jurisprudencia de los últimos años de vigencia del *Codice civile* de 1865 que extendió la aplicación del principio de la buena fe más allá de lo que su tenor literal expresaba⁴², el legislador italiano recoge en el flamante nuevo *Codice civile* de 1942 dos preceptos que admiten la *culpa in contrahendo*⁴³, concretamente los artículos 1337 y 1338, en los que se establece, respectivamente, el principio general de la *culpa in contrahendo* y un supuesto particular de aplicación del mismo⁴⁴: en efecto, el primero de ellos señala la obligación de las partes de comportarse de buena fe durante las tratativas y en la formación del contrato⁴⁵, mientras que el segundo consagra la responsabilidad en uno de los casos ya señalados por Ihering, esto es, cuando una de las partes, conociendo o debiendo conocer la causa de invalidez del contrato, no lo comunicara a la otra.

A partir del mencionado artículo 1337, el principio de la buena fe cobra valor especial por lo que a la ruptura injustificada de las tratativas se refiere, puesto que, aunque las partes no están obligadas a alcanzar el acuerdo cuando emprenden tratativas⁴⁶, su ruptura injustificada, una vez iniciadas y desarrolladas hasta tal punto que permita prever la conclusión del contrato, genera la obligación de indemnizar el daño ocasionado⁴⁷.

Así es, el resarcimiento se impondría incluso en el supuesto de que quien se retirara de las tratativas creyera actuar de buena fe, toda vez que su conducta se alejaría del comportamiento correcto y leal debido⁴⁸, criterio matizado por alguna jurisprudencia, pues estaría condicionado a que el comportamiento de la parte que se retira hubiera creado en la otra una confianza racional en la conclusión del contrato⁴⁹, no obstante que algunos autores⁵⁰ reducen la responsabilidad a la ruptura de las tratativas solamente cuando se emprendan para perjudicar a la otra parte o se prolonguen indebidamente sin intención de contratar porque, en su opinión, de no ser así, quedaría en entredicho el principio de la libertad contractual y el propio tráfico jurídico, al no permitir el desistimiento de las tratativas si no llegara a probarse que mediaba causa justificada para ello.

En cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, tanto se ha invocado el principio *neminem laedere*, en el marco de la responsabilidad extracontractual⁵¹

(basado en el principio de la buena fe en sentido subjetivo), como su naturaleza contractual⁵², si bien en este último caso ya asentada en un deber concreto relativo, que media entre las partes, de proceder contra la buena fe —sentido objetivo— durante las tratativas y en la formación del contrato⁵³, partiendo de la idea según la cual se incurre en ilícito contractual cuando la lesión se refiere a una relación obligatoria específica preexistente, cualquiera que sea la fuente de la obligación violada (contrato, delito u otra)⁵⁴.

Por lo que se refiere al Derecho francés, el Código Civil de 1804 no cuenta con ninguna norma que ampare la admisión de la responsabilidad precontractual; sin embargo, algún autor se hizo eco tanto de la doctrina del contrato tácito de IHERING⁵⁵, como de la de FAGGELLA⁵⁶ que reconocía la responsabilidad precontractual en el caso de retiro intempestivo de las tratativas por violación de un acuerdo suscrito por las partes al entablar negociaciones, que estaría basado en los principios de la equidad y la buena fe⁵⁷, en cuya virtud las partes ya no contarían con libertad absoluta para retirarse de ellas sin aparejar riesgo alguno, puesto que con base en la teoría de la declaración unilateral de voluntad, el aceptante puede exigir el cumplimiento de la oferta (con el resultado de la formación del contrato)⁵⁸, por más que el oferente quisiera hacer valer su derecho a revocarla.

Aún así, la posición de SALEILLES fue objeto de crítica generalizada y, ante la ausencia de un texto que regulara en particular la responsabilidad precontractual, la aproximación al tema ha tenido un carácter casuístico, no sin dejar de reconocer una tendencia amplia⁵⁹ a conectar la *culpa in contrahendo* con la responsabilidad extracontractual. Concretamente, en la ruptura de las tratativas mediando culpa o dolo (ya por iniciarlas sin intención seria de contratar, ya por albergar la intención de perjudicar a la otra parte prolongando indebidamente las negociaciones), tanto la doctrina, como la jurisprudencia⁶⁰ entienden que constituye un supuesto de responsabilidad civil extracontractual al reputarse incumplidas ciertas obligaciones de rectitud y lealtad⁶¹.

Por lo que se refiere al Derecho alemán, el BGB no resolvió con carácter general lo atinente a la *culpa in contrahendo*⁶², pues solo se hizo eco de la influencia de IHERING en sede de extensión de la indemnización, como ya veremos más adelante, pero sin seguir literalmente su propuesta. Dadas estas limitaciones iniciales del BGB sobre la materia, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido la existencia de una relación precontractual de confianza análoga a la contractual⁶³, lo cual impondría a quienes celebraran tratativas la necesidad de observar la diligencia requerida en el tráfico jurídico traducida en el respeto a una serie de deberes basados en el principio general de la buena fe⁶⁴ —explicación, comunicación, conservación— consagrado en el parágrafo 242 del BGB y, por ende, extensible al tópico de la *culpa in contrahendo*, toda vez que, a diferencia de otros Códigos civiles (francés, italiano, español, venezolano), el alemán no refleja las reglas relativas al ilícito extracontractual de manera general,

sino más bien al amparo del hecho ilícito típico⁶⁵, más aún si tenemos en cuenta que en el caso de responsabilidad por el hecho de un dependiente o empleado esta es más restringida en el ámbito extracontractual que en el contractual⁶⁶, lo que llevaría a sostener la responsabilidad contractual a los efectos de lograr una mayor protección para las víctimas del daño ilícito precontractual.

Precisamente, por las razones apuntadas, surge la necesidad de hallar un fundamento a la responsabilidad precontractual en Alemania que supere su naturaleza contractual y eluda las consecuencias injustas a las que conduciría la aplicación de las normas relativas al hecho ilícito. A tal efecto, se reputa que la responsabilidad por *culpa in contrahendo* es de carácter legal y no contractual⁶⁷, ya que si bien cuando se inician las tratativas no nace la obligación de celebrar el contrato, puesto que cada parte actúa a su riesgo en aras a la consecución del mismo, lo cierto es que con el comienzo de aquellas nacen *ex lege* unos deberes entre las partes que, en parte, están basados en la responsabilidad por la confianza⁶⁸, un efecto jurídico que valora jurídicamente una determinada conducta, de tal modo que si se violan tales deberes surge la obligación de indemnizar.

Sin embargo, la reforma del BGB del año 2002 en materia de obligaciones parece orientarse al carácter contractual de la *culpa in contrahendo*, ya que introdujo una nueva redacción al parágrafo 311, apartado 2º, que lleva a extender los deberes exigibles en la ejecución del contrato, como expresión de las obligaciones que nacen entre las partes por su través (parágrafo 241, 2), a la etapa de su formación y preparación⁶⁹, puesto que, conforme al precepto mencionado, una relación obligatoria con los deberes que le son inherentes existe mediante «... 1. la iniciación de negociaciones contractuales, 2. la preparación de un contrato (...) con vistas a una eventual relación negocial, o bien 3. contactos análogos de carácter negocial».

En su virtud, pues, se reconoce expresamente que de las negociaciones contractuales o actos de preparación en general surgen relaciones obligatorias de las que nacen deberes. En efecto, también las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir, con arreglo al parágrafo 280 del BGB, la correspondiente indemnización por lesión del deber de comportamiento⁷⁰.

En una visión del Derecho venezolano, donde no existe un precepto específico⁷¹ como el artículo 1337 del *Codice civil* de 1942, ni tampoco las limitaciones indicadas en el BGB antes de su reforma, la responsabilidad precontractual ha sido acogida en el manto de la responsabilidad extracontractual, al amparo del artículo 1185 del Código Civil⁷², que regula la responsabilidad civil por hecho ilícito y se erige en una cláusula general del ordenamiento jurídico venezolano. Más aún si contamos con la dificultad añadida de justificar las obligaciones precontractuales sobre la base del principio general de la buena fe, cuando este principio despliega sus efectos en sede de ejecución de obligaciones⁷³. Todo ello

nos lleva a reconocer la dificultad de configurar una categoría uniforme e independiente —*tertium genus*⁷⁴— en torno a la responsabilidad civil precontractual, siendo más conveniente ubicarnos ante la reacción del ordenamiento jurídico que sanciona algunas conductas lesivas ocasionadas en el periodo previo a la formación del contrato.

En consecuencia, *de lege data*, resulta más que aventurado señalar la existencia de una relación jurídica obligatoria precontractual para poder justificar en el terreno contractual los deberes que las partes han de cumplir durante la etapa de las tratativas, ya por entender que muchas de las teorías apuntadas sobre el tema resultan superadas —IHERING, FAGGELLA, SALEILLES—, ya porque en otro caso se han basado en preceptos legales de los que adolece el Derecho venezolano.

Así las cosas, por lo que a la ruptura injustificada de la tratativas se refiere, no podemos entender como regla general que dicha situación genere responsabilidad, toda vez que por el hecho de entrar en negociaciones preliminares, conforme al principio de la libertad contractual, no se asume la obligación de concluir el contrato. En efecto, de ser así, llegaríamos al absurdo de que toda tratativa iniciada debería desembocar en la conclusión del contrato, o se habría de mantener hasta la concurrencia de un justo motivo para desistir⁷⁵. Precisamente por ello, lo más enrevesado es delimitar qué ha de entenderse por justo motivo para retirarse de las tratativas, dada la abstracción del término, ya que si esta conducta se tipifica dentro de la configuración del hecho ilícito deberá apreciarse en ella la existencia de culpa o dolo⁷⁶ —en sentido subjetivo— por parte de quien las interrumpe (ya por carencia del propósito de contratar, ya por su prolongación indebida, o bien por ocasionar gastos considerables en la otra parte si el contrato no se quiere o no se puede celebrar), lo que llevaría a mantener el carácter extracontractual⁷⁷ de esta responsabilidad al derivar de un hecho ilícito que, en principio, no podría reputarse como abuso de derecho al no existir un derecho durante las tratativas del que se pueda abusar por el mero retiro de las mismas⁷⁸.

También en el Derecho español, tanto la ausencia de una norma específica sobre el particular, como la superación de la tesis clásica propiciaron que la doctrina indagara sobre la naturaleza de la responsabilidad en el caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares.

Precisamente por ello, algunos autores⁷⁹ estiman que a través de su consideración como una responsabilidad de tipo contractual⁸⁰ se protege mucho mejor al perjudicado por una conducta culposa o dolosa, de tal manera que pueda ser indemnizado por daños y perjuicios con base en el argumento del dolo incidental; en tanto que otros⁸¹ abogan por esta misma solución porque la mayor protección se plasma en un plazo de prescripción para reclamar más amplio, quince años frente al de un año, de reputarla extracontractual.

De tal manera que el fundamento de la responsabilidad precontractual se asentaría más bien sobre una idea integradora de la relación jurídica prenegocial

con características propias, que abarcaría desde el momento de las conversaciones preliminares hasta el de la oferta en firme. Tal relación jurídica, basada en los principios de la buena fe y de la confianza generada, podría ser quebrantada por la negativa injustificada a contratar, de la que emanaría una responsabilidad precontractual⁸² que, a diferencia de la aquiliana o extracontractual, no ampararía un comportamiento culposo o negligente, sino que protegería más bien al que sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa que defrauda la confianza de la otra parte.

Vemos, pues, que quienes se pronuncian a favor del carácter contractual de la responsabilidad precontractual recurren, por razones más prácticas que teóricas, a la ficción de considerar que ya existe un contrato desde que se abren las negociaciones, lo que acarrea la aplicación de las normas relativas al contrato⁸³: la cuantía de la indemnización se fijará con arreglo a los artículos 1106 y 1107 del Código Civil; la presunción de responsabilidad *iuris tantum* para el incumplidor mientras no se pruebe que el incumplimiento no le es imputable, a tenor del artículo 1105 del Código Civil; y el plazo de prescripción de la acción de quince años, según señala el artículo 1964 del Código Civil.

Frente a la consideración de la responsabilidad precontractual como contractual, otros autores, sobre el entendido de que no son aplicables al caso con exactitud las normas de la responsabilidad contractual, pues no ha podido todavía producirse ningún vínculo de esta naturaleza⁸⁴ al encontrarnos ante un mero contrato proyectado, se pronuncian considerando que estamos más bien ante un supuesto de culpa extracontractual o aquiliana derivada del hecho ilícito, de manera que si uno de los eventuales contratantes por dolo o culpa causa un daño a la otra parte contrariando con ello los postulados de la buena fe está obligado a indemnizarlo⁸⁵, conforme a lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil, y el perjudicado contará con la misma acción con la que se cuenta para exigir la responsabilidad extracontractual⁸⁶, que prescribe en el plazo de un año. Sin embargo, esta postura también presenta sus detractores⁸⁷, puesto que la responsabilidad aquiliana resulta admisible cuando la lesión ocasionada es fruto de fraude o estafa, pero no es fácil admitir que la simple retirada de una negociación emprendida constituye un hecho ilícito.

Aún así, la jurisprudencia ha venido reafirmando el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual en caso de ruptura de los tratos preliminares, si bien condiciona la antijuridicidad de tal conducta a la concurrencia de las siguientes premisas⁸⁸: suposición de una razonable situación de confianza con relación a la plasmación del contrato; carácter injustificado de la ruptura de los tratos preliminares; la existencia de un daño efectivo para una de las partes; y el nexo causal entre el daño ocasionado y la confianza generada.

Ante estas dos visiones antagónicas expuestas, se acude a una línea intermedia, que entiende en este caso que la obligación de resarcimiento no se agota en la responsabilidad por acto ilícito emanada del principio romano *ne-*

minem laedere, sino que deriva de los principios generales del Derecho, lo que propiciaría una responsabilidad civil a medio camino entre la responsabilidad contractual y la extracontractual⁸⁹. Dentro de esta postura ecléctica, a su vez, podemos encontrar versiones más próximas a la vertiente de la responsabilidad contractual⁹⁰, dada su mayor concreción frente a la generalidad que representa el principio *neminem laedere* consagrado en el artículo 1902 del Código Civil; así como también, las que se acercan a entenderla como una subespecie de la responsabilidad extracontractual⁹¹, sobre la base de la inobservancia de un comportamiento exigible por el principio general de la buena fe, que se habría visto quebrantado al defraudar la confianza de la otra parte sin justa causa, sin descartar tampoco que este sustento extracontractual pudiera tenerlo también obligacional⁹².

Por lo que se refiere al ámbito internacional, el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT dispone que las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación del deber de buena fe y de lealtad negocial⁹³, lo que implica que con esta fórmula, por un lado, se le está dando a este principio una doble naturaleza⁹⁴: constituye una norma imperativa dentro del contexto de los *Principios* y, además, una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes. A su vez, este principio debe ser interpretado a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional, toda vez que pueden existir hechos o actitudes que pueden determinar que las partes estén violando el deber enunciado⁹⁵, entre los cuales se podrían incluir apartarse, injustificada y arbitrariamente, de las tratativas; prolongar, deliberada y sin causa, las tratativas, para luego contratar con un tercero; o iniciar las tratativas sin seriedad, entendido ello en el sentido de que, por anticipado, se sabe que no se tiene intención de negociar.

Los *Principios* regulan las negociaciones con mala fe⁹⁶. Se entiende por mala fe cuando una persona inicia y ejecuta negociaciones con la intención de no llegar a un acuerdo⁹⁷. Esto tiene sustento en la libertad de negociación, según la cual, las partes pueden iniciar negociaciones y de igual manera retirarse de las mismas, lo que lleva a afirmar que, en principio, la ruptura de una negociación no es por sí sola una manifestación de mala fe. Sin embargo, esta libertad no es absoluta, ya que está sujeta a la limitación de tener que indemnizar los daños causados ante su obrar de mala fe por violar los principios de la buena fe y lealtad negocial.

En efecto, el derecho a retirarse de las negociaciones solo puede ejercerse dentro de un plazo razonable⁹⁸, de manera no intempestiva, y en circunstancias que no afecten el interés de la otra parte. Todo ello dependerá de las circunstancias del caso, tales como el grado de confiabilidad que una parte tenga en la otra⁹⁹; igualmente, de la cantidad de asuntos del futuro contrato sobre los que ya se logró el acuerdo; así como también de la propia naturaleza del contrato.

En los Principios de Derecho Europeo de Contratos se reconoce igualmente la libertad de celebrar o no un contrato¹⁰⁰, pero con limitaciones, puesto que

la parte que hubiera iniciado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, responde de las pérdidas causadas a la otra parte. Entendiendo que es contrario a la buena fe y a la lealtad que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra, repitiendo la fórmula consignada ya en el artículo 2.1.15 de los Principios de UNIDROIT. Igual formulación se contiene en el artículo 6 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos¹⁰¹, donde se establece el principio general de libertad para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se incurra en responsabilidad por no celebrarlo, salvo que se actúe de mala fe, a cuyo fin se considerará actuar de mala fe, entre otros supuestos, cuando se comienza o prosigue tratativas sin intención de concluir el contrato; cuando se interrumpen las tratativas injustificadamente, una vez examinados los elementos esenciales del contrato.

De los instrumentos internacionales mencionados, podemos concluir¹⁰² lo siguiente: que todos regulan la responsabilidad en que se puede incurrir en el periodo precontractual, lo cual representa una novedad con respecto al silencio observado por el Convenio de Viena sobre el tema; que ninguno de estos textos utiliza la expresión latina *culpa in contrahendo*; que no se trata la responsabilidad precontractual como un todo, sino más bien las situaciones ligadas a la ruptura de la buena fe en el periodo de negociación contractual; y, por fin, que no contienen ninguna referencia expresa al fundamento de esta responsabilidad.

Por todo lo dicho y, no sin dejar de reconocer tan significativos avances en el ámbito internacional, pareciera que las expectativas engendradas no resultaran plenamente satisfechas, pues se echa en falta la regulación, entre otros aspectos, de la naturaleza de la responsabilidad precontractual, del interés resarcible y de los deberes secundarios de conducta. Con ello, constatamos una cierta paradoja entre la progresiva atención que suscita la problemática precontractual, por un lado, y la ausencia de normas concretas sobre el particular, por otro.

B) Nuestra opinión

A nuestro entender, en torno a la polémica suscitada con respecto a la naturaleza de la responsabilidad generada en el periodo precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de las tratativas, consideramos que estamos ante una responsabilidad contractual. Para sostener tal aserto, a continuación presentamos de forma sistemática los argumentos que nos conducen a defender esta posición:

A) *Argumento histórico.* Algunos principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, tales como la buena fe *in contrahendo*, la protección de la confianza y la lealtad, son principios que fundamentalmente rigen el ámbito del Derecho de los negocios. Ya en la época clásica del Derecho romano se

contempló la responsabilidad precontractual como una expresión de la *actio doli*¹⁰³, en su momento sustituida por la *actio bonae fidei*¹⁰⁴ contractual a causa de la extensión del *iudicium bonae fidei* a la etapa preparatoria del contrato, lo que parece constatar que el requisito de la buena fe precontractual era exigible en Roma con la misma firmeza que lo era en la relación contractual¹⁰⁵, de tal manera que ya en el Derecho romano el comportamiento contrario a la buena fe *in contrahendo* fue amparado a través de la *actio doli*.

B) *Argumento lógico de continuidad contractual y extensión analógica.* El deber de actuar de buena fe en la fase previa al contrato se puede equiparar también al que se exige para el caso de obligaciones específicas y, por tanto, la responsabilidad originada puede reputarse contractual. En la medida que las obligaciones son las mismas durante todo el *iter contractual*, la buena fe emerge aquí como principio rector¹⁰⁶, tanto en la fase *in contrahendo*, como en la *post contractum*, de tal modo que, en virtud de la buena fe, sería exigible el comportamiento debido y leal en las relaciones sociales, incluidas las preparatorias a la celebración de un negocio jurídico¹⁰⁷. Así pues, en la práctica es conveniente que la responsabilidad por infracción de un deber de conducta precontractual se rija por los mismos principios de la responsabilidad contractual a los efectos de establecer las consecuencias ante la infracción de los deberes contractuales.

Así las cosas, las consecuencias conforme a la buena fe a que obliga el contrato, según el artículo 1258 del Código Civil, serían extensibles también, por analogía, incluso con mayor intensidad en la etapa precontractual¹⁰⁸.

C) *Argumento de las nuevas tendencias en el Derecho Comparado.* En la nueva regulación alemana se reconoce expresamente que de las negociaciones contractuales o actos de preparación en general surgen relaciones obligatorias, las cuales implican deberes. Cuando en el apartado segundo del parágrafo 311 del BGB se dice que la relación obligatoria «*nace también*» de los actos enumerados, debe entenderse en concordancia con el apartado primero del parágrafo 311, que dispone que para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la variación del contenido de una relación obligatoria, es necesaria la celebración de un contrato entre las partes interesadas, salvo disposición en contrario. Sobre el particular, «*también las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir, conforme al §280, la correspondiente indemnización por lesión del deber (por ejemplo, lesión del deber de comportamiento)*»¹⁰⁹.

En efecto, la reforma incorporada al BGB, por la ley de modernización del derecho de obligaciones, del 26 de noviembre de 2001, transformó una costumbre jurídica aceptada¹¹⁰ en una norma precisa frente al efecto jurídico vinculante que tienen las relaciones jurídicas preparatorias y las relaciones obligatorias

negociales, de tal forma que hoy, el panorama jurídico alemán considera que los deberes precontractuales de comportamiento emanan de la relación obligatoria nacida fruto de las conversaciones precontractuales.

Incluso, en el Derecho portugués llama la atención que quienes proponen un *tertium genus* en torno a la naturaleza de la responsabilidad precontractual prevista en el artículo 227 del Código Civil se decantan por su naturaleza obligacional¹¹¹, pese a que el referido precepto se remite en sede de plazo de prescripción de la acción al ámbito de la responsabilidad emanada del hecho ilícito en el artículo 498.

D) *Argumento basado en el principio de seguridad del tráfico jurídico.* Frente al principio de seguridad jurídica, que se ha esgrimido para socavar el valor que generan las expectativas legítimas y su vínculo contractual, al sostener que conferir efectos vinculantes a la fase precontractual pondría en riesgo la seguridad jurídica que debe presidir todo el recorrido contractual, ha de reivindicarse como prevalente, a nuestro juicio, el principio de seguridad del tráfico.

En virtud del principio de seguridad jurídica no puede modificarse desfavorablemente la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ella, supuesto que no encajaría en la ruptura injustificada de los tratos preliminares, puesto que esta se produjo fruto de una conducta negligente o dolosa por parte de quien libremente decidió entrar en negociaciones y, solo por su comportamiento y conducta, creó una apariencia que legitima a la víctima a ser reparada¹¹². Así pues, no se podría, en aras de la pretendida defensa de la seguridad jurídica, negar la naturaleza obligacional que queremos defender.

Y es que seguridad jurídica y seguridad del tráfico se complementan y, en el caso de entrar en colisión¹¹³, «se debe favorecer la seguridad del tráfico jurídico a costa de la seguridad jurídica en ocasiones donde la razón y la misma celeridad del tráfico lo mandan, (...) debe prevalecer la seguridad jurídica solo en aquellos casos donde no exista actividad de la parte titular del derecho subjetivo (...) así: la confianza no tiene como consecuencia una obstaculización del tráfico, pues cada poder legal y cada poder con contenido legalmente predeterminado, conlleva, junto a una elevada seguridad del tráfico, una considerable agilización del mismo».

E) *Argumento basado en el principio de confianza.* Al abrigo del principio general de la buena fe considerada en sentido objetivo, en el periodo precontractual se reconocen unos deberes de conducta, cuya inobservancia impone la obligación de reparar y genera responsabilidad precontractual.

La obligatoriedad del contenido natural del contrato no se deriva del pacto, ni de otras fuentes de integración normativa, sino más bien del principio de la buena fe, que obliga a respetar la confianza legítima con sujeción a lo que

razonablemente cabe esperar en el conjunto de derechos y obligaciones que configuran el *iter* del contrato¹¹⁴. Por lo tanto, las expectativas legítimas de las partes quedan incorporadas al contenido del contrato por exigencias objetivas del propio ordenamiento jurídico.

Así pues, las expectativas y la confianza que generan los tratos preliminares se convierten en un paradigma de comportamiento que incide en un doble tipo de responsabilidad: de un lado, contractual, nacida del incumplimiento imputable del contrato; y, de otro, precontractual, surgida del incumplimiento del deber genérico de actuación con arreglo al criterio de la buena fe en la fase de las negociaciones previas.

Precisamente por lo indicado, podemos afirmar que la responsabilidad precontractual no se basa en la violación del deber genérico *neminem laedere*, sino más bien en la quiebra de los principios de lealtad y confianza que los sujetos se deben recíprocamente¹¹⁵, simplemente por el hecho de haber iniciado las negociaciones.

F) *Argumento del ensanchamiento y la ampliación del concepto de responsabilidad contractual.* Superada la consideración tradicional en cuya virtud la responsabilidad contractual deviene exclusivamente de los contratos, se ha venido apuntando una extensión creciente de su ámbito. Por tanto, la responsabilidad contractual es algo más que la mera responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, convirtiéndose en la responsabilidad ante el daño producido entre quienes se hallan ligados por un vínculo obligatorio.

Ello nos lleva a concebir una noción más amplia de la responsabilidad contractual¹¹⁶, en la que se incluye no solo la responsabilidad ante el incumplimiento del contrato, sino también la responsabilidad precontractual, así como la derivada de la violación de deberes de protección o seguridad. Tanto es así, que la responsabilidad precontractual ha de calificarse de contractual, porque supone la violación de una obligación legal derivada de la buena fe (*ex arts. 7.1 y 1258 del CC*)¹¹⁷ que impone comportarse correctamente en la fase preliminar a la celebración del contrato.

Quedó superada la tradicional clasificación de la responsabilidad contractual, según la cual esta responsabilidad proviene exclusivamente del contrato; más bien al contrario, la doctrina moderna ha advertido que ha venido adquiriendo una extensión creciente, merced a la simplificación de las formas contractuales y la multiplicación de las relaciones contractuales de hecho, así como también a la adición de pactos en una amplia variedad de obligaciones, que, ya con origen en la buena fe, ya en la publicidad o, incluso, en la naturaleza misma de las cosas, vienen a integrar el contenido obligacional del contrato. Y es que la obligación productora de responsabilidad contractual puede tener su fundamento tanto en un contrato, como en otras causas¹¹⁸. A tal fin, se ha sugerido que sería más exacta la expresión responsabilidad obligacional¹¹⁹ que la de responsabilidad contractual.

Sin duda podríamos concluir que en el amplio espectro que rige la responsabilidad entre personas interrelacionadas¹²⁰, cuyo origen radica en el incumplimiento, se encontraría, por un lado, la responsabilidad contractual, nacida del incumplimiento imputable del contrato; y, por otro lado, la responsabilidad precontractual, surgida del incumplimiento del deber genérico de actuar de buena fe en las negociaciones previas. Y es que los principios que rigen y gobiernan las negociaciones contractuales rigen en todas las fases del contrato, entre ellos la buena fe, que emerge como directriz constante en todo el proceso de formación contractual.

Claro está, el hecho de tratar de delimitar la naturaleza de la responsabilidad precontractual acarrea consecuencias prácticas y no se reduce al mero plano teórico, dadas las notables diferencias que entre la responsabilidad contractual y extracontractual se detectan¹²¹, entre las cuales reseñamos:

a) Régimen probatorio. Con relación a la carga de la prueba en materia contractual, bastará con que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor y que la imposibilidad de la prestación, derivada del incumplimiento, no sea imputable al mismo para que el deudor responda; situación que cambia ostensiblemente en el régimen extracontractual, ya que en este caso la víctima deberá probar la culpa y el daño ocasionado por quien lo hubiera infligido —agente del daño—.

b) Plazos de prescripción: las acciones queemanan de la responsabilidad extracontractual, según el artículo 1968.2 del Código Civil, prescriben en un año desde que la víctima conoció el daño, en tanto que el plazo general de las acciones personales prescribe a los quince años, en virtud del artículo 1964 del Código Civil.

c) En torno al alcance y extensión del resarcimiento en caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares, a cuyo tratamiento me remito al apartado II.2 que se aborda de seguidas, en sede extracontractual se respondería de una forma integral (daños mediatos e inmediatos, incluidos los morales) por los perjuicios causados; en tanto que, si sostenemos su naturaleza contractual, se suele reconocer, por lo general exclusivamente, el resarcimiento del interés negativo, para cuya cuantificación se consideran los parámetros de previsibilidad y dolo.

2. ALCANCE DE LA CITADA RESPONSABILIDAD Y EXTENSIÓN DEL EVENTUAL RESARCIMIENTO

A) *Retrospectiva histórica y comparada*

Admitida la responsabilidad en el caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares, procede determinar el alcance y contenido del resarcimiento con

el que habría que indemnizar a la víctima por los daños que le hubieran sido irrogados.

Una de las mayores aportaciones realizadas por IHERING con relación al tema de la *culpa in contrahendo* (bien entendido, para el caso de los perjuicios sufridos por nulidad del contrato¹²², de no mediar culpa de la víctima, pues el supuesto de ruptura de las tratativas es ajeno a la teoría del pandectista alemán¹²³) consistió en cifrar la indemnización de los intereses de confianza (*Vertrauensinteresse*), tras dilucidar si comprendería el interés positivo o de cumplimiento (restablecimiento del patrimonio del acreedor como si el contrato fuera válido, esto es, reintegro a su situación patrimonial como si el contrato se hubiera celebrado, de ahí que también se denomine interés de cumplimiento o de ejecución del contrato); o bien, el interés negativo —*negative Vertrags interesse*—, es decir, los daños sufridos por la víctima al haber confiado en la validez del negocio, los cuales no se habrían ocasionado de haberse sabido que el contrato era nulo, en cuyo caso la indemnización pretende reponer las cosas, en términos económicos, al estado en el que se hallaría si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiado en su validez (*id quod contractum initum non fuisse*).

IHERING se decanta en esta disyuntiva por el interés contractual negativo, aspecto vertebral y medular de su teoría¹²⁴, en cuya virtud la indemnización se extendería tanto al daño emergente (gastos en que incurrió la parte que comenzó la ejecución), como al lucro cesante¹²⁵ (pérdidas sufridas por el rechazo de ofertas ventajosas tras haber iniciado la ejecución), puesto que el culpable no podría ser obligado a indemnizar el equivalente de la prestación prometida —interés positivo— por hallarnos en presencia de un contrato nulo, del cual no podría emanar ningún deber de cumplimiento, con arreglo al adagio «*quod nullum est, nullum effectum producit*».

Sin embargo, en Italia, FAGGELLA rechaza el parámetro del interés contractual negativo instaurado por IHERING y reduce la extensión de la indemnización en el caso de ruptura intempestiva de las negociaciones al daño emergente, esto es, a los gastos reales efectuados con ocasión de las mismas, descartando el lucro cesante¹²⁶, puesto que si durante el transcurso de las tratativas surge una situación más favorable para alguno de los interesados y el otro no la iguala, ya habría un motivo legítimo para desistir y, por ende, no existiría responsabilidad alguna y si, por el contrario, es la otra parte la potencialmente favorecida y no la aprovecha, pudiendo hacerlo sin riesgo, no podrá reclamar indemnización como víctima de la ruptura unilateral de las tratativas al haber perdido una ocasión de la que no se quiso aprovechar.

No obstante, bajo la vigencia del *Codice civile* de 1865 hubo una tendencia generalizada a sostener la tesis del interés contractual negativo de IHERING¹²⁷, incluso por aquellos¹²⁸ que se habían opuesto al fundamento de la *culpa in contrahendo*.

Con la aparición del *Codice civile* de 1942, tanto la doctrina como la jurisprudencia¹²⁹ se han pronunciado a favor de fijar el resarcimiento de la responsabilidad precontractual en el interés contractual negativo, limitado a su vez por el interés contractual positivo¹³⁰, incluso por quienes sostienen el carácter contractual de esta responsabilidad¹³¹.

Por su parte, en Francia, SALEILLES limita el daño resarcible por ruptura o interrupción de las conversaciones iniciadas a los gastos que efectivamente se hubieran producido¹³², siguiendo el criterio de FAGGELLA, con lo que restringe la noción del interés contractual negativo de IHERING, si bien añadirá un nuevo supuesto de retiro arbitrario de las tratativas descartado por el autor italiano, que permitiría al aceptante de la oferta exigir el cumplimiento del contenido de la oferta firme con plazo cuando el oferente quisiera hacer valer su derecho a revocarla¹³³, con lo cual, en este caso, supera por insuficiente el concepto del interés contractual negativo.

A su vez, el BGB alemán asume la teoría del interés contractual negativo de Ihering en los párrafos 122 y 179, pero no de forma literal, pues incorpora una limitación: en efecto, el daño será indemnizable hasta el límite de la cuantía del interés que el perjudicado tiene en que se produzca la validez del contrato, esto es, el llamado interés contractual positivo o de cumplimiento¹³⁴. Así pues, el interés negativo o de confianza —*negatives Vertrauensinteresse*— nunca podría exceder el resarcimiento acordado para el caso de que el contrato fuera válido.

En lo atinente a Venezuela, la doctrina también ha sostenido con carácter general que la extensión del resarcimiento de los daños y perjuicios como consecuencia de la ruptura de las tratativas comprende solamente el interés contractual negativo, sin que en ningún caso pueda rebasar el interés contractual positivo¹³⁵, puesto que no se puede pretender conceder al demandante el equivalente íntegro de la negociación abortada, sino el denominado valor de la pérdida de la oportunidad, cuya fijación compete a la autoridad judicial y en cuya determinación no podría excluirse el lucro cesante, dado que se trata de una responsabilidad extracontractual emanada del hecho ilícito, siempre que las negociaciones se hayan desarrollado con tal seriedad que hayan logrado despertar la confianza o expectativa de las partes en la futura celebración del contrato¹³⁶, a menos que fuera imposible establecer la relación de causalidad entre la conducta lesiva de quien se retira de los tratos preliminares y el daño ocasionado¹³⁷.

En el Derecho español la tesis mayoritaria¹³⁸ reduce la responsabilidad precontractual al interés contractual negativo o daño emergente, con exclusión del denominado interés positivo o lucro cesante: así pues, la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares abarcaría los gastos en que hubiera incurrido justificadamente la parte defraudada (pago de asesores; desplazamientos, gastos bancarios, alquiler de almacenes)¹³⁹, así como también los perjuicios emanados de las negociaciones paralelas que viniera celebrando y se vio obligado a abandonar por dicha razón. Pero la indemnización no se

extendería ni a los beneficios que hubiera generado el contrato abortado, ni a las ganancias dejadas de obtener por otra propuesta contractual no concluida¹⁴⁰. Dicha tesis estaría fundada, principalmente, en la dificultad de evaluar el lucro cesante, dada la multiplicidad de los factores en juego que concurren.

De seguir tal propuesta, surge el problema de limitar cuál sea su límite superior para el caso que la indemnización recibida por el perjudicado ante el fracaso injustificado de los tratos preliminares excediera del provecho que en realidad hubiera obtenido de haberse celebrado el contrato. Cuestión que tiene gran relevancia en el supuesto que estamos analizando de ruptura injustificada en las negociaciones¹⁴¹.

No obstante, la ausencia de normas concretas que resuelvan la cuestión, a diferencia de lo que sucede en el BGB, propicia la correspondiente interpretación a cargo de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁴². En efecto, mientras que para algunos autores¹⁴³, en virtud del artículo 1107.1 del Código Civil, los daños indemnizables serán lo previstos o previsibles, esto es, los exigibles al deudor de buena fe, pues el deudor no está obligado a prever que el acreedor hubiera declinado otras ofertas más provechosas al contratar con él; otros¹⁴⁴ consideran que el interés contractual negativo estaría limitado por el positivo solo cuando mediara culpa, ya que en tal situación la responsabilidad alcanza los daños previstos y previsibles, pero no así cuando existiera dolo pues, en este caso, se respondería de todos los daños conocidos, previsibles o no; así como también se aboga¹⁴⁵, incluso, por evitar la aplicación del criterio de la previsibilidad *ex* artículo 1107.1 del Código Civil al supuesto de ruptura de las negociaciones, en el que todavía no se ha celebrado el contrato, cuando en el mencionado precepto se alude más bien a la futura obligación de resarcir emanada de la posible voluntad de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

Por lo que respecta al ámbito internacional, los Principios UNIDROIT reconocen expresamente la responsabilidad en la etapa precontractual, al señalar el numeral 2º del artículo 2.1.15: «*Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte*». Así pues, la responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte. Esto es, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (interés negativo)¹⁴⁶, pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo).

Existe, no obstante, una discusión en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también el lucro cesante¹⁴⁷. Y es que los Principios UNIDROIT contienen normas relativas a la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (arts. 7.4.1 y sigs.)¹⁴⁸, que podrían resultar aplicables a las tratativas en caso de sostener que la responsabilidad precon-

tractual tiene naturaleza contractual¹⁴⁹, lo que nos pudiera conducir a plantear que la indemnización en el caso de ruptura injustificada de las negociaciones emprendidas comprendería tanto el interés negativo como el positivo, e incluso el daño moral¹⁵⁰. De admitir tal criterio, la tasación de perjuicios a los cuales tendría derecho el negociante agraviado comprendería: todos los gastos en que haya incurrido por las negociaciones y la pérdida de oportunidad de la celebración de otro contrato con un tercero (interés negativo), es decir, el daño emergente; además, podría recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse celebrado el contrato original (interés positivo), esto es, el lucro cesante; e, incluso, el daño moral.

En el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe solo incluye el interés negativo¹⁵¹; sin embargo, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, además de reconocer la indemnización del interés negativo, en el artículo 6 numeral 4 consagra una indemnización por la pérdida de ocasiones similares como consecuencia de los tratos, lo cual plantea si comprendería o no también el interés contractual positivo¹⁵².

B) Nuestra opinión

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos¹⁵³, el español carece de normas concretas que permitan cuantificar el daño emanado de la ruptura injustificada de los tratos preliminares. A tal fin, hemos de partir de la noción de imprevisibilidad o previsibilidad del daño, toda vez que es doctrina pacífica en materia de daños sostener que cuando existe una conducta fraudulenta —dolo—, la indemnización ha de ser integral¹⁵⁴; sin embargo, por el contrario, si el daño no es doloso solo podrá operar el resarcimiento de los daños que pudieron haberse previsto, a tenor de una interpretación literal del artículo 1107 del Código Civil.

En efecto, según lo señalado, el *quantum* indemnizatorio dependerá de la naturaleza que le atribuyamos a la ruptura injustificada de los tratos preliminares: si le reconocemos naturaleza contractual, comprenderá los daños previstos o previsibles cuando sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento; de admitir su naturaleza extracontractual, el hecho ilícito genera el resarcimiento integral, hasta del daño imprevisible. Así pues, en caso de dolo, el *quantum* del resarcimiento será pleno¹⁵⁵, sin que sea admisible pacto alguno para determinar su entidad, con lo que puede operar tanto el interés negativo como el positivo al momento de fijar el criterio indemnizatorio, puesto que es evidente que la obligación de indemnizar será más extensa cuando el deudor actúa de mala fe.

Se trataría de un principio no recogido con carácter general en norma alguna de nuestro ordenamiento civil, pero que se deduce del artículo 1106 del

Código Civil cuando comprende los dos aspectos del daño resarcible, el daño emergente y el lucro cesante¹⁵⁶.

En consecuencia, si la interrupción injustificada de las negociaciones fue culposa, carente de la intención primaria de causar daño, debemos aplicar el artículo 1107.1 del Código Civil y, por tanto, solo operaría el interés negativo, que se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados «daños de la confianza»¹⁵⁷ por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría.

Sin embargo, surge la controversia en torno a si el *quantum* indemnizatorio fijado en el interés negativo debe estar limitado, de tal manera que no pueda rebasar el interés positivo, con lo que entra en escena la cuestión de si la reparación por ruptura injustificada de los tratos preliminares se reduce al daño emergente o también puede extenderse al lucro cesante.

No obstante que la doctrina mayoritaria tradicional nacional se pronuncie por el reconocimiento exclusivamente del resarcimiento del interés negativo¹⁵⁸, esta idea comienza a cuestionarse, toda vez que hoy se tiende a considerar que el interés negativo es una expresión más descriptiva que limitativa¹⁵⁹, puesto que el daño causado al violar el deber precontractual de la buena fe no tiene otro límite que la ley, lo cual nos llevaría a sostener la extensión del *quantum* indemnizatorio para el caso que nos ocupa a la completa e integra reparación de los perjuicios.

Ya la doctrina española¹⁶⁰ había cuestionado la conveniencia de mantener la exoneración del daño imprevisible en la reparación (*ex art. 1107 del CC*), al entender que difícilmente puede prescindirse de la reparación integral del daño injustamente causado.

En la misma línea argumentativa, y a mayor abundamiento, consideramos que esta es la tendencia que se está imponiendo en la moderna doctrina europea, tal como lo evidencia el hecho de que en la Convención de Viena no exista distinción entre el deudor de buena fe y el deudor doloso al momento de limitar su responsabilidad. Pero es que, incluso, la limitación prevista en el párrafo primero del artículo 1107 del Código Civil¹⁶¹ ha sido reducida por la jurisprudencia¹⁶², toda vez que, en la mayoría de los casos, para determinar la cuantía de los daños contractualmente indemnizables, no considera la conducta del deudor.

Y es que sabida es la función de la responsabilidad conforme al artículo 1101 del Código Civil¹⁶³: el resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento, una función pura y exclusivamente indemnizatoria, razón por la cual 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.

Así las cosas, por las razones expuestas, más que entrar a dilucidar si el interés negativo comprende el daño emergente y el lucro cesante, lo verdadera-

mente relevante es que se ha de indemnizar todo el daño precontractual causado por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, siempre que dicho daño sea injusto, antijurídico e imputable objetivamente. Por ello, el acreedor deberá probar la razonabilidad de su confianza, teniendo en cuenta los gastos y las ocasiones perdidas, así como la ausencia de justificación de la ruptura. No ha de entenderse que existe una presunción de culpa, puesto que el daño no radica en el retiro de las negociaciones, dado que nadie está obligado a contratar, sino en su carácter injustificado, por tratarse de una conducta opuesta al principio de la buena fe *in contrahendo*.

En este sentido y con base en un criterio de realismo integrador, «*el equivalente pecuniario de la prestación incumplida se entiende como una partida que forma parte de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento; no solo no se distingue de esta última, sino que el equivalente económico del incumplimiento está sometido a las mismas reglas que la responsabilidad contractual. Una vez acreditada la existencia del daño, esta orientación responde a la práctica de los Tribunales que suelen fijar –lo que acaso sea criticable– una indemnización en globo con la finalidad de reintegrar en el patrimonio del acreedor todas las consecuencias derivadas del incumplimiento*»¹⁶⁴.

CONCLUSIONES

I. La realización de tratos preliminares, por lo general, no constriñe inexorablemente a celebrar el contrato. Por tal razón, las tratativas pueden romperse antes de haber concluido el contrato, sin que dicha conducta pueda reputarse, en un principio, contraria a la buena fe.

No obstante, la diligencia que se ha de observar durante este periodo de negociaciones es la de un buen padre de familia, con sujeción a las reglas de la buena fe, que impone la observancia de los deberes de lealtad, veracidad, protección, y de no mantener conversaciones paralelas, de tal manera que una ruptura intempestiva e injustificada generaría a cargo de su infractor responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados. Aún así, pocas son las legislaciones que reconocen el deber de indemnizar en el caso de ruptura o desistimiento unilateral, sea justificada o no, de los tratos preliminares, salvo las previsiones del artículo 1337 del *Codice civile italiano* y la introducida en el párrafo 311, apartado 2º del BGB, con motivo de la Reforma del Derecho de Obligaciones en el año 2002.

II. En cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, tanto se ha invocado el principio *neminem laedere*, en el marco de la responsabilidad extracontractual, como su naturaleza contractual. Ante estas dos visiones antagónicas expuestas, también se acude a una línea intermedia: una responsabilidad civil a medio camino entre la contractual y la extracontractual.

En este sentido, los Principios UNIDROIT, los del Derecho Europeo de Contratos y el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos regulan la responsabilidad en que se puede incurrir en el periodo precontractual. Ninguno de ellos utiliza la expresión latina *culpa in contrahendo*; tampoco conciben la responsabilidad precontractual como un todo, sino que más bien tratan las situaciones ligadas a la ruptura de la buena fe en el periodo de negociación contractual; y, además, no incluyen ninguna referencia expresa al fundamento de esta responsabilidad.

Nuestra posición se sitúa en el marco de la responsabilidad contractual sobre la base de argumentos de diversa índole: histórico; lógico y de extensión analógica; de Derecho comparado; de seguridad del tráfico jurídico y de confianza; así como del ensanchamiento y ampliación del concepto de responsabilidad contractual. Evidentemente, de tal postura doctrinal surgen consecuencias en torno al régimen probatorio, los plazos de prescripción, y el alcance y extensión del resarcimiento ante el supuesto de ruptura injustificada.

III. Respecto al alcance y contenido del resarcimiento por los daños irrogados en caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares, nos encontramos con varias posturas: a partir del *Codice civile* de 1942, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado a favor de fijar el resarcimiento de la responsabilidad precontractual en el interés contractual negativo, limitado a su vez por el interés contractual positivo; el BGB alemán asume la teoría del interés contractual negativo de IHERING (parágrafos 122 y 179), que nunca podría exceder del monto del resarcimiento acordado para el caso de que el contrato fuera válido.

Los Principios UNIDROIT reconocen expresamente la responsabilidad en la etapa precontractual (numeral 2º del art. 2.1.15). En su virtud, la parte agravada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (interés negativo), pero no podrá recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo), aun cuando surge la discusión respecto a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también se extiende al lucro cesante.

En el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe solo incluye el interés negativo; sin embargo, en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 6 numeral 4), además de reconocer la indemnización del interés negativo, consagra una indemnización por la pérdida de ocasiones similares como consecuencia de los tratos, lo cual plantea si comprendería o no también el interés contractual positivo.

En el Derecho español la tesis mayoritaria reduce la responsabilidad precontractual al interés contractual negativo o daño emergente, con exclusión del

denominado interés positivo o lucro cesante. No obstante, la ausencia de normas concretas propicia la correspondiente interpretación a cargo de la doctrina y de la jurisprudencia.

En nuestra opinión, si la interrupción injustificada de las negociaciones fue culposa, debemos aplicar el artículo 1107.1 del Código Civil y, por tanto, solo operaría el interés negativo, que se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados «*daños de la confianza*» por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría. Respecto a si el *quantum* indemnizatorio fijado en el interés negativo debe estar limitado, de tal manera que no pueda rebasar el interés positivo, lo verdaderamente relevante es que se ha de indemnizar todo el daño precontractual causado por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, siempre que dicho daño sea injusto, antijurídico e imputable objetivamente. Para ello, el acreedor deberá probar la razonabilidad de su confianza, así como la ausencia de justificación de la ruptura.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

STS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL)

- 23 de noviembre de 1984
- 16 de mayo de 1988
- 26 de febrero de 1994
- 26 de noviembre de 1997
- 14 de junio de 1999
- 16 de diciembre de 1999

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE NÁPOLES

- 31 de marzo de 1909

SENTENCIA DE LA CASACIÓN ITALIANA

- 24 de marzo de 1958
- 13 de abril de 1973

SENTENCIA DE LA CORTE DE CASACIÓN FRANCESA

- 11 de enero de 1984

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ-DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, julio-septiembre, pp. 1162 y sigs.
- ALMEIDA COSTA, M. (1984). *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Ed. Coimbra.
- ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto, pp. 60 y sigs.
- ARÉVALO FERRER, A. (2000). Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad ex artículo 1902 del Código Civil. Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4105). *Revista de Derecho Patrimonial* (4), 281-286.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1989). *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y en otros ordenamientos)*. San Sebastián: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè.
- BESSONE, M. (1972). Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 962 y sigs.
- BIANCA, C. M. (2000). *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano: Giuffrè editore.
- BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalía.
- BUSNELLI, F. (1969). Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto «in giusto», *Rivista di Diritto Civile I*, 427 y sigs.
- CALUSSI, V. (1956). In tema di trattative e responsabilità precontrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 470 y sigs.
- CARRARA, F. (1915). *La formazione dei contratti*. Milano: Vallardi.
- CARUSO, D. (1993). *La colpa in contrahendo*. Milano: Giuffrè.
- CEDRAS, J. (1985). La obligation de negotier. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 265 y sigs.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, R. (1993). *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 60 y sigs.
- DE CUPIS, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2.^a edición italiana y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2000). La fuerza de la buena fe. En: Atilio ALTERINI; José Luis DE LOS MOZOS; Carlos Alberto SOTO (Directores), *Contratación contemporánea, teoría general y principios*. Palestra-Lima-Perú. Bogotá D.C.: Temis., pp. 273-285.
- DE LOS MOZOS, J. L. (2001). *Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato. Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid/Buenos Aires: Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES A. M. (2002). *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). La formación del contrato. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, enero-marzo.
- DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET.
- ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch.

- EHRENBERG, V. (2003). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, pp. 37 y sigs.
- ERRARIS, J. (2003). *Le rôle des documents précontractuels dans l'interpretation par le juge du contrat*. Paris: Publibook.
- FAGGELLA, G. (1906). Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Napoli. Tomo III, pp. 269 y sigs.
- GALLO, P. (2004). Responsabilità precontrattuale: il quantum. *Rivista di Diritto Civile*, núm. 3, 507-520.
- GARCÍA CANTERO, G. (2010). *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid: Reus.
- GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Técnicos.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1962). El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español. *RDP*, tomo XVI, 832 y sigs.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, M. (1999). *La moderación de la culpa por los tribunales*. Valladolid: Lex Nova.
- HANOTIAU, B. (1987). La formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention. *Le Contrat en Formation-Hess Contract in Wordage*. Bruselas: Editions du Jeune Barreau.
- IHERING, R. V. (1861). Culpa in contrahendo *bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelagten Verträgen*, en *J. J.*, pp. 1 y sigs.
- JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- LARENZ, K. (1958). *Derecho de Obligaciones*. (trad. Santos Briz, J.). Volumen 1.º. Madrid: EDERSA.
- LEÓN GONZÁLEZ, J. (2002). Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil. *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*. Tomo II. Salamanca: Servicios editoriales Universidad de Salamanca.
- LOI, M. Y TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè.
- LUPINI BIANCHI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas. Julio-diciembre.
- LLAMAS POMBO, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium.
- MANZANARES SECADES, A. (1984). La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, julio-septiembre, pp. 687 y sigs.
- (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 979 y sigs.
- MEDINA ALCOZ, M. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. En: Jorge Oviedo Albán (Director) *Contratos*, T. 3 de la Colección Derecho privado y globalización. Bogotá D. C.: Ibáñez, pp. 151-208.
- MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado.
- MENEZES CORDEIRO, A. (1984). *Da boa Fé no Direito Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina.

- MENGONI, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, 365 y sigs.
- MONSALVE CABALLERO, V. (2006). Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares en el sistema continental europeo. *Revista Iusta*. Volumen 25. Bogotá, 107 y sigs.
- (2006). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial en el Derecho europeo continental. *Via Inveniendi et Iudicandi Revista Virtual*. Volumen 2. Bogotá: Universidad Santo Tomás, pp. 107 y sigs.
- OVIEDO ALBÁN, J. (2000). Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado. *Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana*, núm. 100. Bogotá. Diciembre, 95 y sigs.
- (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 83-116.
- PANTALEÓN A, F. (1984). Comentario de la STS de 19 de julio de 1984. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Madrid, 1869 y sigs.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Comentario al artículo 1258 del Código Civil*. Jurisprudencia civil comentada, Tomo I. Granada, Comares.
- PEREGO, E. (1974). *I vincoli preliminare ed il contratto*. Milano: Giuffrè.
- RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996). *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero.
- ROJAS MONTES, L.; GARCÍA-GRANERO MÁRQUEZ, M; SAPENA DAVO, J. (1989). *La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa*. XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino. Amsterdam. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- ROMÁN GARCÍA, A. (1983). *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo.
- RUBINO, D. (1939). *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè.
- SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 697 y sigs.
- SCHMIDT, J. (1974). La sanction de la faute precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris.
- SCHULZE, R. (2006). Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el derecho contractual europeo. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, pp. 29-58.
- SERRAO, E. (2006). *Il contratto preliminare*. Padua: Cedam.
- SOBRAL DO NASCIMENTO, P. (2003). A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações, *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV Coimbra: Almedina, pp. 249 y sigs.
- STÖLL, H. (1936). *Die Lehre von den Leistungsstörungen*. Tübingen.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17 Núm. 1, 187-210.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (2006). Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II. Las Rozas: La Ley, pp. 919 y sigs.

- VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M. y CABALLERO, J. M. (Directores). (2003). *Código europeo de contratos*, Academia de iusprivatistas europeos (Pavía), I, *Commentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Madrid: Dykinson. Universidad de Burgos.
- VICENTE DOMINGO, E. (2006). *La reparación integral y la compensación de lucros y daños. Estudios de Derecho de obligaciones homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II. Las Rozas: La Ley.
- VIGNAL, N. (1998). *La transparence en Droit privé des contrats*. Faculté de Droit et Science Politique d'Aix-Marseille. Institut de Droit des Affaires. Aix-Marseille: Presse Universitaire d'Aix-Marseille.
- VIGURI PEREA, A. (1994). *Los tratos preliminares: las cartas y otros documentos legales precontractuales*. Barcelona: PPU IURA.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1992). Comentario del artículo 1.107 del Código Civil. *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. I. Bosch. Barcelona: Bosch, pp. 851 y sigs.
- (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

¹ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 52.

² ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1º*. Décima edición. Barcelona: Bosch, p. 381. Aún así, algunos Códigos y leyes regulan la responsabilidad precontractual: artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano; artículo 227 del Código Civil portugués; artículos 197 y 198 de Código Civil griego; artículo 422 del Código Civil brasileño; parágrafo 311, 2 del BGB; artículo 1362 del Código Civil peruano; artículo 863 del Código de comercio colombiano; artículos 689 y 690 del Código Civil paraguayo; artículo 465 del Código Civil de Bolivia; artículos 5-8 del Decreto-ley sobre la contratación económica y comercial de Cuba (diciembre de 2003); artículo 920 del Proyecto de Código Civil de Argentina de 1998. Además, la materia queda reflejada en los artículos 6 a 10 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

³ MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 309.

⁴ VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV. (2001). *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 250. En torno a la responsabilidad por *culpa in contrahendo* y los deberes recíprocos que surge en la fase precontractual, ver las Sentencias del Tribunal Supremo español de 26 de febrero de 1994 y 26 de noviembre de 1997.

⁵ IHERING, R. V. (1861). «*Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelagten Verträgen*», en *J. J.*, pp. 1 y sigs.

⁶ Con relación al movimiento de la pandectística alemana, BERNAD MAINAR, R. (2012). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición. Caracas: Publicaciones UCAB. 2012, pp. 196-198.

⁷ D. 18. 1. 62. 1; *Institutiones* 3. 23. 5; D. 11. 7. 8. 1; D. 18. 4. 1. 8.

⁸ Una explicación de la posición doctrinal de Ihering, en LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas, julio-diciembre, pp. 15-19.

⁹ BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalia, pp. 26 y 27.

¹⁰ GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado De Miguel, J. F.). Tomo III. *Obligaciones y Contratos*. Volumen 1º. Madrid: Civitas, pp. 344 y sigs.

- ¹¹ MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, p. 74.
- ¹² ROMÁN GARCÍA, A. (1983). *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo, p. 381.
- ¹³ LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas. Julio-diciembre, pp. 104-107.
- ¹⁴ RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996). *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero, p. 35.
- ¹⁵ VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 250.
- ¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (1979). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, p. 191.
- ¹⁷ GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 158 y sigs.
- ¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1999 asume la doctrina alemana de los daños ocasionados a la confianza, que admitiría la indemnización de los gastos y desembolsos realizados con arreglo al contrato proyectado.
- ¹⁹ GUARDIOLA SACARRERA, E. (1994). *La compraventa internacional*. Barcelona: Bosch, p. 43.
- ²⁰ ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1º*. Décima edición. Barcelona: Bosch, p. 381.
- ²¹ En los tratos preliminares habría que deslindar dos grados de voluntad: el simple ánimo de entenderse, sin crear un vínculo jurídico; y la intención de contratar, distinción que no es irrelevante, puesto que si la ruptura se produce en la fase del simple ánimo de tratar, las consecuencias serían menos graves que la producida en la fase de la intención de contratar. En este sentido, RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996). *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero, p. 35.
- ²² Supuesto en el cual podría admitirse la obligación de devolver las cantidades entregadas como señal, cuando la ruptura de las negociaciones se ha producido a instancia del que hubiera entregado la cantidad en un momento tal de su desarrollo que hubiera generado la suficiente y razonable expectativa de contratar, aunque esta solución dependerá en última instancia del carácter que se le haya conferido a la entrega de la cantidad: tratativas, precontrato u opción. Al respecto, GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado de Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 1º. Madrid: Civitas, p. 355, que cita a RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson, p. 239.
- ²³ VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 250.
- ²⁴ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 52.
- ²⁵ ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1º*. Décima edición. Barcelona: Bosch, pp. 383 y 384.
- ²⁶ GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado De Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 1º. Madrid: Civitas, pp. 334 y sigs.
- ²⁷ Téngase en cuenta que cuando Ilhering elabora su teoría todavía no se había redactado el BGB, ni el Código de Obligaciones suizo, razón por la cual el modelo codificador vigente era el representado por el *Code* francés, que solo permitía encajar el supuesto de ruptura injustificada de los tratos preliminares a través de la responsabilidad derivada de hecho ilícito (arts. 1382 y 1383 del *Code*), modelo proyectado en los artículos 1151 del *Codice civile* italiano de 1865, 1902 del Código Civil español, 2314 del Código Civil chileno, o 1185 del Código Civil venezolano, entre otros.

²⁸ En este sentido, MOMMSEN, T., citado por BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 6 y 7; BESSONE, M. (1972). Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1012.

²⁹ WINDSCHEID, B. (1904). *Diritto delle pandette* (trad. FADDA, C.; BENSA, P.). Volumen III, primera parte. Torino: UTET, p. 187.

³⁰ MENGONI, L. (1956). «Sulla natura della responsabilità precontrattuale». *Rivista del Diritto Commerciale* 1956, II, p. 366; WINDSCHEID, B. (1904). *Diritto delle pandette* (trad. FADDA, C.; BENSA, P.). Volumen III, primera parte. Torino: UTET, p. 187.

³¹ Una referencia sobre el particular, IGLESIAS SANTOS, J. (2007). *Derecho Romano*. Decimosexta edición. Madrid: Ariel Derecho, p. 114.

³² Con relación a la *Lex Aquilia de damno dato* y la *actio legis Aquiliae*, BERNAD MARNAR, R. (2013). *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición. Primera Reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 505-508.

³³ En su virtud, quien ocasiona un daño tiene la obligación de repararlo. Criterio expuesto por MELINGER, citado BARASSI, L. (1899). *Notas críticas a la obra de Melinger*. Archivo Giurídico Filippo Serafini, p. 594.

³⁴ Tesis que inicialmente mantuvo Windscheid, pero que más tarde abandonó para albergar el principio de la confianza, según el cual quien defrauda la confianza de la otra parte en una declaración negocial debe responder por ello. Al respecto, WINDSCHEID, B. (1904). *Diritto delle pandette* (trad. FADDA, C.; BENSA, P.). Volumen III, primera parte. Torino: UTET, p. 188.

Una de las críticas que se le propinó a la figura del pacto tácito de garantía fue estar basada en una ficción. En este sentido, BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 7 y 8; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, pp. 332-333.

³⁵ FAGGELLA, G. (1906). Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Nápoles. Tomo III, pp. 269 y sigs.; (1909) Fondamento giurídico della responsabilità in tema di trattative contrattuali, en *Archivo Giurídico Filippo Serafini*, pp. 128 y sigs.

³⁶ BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalía, p. 28; CALUSSI, V. (1956). In tema di trattative e responsabilità precontrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 476.

³⁷ FAGGELLA, G. (1909). Fondamento giurídico della responsabilità in tema di trattative contrattuali, en *Archivo Giurídico Filippo Serafini*, p. 150.

³⁸ Criterio sostenido por la Sentencia del Tribunal de Nápoles, presidido por Faggella, de 31 de marzo de 1909. Una crítica sobre la misma, POLACCO, V. (1915). *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, p. 513.

³⁹ Sobre la base del artículo 1151 del *Codice civile* italiano de 1865, norma que aludía a la responsabilidad civil extracontractual, hoy reproducido en cuanto a su idea en el artículo 2043 del *Codice civile* de 1942.

Concretamente, se admitía la naturaleza extracontractual de la *culpa in contrahendo* en los casos de nulidad del contrato y otros supuestos, tomando como argumento el artículo 36 del Código de comercio de 1882, en cuya virtud surgía para el revocante de la oferta la obligación de indemnizar al margen de la culpa por el mero hecho de haber iniciado la otra parte la ejecución del contrato antes de que la revocatoria llegara a su conocimiento. Con arreglo a este criterio, incluso se llegó a considerar por algunos que esta obligación de indemnizar consagraba la *culpa in contrahendo* en Italia: DUSSI, B. (1937). *Istituzione di diritto civile*. Volumen 2. Torino: Giappichelli, p. 20; lo cual se matizó al considerar el caso como un supuesto de responsabilidad sin culpa: BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 74-75; por ocasionar un daño que no es injusto, pero que la ley obliga a resarcir: LORDI, L. (1936). *Le obbligazioni commerciali*. Segunda edición. Tomo I. Milano-Roma: S.E.L.- Athenaeum, pp. 40-41.

⁴⁰ Ya por entender que quien realiza tratativas confiando en la conclusión de un contrato, lo hace a su riesgo y peligro: COVIELLO, N. (1900). *Della C.D. Colpa in contrahendo*, en

Il Filangieri, p. 727; CARRARA, G. (1915). *La formazione dei contratti*. Milano: Vallardi, pp. 12-15, ya por considerar que en las tratativas cada una de las partes actúa en su propio y exclusivo interés, de tal manera que el daño ocasionado por la ruptura de las mismas no es sino el precio que ha de pagarse por la probabilidad que con las negociaciones se ha llegado a albergar respecto a la conclusión de un contrato favorable: PACCHIONI, G. (1937). *Dei contratti in generale*. Segunda edición. Volumen II, parte 2 Diritto Civile Italiano. Padova: Cedam, p. 112.

⁴¹ POLACCO, V. (1915). *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, p. 511; RUBINO, D. (1939). *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè, pp. 175-177; Mengoni, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, p. 365; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 11; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 334.

⁴² En efecto, el artículo 1124 de este Código señalaba que «*los contratos debe ser ejecutados de buena fe y obligan no solamente a lo expresado en ellos, sino también a las consecuencias que según la equidad, el uso o la ley deriven de ellos*», y algunas sentencias de la Casación italiana (10 de julio de 1936; 23 de junio de 1941) reconocen que en la fase preparatoria del contrato las partes han de comportarse con la diligencia normal. Al respecto, LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 7.

⁴³ CALUSSI, V. (1956). In tema di trattative e responsabilità precontrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* p. 475; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 12-13; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 10; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 308.

⁴⁴ DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 296; MIRABELLI, G. (1980). *Dei contratti in generale*. Torino: UTET, p. 114.

⁴⁵ En torno al significado atribuido por la jurisprudencia al principio de la buena fe en el artículo 1337 del *Codice civile*, LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 14.

⁴⁶ SCOGNAMIGLIO, R. (1970). Dei contratti in generali, en *Commentario del Codice Civile de Scialoja y Branca*. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, p. 200; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 32.

⁴⁷ MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 309; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, pp. 309-314.

⁴⁸ DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 309.

⁴⁹ En este sentido, la Sentencia de la Casación italiana de 24 de marzo de 1958 obtenida del *Massimario Giustizia Civile* 1958, p. 349.

⁵⁰ BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 55; SCOGNAMIGLIO, R. (1970). Dei contratti in generali en *Commentario del Codice Civile de Scialoja y Branca*. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, p. 210.

⁵¹ MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 310; BARBERO, D. (1967). *Sistema del Derecho privado* (trad. Sentís Melendo). Sexta edición. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 481; SACCO, R. (1975). *Il contratto*. Torino: UTET, p. 676; MIRABELLI, G. (1980). *Dei contratti in generale*. Torino: UTET, p. 114.

⁵² DE CUPIS, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2.^a edición italiana y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, pp. 168 y 169.

⁵³ MENGONI, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, p. 361; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 128.

⁵⁴ TRABUCCHI, A. (1976). *Istituzioni di diritto civile*. Vigésimo primera edición. Padova: Cedam, pp. 211-212.

⁵⁵ Este es el caso de Aubry y Rau, así como también Colin y Capitant, citados por VIGNAL, N. (1998). *La transparence en Droit privé des contrats*. Faculté de Droit et Science

Politique d'Aix-Marseille. Institut de Droit des Affaires. Aix-Marseille: Presse Universitaire d'Aix-Marseille, pp. 42, 43.

⁵⁶ SAILEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 697-751.

⁵⁷ Una crítica centrada en la vaguedad e imprecisión del principio de la buena fe, HILSENRAD, A. (1935). *Las obligaciones precontractuales* (trad. Menéndez-Pidal, F.). Madrid: Góngora, pp. 80-83.

⁵⁸ SAILEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 749.

⁵⁹ MAZEAUD, H. y L.-TUNC, A. (1961). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I (trad. quinta edición Alcalá Zamora, L.). Buenos Aires: EJEA, pp. 123, 168, 174; RIPERT, G.- BOULANGER, J. (1964). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V. Las Obligaciones. Buenos Aires: La Ley, p. 454; GHESTIN, J. (1980). *Le contrat*. Tomo 2 del *Traité de Droit Civil* dirigido por Ghestin. París: LGDJ, pp. 176 y 802; VINEY, G. (1982). *La responsabilité: conditions*. Tomo IV del *Traité de Droit Civil* dirigido por Ghestin. París: LGDJ, pp. 229-230; SCHMIDT, J. (1982). *Négociation et conclusion des contrats*. París: Dalloz, número 151.

⁶⁰ En este sentido, Sentencia de la Corte de Casación francesa de 11 de enero de 1984 y otras del mismo tenor. *Jurisprudencia francesa* núm. 5. *Droit des contrats*. (1989). París: Litec, pp. 30 y sigs.

Criterio extensible también a la doctrina y jurisprudencia belga, italiana (bajo la vigencia del *Codice civil* de 1865), o venezolana. Al respecto, MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, p. 82.

⁶¹ SCHMIDT, J. (1974). La sanction de la faute pre-contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. París, 52.

⁶² ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, p. 228.

⁶³ Variadas han sido las teorías que precedieron a esta, superadas todas ellas por insuficientes: relación precontractual basada en la posterior conclusión del contrato; precontrato tácito; analogía *iuris*; relaciones contractuales de hecho. Sobre las referidas teorías y sus respectivas críticas, LARENZ, K. (1958). *Derecho de Obligaciones*. (trad. Santos Briz, J.). Volumen 1º. Madrid: EDERSA, p. 108; ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, pp. 228 y 229; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 122-126.

⁶⁴ HEDEMANN, J. W. (1958). *Derecho de Obligaciones* (trad. Santos Briz, J.). Tomo III del *Tratado de Derecho Civil* de LEHMANN-HEDEMANN. Madrid: EDERSA, p. 166; ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, p. 229.

⁶⁵ En efecto, el parágrafo 823 del BGB señala que «*quién dolosa o culposamente lesionó de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por esto*».

En torno al problema de la tipicidad del referido precepto, LIMPENS, J.-KRUITHOF, R.-MEINERTZHAGEN, A. (1983). Liability for one's own act, en *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volumen XI. Torts (ed. Tunc, A.), parte I, JCB. Mohr-Nijhoff: Tübingen-La Haya, pp. 45-47.

⁶⁶ Tal como se desprende del tenor de los párrafos 831 y 278, respectivamente, del BGB. Al respecto, BUSNELLI, F. (1969). *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto. Rivista di Diritto Civile*, 434.

⁶⁷ FLUME, W. (1998). *El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil*. Tomo II. Cuarta edición. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, p. 723.

⁶⁸ Precisamente el Código suizo de Obligaciones incorpora en el artículo 2 el principio de la buena fe con rango de principio general, lo que lleva a la doctrina helvética a poner énfasis en la conexión existente entre la responsabilidad civil en la etapa de formación del contrato, el deber de informarse que recae sobre los contratantes, y la buena fe. Consecuencia de ello será que la buena fe exigirá a las partes, no solo el deber negativo de abstenerse de observar una conducta culposa, sino también el deber positivo de cooperar entre sí. Por ello, la confianza legítima opera como verdadero freno al principio de la libertad contractual, que no consiste en una mera convicción subjetiva, sino que ha de sustentarse en elementos objetivos idóneos, y fundamentaría la obligación de resarcir en el caso de ruptura de los tratos preliminares contraria a la buena fe. Al respecto, LOI, M. y TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 32.

⁶⁹ Posición que ya parecía haber encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia alemanas mucho tiempo antes sobre la base del principio de la confianza que la actitud del emisor de una declaración de voluntad había despertado en el destinatario de la misma, principio que estaba presente a lo largo del BGB en alguno de sus párrafos (122, 179, 307). Al respecto, ENNECERUS-KIPP-WOLFF. (1954). *Tratado de Derecho Civil*. II, 2. Barcelona: Bosch, p. 229.

⁷⁰ ALBIEZ-DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre. Madrid, p. 1192.

⁷¹ LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 90.

⁷² LÓPEZ HERRERA, F. (1952). *La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela*. Caracas: El Cojo, pp. 209 y sigs.; LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, pp. 91-95; MADURO LUYANDO, E.; PITTIER SUCRE, E. (2001). *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Volumen II. Caracas: Publicaciones UCAB, p. 669; MELICH ORSINI, J. (2006). *Doctrina General del Contrato*. Cuarta edición. Serie Estudios núm. 61. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 118.

No obstante, no todos los casos que se abarcan dentro de la noción de *culpa in contrahendo* pueden encuadrarse en el marco de la responsabilidad civil por hecho ilícito, pues algunos de ellos encajarian en la figura del abuso de derecho, en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, o en materia de protección al consumidor, tal como señala LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 92, 93, 128 y 129.

⁷³ En efecto, el artículo 1160 del Código Civil señala que «*los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley*». Al respecto, MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, pp. 111 y 112; LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 78.

⁷⁴ LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, p. 93.

⁷⁵ BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 53; SCOGNAMIGLIO, R. (1970). *Dei contratti in generali en Commentario del Codice Civile de Scialoja y Branca*. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, pp. 208-210.

⁷⁶ LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 80.

⁷⁷ MELICH ORSINI, J. (2006). *Doctrina General del Contrato*. Cuarta edición. Serie Estudios núm. 61. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 118; LUPINI, L.

(1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 95.

⁷⁸ RIPERT, G. Y BOULANGER, J. (1964). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V. Las Obligaciones. Buenos Aires: La Ley, p. 80; BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalia, p. 38.

⁷⁹ PUIG BRUTAU, J. (1987). *Compendio de Derecho civil*. Volumen II. Barcelona: Bosch, p. 223.

⁸⁰ Son partidarios de este criterio JORDANO FRAGA, F.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., citados en GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 81-83.

⁸¹ ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.

⁸² ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.

⁸³ La extensión de la responsabilidad contractual a la fase de los tratos preliminares sobre la base de la relación de contacto social es sostenida por PANTALEÓN PRIETO, F., citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 81-83.

⁸⁴ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1999 (que a su vez invoca la de 16 de mayo de 1988) establece que «... de estos tratos sociales o contratos sociales puede y debe derivarse una cierta responsabilidad —precontractual o por culpa in contrahendo— que al faltar la relación contractual aparece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio neminem laedere ...»; «... dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de la teoría de los tratos preliminares o a través de la teoría del abuso de derecho, pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente en la entrada en juego del artículo 1902 CC».

⁸⁵ COSSIO (1975). *Instituciones I*. Madrid: Alianza, pp. 264 y sigs. También DE LOS MOZOS, J. L.; MORENO QUESADA, B., citados por ROMÁN GARCÍA, A. (1983). *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo, p. 380.

Ver al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de mayo de 1988 en donde se afirma que el fundamento último de esta tesis descansaría en la violación de un deber de conducta impuesto por la buena fe considerada en sentido objetivo.

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985). *Derecho civil español común y foral*. Tomo 4. Decimosegunda edición. Madrid: Reus, p. 32; ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. III/I*. Décima edición. Barcelona: Bosch, pp. 382-384.

⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L. (1979). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid: Técnicos, pp. 190 y 191.

⁸⁸ Extraídas de la influyente Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de junio de 1999.

⁸⁹ VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 250 y 251.

⁹⁰ LUNA SERRANO, A., citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). *Curso de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, p. 372.

⁹¹ MANZANARES SECADAS, A., citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, p. 83.

⁹² ASÚA GONZÁLEZ, C., citada por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 83 y 84.

⁹³ MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, p. 111.

⁹⁴ OVIEDO ALBÁN, J. (2000). Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado.

Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana, núm. 100. Diciembre. Bogotá, pp. 95 y sigs.; (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, p. 92.

⁹⁵ TREVINO AZCUE, J. C. (1998). *Contratación internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*. México: UNAM, p. 74.

⁹⁶ «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 estas no culminen 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 considerará mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo».

⁹⁷ OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 101 y 102.

⁹⁸ OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 101.

⁹⁹ BIANCA, C. M. (2000). *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano: Giuffré editore, p. 168.

¹⁰⁰ Los Principios europeos de Derecho de contratos (documento elaborado por el grupo sobre Derecho europeo de contratos liderado por el profesor Lando, sobre el cual se ha basado en cierta medida el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos) establecen la buena fe y la negociación justa como deberes generales en el artículo 2:301. En efecto:

Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe

1) *Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.*

2) *Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.*

3) *En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.*

Vemos que este artículo presenta una conexión muy estrecha con el artículo 1:201 del borrador del Marco común de referencia europeo sobre la responsabilidad precontractual, y ambos son aplicables tanto al periodo precontractual como al contractual y, específicamente, contemplan la responsabilidad por negociaciones contrarias a la buena fe. Sin embargo, el borrador del Marco común de referencia es más claro y más extenso que los Principios; y en este sentido destaca especialmente su referencia a que la buena fe precontractual no pueda ser ni excluida ni limitada por contrato.

Al respecto, OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 92.

¹⁰¹ Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, GARCÍA CANTERO, G. (2010). *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid: Reus, pp. 98-102.

¹⁰² TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). *Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea*. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17 Núm. 1, 198-199.

¹⁰³ D. 4.3.1 y sigs.; *Codex 2. 21*. Una referencia a esta *actio romana*, IGLESIAS SANTOS, J. (2007). *Derecho Romano*. Decimosexta edición. Madrid: Ariel Derecho, p. 114.

¹⁰⁴ *Institutiones Gai 4, 62; Institutiones 4, 6, 28; D. 17. 2. 38*. Sobre esta modalidad de *actio* en Roma, BERNAD MAINAR, R. (2013). *Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Publicaciones UCAB, p. 200.

¹⁰⁵ ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto. Madrid, 889.

¹⁰⁶ DE CUPIS, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2.^a edición italiana y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, pp. 168 y 169.

- ¹⁰⁷ ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto. Madrid, 889.
- ¹⁰⁸ ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto. Madrid, 890.
- ¹⁰⁹ ALBIEZ-DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre. Madrid, 1192.
- ¹¹⁰ STÖLL, H. (1936). *Die Lehre von den Leistungsstörungen*. Tübingen, p. 143.
- ¹¹¹ SOBRAL DO NASCIMENTO, P. (2003). A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações, *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV. Coimbra: Almedina, pp. 249 y sigs.; ALMEIDA COSTA, M. (1984). *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Ed. Coimbra, p. 338; MENEZES LEITÃO, L. M. (2002). *Obrigações*, Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 338.
- ¹¹² EHRENBERG, V. (2003). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid, 37 y sigs.
- ¹¹³ EHRENBERG, V. (2003). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid, 48.
- ¹¹⁴ PASQUAU LIAÑO, M. (2000). Comentario al artículo 1258 del Código Civil. *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo I. Granada: Comares, p. 2149.
- ¹¹⁵ PUIG BRUTAU, J. (1987). *Compendio de Derecho civil*. Volumen II. Barcelona: Bosch, p. 230.
- ¹¹⁶ Sobre la evolución del alcance y extensión de la responsabilidad contractual, DE CUPIS, A. (1966). *La natura della responsabilità*. Milano: Giuffrè, p. 98.
- ¹¹⁷ JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, pp. 31 y 32.
- ¹¹⁸ GARCÍA VALDECASAS, G. (1962). El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español. *RDP*, tomo XVLI, pp. 832 y sigs.
- ¹¹⁹ DE CUPIS, A. (1966). *La natura della responsabilità*. Milano: Giuffrè, p. 98.
- ¹²⁰ Las denominadas relaciones de contacto social (tratos preliminares, responsabilidad precontractual y relaciones contractuales de hecho). Ver en este sentido, PANTALEÓN A, F. (1984). Comentario de la STS de 19 de julio de 1984. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Madrid, 1876.
- ¹²¹ BERNAD MAINAR, R. (2012). *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo IV. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 17-19.
- ¹²² MENGONI, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, p. 365; BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalía, pp. 26 y 27.
- ¹²³ En torno a la pandectística alemana del siglo XIX, BERNAD MAINAR, R. (2012). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 196-198.
- ¹²⁴ BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 145; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 91-92.
- Una exposición de la doctrina del interés negativo en GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 230-254.
- ¹²⁵ Aún así, surge la controversia en lo atinente a la indemnización del lucro cesante. En este sentido, GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado de Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 1º. Madrid: Civitas, p. 353.
- ¹²⁶ FAGGELLA, G. (1906). Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costituzione giuridica, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Tomo III. Nápoles, pp. 269 y sigs. (núm. 9).
- ¹²⁷ CARRARA, G. (1915). *La formazione dei contratti*. Milano: Vallardi, p. 211; LORDI, L. (1936). *Le obbligazioni commerciali*. Segunda edición. Tomo I. Milano-Roma: S.E.L.-Athenaeum, p. 40.

¹²⁸ En este sentido, esta parte de la teoría de Ihering —interés contractual negativo— se puede separar del resto de la teoría de la *culpa in contrahendo*. Al respecto, POLACCO, V. (1915). *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, p. 507.

¹²⁹ Sentencia de la Casación italiana de 13 de abril de 1973 obtenida del *Massimario Giustizia Civile* 1973, p. 562; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, pp. 316-320. Una crítica a la jurisprudencia italiana sobre el particular, LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 91 y sigs.

¹³⁰ Limitación criticada por carecer el Derecho italiano de una norma en tal sentido, en contra de lo que sucede en el Derecho alemán, que sí lo contempla en algunos preceptos del BGB (parágrafos 107, 307 y 309). Al respecto, BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 149-153; SCOGNAMIGLIO, R. (1970). *Dei contratti in generali* en *Commentario del Codice Civile* de Scialoja y Branca. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, p. 213; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 96-100.

¹³¹ MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, pp. 309 y 310.

¹³² SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 739.

¹³³ SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 749.

¹³⁴ Ambos preceptos apuntados (parágrafos 122 y 179) aluden, respectivamente, al interés contractual negativo con la limitación del interés contractual positivo en términos muy similares: «... no excediendo, sin embargo, la cuantía que el otro o el tercero tenga en la validez de la declaración ...»; «... no excediendo, sin embargo, de la cuantía del interés que la otra parte tenga en la eficacia del contrato ...». Al respecto, ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de Ennecerus-Kipp-Wolff (trad. Trigésimo quinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, pp. 228 y 229.

¹³⁵ MELICH ORSINI, J. (2006). *Doctrina General del Contrato*. Cuarta edición. Serie Estudios núm. 61. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 118.

La concesión de una indemnización que pudiera rebasar el límite del interés positivo raya el absurdo, no solo porque no parece lógico que alguna de las partes comprometa en la celebración de un contrato más provechos que los que pudiera obtener como consecuencia de la conclusión y ejecución del referido contrato, sino también por la inexistencia de un nexo causal directo e inmediato entre el hecho ilícito y el daño producido. Al respecto, LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 98 y 99.

Téngase en cuenta el artículo 920 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 cuando establece: «*Deber de buena fe. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo*».

¹³⁶ LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 97, siguiendo en este criterio a ZANNONI, E. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, p. 113.

¹³⁷ Para que el daño resulte resarcible ha de ser directo, sin necesidad de que resulte previsible. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. (2012). *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo I. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 219 y 231.

¹³⁸ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson, pp. 237 y 238; VALPUESTA

HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA. VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos.* (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 253.

¹³⁹ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2.* Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1º.* Décima edición. Barcelona: Bosch, pp. 383 y 384.

¹⁴⁰ VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos.* (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 253.

¹⁴¹ GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español.* Madrid: Tecnos, p. 246.

¹⁴² ARÉVALO FERRER, A. (2000). Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad *ex artículo 1902 CC.* Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 4105). *Revista de Derecho Patrimonial* (4), pp. 281-286.

¹⁴³ CARRASCO PERERA, citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español.* Madrid: Tecnos, p. 247.

¹⁴⁴ GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español.* Madrid: Tecnos, p. 247.

¹⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español.* Madrid: Tecnos, p. 249.

¹⁴⁶ *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.* Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma, p. 61.

¹⁴⁷ GALLO, P. (2004). Responsabilità precontrattuale: il quantum. *Rivista di Diritto Civile*, núm. 3, 507-520.

¹⁴⁸ «Artículo 7.4.2 (Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños o perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional».

¹⁴⁹ OVIEDO-ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Universitas.* Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, p. 111.

¹⁵⁰ APARICIO, J. M. (1997). *Contratos, I, parte general.* Buenos Aires: Hammurabi. Depalma Editor, p. 392.

¹⁵¹ «*Las pérdidas de las que responde la persona que actuó de manera contraria a la buena fe incluyen los gastos en que se haya incurrido (...); el trabajo realizado (...) y las pérdidas sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar (...). En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que se encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato. No resulta de aplicación el artículo 9:502».* LANDO, O.; BEALE, H. (2003). *Principios de derecho europeo de contratos, partes I y II.* Edición española a cargo de Pilar BARRES-BENLLOCH; José Miguel EMBID-IRUJO y Fernando MARTÍNEZ-SANZ. Madrid: Colegios Notariales de España, p. 268. El artículo 9:502 trata sobre el daño emergente y el lucro cesante derivados de la inejecución de las obligaciones del contrato.

¹⁵² «*Artículo 6.4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.*» Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, en GARCÍA CANTERO, G. (2010). *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía.* Madrid: Reus, pp. 101 y 102. Ver también ASÚA GONZÁLEZ, C. I.

(1989). *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y en otros ordenamientos)*. San Sebastián: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, p. 163.

¹⁵³ Así, por ejemplo, el artículo 1338 del *Codice civile italiano*, o los párrafos 122 y 179 del BGB.

¹⁵⁴ Responsabilidad integral no significa que pueda «*extenderse indefinidamente, ni siquiera en presencia de dolo, a toda la cadena de daños que han podido experimentar el acreedor o la víctima, antes bien, debe limitarse a aquellas consecuencias lesivas, que según el curso normal*». En este sentido, LEÓN GONZÁLEZ, J. (2002). *Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil. Estudios jurídicos en memoria del profesor ALFREDO CALONGE*. Tomo II. Salamanca: Servicios editoriales Universidad de Salamanca, p. 584.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1984 (*RJ* 1984, 5656).

¹⁵⁶ VICENTE DOMINGO, E. (2006). *La reparación integral y la compensación de lucros y daños. Estudios de Derecho de obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo II. Las Rozas: La Ley, p. 932.

¹⁵⁷ ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual. RCDI*. Madrid, p. 905.

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson, pp. 237 y 238; VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 253.

¹⁵⁹ BENATTI, F. (1963). *Op. cit.*, pp. 149 y sigs.; MENEZES CORDEIRO, A. (1984). *Da boa Fé no Direito Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 585.

¹⁶⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, M. (1999). *La moderación de la culpa por los tribunales*. Valladolid: Lex Nova, p. 76. En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, p. 286, señala que «*si el signo de los tiempos exige una vigorosa defensa de la víctima, ello no ha de ser solo en el terreno de las relaciones no negociales, no se puede seguir diciendo ante un sistema contractual como el moderno que el tratamiento privilegiado que al deudor de buena fe da el artículo 1107 responde a un deseo de favorecer las transacciones y de permitir un reparto de los riesgos que evite desagradables sorpresas al deudor*».

¹⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (1992). Comentario del Artículo 1107 del Código Civil. *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. I. Barcelona: Bosch, pp. 851 y sigs.

¹⁶² DE ÁNGEL YÁGUEZ, R. (1993). *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 60 y sigs. En el mismo sentido, MENEZES CORDEIRO, A. (1984). *Op. cit.*, pp. 593 y sigs.

¹⁶³ LLAMAS POMBO, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium, pp. 270 y sigs.

¹⁶⁴ VATTIER FUENZALIDA, C. (2006) se hace eco de esta postura clásica renovada por autores como Díez-Picazo, Delgado Echeverría, Rogel Vide o Pantaleón Prieto, en *Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual. Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II. Las Rozas: La Ley, pp. 919 y sigs.

(Trabajo recibido el 20-5-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)