

# Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado

por

RAFAEL BERNAD MAINAR  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Investigador Asociado*  
*Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)*  
*Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.
- III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATOS PRELIMINARES:
  - 1. EN GENERAL.
  - 2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA FASE DE LOS TRATOS PRELIMINARES.
  - 3. TRATOS VS. CONTRATO: LA DIFUSA FRONTERA ENTRE LAS TRATATIVAS Y EL CONTRATO. UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA.

## INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de la formación del negocio jurídico nos referimos a los actos o serie de actos en cuya virtud nace un negocio jurídico, lo cual se produce cuando concurren todos los elementos necesarios para ello, que variarán según sea el caso. Más concretamente, cuando el negocio jurídico en formación se trata de un contrato el proceso referido también es conocido como de conclusión o

perfección de un contrato<sup>1</sup>, momento postrero de la serie de actos efectuados y dirigidos a esa finalidad, que ha de deslindarse nítidamente de otros posteriores a él, así sea el de su eficacia, o bien el de su consumación<sup>2</sup>.

En efecto, el contrato, como regla general, se perfecciona por el mero consentimiento, al concurrir las declaraciones de voluntad de los contratantes, esto es, cuando, ya existiendo la una, surge la otra, o bien, si ambas son recepticias, en el momento que la aceptación llega a conocimiento del oferente. No obstante, dependiendo de la modalidad de contrato ante el que nos hallemos, para su perfección se requerirá, además del mero consentimiento, ya la entrega de la cosa —contratos reales, tales como el mutuo, comodato, depósito o prenda—, ya la observancia de ciertas formalidades con carácter *ad substantiam* o *solemnitatem* —contratos formales o solemnes, tal cual sucede en la donación o la hipoteca—.

Será, pues, a partir de la perfección del contrato cuando nacen, a menos que medie plazo o condición suspensivos, las obligaciones del contrato entre los contratantes y, por ende, cuando el contrato obliga a su cumplimiento.

El proceso de formación del contrato presenta dos fases bien diferentes: por un lado, la relativa a los contactos iniciales —tratos preliminares o tratativas<sup>3</sup>—; y, por otro, la de formación del consentimiento propiamente dicha, asentada en el concurso de la oferta y la aceptación.

Frente a la formación instantánea del contrato<sup>4</sup>, práctica más que habitual que sucede si el destinatario de la oferta acepta sin más, cuando ésta se ha realizado directamente<sup>5</sup>, es también muy frecuente la formación progresiva o sucesiva del contrato<sup>6</sup>, sobre todo cuando reviste cierta complejidad o implica

---

<sup>1</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. I/2.º*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 148.

Ya la sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de diciembre de 1991, reconoce diversas fases en la formación del contrato.

En torno a las posibles fases en el proceso formativo del contrato, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 188; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 237 y 238.

<sup>2</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. II/1.º*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, págs. 398-400.

<sup>3</sup> LUPINI BIANCHI, L., *El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa*, Estudios de Derecho Privado. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios núm. 85, Caracas. 2010, pág. 267.

<sup>4</sup> La tradicional y sintética concepción del proceso de formación del contrato partía de la integración instantánea del consentimiento por medio del concurso de oferta y aceptación, criterio reconocido en buena parte de los Códigos Civiles del siglo XIX (francés, italiano, español, entre otros). En este sentido, LUPINI BIANCHI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 10.

<sup>5</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I. EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 308.

<sup>6</sup> VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. y VERDERA SERVER, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 249.

una relevancia económica considerable, situación que requerirá mayor pausa para recabar datos e información, calibrar las posibilidades, solicitar garantías y, en suma, pensar mucho más las consecuencias de lo realizado, más aún, a nuestro juicio, cuando la delimitación del contenido del contrato procede de la voluntad de una de las partes mediante condiciones generales que habrán de ser aceptadas por la otra u otras a través de su adhesión, en una clara expresión del fenómeno de la contratación en masa<sup>7</sup> que prolifera cada vez con más fuerza en nuestros días.

En este segundo supuesto anteriormente señalado —formación sucesiva del contrato— la perfección del contrato suele ir precedida por una fase previa en la que puede aparecer la invitación a ofrecer<sup>8</sup> o bien los tratos preliminares<sup>9</sup>, situación esta última donde, en puridad, no estamos ante una actividad contractual, sino más bien ante una actividad dirigida a realizar posiblemente un contrato<sup>10</sup>, en la que las partes debaten el posible contenido del mismo, así como la conveniencia de formalizarlo, aun cuando las negociaciones puedan partir de un esquema ya previamente dispuesto<sup>11</sup> por la iniciativa de alguno de los interesados. Por ello, esta primera fase o fase previa en el proceso de formación del contrato es más que eventual<sup>12</sup>, toda vez que, o no existe en

---

En torno a la revisión integral por parte de la doctrina y la jurisprudencia del proceso formativo del contrato —*iter ad contractum*—, por considerarse superado el esquema tradicional apuntado, FAGGELLA, G., «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, Tomo III. 1906, págs. 269 y sigs.; CARRARA, G., *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milano, 1915; PEREGO, E., *I vincoli preliminare ed il contratto*, Giuffrè, Milano, 1974; SALEILLES, R., «De la responsabilité precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1907, págs. 697 y sigs.; GHESTIN, J., *Le contrat*. Tomo 2, *Traité de Droit Civil*, LGDJ, París, 1980, pág. 174.

<sup>7</sup> Con relación a esta realidad incuestionable, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo III, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 47-50.

<sup>8</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. II/I.º*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 380.

<sup>9</sup> Con relación a la escasa importancia concedida por la doctrina a las tratativas a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX, sobre la base del esquema tradicional que sustentaba el proceso de formación del contrato en el concurso de oferta y aceptación, SCHMIDT, J., «La sanction de la faute precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1974, pág. 47; LOI, M.-TESSITORE, F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975, págs. 4-5.

<sup>10</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I. EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 308.

<sup>11</sup> Se recogen a veces en documentos escritos, que se suelen denominar acuerdos o cartas de intención —*gentlemen's agreement*—, memorando de principios, minuta del contrato o puntualización. Al respecto, GUARDIOLA SACARRERA, E., *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 41; también Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 53; MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 310.

<sup>12</sup> LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios núm. 85, Caracas, 2010, pág. 190.

todo contrato o, en el caso de existir, no desembocará necesariamente en la celebración del mismo, al haber sido infructuosas las conversaciones realizadas, ya por carecer de concreción suficiente, ya por la ruptura intempestiva de alguna de las partes.

El contenido de los tratos preliminares es muy diverso<sup>13</sup> —conversaciones, ofertas, contraofertas, remisión de escritos, estudios técnicos, evaluación de posibilidades, elaboración de cálculos, discusión, consultas—, si bien cada propuesta efectuada por las partes implica ya en puridad una oferta<sup>14</sup>, que puede ser rechazada por su destinatario directamente, o bien a través de una contraoferta.

Deslindar la línea de separación entre esta fase previa y la de perfección del contrato constituye una mera cuestión de hecho<sup>15</sup>, y en este empeño deberemos acudir al terreno de la interpretación de la voluntad de las partes implicadas para detectar si en verdad por su través han tenido intención o no de contratar<sup>16</sup> y, por ende, de quedar vinculadas. Y es que, en principio, en las tratativas o tratos preliminares, las partes más que contar con intención de contratar —*animus contrahendae obligationis*—, cuentan más bien con la sola intención de tratar<sup>17</sup>. No obstante, una vez formado el consentimiento, los tratos resultan absorbidos por el contrato celebrado<sup>18</sup> y, por ello, se erigen en un medio auxiliar de carácter privilegiado para interpretar la intención de las partes reflejada en el contrato.

Así pues, hablar de tratos preliminares nos conduce a la fase preparatoria del contrato<sup>19</sup> en la que las partes delimitan el contenido de sus respectivas prestaciones y el tipo de contrato que se quiere celebrar. Esta figura tiene su origen en la teoría alemana de los tratos preliminares (*Vorverhandlungen Trattative*)<sup>20</sup>, en

---

<sup>13</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson. Madrid, 2000, pág. 238.

<sup>14</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II/I*.º, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

<sup>15</sup> MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 61, Caracas, 2006, pág. 119.

<sup>16</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, EJEa, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

<sup>17</sup> MICCIO, R., citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., en *El contrato en general*, vol. XI, primera parte, 4.ª ed., Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo III, Lima, 1991, págs. 50-54.

<sup>18</sup> SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale* (Commentario del Codice Civile, Scialoja y Branca, arts. 1321-1352), Zanichelli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1970, pág. 82.

<sup>19</sup> Incluso se llega a cuestionar que los tratos preliminares se puedan identificar con uno de los momentos de la formación progresiva del contrato, toda vez que en muchas ocasiones aquellos no conducen a la conclusión del contrato, y es que más que guardar una relación directa con el consentimiento conectan con la actividad de los que en ellos intervienen. En este sentido, MELICH ORSINI, J., *Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato*. Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 23, Caracas, 2007, pág. 71.

<sup>20</sup> En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1999, citada por RAGEL, *op. cit.*, pág. 238.

la que las partes elaboran, discuten o conciertan los términos de un determinado contrato al objeto de remover los obstáculos y debatir el eventual contenido del futuro contrato. Se manifiestan ya verbalmente, por escrito o por medios telemáticos, y su expresión más representativa en la contratación actual es la petición de presupuestos, o las conversaciones o tanteos previos a la conclusión del contrato<sup>21</sup>, sobre todo cuando son de cierta envergadura.

Los tratos preliminares concluirían con la realización de la oferta en firme<sup>22</sup>, así como también con la celebración del contrato en discusión, o con el desistimiento de una o ambas partes, y en el caso de ser este unilateral se planteará si quien desiste queda obligado o no a indemnizar por la ruptura de los tratos, aspecto que excede de nuestro interés por ahora, pero que, sin duda, será objeto de tratamiento en un momento posterior de la investigación en curso.

## II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El proceso de formación del contrato es complejo y dentro de él se acogen diversas situaciones, cada una con sus peculiaridades. De ahí que limitarlo y circunscribirlo al mero ámbito de los tratos preliminares representa una cierta ambigüedad, toda vez que por sí solos estos cuentan con la individualidad ontológica<sup>23</sup> de no ser irrelevantes, pero sin embargo, a su vez y, a diferencia de otras figuras que puedan aparecer en su espectro, carecen, en principio, de una eficacia tal como para atribuirles la correspondiente a un contrato por el simple hecho de iniciar negociaciones tendentes a la exploración de la posibilidad de vincularse a través de un contrato.

Es más, resulta más que arriesgado asimilar los tratos preliminares con alguno de los momentos en que se desarrolla el fenómeno de la formación progresiva del contrato, toda vez que en muchas ocasiones no llegan a derivar en la celebración del contrato<sup>24</sup> y, por este motivo, más que presentar una conexión directa con el consentimiento, piedra angular sobre la que se asienta el contrato, conectan más bien con la actuación de los que intervienen en su preparación, que no tienen que ser necesariamente las mismas personas que al

---

<sup>21</sup> Al respecto, sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de febrero de 1994, reseñada por GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., en AA.VV. (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y Contratos*, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 333.

<sup>22</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II/1.º*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

<sup>23</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 70.

<sup>24</sup> CARRESI, F., *Il contratto*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale (CICU, MESSINEO, MENGONI). Tomo XXI, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 705.

final, si el contrato llega a consumarse, habrán de consentir. Por tal razón, los tratos preliminares deben deslindarse netamente de la *oferta propiamente dicha*, pues mientras aquellos tienden a configurar una oferta<sup>25</sup>, ésta pretende concluir un contrato. Así es, en tanto que la oferta exige de una intención de obligarse para el caso de ser aceptada, los tratos preliminares pretenden la concreción de resultados en la negociación<sup>26</sup> o la precisión de ciertas ideas que serán consideradas con posterioridad.

De ahí que no sea infrecuente que, por medio de pactos, se fijen las reglas o pautas de conducta por las que se ha de regir la fase de negociaciones o tratos preliminares, pactos que, por lo general, establecen los principios rectores de la negociación, tales como la buena fe, suministro suficiente de información, confidencialidad y exclusividad, amén de insertar eventuales cláusulas penales para el caso de que el contrato no llegue a celebrarse. En el supuesto de existir estos pactos bilaterales, denominados *acuerdos de intenciones* (*cartas de intención*, *accords de principe*, *gentlemen's agreement*) o contratos rectores de la negociación<sup>27</sup>, debemos deslindarlos nítidamente de los meros tratos preliminares, ya que ante los primeros estamos en presencia de verdaderos contratos, cuyo incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad contractual, aun cuando se refieran al proceso en el que se puedan enmarcar dichos tratos o negociaciones. Suelen surgir en negociaciones de gran importancia económica y quieren desligarse de los meros tratos preliminares, en los que las partes, en principio, no resultan vinculadas.

Hemos de deslindar esta figura (cartas de intención), afirmando con ello su autonomía<sup>28</sup>, tanto de la minuta, como de los acuerdos parciales, a los que nos referiremos de seguida, así como del precontrato o contrato de opción<sup>29</sup>. Hablamos, pues, de contratos temporales habituales en negociaciones muy complejas y de cierta duración donde las partes refuerzan sus relaciones sobre la lealtad<sup>30</sup> —*pactum de tratando*— y facilitan una eventual prueba de conducta culposa durante el periodo precontractual, dado que no pueden prever todavía el contenido del contrato definitivo, pues ni siquiera han decidido contratar —*pactum de contahendo*—; sin embargo, a veces, la precisión de estas cartas

---

<sup>25</sup> MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 61, Caracas, 2006, págs. 120-121.

<sup>26</sup> GUARDIOLA SACARRERA, E., *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 42.

<sup>27</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 53; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 102.

<sup>28</sup> CEDRAS, J., «L'obligation de negotier», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1985, pág. 275.

<sup>29</sup> LUPINI BIANCHI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 66.

<sup>30</sup> GHESTIN, J., «Le contrat», Tomo 2, *Traité de Droit Civil*, LGDJ, París, 1980, pág. 190.

de intención sobre los elementos del futuro contrato es tal<sup>31</sup> que se les puede atribuir efectos vinculantes.

Así pues, aun cuando a veces estas cartas de intención no constituyen verdaderas promesas de contrato, puesto que las partes no prevén las condiciones del contrato definitivo, en otras ocasiones su grado de precisión en torno a los elementos del futuro contrato es de tal grado que puede llevarnos a considerar de manera objetiva que se han traspasado las fronteras del periodo precontractual<sup>32</sup> y, por ende, a atribuirles a estos compromisos de honor efectos vinculatorios, dada su precisión y firmeza.

También podemos hablar de la *minuta* o *puntualización*<sup>33</sup>, documento en el que se incluyen por escrito los puntos esenciales sobre los que las partes han llegado a un acuerdo, aun cuando este no se hubiera logrado en todos sus elementos<sup>34</sup>. Su valor estriba en ser un medio de prueba relativo a la marcha de las negociaciones; no obstante, determinar si tiene el carácter y la fuerza de un contrato dependerá de si las partes con el mencionado documento tenían la voluntad de entender el contrato ya formado, y siempre que los puntos sobre los que no se hubiera alcanzado el acuerdo, por ser secundarios o accesorios, no comprometerían la esencia de los ya acordados<sup>35</sup>. Aún así, cuando algún elemento accesorio sea determinante en la prestación del consentimiento de alguna de las partes, se elevará a la categoría de esencial<sup>36</sup> y, en consecuencia, la formación del referido contrato quedará supeditada a la obtención de un acuerdo sobre el punto en cuestión.

Con carácter general, y dejando a salvo lo dicho con anterioridad, se suele entender que la minuta cuenta con un carácter interlocutorio y, por ende, carente de valor vinculante<sup>37</sup>. Sin embargo, no es desdeñable su valor probatorio en torno a la existencia misma de las tratativas<sup>38</sup> a los fines de sustentar una reclamación por daños y perjuicios en el caso de ruptura dolosa o culposa de las mismas.

<sup>31</sup> MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 61, Caracas, 2006, pág. 119.

<sup>32</sup> SCHMIDT, J., *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Paris, 1982, núms. 29, 36 y 39.

<sup>33</sup> CARRARA, F., *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milano, 1915, págs. 20 y sigs.

<sup>34</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I. EJEa, Buenos Aires, 1952, pág. 310.

<sup>35</sup> En torno a la doctrina del siglo XIX de la *puntualización*, en cuya virtud se ha de delimitar entre cláusulas esenciales y accesorias del contrato, de tal manera que el acuerdo sobre las primeras llevaría a la conformación del contrato, aun cuando se discrepara sobre las segundas, RAVAZZONI, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 81.

Una crítica sobre la referida doctrina en CATAUDELLA, A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 202 y sigs.

<sup>36</sup> SCHMIDT, J., *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Paris, 1982, núm. 151; GHESTIN, J., «Le contrat», Tomo 2, *Traité de Droit Civil*. LGDJ, Paris, 1980, pág. 172.

<sup>37</sup> RAVAZZONI, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 78.

<sup>38</sup> MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, UTET, Torino, 1980, pág. 51.



Tampoco podemos prescindir de la diferenciación entre tratativas y *acuerdos parciales*, categoría general derivada de la concepción dual alemana que concebía únicamente el modelo bipartito que distinguía entre el proyecto de contrato, acuerdo parcial insuficiente para producir efectos jurídicos, y el contrato definitivo ya formado en sus términos esenciales. En su virtud, los tratos preliminares constituyen el intercambio de ideas y opiniones, en un momento anterior a la formulación de una propuesta en sentido técnico; sin embargo, los acuerdos parciales suponen un salto cualitativo respecto de aquellos<sup>39</sup>, puesto que ya se ha entrado por su través en la fase del contrato *ex intervallo temporis*, lo que planteará la cuestión relativa a si el acuerdo parcial adoptado en torno al contenido mínimo del contrato o a las cláusulas básicas y sus elementos esenciales deben entenderse suficientes para la formación del contrato<sup>40</sup>.

No podemos confundir los tratos preliminares con los *memorandum de entendimiento* (MOU, derivado de sus siglas en inglés *Memorandum of Understanding*)<sup>41</sup>, documento contentivo de un acuerdo *bilateral* o *multilateral* que refleja la convergencia de un deseo entre las partes, expresando la intención de emprender una línea de actuación común. Se suele utilizar en casos en los que las partes no desean o no pueden asumir un compromiso legal obligatorio. Por lo general, representa una versión más formal que el *acuerdo o pacto de caballeros*. Al igual que las tratativas adolece de carácter contractual, por lo que en modo alguno se plantea su posible ejecución forzosa<sup>42</sup>, pero, aún así, el contenido de ambas figuras dista mucho entre sí.

Distinta de los tratos preliminares es la figura *sui generis*<sup>43</sup> conocida como *confort-letters*, práctica anglosajona contractual empleada a menudo por las instituciones bancarias para el caso de concesión de un préstamo a una de las sociedades filiales de una sociedad matriz, supuesto en el cual exigen a ésta con carácter previo el compromiso de hacer lo necesario para que la sociedad filial prestataria mantenga fluidez de caja suficiente para afrontar las obligaciones adquiridas con el banco.

---

<sup>39</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 71.

<sup>40</sup> Sirva lo dicho en cuanto a la doctrina de la *puntualización* en la nota al pie núm. 32 anterior, a la que nos remitimos.

<sup>41</sup> GUARDIOLA SACARRERA, E., *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 41.

<sup>42</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 311.

<sup>43</sup> Carácter autónomo y peculiar que atribuimos por encajar difícilmente, ya en el contrato de fianza, ya en la promesa de hecho ajeno. Al respecto, SIMLER, P., *Le cautionnement*, Librairies Techniques, Paris, 1982, núm. 932; LUPINI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre, 1991, págs. 64-66.



En modo alguno podemos asimilar los tratos preliminares con los *contactos iniciales*, que constituyen meras invitaciones efectuadas por una persona a otra, o al público en general y que, a diferencia de aquellos, son iniciativas meramente unilaterales frente al carácter bilateral de las tratativas<sup>44</sup>, las cuales, a través del intercambio de información e ideas, tienden a la eventual conclusión de un contrato. Precisamente, el criterio que tradicionalmente se ha esgrimido para deslindar ambas figuras es el de la expectativa basada en la confianza<sup>45</sup> que se genera a través de los tratos preliminares, lo cual no sería extensible a los meros contactos iniciales, razón por la cual en esta situación de contactos iniciales, a diferencia de lo que sucede en el caso de las tratativas, no cabría exigir el deber de actuar con arreglo a la buena fe<sup>46</sup>.

Asimismo, debemos diferenciar los tratos preliminares del *precontrato*, ya que éste cuenta con una naturaleza contractual, bien considerado como pacto previo, o bien como una etapa dentro del contrato definitivo y, en consecuencia, las partes resultan obligadas; en tanto que los tratos preliminares carecen de tal naturaleza, puesto que configuran conversaciones previas que tratan de discutir los pormenores de un contrato futuro, razón por la cual las partes no contratan ni se vinculan jurídicamente<sup>47</sup>. Así es, en principio, los tratos preliminares no obligan a llevar a cabo un contrato definitivo, ni su ruptura, por lo general, conlleva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. De tal manera que, en la medida que el precontrato ya es un contrato puede ir precedido por tratos preliminares<sup>48</sup>.

A mayor abundamiento en torno al deslinde entre precontratos y tratativas, en modo alguno cabría invocar la ejecución forzosa en forma específica de los tratos preliminares, tal como sucede en sede del precontrato, y ello no obstante que la ruptura intempestiva y abusiva de aquellos pudiera engendrar responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados al contratante que hubiera actuado de buena fe. Nada obsta, pues, sino todo lo contrario, para que el precontrato, como contrato que ya es, pueda venir precedido de tratos preliminares<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale* (Commentario del Codice Civile, Scialoja y Branca, arts. 1321-1352), Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, pág. 81.

<sup>45</sup> MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, UTET, Torino, 1980, pág. 117.

<sup>46</sup> Ver, en este sentido por argumento contrario, los artículos 1337 y 6, respectivamente, del Código Civil italiano actual y Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Además, RAVAZZONI, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 83.

<sup>47</sup> AA.VV. (SANTOS BRIZ, J., coord.), *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 4, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 28 y 29. En torno a las diferencias entre precontrato y tratos preliminares, ver al respecto, sentencias del Tribunal Supremo español de 11 de marzo de 1988, 13 de diciembre de 1989, 30 de marzo de 2001 y 20 de abril de 2001.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ MEDAL, R., *De los contratos civiles*, XXI edición revisada. Porrúa, México, 2004, pág. 130.

<sup>49</sup> DE LOS MOZOS, J. L., «Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato», en *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid/Buenos Aires, 2001, pág. 169.

Aun así, esta delimitación apuntada no resulta tan nítida en la práctica en el caso de los contratos de formación sucesiva<sup>50</sup>, dada la variedad de actos precontractuales que se realizan: precontrato verbal; oferta de contrato laboral pendiente de ratificación por un órgano de la persona jurídica que la efectuó<sup>51</sup>; concurso de selección laboral incumplido por el promotor; calificación de un documento por las partes como compromiso de intenciones<sup>52</sup>; calificación contractual por las partes<sup>53</sup>.

En resumen, y a modo de conclusión, debemos distinguir meridianamente la figura de los tratos preliminares —tratativas— del precontrato, toda vez que en ellos se adolece del carácter contractual con el que cuenta el precontrato, razón por la cual no se plantea su posible ejecución forzosa<sup>54</sup>, de tal modo que, distinto de lo que sucede en el precontrato, un acuerdo de las partes sobre algunos aspectos del futuro contrato, aun cuando conste en una minuta o proyecto escrito de contrato, no sería suficiente para vincular a quienes lo suscribieron<sup>55</sup>.

A su vez, tampoco podemos identificar los tratos preliminares, aun cuando se ubiquen en la fase previa en la que se sitúan las tratativas, con otras manifestaciones que configuran el proceso de formación sucesiva del contrato, tales como acuerdos de intenciones, minutas, memoranda de entendimiento, o

---

<sup>50</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 98 y 99.

<sup>51</sup> Caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Social, de 26 de abril de 1990.

<sup>52</sup> En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de junio de 1998, donde se señala que el precontrato constituye el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos y, en consecuencia, el documento considerado no sería sino un punto de partida para seguir negociando, toda vez que en él no se contienen los elementos básicos del contrato proyectado, razón por la cual se está en el ámbito de la formación progresiva del futuro contrato, contrato que todavía no existe y que, por ende, no puede exigirse el cumplimiento de lo que aún no existe, de tal manera que las partes podrían desistir de los tratos. De ahí que, aunque subsistiese la voluntad entre las partes de cumplir lo acordado en el documento, el juez no podría suplir las carencias del referido acuerdo de intenciones, esto es, no podrá la autoridad judicial construir una voluntad negocial relativa a elementos básicos, pues, de ser así, se excedería en las funciones de emitir una declaración de voluntad, pues en este caso, más que emitir dicha declaración de voluntad, la estaría creando.

Sostiene un argumento similar la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 1998, cuando nos dice que, en modo alguno, el convenio litigioso puede calificarse como tratos preliminares desde el momento que reúne todos los requisitos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa).

<sup>53</sup> Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 1994, cuando señala que el empleo impropio por alguna de las partes de la expresión precontrato respecto del negocio jurídico realizado no le atribuirá en sentido técnico los efectos del precontrato, más aún cuando en el caso en ciernes su ejecución resultaría imposible.

<sup>54</sup> SERRAO, E., *Il contratto preliminare*, Cedam, Padua, 2006, pág. 11.

<sup>55</sup> En torno a la cantidad y cualidad de las cláusulas de un contrato que deben ser aprobadas para reputarlo formado, MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4.ª ed., Caracas, 2006, págs. 112-122.

acuerdos parciales, supuestos en los que, en muchas ocasiones, podría ya existir un contrato, según hemos tenido oportunidad de indicar con antelación.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

#### 1. EN GENERAL

Tema controvertido es el relativo a la *naturaleza jurídica* de la figura. Para abordarlo, se ha de partir de una premisa en cuya virtud las negociaciones no son vinculantes<sup>56</sup>, no obligan, toda vez que todavía no constituyen un contrato. En efecto, los tratos preliminares no crean ni quieren crear en ese momento una vinculación jurídica, sino que lo que pretenden es proyectar un esbozo, un esquema meramente hipotético de lo que sería el futuro contrato en caso de que llegara a celebrarse —*conditio iuris*—; es decir, las partes ofrecen, regatean, condicionan e incluso pueden alcanzar acuerdos parciales, pero no firmes y totales<sup>57</sup>, razón por la cual, como tales, los tratos preliminares no constituyen por sí solos un acto jurídico<sup>58</sup> ni nace relación jurídica alguna<sup>59</sup>, pues de ellos no se derivan efectos jurídicos de manera inmediata. En la misma medida que las partes cuentan con libertad para exponer sus ideas y deseos sobre cómo querrían vincularse<sup>60</sup>, son igualmente libres para celebrar o no el contrato, en una clara expresión del principio de la libertad contractual asentado en la autonomía de la voluntad, razón por la cual las partes pueden poner fin a los tratos sin necesidad de haberlos concluido<sup>61</sup>.

En los tratos preliminares los eventuales contratantes están imbuidos y animados por la voluntad de discutir y debatir, no de contratar<sup>62</sup>, si bien podemos

---

<sup>56</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 309; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II/1.º*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381; Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52; VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. y VERDERA SERVER, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

<sup>57</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 239.

<sup>58</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, págs. 187-188.

<sup>59</sup> VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. y VERDERA SERVER, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

<sup>60</sup> Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52.

<sup>61</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II/1.º*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

<sup>62</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

distinguir dos grados de voluntad que presiden los tratos preliminares: por un lado, el simple ánimo de entenderse sin crear vínculo jurídico alguno; y, por otro, la verdadera intención de contratar<sup>63</sup>. Distinción que no es meramente teórica e irrelevante sino que puede afectar de distinto modo al plano de la responsabilidad para el caso de ruptura de las conversaciones, según cuándo ésta se produzca, ya en la fase presidida por el simple ánimo de tratar, o bien cuando estemos ante un supuesto imbuido de verdadera intención de contratar.

Ahora bien, el hecho de que los tratos preliminares no constituyan un contrato, ni siquiera un precontrato, no quiere decir que sean absolutamente irrelevantes desde un plano jurídico<sup>64</sup>, sino todo lo contrario: adquieren una consideración muy significativa como elemento de interpretación del contrato posterior que se originó<sup>65</sup>, así como también de apreciación de los posibles vicios de los que pudiera adolecer; y, más importante aún, frente a una eventual situación de ruptura de aquellos podríamos hallarnos ante una fuente de responsabilidad.

Y es que, aun cuando los tratos preliminares no generan un vínculo jurídico entre las partes, lo cierto es que obligan en otro sentido<sup>66</sup>, puesto que ya surgen en esta fase unos mínimos deberes para los eventuales contratantes derivados del principio genérico de la buena fe contractual<sup>67</sup>, no sólo vigente en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales ya constituidas, sino también en la fase previa a la constitución de las mismas y que se erige en verdadero freno

---

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero de 1996, pág. 35.

En torno a la determinación del momento preciso en que las negociaciones se convierten propiamente en un contrato, MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4.ª ed., Caracas, 2006, pág. 119.

<sup>64</sup> MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4.ª ed., Caracas, 2006, pág. 118.

<sup>65</sup> VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. y VERDERA SERVER, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

<sup>66</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

<sup>67</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil, II/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52. En este sentido, la ya tradicional sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de enero de 1965.

A juicio de ALBALADEJO, los tratos no constriñen a celebrar el contrato y se les puede poner fin sin haberlos concluido, es más, ni siquiera obligarían a mantener como contenido mínimo las ofertas que se hubieran rechazado, lo cual, en modo alguno habría de ser considerado contrario a la buena fe, dada la posibilidad de que hubieran variado las circunstancias, las necesidades o los deseos de los interesados. Al respecto, *Derecho Civil, II/1.º*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

La aplicación del principio de la buena fe en la fase precontractual se basaría en su carácter de principio general, en la aplicación analógica del artículo 1258 de nuestro Código Civil, así como en la aplicación directa del artículo 7.1 del mismo Código en torno al ejercicio de los derechos. Al respecto, GARCÍA RUBIO, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 41 y sigs.

a una pretendida omnímoda libertad contractual que permitiera a las partes desistir de sus negociaciones sin la obligación de concluir el contrato a propósito del cual negocian. Así es y, al amparo del principio de la buena fe contractual, surgen como inherentes algunos deberes que se hacen presentes, tales como el deber de veracidad, el de lealtad, el de no mantener negociaciones paralelas o, por fin, el deber de protección<sup>68</sup>. Otra cuestión distinta resulta el carácter de la responsabilidad por inobservancia de alguno de estos deberes —*culpa in contrahendo*—, lo que en este momento y no sin dejar de reconocer su enorme interés, excede de nuestro tratamiento.

Por lo que atañe al *deber de veracidad*, se traduce concretamente en un deber de información<sup>69</sup>, no sólo referido a la información suministrada, sino también a la que no se puede ocultar. Más difícil resulta fijar su extensión y límites<sup>70</sup>, sobre todo cuando uno de los contratantes es un consumidor y la falta de información suficiente puede afectar a la calidad del consentimiento contractual, razón por la cual el contenido esencial del deber de información consistiría, en términos generales, en la información necesaria y decisiva —información contractual<sup>71</sup>— acerca del negocio que se quiere celebrar por razones de seguridad jurídica (datos personales o comerciales de los contratantes, productos objeto del contrato, sus características, riesgos, modo de utilización, precio total, costes adicionales, forma de pago, régimen jurídico del contrato, garantías)<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> GARCÍA-GRANERO, A. V., *La perfección de los contratos*. Instituciones de Derecho Privado (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 335.

<sup>69</sup> VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., y VERDERA SERVER, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

Sobre la concepción del deber de información en las tratativas como una obligación autónoma y general en Italia y Francia, LUPINI BIANCHI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 81 y 82; GHESTIN, J., «Le contrat». Tomo 2, *Traité de Droit Civil*, LGDJ, París, 1980, pág. 142.

<sup>70</sup> La opinión tradicional patria apuntaba al deber general de autoinformación, esto es, cada quien por razones de seguridad jurídica debía cuidar sus intereses y debería informarse en lo necesario sobre el negocio que quisiera celebrar (sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1978). Sin embargo, cada vez más frecuentemente se fue abriendo camino el criterio según el cual existe un deber de verificar una comunicación según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico, para cuya determinación se tendrán en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza del negocio en ciernes, la personalidad de las partes y su concreta posición en la relación jurídica. En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1989.

<sup>71</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2001, pág. 374.

<sup>72</sup> GARCÍA RUBIO, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 45; GÓMEZ CALLE, E., citada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2001, pág. 375.

Dadas las dificultades señaladas para fijar su extensión y límites, el deber de información ha tomado rango legal en materia de consumidores y usuarios<sup>73</sup>, no sólo en el ámbito contractual<sup>74</sup>, sino también precontractual<sup>75</sup>,

<sup>73</sup> En este sentido, son muchas las normas que lo han incorporado, partiendo de su reconocimiento a nivel constitucional en el artículo 51, en el que se impone el deber genérico a los poderes públicos de promover la información a los consumidores: TR de la Ley de Consumidores de 2007 (arts. 8d, 12, 17, 20, 81); Ley de Contratos de Crédito al Consumo de 2011 (arts. 17-19) en relación a la información que debe mencionarse en los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto, información sobre el tipo de deudor y la obligación de información vinculada a los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto; Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996, reformada en 2010 (arts. 19, 39, 47) en sede de actividades de promoción de ventas, procedimiento de contratación y ejecución del contrato; o la Ley de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico de 6 de julio de 2012 (art. 8).

En el Derecho venezolano, este deber de información también ha tomado fuerza legal en materia de consumidores y usuarios (tal como observamos en los arts. 8, 3; 10; 33; 36; 38; 41; 71; 75 de la Ley PADEPABIS, anterior Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

<sup>74</sup> El artículo 69 del TR de la LGDCU de 2007 impone al empresario la obligación de informar sobre el derecho de desistimiento.

<sup>75</sup> Así, el artículo 60 del Texto Refundido de la LGDCU de 2007 impone al empresario el deber de información previa al contrato, de tal manera que deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además: nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa; precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares; fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato; garantías ofrecidas; lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación; existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo. En todo caso, la información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

Relacionado con ello, los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la LGDCU se refieren a la información precontractual y su confirmación por escrito en los contratos celebrados a distancia. El contenido de este deber para el empresario incluye lo atinente al coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica; las características esenciales del bien o servicio; los gastos de entrega y transporte, en su caso; el plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento; la duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida; las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad; la forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución; en su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

a los fines de obtener un consentimiento libre y concienzudo, toda vez que la información precontractual, con base en el principio de buena fe que ha de presidir la formación del contrato, integra el contenido del contrato celebrado<sup>76</sup>. No obstante, este deber de información no debería entenderse como absoluto, sino que estaría sujeto a ciertos límites<sup>77</sup>, ya derivados del respeto al derecho a la intimidad, o bien del deber que, a su vez, el otro contratante tiene de informarse<sup>78</sup>.

Los artículos 7 y 9 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos consagran, respectivamente, este deber de información en las tratativas precontractuales, tanto con carácter general, como en el supuesto de haberse realizado con consumidores fuera de los establecimientos mercantiles. En efecto, «*en el curso de las tratativas, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga conocimiento, o de la que deba tener conocimiento, y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo*»<sup>79</sup>, de tal modo que, en los casos de omisión de información o falsa información, contrarias a la buena fe, surge la obligación de reparar el daño ocasionado, de no concluirse el contrato, o bien de restituir la suma o abonar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, en el supuesto de haberse concluido aquel.

---

Por ello, antes de la ejecución del contrato deberá facilitarse al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o, en su caso, en la lengua elegida para la contratación, la siguiente información: información prevista anteriormente; dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor y usuario pueda presentar sus reclamaciones; información relativa a los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y a las garantías existentes; las condiciones para la denuncia del contrato, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año. Dicha información deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera, adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.

En esa misma línea, podemos mencionar, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de 6 de julio de 2012, que incorpora el deber del empresario de proporcionar información precontractual; o el artículo 2 del Real Decreto de 17/12/1999, sobre condiciones generales de la contratación en contratación telefónica o electrónica que obliga al predisponente a remitir al adherente el texto completo de las condiciones generales con una antelación mínima de tres días naturales a la celebración del contrato.

<sup>76</sup> GARCÍA CANTERO, G., citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2001, pág. 375.

<sup>77</sup> GÓMEZ CALLE, E., citada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2001, pág. 375.

<sup>78</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 110.

<sup>79</sup> Un comentario en torno a este artículo 7 del Anteproyecto, en *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía* (GARCÍA CANTERO, G.), Reus, Madrid, 2010, págs. 102-104.



Del mismo modo, en el caso de las tratativas con consumidores fuera de los establecimientos comerciales<sup>80</sup>, el comerciante que propone la conclusión de un contrato, deberá informar por escrito del derecho a rescindir el contrato y la falta de tal comunicación ocasionará, a cargo del comerciante y en favor del consumidor, la obligación de reparar el daño ocasionado, de no concluirse el contrato, o bien de restituir la suma o abonar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, en el supuesto de que aquel hubiera sido concluido.

El *deber de lealtad*<sup>81</sup> consiste en observar un comportamiento correcto durante los tratos preliminares<sup>82</sup>, lo que se manifiesta, a su vez, en una relación de deberes: mantener reservada la información confidencial que se adquiera por su través<sup>83</sup>; actuar con seriedad, es decir, no iniciar ni mantener las tratativas que no se quieren concluir, ni interrumpirlas arbitraria e injustificadamente; así como custodiar los objetos recibidos relacionados con el posible contrato.

Precisamente, los artículos 6 (Deber de corrección) y 8 (Deber de reserva) del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos reflejan, respectivamente, algunas manifestaciones del referido deber de lealtad. Así es, con relación al primero de ellos, «*cada una de las partes es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que el contrato no sea celebrado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe*»<sup>84</sup>, dando por entendido que actúa contra la buena fe quien comienza o prosigue tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato, en cuyo caso, la parte que obró contra la buena fe deberá reparar el daño sufrido por la otra parte; y en cuanto al deber de reserva<sup>85</sup>, «*las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones obtenidas confidencialmente en el transcurso de las tratativas*», de tal manera que la parte que no lo respeta queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra.

---

<sup>80</sup> Sobre el referido artículo 9 del Anteproyecto, GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 107-108.

<sup>81</sup> VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. y VERDERA SERVER, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

<sup>82</sup> GARCÍA RUBIO, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 53 y sigs.

<sup>83</sup> BENATTI, F., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 39-42.

<sup>84</sup> Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, en *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía* (GARCÍA CANTERO, G.), Reus, Madrid, 2010, págs. 98-102.

<sup>85</sup> GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 105-106.

En cuanto al *mantenimiento de negociaciones paralelas*, en principio y, salvo que se hubiera suscrito un pacto de exclusividad, dicha práctica no atentaría contra la debida conducta o comportamiento correcto emanados de la buena fe precontractual<sup>86</sup>, lo cual no obsta, sin embargo, que fuera conveniente y más que deseable informar a la otra parte que se están llevando a cabo una serie de negociaciones paralelas.

Algunos autores incluyen también a partir de un famoso caso sucedido en Alemania —caso *Linoleum*<sup>87</sup>— un denominado *deber de protección* tanto de la persona en su integridad física como de los bienes de la otra parte, derivado de la relación de confianza entablada entre las partes y fundado en el principio de la buena fe<sup>88</sup>, si bien podría resultar un tanto redundante e innecesario por estar ya comprendido en el principio general de responsabilidad civil extracontractual *neminem laedere*, según el cual quien causa un daño a otro está obligado a repararlo, así como también por su solapamiento con alguna de las aristas que presenta la necesidad de observar un comportamiento correcto durante los tratos preliminares, dentro del genérico y comprensivo deber de lealtad, ya referido con antelación.

## 2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA FASE DE LOS TRATOS PRELIMINARES

Superada la concepción individualista del Derecho privado en general y, más concretamente, del Derecho de las obligaciones y de los contratos en particular, tras la consolidación del criterio de la función social<sup>89</sup> y solidaridad a la que ha de orientarse el ejercicio de los derechos subjetivos<sup>90</sup>, los contratantes están obligados a observar un comportamiento conforme a la buena fe objetiva y, por ende, comprensiva, no sólo del deber de abstenerse de actuar culposamente,

---

<sup>86</sup> GARCÍA RUBIO, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 55 y 56.

<sup>87</sup> A propósito del mencionado caso, TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 17, núm. 1, 2010, págs. 187-210; LUPINI BIANCHI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 34 y 35.

<sup>88</sup> Sería un ejemplo de ello el deber del dueño del establecimiento de proteger y evitar que un cliente sufra un accidente en sus instalaciones. Sobre el desarrollo del mencionado deber en Alemania, CANARIS, citado por GARCÍA RUBIO, P., *op. cit.*, págs. 53 y sigs.

<sup>89</sup> En este sentido se dirige la nueva redacción del artículo 421 del Código Civil brasileño de 2001, que modifica su versión original de 1916 y que reza de la siguiente manera: «*La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato*».

<sup>90</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 109.

sino también del deber de cooperar en la preparación, celebración y ejecución del contrato —*affectio contractus*—, que incluirá recíprocos deberes de información<sup>91</sup>, extensibles al consejo, la confidencialidad, la custodia, motivación, o no concurrencia<sup>92</sup>, entre otros.

En efecto, emerge aquí con sólida fuerza el modelo jurídico romano del buen padre de familia<sup>93</sup>, que ya no se limita a observar un comportamiento que no perjudique al otro, sino que lo lleva a asumir un compromiso ineludible de franqueza y lealtad.

Por ello, en sede de tratos preliminares, el referido modelo de conducta impuesto por el deber objetivo de la buena fe habrá de adaptarse a la particular relación jurídica en la que se desenvuelvan y desarrollen las tratativas. Sin embargo, al margen de cuáles sean las particularidades de la relación jurídica existente, podemos afirmar que tanto el deber que recae sobre las partes de observar la buena fe en la ejecución del contrato, como el que pesa sobre el intérprete del contrato de hacerlo con arreglo a las reglas de la buena fe para indagar cuál fue la verdadera intención de las partes, son aplicables también a la etapa de formación del contrato y, por ende, a los tratos preliminares, aun cuando las legislaciones civiles tradicionales<sup>94</sup> no lo manifesten expresamente y lo reduzcan a la etapa de ejecución del contrato.

---

<sup>91</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El contrato en general*. Primera Parte, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998-1999, núm. 59.

<sup>92</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, págs. 109 y 110.

<sup>93</sup> En torno a la concepción del comportamiento correcto y razonable del buen padre de familia, DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El contrato en general*. Primera Parte, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998-1999, págs. 19 y sigs.

<sup>94</sup> El Código Civil francés (art. 1134), el chileno (art. 1146), el argentino en su versión primigenia (art. 1198), el español (art. 1258), el mexicano (art. 1796), el venezolano, entre otros, invocan expresamente el principio de la buena fe como criterio referencial en lo que a la ejecución del contrato se refiere, más no en la etapa de formación del contrato y, mucho menos, durante la realización de las tratativas.

No obstante, a partir de los años setenta del siglo XX, la Casación francesa reconoce que el principio de la buena fe constituye un freno para la libertad contractual. En este sentido, sentencia de la Cámara Comercial en Casación, de 20 de marzo de 1972; y sentencia de la Tercera Cámara Civil en Casación, de 3 de octubre de 1972. Ambas señalan que la buena fe considerada en abstracto representa un comportamiento estándar objetivo basado en la honestidad, probidad y lealtad. Al respecto, MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 108.

Incluso en España, aun cuando el Código Civil de 1889 siguió la línea del *Code* francés, en la reforma de 1974 se introdujo un principio general estrechamente conectado con el punto analizado, toda vez que el artículo 7.1 establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Ya con el antecedente que supuso la codificación alemana del BGB al dar carta de naturaleza en su seno a la teoría del negocio jurídico<sup>95</sup>, se asentó el principio de la confianza en sede de declaraciones de voluntad y propició que tanto la doctrina como la jurisprudencia remodelaran la tradicional versión de la *culpa in contrahendo* apuntada por Ihering, con lo que se abre un camino en torno a la consideración del principio de la buena fe en materia contractual, extensible también a su etapa de formación, desde que las negociaciones han comenzado, momento a partir del cual surgen deberes legales de comportamiento, cuya inobservancia generará responsabilidad.

Y todo ello a pesar del tenor del párrafo 154 del BGB, que señala que, en caso de duda, no se entenderá concluido el contrato sino cuando las partes hayan alcanzado el acuerdo de todos los puntos a los que se refiere el contrato<sup>96</sup>, lo que podría dar pie a sostener una interpretación literal y, por ende, entender que sólo a partir de ese momento el contrato surte efectos y genera obligaciones para las partes, con lo que antes del referido momento el acuerdo alcanzado sobre algunos puntos no tiene fuerza obligatoria<sup>97</sup> y, por argumento en contrario, no cabría exigir la buena fe en la etapa de formación del contrato.

Sin embargo, la reforma del BGB del año 2002 en materia de obligaciones introdujo una nueva redacción al párrafo 311, apartado 2º, lo que nos lleva a extender los deberes exigibles en la ejecución del contrato, como expresión de las obligaciones que nacen entre las partes por su través (párrafo 241, 2), a la etapa de su formación y preparación<sup>98</sup>, puesto que, en virtud del 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».

Esta tendencia cada vez encuentra visos de asentarse con más fuerza en otras legislaciones. En efecto, el Código suizo de las Obligaciones, aun cuando su artículo 41 reproduce a grandes rasgos la obligación de reparar el daño causado por hecho ilícito, permite una interpretación más amplia del comportamiento con arreglo a la buena fe en sede de ejecución de obligaciones, toda vez que

---

<sup>95</sup> BERNAD MAINAR, R., *Manual de historia del Derecho*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 219-222; 196-198.

<sup>96</sup> FLUME, W., *El negocio jurídico*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 753.

<sup>97</sup> ENNECERUS NIPERDEY, *Tratado de Derecho Civil alemán*. Parte General, Tomo I-2, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 153.

<sup>98</sup> 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, *Tratado de Derecho Civil*, II, 2, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 229.

el artículo 2 del referido texto legal incorpora el mencionado principio de la buena fe con rango de principio general, lo que llevará a la doctrina helvética<sup>99</sup> 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 sólo el deber negativo de abstenerse de observar una conducta culpable, sino también el deber positivo de cooperar entre sí.

Por su parte, el *Codice civile* italiano de 1942, a diferencia de lo establecido en la versión original de 1865 que seguía la línea apuntada por el Código Civil francés, recoge en su artículo 1337 el deber de las partes de comportarse según la buena fe «*en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato*», deber que ha de ser entendido en un sentido objetivo, a cuyo fin bastaría con valorar el comportamiento en sí mismo considerado, al margen de los motivos que lo hubieran podido impulsar<sup>100</sup>.

Tendencia que va a ser seguida por otros Códigos posteriores: así, el Código Civil portugués de 1966<sup>101</sup>; o el caso del Código Civil peruano de 1984<sup>102</sup>; lo mismo que el Código Civil argentino, tras su reforma de 1989<sup>103</sup>; así como también el Código Civil de la provincia canadiense de Québec, tras su reforma de 1991<sup>104</sup>; o, incluso, lo sucedido tras la reforma del Código Civil brasileño de 2002<sup>105</sup>, que deroga al anterior de 1916; sin olvidar lo sucedido en el caso colombiano, cuyo Código Civil, por inspiración del afrancesado Código Civil chileno, adoptó el criterio tradicional omisivo sobre el particular, lo cual no fue obstáculo para que con motivo de la reforma del Código de Comercio de 1887 en el año 1971, el artículo 863 del nuevo texto declarara que las partes deberán proceder de buena fe en el periodo precontractual.

---

<sup>99</sup> LOI, M., TESSITORE, F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 32.

<sup>100</sup> Este es el criterio apuntado por la Casación italiana, en MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 85.

<sup>101</sup> En su artículo 227.1.º señala que «*quien negocia con otro la conclusión de un contrato debe tanto en sus preliminares como en su formación proceder según las reglas de la buena fe*».

<sup>102</sup> En su artículo 1362 establece que «*los contratantes están obligados a mantener tanto en la formación del contrato como en su ejecución los principios de probidad y de buena fe*».

<sup>103</sup> Reforma que incorpora en su artículo 1198 el deber de *celebrar*, interpretar y ejecutar el contrato de buena fe, con arreglo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieran entender obrando con cuidado y previsión.

<sup>104</sup> En cuyo artículo 1375 se impone a las partes el deber gobernar su conducta según la buena fe, tanto en el momento del nacimiento de la obligación, como en el de su ejecución o extinción.

<sup>105</sup> Su artículo 422 impone a las partes el deber de mantener los principios de probidad y buena fe tanto en la formación del contrato como en su ejecución.

El fenómeno apuntado no es sino la constatación de una tendencia reafirmada incluso en el ámbito de la contratación internacional. En efecto, como sabemos, en 1968 UNIDROIT idea crear un cuerpo normativo relativo a los contratos comerciales internacionales; sin embargo, no será sino en 1980 cuando se creó el correspondiente grupo de trabajo, cuyas labores terminaron en 1994 con la publicación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Precisamente, el artículo 1.7 consagra el principio de la buena fe y lealtad negocial<sup>106</sup> y, tal como se señala en la formulación de estos propios Principios, su idea inspiradora descansa en la buena fe y lealtad negociales<sup>107</sup>, de tal manera que «*en ausencia de una disposición específica en los Principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación*»<sup>108</sup>.

Y, por fin, el trayecto recorrido desemboca en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, en cuyo artículo 6, en sede de tratativas precontractuales<sup>109</sup>, sus párrafos 2 y 3, en desarrollo del deber de corrección, relacionan estrechamente este con el principio de la buena fe, en cuya virtud: «*actúa contra la buena fe la parte que comienza o prosigue tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato (de tal manera que) si en el curso de las tratativas las partes ya han examinado los elementos esenciales del contrato cuya celebración eventual prevén, la parte que suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato obra contra la buena fe si interrumpe las tratativas sin motivo justificado*».

### 3. TRATOS VS. CONTRATO: LA DIFUSA FRONTERA ENTRE LAS TRATATIVAS Y EL CONTRATO. UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO

Si bien en algunas ocasiones los tratos preliminares desembocan en un contrato, en otras no sucederá así. Si partimos del concurso de la oferta y la

<sup>106</sup> (1) «*Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.*»

(2) *Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.*

En la versión de los Principios de 2004 se corresponde con el artículo 2.1.15.

<sup>107</sup> OSMAN, F., *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Librairie Général de Droit et Jurisprudence, París, 1992, núm. 71 y sigs.

<sup>108</sup> En torno al comentario de este principio, OVIEDO ALBÁN, J., «Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado», en *Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana*, núm. 100, Bogotá, diciembre de 2000.

<sup>109</sup> Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 98-102.

aceptación como requisito previo para que podamos afirmar que el contrato consensual se ha formado y existe, podría surgir la duda en torno a si en un caso concreto las tratativas han alcanzado ya la cualidad y entidad de contrato o, por el contrario, quedaron reducidas y agotadas en la fase de los meros tratos preliminares. Dicha cuestión resultará relevante, por lo demás, en sede de responsabilidad civil ante el supuesto de ruptura unilateral e injustificada de las mismas. A tal fin, el juez deberá tomar en consideración a los efectos de la prueba los documentos precontractuales<sup>110</sup> donde se hubieran recogido para comprobar si han concurrido los requisitos indispensables en el contrato del que se trate, de tal manera que cuando los tratos reflejen un acuerdo inequívoco sobre los elementos esenciales del contrato proyectado podremos entender formado el contrato<sup>111</sup>, aun cuando queden pendientes del acuerdo otros elementos no esenciales que, mediante la integración del contrato<sup>112</sup>, podrían extraerse de los primeros.

Como sabemos, en virtud de la doctrina decimonónica de la *puntualización* (*Punktation*), en el seno de un contrato deben distinguirse cláusulas esenciales y cláusulas accesorias<sup>113</sup>, de tal manera que si las partes llegaran a un acuerdo en torno a sus elementos esenciales, aun cuando discreparan en relación a los accesorios, el contrato debería reputarse como formado. Ello es una consecuencia de la posible formación progresiva del contrato<sup>114</sup>, frente a su formación instantánea, modalidad en la que el acuerdo se ha alcanzado en todos sus elementos.

Como regla general y de principio no se reputará formado el contrato cuando no se haya alcanzado el acuerdo sobre todos sus elementos<sup>115</sup>, incluso en el supuesto de que el acuerdo afectase a sus elementos esenciales.

Sin embargo, otra sería la solución y, por ende, podría afirmarse la existencia del contrato en aquellos casos que, habiéndose acordado sus elementos esenciales, se llegara a probar que los aspectos sobre los que todavía no se había logrado el consenso en modo alguno comprometieran la sustancia y validez de los puntos acordados. Y es que el principio *favor negotii* que, a nuestro juicio, prevalecería sobre el de la protección del consensualismo, no parece representar un inconveniente para sostener que un contrato resulta formado aunque las partes

---

<sup>110</sup> En este sentido, ERRARIS, J., *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Publibook, Paris, 2003.

<sup>111</sup> LAUDE, A., *Le reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*. Institut de Droit des Affaires. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

<sup>112</sup> Sobre la interpretación del contrato en general, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo III, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 386-391.

<sup>113</sup> Al respecto, RAVAZZONI, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 81.

<sup>114</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEa, Buenos Aires, 1952, pág. 310.

<sup>115</sup> MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 61, Caracas, 2006, pág. 120.



no hayan logrado convenir en todos sus elementos, y sí haberlo conseguido en sus puntos esenciales, más aún si las partes para entender formado el contrato no han realizado reserva alguna en torno a la necesidad de obtener acuerdo sobre esos puntos pendientes.

Evidentemente, no podremos hablar de contrato formado si carece de algunos de sus elementos esenciales, ya por su propia naturaleza, ya porque así lo hayan estimado las partes; pero, de no ser ese el caso, y dada la concurrencia de los elementos esenciales para el logro del fin perseguido por los contratantes, la determinación sobre su carácter esencial o no constituirá objeto de interpretación meramente objetiva<sup>116</sup>.

Hagamos a continuación un recorrido por el Derecho Comparado sobre el particular:

El *Derecho francés*, con el artículo 1583 del Código Civil como referente y su estrecha conexión con el artículo 1589<sup>117</sup>, consagra el perfeccionamiento del contrato por el mero consentimiento, apartándose con ello de la tradicional teoría del título y el modo. Tal como señala la doctrina francesa «*es necesario en cada caso analizar el objetivo económico de la operación contractual para determinar cuáles obligaciones son indispensables para su realización: esas obligaciones constituyen los elementos esenciales del contrato (...), en otros términos, un elemento no puede ser subjetivamente esencial si no figuraba en la oferta; y a la inversa, todos los elementos considerados en la oferta se consideran esenciales*»<sup>118</sup>.

Es decir, bastaría que el acuerdo alcanzado entre las partes comprendiera todos sus elementos esenciales, si bien la delimitación de los mismos dependerá de la operación jurídica que se pretenda efectuar en el contrato<sup>119</sup>, lo cual le concedería un cierto margen de maniobra a las partes en torno a su consideración o no como elemento esencial, pero no podremos hablar en modo alguno de haberse formado el contrato si falta el acuerdo sobre su objeto y causa.

En esa línea apuntada, la jurisprudencia francesa<sup>120</sup> confirma que para que pueda entenderse perfeccionado el contrato la aceptación debe expresar el acuerdo sobre los elementos objetivamente esenciales del contrato, sin perjuicio de que las partes puedan agregar otros que adquieran la cualidad de elementos esenciales.

---

<sup>116</sup> GHESTIN, J., «Le contrat». Tomo 2, *Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 1980, pág. 172.

<sup>117</sup> En su virtud, la promesa de venta equivale a la venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y el precio.

<sup>118</sup> SCHMIDT, J., *Négotiation et conclusion des contrats*, Manual Dalloz de Droit usuel, Dalloz, Paris, 1982, pág. 32.

<sup>119</sup> GHESTIN, J., «Le contrat». Tomo 2, *Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 1980, págs. 172 y sigs.

<sup>120</sup> LAUDE, A., *Le reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*. Institut de Droit des Affaires. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, núm. 329 y sigs.

Un criterio similar al apuntado es el admitido en la legislación *austriaca*<sup>121</sup> y *belga*<sup>122</sup>. También el *Código suizo de Obligaciones* en su artículo 2 se conforma para entender concluido el contrato con un acuerdo respecto de los puntos esenciales aun cuando todavía no se hubiera alcanzado con relación a los puntos secundarios<sup>123</sup>.

Más compleja resulta la posición del *Derecho alemán*, dada la contradicción existente entre los párrafos 154 y 311, 2. En efecto, el párrafo 154 del BGB señala que, en caso de duda, no se entenderá concluido el contrato sino cuando las partes hayan alcanzado el acuerdo de todos los puntos a los que se refiere el contrato<sup>124</sup>, lo que podría hacernos entender que sólo a partir de ese momento el contrato surte efectos y genera obligaciones para las partes, con la consecuencia de que antes de tal momento el solo acuerdo alcanzado sobre algunos puntos no tendría fuerza obligatoria<sup>125</sup>.

Sin embargo, tras la reforma del BGB en el año 2002 en materia de obligaciones, el párrafo 311, apartado 2.º presenta una nueva redacción que extiende los deberes exigibles en la ejecución del contrato a la etapa de su formación y preparación, y le atribuye los efectos de la relación jurídica obligatoria, lo que podría llevarnos a entender ya la existencia de contrato antes de que las partes hayan llegado al acuerdo sobre todos sus puntos, puesto que, en virtud del precepto mencionado, una relación obligatoria con los deberes que le son inherentes existe ya mediante la iniciación de negociaciones contractuales, la preparación de un contrato con vistas a una eventual relación negocial, o mediante los contactos análogos de carácter negocial.

---

<sup>121</sup> El párrafo 885 del ABGB reconoce el nacimiento de derechos y obligaciones entre las partes que hubieran alcanzado un acuerdo sobre los puntos principales del contrato (puntuación), aun cuando no se hubiera concluido aquél en un documento formal. Al respecto, BREBBIA, R., *Responsabilidad precontractual*, Zavalia, Rosario, 1957, págs. 124-125.

En torno a la codificación austriaca, BERNAD MAINAR, R., *Manual de historia del Derecho*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 211-213.

<sup>122</sup> HANOTIAU, B., *La formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention*. Le Contrat en Formation-Hess Contract in Wordage, Bruselas, 1987, págs. 98 y sigs.

<sup>123</sup> En su virtud, «Si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, el contrato se reputa concluido, aun si los puntos secundarios han sido reservados. A falta de acuerdo sobre los puntos secundarios, el juez los regulará teniendo en cuenta la naturaleza del negocio...».

Una referencia a la codificación suiza y el principio de la buena fe en torno a los tratos preliminares en MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, págs. 82-84.

<sup>124</sup> Una comparación entre la solución aportada por el Código suizo de Obligaciones y el BGB, en FLUME, W., *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 753.

<sup>125</sup> ENNECERUS NIPERDEY, *Tratado de Derecho Civil alemán*. Parte General, Tomo I-2, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 153; también de la misma obra el Tomo II, 2, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 229.

Más afín al criterio sostenido por el parágrafo 154 del BGB resulta el *Derecho italiano*, según una jurisprudencia que, en algunas ocasiones, ha resultado vacilante, dada la equiparación que realiza entre puntos esenciales y secundarios a la hora de entender perfeccionado el contrato, de tal manera que sólo podremos hablar de su perfección cuando las partes hayan logrado el acuerdo sobre todos los puntos, toda vez que la reserva en torno a alguno de los llamados puntos accesorios puede llegar a ser determinante<sup>126</sup>. Por ello se tiende a deslindar la minuta del contrato que todavía no se ha formado, salvo que en dicha minuta las partes admitieran ya su carácter vinculante, o quedara solamente pendiente la reproducción del acuerdo solemnemente, siempre que dicha formalidad no revistiera un carácter esencial.

En el mismo sentido el *Derecho portugués* toda vez que en el artículo 232 del Código Civil de 1966, en sede del ámbito del acuerdo de voluntades<sup>127</sup>, señala que el contrato no se reputará completo sino cuando las partes hayan logrado el acuerdo en todas las cláusulas sobre las cuales cualquier contratante hubiera juzgado necesario lograr el acuerdo. En efecto, del tenor del mencionado precepto concluimos que sólo se habrá perfeccionado el contrato cuando las partes hayan logrado el acuerdo sobre todos los puntos, y no sólo respecto de los esenciales, puesto que la reserva en torno a algún punto accesorio podría llegar a ser determinante. En similares términos se presenta también el artículo 1359 del *Código Civil peruano* de 1984, exponente del principio de integralidad o totalidad contractual<sup>128</sup>, cuando alude a la conformidad de voluntad de partes y nos dice que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia que medie sea secundaria. Solución que sostiene también el *Código Civil argentino* desde el momento que considera que la aceptación no conforme a la propuesta equivale a una nueva propuesta<sup>129</sup>.

Por lo que se refiere a *Venezuela*, su Código Civil no contiene una norma específica que establezca cuándo los tratos preliminares se transforman en

---

<sup>126</sup> CARRESI, F., «Il contratto», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (CICU, MES-SINEO, MENGONI), XXI, tomo 2, Giuffrè, Milano, 1987, págs. 704-708.

CARRESI critica la tesis de CARNELUTTI según la cual habría ya un contrato sujeto a la condición de alcanzar el acuerdo sobre los puntos reservados cuando las partes hubieran alcanzado el acuerdo sobre los puntos esenciales; así como también la de TAMBURRINO y RICCA, que estiman que los acuerdos a que vayan llegando progresivamente las partes ya constituyen por sí mismos contratos.

<sup>127</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 85.

<sup>128</sup> AA.VV., *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo VII, Contratos en general, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

<sup>129</sup> Así lo establece el artículo 1152. Al respecto, BREBBIA, R., *Responsabilidad precontractual*, Zavalia. Rosario, 1957, pág. 125.

contrato, lo que lleva a la doctrina a entender que se trata de una cuestión de hecho<sup>130</sup>, cuya apreciación descansa en la soberana actuación judicial<sup>131</sup>. A tal fin, los jueces se atenderán al propósito e intencionalidad de las partes, tanto en lo que respecta a los elementos esenciales como accesorios del contrato proyectado<sup>132</sup>, a menos que se cuente con la certeza, según las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe<sup>133</sup>, de que estos últimos hubieran sido excluidos del proceso de formación del consentimiento al no constituir para las partes una reserva a la hora de prestar el consentimiento. Todo ello en el entendido de que el acuerdo no podrá entenderse formado si no ha recaído sobre todos los elementos que las partes hayan considerado precisos de regulación expresa, ni tampoco cuando hubo reserva del tratamiento ulterior de algunos puntos<sup>134</sup> con subordinación de la conclusión del contrato al alcance de un acuerdo sobre ellos.

En todo caso, el consentimiento relativo a lo abordado en los tratos podría alcanzarse posteriormente mediante ratificación<sup>135</sup>, esto es, la aprobación posterior carente de vicio alguno, ya expresa, ya tácita, como sucedería cuando el renuente a consentir sobre todos los puntos del contrato en proyecto lo ejecuta voluntariamente.

---

<sup>130</sup> MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 121.

Sobre la relación entre las tratativas y la formación progresiva del contrato, LUPINI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 60-64. Este autor señala que sólo en el ámbito de la formación progresiva del contrato, pero no en el de las tratativas, puede plantearse el problema del contenido mínimo del contrato o elementos esenciales que un contrato debe albergar para reputarse como formado.

<sup>131</sup> LUPINI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 64.

<sup>132</sup> Una crítica en cuanto a la distinción entre elementos esenciales y accesorios a la hora de considerar la transformación de los tratos preliminares en contrato la vemos en MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, pág. 122.

<sup>133</sup> En torno a la interpretación de los contratos de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 del CPC, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo III, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 380-386.

<sup>134</sup> El problema se plantea en el caso de no realizarse la referida reserva, toda vez que en sede de compraventa no existe en el Código Civil venezolano un precepto equivalente al artículo 1538 del Código Civil francés en cuya virtud el contrato de venta se reputa formado desde que existe acuerdo sobre la cosa y el precio. Así todo, la jurisprudencia venezolana, por influjo de la francesa, adopta el criterio del Código Civil francés. En este sentido, LUPINI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 64.

<sup>135</sup> En este sentido, artículo 2.2.9 de los Principios UNIDROIT de los contratos internacionales. Sobre la ratificación, FLUME, W., *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 737.

Por lo que respecta a nuestro país, *España*, tenemos que hacer las siguientes consideraciones:

- Es cierto que las reglas que nuestro Código Civil alude a la perfección del contrato resultan imprecisas e incompletas, toda vez que ignora la fase previa de formación del contrato y se limita a tratar la etapa final del proceso cuando media el consentimiento entre las partes y el contrato se perfecciona<sup>136</sup>. En efecto, el Código presenta un velo de silencio en torno a lo que sucede con anterioridad a la celebración del contrato<sup>137</sup>. Así es, puesto que, en virtud de un análisis conjunto de los artículos 1258, 1262 y 1282 del cuerpo legal referido, se consagra el criterio según el cual la perfección del contrato se verifica por el mero consentimiento, lo que se manifiesta por medio del concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato<sup>138</sup>, y que, incluso, para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato, lo que evidencia bien a las claras que lo acaecido con antelación al momento de perfeccionamiento del contrato no es tomado en cuenta, ni siquiera a los efectos de su interpretación.
- No obstante lo afirmado, hemos de señalar que, a nuestro juicio, la aplicación del principio de la buena fe extensible también a la fase precontractual ha de basarse en la consideración del principio de la buena fe como un principio general, aplicable en este caso, ya por la aplicación analógica del artículo 1258 del Código Civil, que alude a la obligatoriedad de lo pactado en el contrato y a todas sus consecuencias conformes a la buena fe según la naturaleza de aquél; o bien, por la aplicación directa del artículo 7.1 del Código que consagra el

---

<sup>136</sup> GARCÍA-GRANERO, A. V., *La perfección de los contratos*. Instituciones de Derecho Privado (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, Obligaciones y Contratos, vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 384.

<sup>137</sup> No así la jurisprudencia, pues, por ejemplo, de manera muy ilustrativa, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1993, señala que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del iter formativo del contrato, el término de los actos preliminares al mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los elementos determinantes del objeto y de la causa, para que la posterior aceptación determine el concurso respecto de ellos, sin introducir modificación alguna que requiriese un nuevo acuerdo*».

No obstante, el déficit regulador apuntado en el Código Civil trata de ser suplido por otras nuevas leyes que abordan incidentalmente la materia. Al respecto, GARCÍA-GRANERO, A. V., *op. cit.*, págs. 385-386.

<sup>138</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1981, establece que la concurrencia de la oferta y la aceptación, determinante del consentimiento, es una mera cuestión de hecho, de tal manera que habrá de ser acreditada por quien la alegue.

principio según el cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe<sup>139</sup>.

- Por otro lado, aunque la opinión tradicional patria apuntaba al deber general de autoinformación, esto es, cada quien por razones de seguridad jurídica debía cuidar sus intereses y debería informarse en lo necesario sobre el negocio que quisiera celebrar<sup>140</sup>, sin embargo, cada vez más frecuentemente se ha ido abriendo camino el criterio según el cual existe un deber de verificar una comunicación según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico, para cuya determinación se tendrán en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza del negocio en ciernes, la personalidad de las partes y su concreta posición en la relación jurídica<sup>141</sup>.
- Precisamente, esta nueva tendencia se ha ido incorporando en nuestro ordenamiento por medio de leyes especiales: el artículo 60 del Texto Refundido de la LGDCU de 2007 impone al empresario el deber de información previa al contrato, de tal manera que deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. En todo caso, la información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

Relacionado con ello, los artículos 97 y 98 del mismo Texto Refundido se refieren a la información precontractual y su confirmación por escrito en los contratos celebrados a distancia.

- En una expresión de la tesis del consensualismo en todo su alcance y llevada a sus últimas consecuencias, podría sostenerse que el contrato no se habrá formado sino cuando se haya alcanzado el acuerdo sobre todos y cada uno de sus elementos, al margen de la naturaleza esencial o no de los que se hayan convenido o resten por alcanzar el acuerdo. Sin embargo, si partimos y tomamos en consideración la literalidad del artículo 1262 de nuestro Código Civil (el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato<sup>142</sup>), podríamos llegar a entender que, alcanzado el acuerdo (consentimiento) sobre tales elementos esenciales (causa y objeto), ya estaríamos en presencia de un contrato, aunque restaran otros aspectos —no esenciales— por alcanzar el acuerdo. Con

---

<sup>139</sup> GARCÍA RUBIO, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 41 y sigs.

<sup>140</sup> Ver, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 21 de junio de 1978.

<sup>141</sup> En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de marzo de 1989.

<sup>142</sup> MARTÍNEZ MATESANZ, C., RUIZ MUÑOZ, M., «Aspectos jurídico-privados del PLCE de 8-2-2002», en *RCE*, núm. 27, 2002, págs. 48 y sigs.

arreglo a esta argumentación, nos hallaríamos en un punto cercano y nada distante de la tesis de la puntuación, de tal manera que el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato representa ya el momento de su perfección y nacimiento.

Ya para concluir, haremos una referencia a algunas regulaciones internacionales que nos pueden marcar una tendencia significativa sobre el tema en estudio, tomando como referencia, por un lado, los principios UNIDROIT, así como también el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales parecen acercarse más bien al criterio del Código suizo de Obligaciones en su artículo 2, según el cual para entender concluido el contrato bastaría un acuerdo respecto de los puntos esenciales aun cuando todavía no se hubiera alcanzado con relación a los puntos secundarios. Todo ello si tenemos en cuenta los artículos 2.1.1 (Modo de perfección), 4.8 (Integración del contrato) y 5.1.7 (Determinación del precio) de los mencionados Principios.

En efecto, el primero de ellos consagra la regla general en cuya virtud el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo<sup>143</sup>. Sin embargo, cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado<sup>144</sup> con un término apropiado a las circunstancias, en cuya determinación se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: la intención de las partes; la naturaleza y finalidad del contrato; la buena fe y la lealtad negocial; y el sentido común.

A mayor abundamiento<sup>145</sup>, si el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a

---

<sup>143</sup> *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT*, Roma, 2004, pág. 35.

<sup>144</sup> Sobre la integración del contrato, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo III. Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 386-391.

Ver también OVIEDO ALBÁN, J., «Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado», en *Revista Universitat Pontificia Universidad Javeriana*, núm. 100, Bogotá, diciembre de 2000 (apartado 6.6); *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT*, Roma, 2004, págs. 132-133.

<sup>145</sup> Un comentario sobre el artículo 5.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales en *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT*, Roma, 2004, págs. 143-145.

Ver también OSMAN, F., *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, pág. 112.



un precio razonable. Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario. Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable. Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Por su parte, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos también apunta y asume el deslinde entre elementos esenciales y accesorios del contrato con relación a la responsabilidad en caso de ruptura unilateral injustificada de los tratos preliminares, lo cual podría ser un argumento, a nuestro juicio, para entender que bastaría un acuerdo respecto de los puntos esenciales en las tratativas, aun cuando todavía no se hubiera alcanzado con relación a los puntos secundarios, a los efectos de reputar ya formado el contrato. Así es, el artículo 6.3 del referido Anteproyecto<sup>146</sup> señala que «*si en el curso de las tratativas las partes ya han examinado los elementos esenciales del contrato cuya celebración eventual prevén, la parte que suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato obra contra la buena fe si interrumpe las tratativas sin motivo justificado*».

## REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV.: *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo VII, Contratos en general. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- BENATTI, F.: *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963.
- BESSONE, M.: «Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, págs. 962 y sigs.
- BREBBIA, R.: *Responsabilidad precontractual*, Zavalia, Rosario, 1957.
- BRECCIA, U.: *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto pbbliatorio*, Giuffrè, Milano, 1968.
- CARRARA, F.: *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milano, 1915.
- CARRESI, F.: «Il contratto», en *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale* (CICU, MESSINEO, MENGONI), Tomo XXI, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1987.
- CARUSO, D.: *La colpa in contrahendo*, Giuffrè, Milano, 1993.
- CATAUDELLA, A.: *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1974.
- CEDRAS, J.: «L'obligation de negotier», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1985.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

---

<sup>146</sup> Sobre el particular, GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia*, Reus, Madrid, 2010, págs. 98-102.

- DE LOS MOZOS, J. L.: «Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato», en *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid/Buenos Aires, 2001.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «La formación del contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, enero-marzo de 1995.
- ERRARIS, J.: *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Publibook, París, 2003.
- FAGGELLA, G.: «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, Tomo III, 1906, págs. 269 y sigs.
- GHESTIN, J.: «Le contrat», Tomo 2, *Traité de Droit Civil*, LGDJ, París, 1980.
- GUARDIOLA SACARRERA, E.: *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994.
- FLUME, W.: *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010.
- GARCÍA RUBIO, P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- HANOTIAU, B.: «La formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention», en *Le Contrat en Formation-Hess Contract in Wordage*, Bruselas, 1987.
- IHERING, R. V.: *Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, en J. J., 1861, págs. 1 y sigs.
- LAUDE, A.: *Le reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Institut de Droit des Affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.
- LOBATO DE BLAS, J. M.: «Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1976 II, págs. 541-582.
- LOI, M.-TESSITORE, F.: *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975.
- LUPINI BIANCHI, L.: «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios*, núm. 85, Caracas, 2010.
- «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1991.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ GALLEGU, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MELICH ORSINI, J.: «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MIRABELLI, G.: *Dei contratti in generale*, UTET, Torino, 1980.
- MORENO QUESADA, B.: «La oferta de contrato», en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, abril-junio de 1956.
- OSMAN, F.: *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, París, 1992.

- OVIEDO ALBÁN, J.: «Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado», en *Revista Universitas Pontificia Universidad Javeriana*, núm. 100, Bogotá, diciembre de 2000.
- PEREGO, E.: *I vincoli preliminare ed il contratto*, Giuffrè, Milano, 1974.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RAVAZZONI, A.: *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973.
- RODRÍGUEZ TORRES, J.: «Reflexiones sobre el precontrato. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero de 1996.
- SALEILLES, R.: «De la responsabilité precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1907, págs. 697 y sigs.
- SCHMIDT, J.: «La sanction de la faute precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1974.
- SERRAO, E.: *Il contratto preliminare*, Cedam, Padua, 2006.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 17, núm. 1, 2010, págs. 187-210.
- VIGURI PEREA, A.: *Los tratos preliminares: las cartas y otros documentos legales precontractuales*. PPU IURA, Barcelona, 1994.

#### RESUMEN

CONTRATO; FASES DEL CONTRATO;  
TRATOS PRELIMINARES;  
NATURALEZA JURÍDICA; DEBERES  
CONTRACTUALES; DERECHO  
COMPARADO

*En el proceso de formación del contrato se presenta la figura de los tratos preliminares con especial protagonismo. De ahí el interés en determinar algunos aspectos sobre el particular a la luz del Derecho Comparado: cuál es su naturaleza jurídica; su relevancia jurídica; la posible conexión con el principio general de la buena fe contractual; así como también su delimitación con el contrato mismo.*

#### ABSTRACT

CONTRACT; PHASES OF THE  
CONTRACT; PRELIMINARY  
DEALINGS, LEGAL STATUS,  
CONTRACTUAL DUTIES;  
COMPARATIVE LAW

*In the process of formation of the contract figure presents preliminary dealings of special importance. Hence the interest in determining some aspects on the subject respect to comparative law: what is its status legal; its legal significance; the possible connection with the general principle of good faith contractual; as well as its boundary with the contract itself.*

*(Trabajo recibido el 3-4-2013 y aceptado  
para su publicación el 7-10-2013)*