UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-LEGAL DE LA CULPA IN CONTRAHENDO EN LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES[**]

A APPROACH LEGAL HISTORY OF *CULPA IN CONTRAHENDO* OF PRELIMINARY NEGOTIATIONS

VLADIMIR MONSALVE CABALLERO[*]

Recebido para publicação em maio de 2011.

RESUMEN: El artículo tiene como objeto hacer un análisis histórico de la evolución legal de la culpa in contrahendo en el ámbito europeo y latinoamericano. A su vez, pretende demostrar cómo en la actualidad a pesar de la creciente preocupación legal y jurisprudencial, desde los nacientes procesos de unificación y armonización, la construcción y unidad dogmática de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones sigue siendo una materia pendiente.

PALABRAS-CLAVE: *Culpa in contrahendo;* responsabilidad precontractual; formación contractual; tratos preliminares.

ABSTRACT: The article aims to present the legal developments and current status of the fault in contrahendo compared to preliminary treatment, systems and common law legal tradition in America. In turn, seeks to show how at present despite the growing concern for law and jurisprudence at the issue in national legislation and in the processes of unification and harmonization, the construction unit and dogmatic precontractual responsibility remains a matter pending.

KEY WORDS: *Culpa in contrahendo;* pre-contractual responsaibility; contractual formation; pre-contractual dealings.

Presentación

Si bien la doctrina de la *Culpa in contrahendo* hace su irrupción dentro del sistema jurídico europeo en 1861, con la construcción jurídica efectuada por IHERING[1], al identificar que procede una acción indemnizatoria por parte de aquel que habiendo confiado en la legalidad y validez de un contrato, éste resulta nulo y por tanto produce daños al contratante[2], fue

[**] El presente proyecto es el tercer avance de investigación del proyecto: "Los deberes y derechos de información como un mecanismo de protección contractual de los usuarios en las actividades financieras.", adelantado por el grupo de investigación en Derecho y Ciencia Política-GIDECP-, de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

[*] Abogado, Especialista en Derecho comercial y financiero, Máster Oficial en Regulación Económica de la Universidad de Salamanca, Doctor Sobresaliente Cum Laude en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor investigador y miembro del grupo de investigación en Derecho y Ciencia Política de la facultad de Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla. Contacto: vmonsalve@uninorte.edu.co

[1] IHERING, R., "De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restées imparfaites", traducción francesa por DE MEULENAERE, *Ouvres choisis de R. VON IHERING*, tomo II (Marescq, París, 1893), pág, 1 a 100. Su titulación original fue: "*Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Jahrbucher für die Gomatik des heutigen römischen und deutschen Rechts,* tomo IV, 1861. IHERING, se ocupa del tema de la *culpa in contrahendo*, producto de su obra más famosa "Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung" ("El espíritu del Derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo").

[2] Frente al ostensible vacío o laguna como la llamó el propio jurista alemán, buscó en las compilaciones y textos romanos del Digesto, una acción en la que se le concedía a la parte dañada la reparación de sus perjuicios causados con ocasión de una "supuesta idoneidad contractual". Para tal efecto, aborda la institución de la nulidad contractual cometida por el error, el cual afectaba la formación de la voluntad, desde el punto de vista del dañando, ya que

realmente FAGGELLA[3] en 1906 -tomando como base los estudios de IHERING y rechazando en su totalidad la tesis desarrollada por el jurista alemán-, quien entra a estudiar, por primera vez en la doctrina civilista, el receso de las tratos preliminares o acercamientos previos sin causa justificativa alguna; incluyendo como responsabilidad precontractual los simples tratos o negociaciones iniciales.

En la Italia de finales del siglo XIX e inicios del XX, la mayoría de la doctrina partía del principio de la no vinculación de las tratativas, y por tanto, se defendía sin oposición alguna, que la ruptura de estas no configuraba responsabilidad alguna para la parte recedente[4]. El dogma, en torno a cual doctrina debía aplicarse en el evento de la ruptura debía ser la libertad de la voluntad de las partes. No obstante, existían minoritarias posiciones, que defendían una responsabilidad precontractual, que se configuraba ante hipótesis como *la rottura delle trattative, la revoca della proposta, la vendita di cose altrui, etc…*[5]

Ante los problemas que se suscitaban por un eventual daño ocurrido en la etapa de formación, la doctrina y la jurisprudencia italiana acudían, al recurso del artículo 1151 del Código Civil derogado (1865), correspondiente al actual artículo 2043[6], norma que disciplina la hipótesis de la responsabilidad extracontractual. Con el paso del tiempo y ante la imposibilidad de reconducir especialmente la hipótesis de la *culpa in contrahendo* en el esquema del artículo 1151, en cuanto al concepto de la no violación de un derecho absoluto, y auspiciado por la interpretación cada vez más restrictiva del ilícito extracontractual llevó a que diferentes autores y a una parte de la jurisprudencia plantearan una nueva solución[7]. Estas circunstancias incitaron a que FAGGELLA retomara los estudios alemanes y lograran hacer eco dentro del ordenamiento italiano y francés[8].

---

para la época no existía en la legislación germana una acción para impetrar responsabilidad cuando los perjuicios se presentaban con la ocasión y la presencia de un vicio del consentimiento. Para ver mas, IHERING, R., *op. cit.,* pág. 2 y ss.

[3] FAGGELLA, G., "Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica, *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, Napoli, 1906, tomo III, págs. 217 y ss. Del mismo autor, "Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali", *Arch. Giur*., 1909, págs. 128 y ss., y "II periodi precontratuali e la responsabilità precontrattuale", *Arch. Giur*., 1918, págs. 18 y ss.

[4] Así lo defendía CARRARA, G., "La formazione dei contratti" (Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1915), pág. 2 y ss.

[5] RUBINO, D., "La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari" (Giuffrè, Milano, 1939), pág. 45 y ss.

[6] Art. 2043: *"Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".*

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

[8] El trabajo del jurista italiano, fue recogido y modificado ampliamente por SALEILLES, R., "De la responsabilité précontractuelle", *R.T.D.Civ.,* París, 1907, págs. 712 y ss., siendo el francés quien introdujo el tema dentro de la doctrina gala, ya que para la escuela civilista, el tema no había sido de mayor interés debido que se había sostenido

El trabajo de FAGGELLA, con sus tinos y desaciertos, marco un hito dentro de la cultura jurídica italiana y europea, y tardó poco para que sistemática y reiterativamente durante un periodo de 20 años la jurisprudencia hiciera alusión a sus disertaciones al momento de resolver litigios sobre la materia[9]. He aquí su importancia, y si bien sus estudios fueron duramente criticados, en especial su llamado "acuerdo tácito[10]", no se puede desconocer que su doctrina sigue teniendo aplicación en la realidad, especialmente en lo que corresponde con el principio de la *correttezza contractuale*, y el resarcimiento de los daños causados en la etapa de formación contractual.

El debate jurisprudencial que se originó en torno a la no aceptación pacífica de por parte de los diferentes tribunales italianos frente a la doctrina de FAGGELLA, conllevó a que en el año de 1942, con la promulgación del primero de los códigos modernos europeos, se consagraran dentro del *codice civile*, normas propias que fundamentaron lo esbozado por FAGGELLA, dando lugar a todo el movimiento doctrinario que precedió el concepto de la buena fe, la *correttezza,* y el deber de lealtad en la diferente normativa civil europea.

Conforme a lo anterior, los legisladores de varios países intentando superar cualquier disputa, formularon normas directas destinadas a imponer a quien cause culposamente o invalide un contrato, la obligación de resarcir el daño producido, para el caso normas del Código Civil alemán, Código Suizo de las obligaciones y del Código checoslovaco de 1950 entre otros. Perpetuando decisivamente en los ordenamientos modernos positivos, la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, introduciendo el primer límite importante al principio de libertad de las partes en las negociaciones[11], no obstante como a continuación se verá son pocos los ordenamientos que la consagran y el desarrollo se ha basado en un reconocimiento jurisprudencial, donde las implicaciones y consideraciones legales péndula

hasta finales del siglo XVIII, que el consentimiento nacía entre el concurso de la oferta y la aceptación, desconociéndose hasta esa época los denominados *"pourparlers".*

[9] La jurisprudencia italiana, acogió favorablemente la tesis del doctrinante, especialmente en el primer cuarto del siglo pasado. Así, *Trib. de Napoli*, 31 de marzo de 1909, *Dir. comm.,* 1910, tomo I, vol. II, pág. 48 con nota de ALBERTARIO, E., págs. 48 y ss. App. Napoli, 27 de marzo 1911, *Mov. Giur.,* 1911, 113; *Cass*. Roma, 23 de febrero de 1916, en *Giur. itl*, 1916, tomo I, pág 475; Cass. Napoli, 9 mayo, 1916, *Dir. giur.,* 1917, pág. 89. Pero la más relevante sin duda, fue la sentencia de casación del 6 de enero de 1925, *R.D.C.o.*, 1925, pág. 428, donde el Tribunal manifestó: *"La parte che, senza giustificato motivo recede dalle trattative precontrattuali debe risarcire l'atra parte delle spense incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto comporti l'impegno, se non a concluyere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo*". Conoce del anterior negocio la Corte di Cassazione, debido a recurso interpuesto contra sentencia proferida por el Tribunale di Napoli, quienes habían citado expresamente a FAGGELLA, G., Trib. Napoli 31.3.09, *D.C.*, 1910, tomo II, pág. 428.

[10] Su fundamento de la obligación resarcitoria no radica en la culpa como lo planteaba IHERING, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para originar negociaciones. La violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia: "*basta una separación arbitraria, sin motivo, de los tratos para que ello ocurra". Vid*. FAGGELLA, G., "Dei periodi precontractuali...", cit., págs. 277 y ss.

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

dependiendo de la construcción y evolución histórica, del arraigo que se tenga a las posturas clásicas del daño y a su naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, acudimos a la siguiente hipótesis:

Hipótesis de la Investigación

La ausencia de unidad de criterios frente a los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad precontractual y los efectos que de ella deriva, ha generado una indebida y en algunos casos inexistente regulación del periodo de las negociaciones preliminares dentro del sistema jurídico de tradición romana.

Metodología para el Desarrollo del Proyecto

Frente a las dificultades normales que demanda elaborar una investigación frente a una teoría de nova creación, decidimos adelantar un estudio sistemático sobre la evolución histórica de la doctrina de la *culpa in contrahendo*, haciendo un análisis detallado de los tres principales maestros que se ocuparon de la materia en tres países con tradiciones jurídicas diferentes (Alemania, Italia y Francia). De tal forma que se hizo imprescindible abordar la teoría alemana con el pensamiento de IHERING (En donde nos detuvimos en hacer un estudio sobre los textos consultados por el autor, el Digesto donde se encontraba reglada la hipótesis que existe entre una cosa *locus sacer y religiosus ou publicus,* sin que una parte comunique a la otra, la condición del bien como *extra commercium*[12]*)*.

Con posterioridad nos detuvimos en la doctrina italiana y por tanto efectuamos un análisis igualmente empírico, sobre el fundamento teórico estructurado por FAGGELLA[13] y

[12] Según BENNATI, F., "A responsabilidade pré-contratual", Trad Port., por VERA JARDIM, A., (Almedina, Coimbra, 1970), pág. 13. El problema ya había sido estudiado por DOMAT, J., "Les lois civiles dans leur ordre naturel", tomo I, tittle I, sec. V, núm. 14, (Durand, París, 1777), pág. 44. Aquí el romanista frances sostiene: *"Les conventions qui se trouvent nulles par quelque cause dont un des contractants doive répondre, comme s'il a aliène une chose sacrée au publique ont cet effet, quoique nulles, d'obliger aux dommages et interest celui qui y donne lieu".* De igual forma lo reconoce ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", *R.C.D.I.,* 1971, págs. 888 y 892. El mismo maestro alemán puso de manifiesto que su construcción no era del todo original, porque el Código Civil Prusiano *(Allgemeines Landrecht für die Koniglichen Preussichen Staaten*) de 1794 estatuía, para la fase preparatoria, los mismos deberes que en curso de cumplimiento. Lo mismo concluía sobre las normas del Código Civil austriaco *(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)* de 1811, las cuales contemplaban la obligación de indemnizar por actos en la etapa preparatoria del contrato al tenor de los parágrafos 866, 248, 878, y 869, IHERING, R., *op. cit.,* pág. 39.

[13] Es destacable y meritorio que la doctrina construida por FAGGELLA, no fue producto de una elaboración rápida o carente de rigor científico, por el contrario este jurista italiano, duró edificando su doctrina casi una década, época en la cual se dedicó a refutar a sus detractores y críticos. En sus ensayos publicados en diversas revistas de estudios civiles italianos y en donde fue seguido por un grupo reducido de doctrinantes franceses que dieron la relevancia e importancia. Contrariamente las doctrinas clásicas unánimemente disminuían la importancia de este tema.

SALEILLES[14], y la influencia que los estudios italianos tuvieron en el primer cuarto de siglo XX en la doctrina y jurisprudencia tanto italiana como la francesa, de marcada tradición clásica y que hizo suyo el dogma de defender casi que a ultranza la libertad negocial en el periodo previo a la manifestación del consentimiento definitivo.

Debido a que ya en su momento publicamos un análisis detallado[15] sobre la evolución histórica de la responsabilidad precontractual desde la escuelas en mención, en el presente avance de investigación nos decantamos por presentar el estado del arte desde la consagración legal, en el ordenamiento interno de los países que tienen regulada la institución, así como de las recientes iniciativas aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión europea (reglamentos Roma I[16] y II[17]). De igual forma, la investigación pretendió hacer un estudio exhaustivo de la doctrina y el impacto que ella ha tenido en los diferentes sistemas, de ahí que hubiese sido necesario hacer un análisis sobre la influencia que tuvo la doctrina de la *culpa in contrahendo* dentro del *common law* y el derecho hisponoamericano. Entre otros por su relevancia se ha querido destacar por su importancia en el presente documento los siguientes:

La Construcción Legal de la *Culpa in Contrahendo en el* Ambito Europeo

La incorporación legal de la doctrina de la *culpa in contrahendo* es un fenómeno de reciente irrupción. En la actualidad, son muy pocas las normatividades europeas que incluyen dentro de sus marcos legales, normas precisas que prevean reglas generales que disciplinen esta materia, y las actividades de los sujetos durante la "etapa" de formación contractual, salvo el caso del Código Civil Griego de 1940, en su artículo 197 y el Código Civil Italiano en sus artículos 1337 y 1338, el novísimo Código Civil Portugués, en su artículo 227 y el Código Civil Alemán, en el cual no se contemplaba en su texto original de 1896, tras la reforma introducida por la ley de modernización del derecho de obligaciones del 26 de noviembre de 2001, la contiene en el parágrafo 311.2.

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

[14] SALEILLES, R., "De la responsabilité précontractuelle…", cit., págs. 697 a 751.
[15] MONSALVE CABALLERO, V., "Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares en el sistema continental europeo", *Revista Iusta,* Bogotá, vol. 25, Jul.-Dic., 2006, p. 107 y ss,
[16] Reglamento 593/2008 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales.
[17] Reglamento 864/2007 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, del 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las relaciones extracontractuales.

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

Art. 198: celui qui a cause, par sa faute, un préjudice à l'autre partie, au cours des négociations, pour la conclusion d'un contrat, este tenu a réparation même si le contrat n'a pas été conclu. La disposition relative à la prescription des réclamations nées d'actes illicites s'applique para analogie à la prescription de cette réclamation[18].

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

Art. 1337: Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". Y el Art. 1338 consagra: "Conoscenza delle cause d'invalidità La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.

La incursión de estas normas en el Código Civil Italiano, a pesar de existir una ley general que protegía al dañado por otro, se debe a una tendencia destinada a dar relevo a las llamadas cláusulas generales. Esto conllevo a denominar, con más ahínco, al Código Civil Italiano, como un código moderno, puesto como es sabido, la valorización de los comportamientos humanos a la sombra de la buena fe, anda de la mano con el progreso del derecho (es posible hablar de progreso cuanto al derecho como cuanto a otra expresión del espíritu humano)[19].

El moderno Código Civil de Portugal[20], no escapó a la influencia que tuvo la compilación legal italiana en las nacientes codificaciones europeas[21], y debido a lo anterior, el contenido del artículo 227º consagra:

[18] Nótese que el plazo de prescripción que se aplica, es el de los actos ilícitos extracontractuales por directa referencia del artículo en mención, siendo procedente el término de 5 años y no el general del los 20 años (art. 249).
[19] *Vid.* BENATTI, F., "Culpa in contrahendo...", cit., pág. 306.
[20] Código de 1966, la norma sobre la *culpa in contrahendo*, se encuentra regulada expresamente en una disposición colocada en el libro I, a propósito de la formación de los negocios jurídicos.
[21] No obstante aún, en la vigencia del Código Civil de 1867, ya algunos autores se habían interesado en el tema, MOREIRA, G., quien afirma que *expressis verbis* que en el *B.G.B.*, la *culpa in contrahendo* estaría prevista en el parágrafo 307, citado por MENEZES CORDEIRO, A., "Da boa Fé no Direito Civil", tomo I (Almedina, Coimbra 1984), pág. 571. Otro autor que se interesó en la materia fue, MOTA PINTO, C., "A responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos contratos", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* supl. XIV (Coimbra, 1966), pág. 143 y ss.

Art. 227: (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, so pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte[22].

El precepto establece un deber de actuación según los parámetros de la buena fe, tal como lo planteó el proyecto de las lecciones tomadas del derecho comparado, especialmente el italiano, y de la jurisprudencia alemana[23]. Aquí la buena fe surge en sentido objetivo, como regla de conducta, al clasificar el comportamiento humano de honesto, correcto y leal (actuar de acuerdo con la buena fe)[24]. Así, la actuación de compromiso con la buena fe, es independiente que las partes lleguen o no a concluir el contrato.

Si bien es cierto, son los únicos códigos que regulan propiamente la materia de los tratos preliminares o formación precontractual, no quiere decir esto que los diferentes casos de la *culpa in contrahendo* no sean regulados, o hayan sido valorados al momento de moldear y estructurar sus cuerpos normativos. Y estas novísimas inclusiones legales, nos hacen pensar, que existe dentro de la doctrina jurídica europea[25] un naciente interés para codificar e intervenir las actividades de las partes en la etapa negociadora. Este movimiento se reflejó en el caso del *B.G.B.*[26], en el cual no se consagraron normas especificas, pero existían múltiples artículos donde se normalizaba sobre la *culpa in contrahendo.* No obstante hasta antes de la reforma en mención, dicha doctrina fue desarrollada por un intensivo movimiento judicial, lo que la constituyó con el paso del tiempo como parte del sistema jurídico alemán[27].

[22] Quien negocia con otro para la conclusión de un contrato, debe tanto en las conversaciones preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra.
[23] Así, lo reconoce, MOTA PINTO, C., *op. cit.,* pág. 343.
[24] SOBRAL DO NACIMENTO, P., "A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações", *Estudos em homenagem ao Prof. Doctor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES*, vol. IV (Almedina, Coimbra 2003), pág. 234.
[25] Ver más adelante, 1.2.3. Frente a los procesos de unificación y armonización de la Unión Europea, donde se aborda esta situación, y donde se hace un análisis sobre cuáles son las nuevas tendencias en los proyectos abanderados por las principales escuelas del pensamiento jurídico europeo en el tema de los tratos preliminares.
[26] Bürgerliches Gesetzbuch.
[27] De igual forma sucedió con algunas figuras de total relevancia para el derecho de obligaciones alemán como la desaparición de la base del negocio jurídico, la lesión positiva de la pretensión contractual y el desistimiento de relación obligatorias duraderas por causa importante. Fue tanta su relevancia, que a los redactores de la reforma les parecía inevitable su inserción en el sistema legal, como efectivamente ocurrió. Existiendo diferentes peligros como lo apunta DAUNER-LIEB., "Die geplante Schuldrechts modernisierung-Burchbruch oder SchnellschuB", *J.Z.*, 2001, págs. 18 y ss. Que la articulación legal contenga normas vacías de contenido (normhülsen), no hacen otra cosa que seguir cayendo en el peligro de la interpretación judicial. Según el autor bávaro, a pesar del esfuerzo del legislador alemán, no se logró la transparencia y la seguridad jurídica que se pretendía con la reforma de la codificación.

Con la reforma del 2001[28], se avaló todo el movimiento jurisprudencial y doctrinal que se había venido cimentando y arraigando en torno a los estudios de IHERING, y en especial a su teoría para instituir normas sobre la responsabilidad originada por vicios cuando se está en presencia de un contrato válido[29]. Además cada vez y con perseverancia se daba una mayor categoría por parte de la mayoritaria opinión, a la salvaguardia de quienes entraban en las negociaciones, sin que por ello tengan que concluir un contrato. La lesión de ciertos deberes, en particular los de comportamiento (así, por ejemplo, el deber de lealtad, que a su vez se concreta en deberes de información, secreto y discreción como se verá más adelante), pueden causar daños al otro negociador (representado muchas veces incluso por otra persona), debiendo responder en este caso, de los mismos quien haya lesionado los deberes de la negociación[30].

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

> 311.2 Ein Schuldverhaltnis mit Pflichten nach. 241 abs. 2 entsteht auch durch [...], 2. die Andahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschaftliche Beziehung dem anderen Teil die Moglichkeit zur Einwirking auf seine Rechte, Rechtsguter und Interessen gewahrt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ahnliche geschaftliche kontakte[31].

Como se puede observar, a partir de la reforma, el *B.G.B.* centra las relaciones obligatorias no solo en el contrato sino también en otras relaciones de "contacto social", las

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

[29] ASÚA GONZÁLEZ, C., "La culpa in contrahendo" (Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989), pág. 32. Aquí la catedrática afirma que en los materiales que reflejan las distintas etapas de elaboración del *B.G.B.,* se puede constatar cómo fue esa la denominación que se dio en primer lugar a la responsabilidad originada por vicios en los contratos válidos.

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

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

cuales también crean deberes. Por lo anterior, tanto el parágrafo 311.2, como todo el título que la dirige, omiten referencia al contrato (en la redacción anterior los entonces parágrafos 305 y *ss.,* anunciaban: relaciones obligatorias derivadas del contrato) hoy, anunciándose "relaciones obligatorias negociales" *(Rechtsgeschäfliche Schuldverhältnisse*). En la actualidad, su primer apartado transcribe no solo literalmente el pretérito 305. La doctrina actual lo llama una relación jurídica de la negociación contractual *(Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen)*, de la que origina deberes y por tanto constituye una concordancia obligatoria en los términos del parágrafo 241.2[32].

Según el apartado segundo del parágrafo 311, se consideran como casos encuadrados en la *culpa in contrahendo,* los que se originan en una relación jurídica que nace en la formación contractual, y más concretamente en la preparación de un contrato, la negociación potencial, y los contactos negociales análogos. El primero de los supuestos puede concluir en un contrato o no. El segundo conjetura una simple invitación a contratar. Los demás que no tienen cabida en los ambos mencionados, pueden tener encaje en el tercero, siempre y cuando el contacto sobre un negocio genere una relación obligatoria. Circunstancia, deseable, que no deja de aportar oscuridad, frente a su amplitud e inconcreción, además su más que difícil aplicabilidad práctica[33].

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

En diferentes partes se estableció una obligación de indemnizar en casos de invalidez debida a error y falta de seriedad en la declaración. Tal es el caso del 122, el 523, I, y 524 del *B.G.B.,* disponen que, si el deudor encubre dolosamente los vicios de la cosa dada, él está obligado a resarcir el daño causado al otro contratante, o la norma del 600 del mismo código

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

[33] Así lo reconoce, ALBIEZ DOHRMANN, K, J., "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del *B.G.B.", A.D.C.,* 2002, Julio-Septiembre, pág. 1192.

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

En Alemania, pese a existir una norma como la que se contempla en el 823 del *B.G.B.,* según la cual está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno o bien jurídico, para el caso de los tratos preliminares, no se acudía a esta, por tratarse de daños primariamente patrimoniales o económicos. Y conforme a esta aplicación legal múltiples estudiosos rechazaban la aplicabilidad de la teoría de la *culpa in contrahendo* dentro de los diferentes ordenamientos legales europeos. Debate que en la actualidad queda superado con la novísima reforma del Código Civil Alemán, ya que al incluirse una norma concreta y armonizadora con la naturaleza contractual de la teoría, no da lugar a aplicaciones extensivas de una responsabilidad, criterio que era la cuestión debatida por la mayoría de los opositores cuyos pensamientos estaban influenciados por las doctrinas más clásicas y conservadoras del derecho civil europeo e incluso llegaron a defender a ultranza las cláusulas generales de indemnización, que en el derecho alemán no existían y cuya ausencia se percata aun en la actualidad[34].

Es de destacar de igual forma, que la ley alemana sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (AGB-Gesetz) de 9 de diciembre de 1976, reconoce con carácter general la existencia de una responsabilidad surgida de la violación de deberes precontractuales, considerando ineficaz la cláusula que excluya o limite la responsabilidad derivada de los daños producidos si concurre culpa grave.

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

Art. 26. Erreur commise par négligence [1] La partie qui invoque son erreur pour se soustraire à l'effet du contrat est tenue de réparer le dommage résultant de l'invalidité de la convention si l'erreur provient de sa propre faute, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû

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

connaître l'erreur. [2] Le juge peut, si l'équité l'exige, allouer des dommages intérêts plus considérables à la partie lésée.

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

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

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

La anterior norma, es fruto de la codificación que paulatinamente fue instituida en el Estado de Israel, y estuvo considerada en su momento como "el más revolucionario artículo sobre los contratos[35]". En general el objeto de estudio tanto de la jurisprudencia como de la doctrina en el novísimo estado, se ha constituido con base en la legislación y la doctrina extranjera. Por esto es que la institución en la *culpa in contrahendo*, se estructura sobre las homogéneas bases europeas de la buena fe y la confianza. De ahí, la importancia en la inclusión de ésta norma con sus especiales características[36].

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

> Tout fait quelconque de l'homme, qui cause autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive à le réparer».
> Lo que ha conllevado a mantener una de las posiciones más ortodoxas como en muchas de las materias del derecho civil. Así, si el contrato se concluye, pero concurren daños que tienen su origen en la etapa de formación

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

[36] Es de resaltar que la norma israelí, conjuga según nuestro parecer dos preceptos claves de la doctrina italiana y alemana. Incluye novedosamente el concepto de la buena fe y los usos (figura propia de la escuela germánica). Según RABELLO, A., *op. cit.,* pág. 43 y ss., la distinción se hace por lo útil que resulta el elemento accesorio (usos) para poder establecer si se está frente a la buena fe o no, en una circunstancia específica. En general la temática de las rupturas de las negociaciones fue abordada por la jurisprudencia israelí, y se entiende que dicho artículo no impone a los negociadores la obligación de contratar, pero somete a estos a no interrumpir injustamente las negociaciones, de igual forma consideran la existencia de los deberes de información en la fase precontractual.

> contractual, la responsabilidad que se origina es de naturaleza contractual, de tal forma que la ruptura injustificada de los *pourparlers,* serán de naturaleza aquiliana. En consecuencia, impera el principio de libertad contractual. En los eventos que haya aceptación de un daño precontractual son escasos. Al respecto celebre la frase de CARBONNIER[37], que nos resume el panorama francés: *"pas de contrat vaut mieux qu'un mauvais contrat* .

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

> Art. 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado,
> Artículo 7. 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Como queda visto, en el caso de España y Francia[38], se aborda el tema de las rupturas precontractuales, desde la fórmula general de la responsabilidad aquiliana, por su postulado general. Se reconoce la responsabilidad de indemnizar los detrimentos causados en las negociaciones o actos precontractuales, ya que al no existir preceptos concretos, hace que la problemática se plantee con presupuestos muy distintos a los que se dan en Alemania, Italia, Portugal, y Suiza, lo que ha conducido también a talantes y resultados muy heterogéneos por parte de los operadores jurídicos.

A pesar que existe una limitada regulación en la materia en el panorama europeo, no se puede negar que los modernos ordenamientos jurídicos, -en particular encaminados a dar respuesta a la exigencia de una justicia sustancial-, los sistemas judiciales reconocen la importancia que tiene la protección de la parte más débil de la relación contractual, así como

[37] CARBONNIER, J., "Droit civil", *Théorie des obligations*, tomo IV (Presses Universitaires de France, París, 1963), pág. 104.

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

la imperiosa necesidad de salvaguardar a aquel que actúa conforme a los mandatos de la buena fe, de la lealtad comercial. Entonces es de destacar como desde los despachos judiciales, la mayoría de veces, por interpretaciones extensivas e integradoras logran *solidarizar* el derecho privado en el ámbito europeo, divisando una notable evolución frente a tan importante cuestión.

Por último y ya desde el acervo comunitario, es importante resaltar como en los recientes reglamentos unificadores sobre normas en conflicto con ocasión a los daños contractuales y extracontractuales Roma I y II, se trató de esclarecer el panorama sobre uno de los puntos de mas controversia en la materia de la *culpa in contrahendo*, y cuyos resultados por desgracia resultaron siendo totalmente opuestos. Basta revisar el reglamento Roma I (sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales), en donde se intento resolver el debate así:

"obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) no 864/2007. Por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Al remitirnos al reglamento Roma II encontramos que el artículo 12 consagra:

Art.12. Culpa in contrahendo: La ley aplicable a una obligación extracontractual que se origine de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia que el contrato llegue o no a celebrarse, será la ley a aplicable al contrato o la que habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado.

1….

Sin duda la introducción del precepto en mención es fruto del gran debate que se ha originado en Europa conforme al establecimiento de la naturaleza de la *culpa in contrahendo*, no existiendo hasta la fecha una norma de Derecho Internacional Privado que se ocupara de la materia. Por infortunio la norma presenta varias complejidades por una parte, su nivel de abstracción no permite establecer cuáles son los supuestos que proceden como casos de *culpa in contrahendo* (materia que todavía se encuentra en amplia discusión[39], enfrentamientos que van desde los daños sufridos en el patrimonio hasta en las personas de los contratantes antes de celebración del contrato, como con posterioridad del mismo, como sería el caso de los vicios ocultos).

[39] Supuestos que fueron abordados por MONSALVE CABALLERO., V., "Disertación para una nueva construcción en Colombia de la *culpa in contrahendo*", Revista de Derecho No 27, Barranquilla, 2007, págs. 41 y ss.

Por otra parte a pesar que los considerando del mencionado reglamento sostenga que la naturaleza que se ha establecido, es conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, no es del todo cierto ya que en el año 2002[40], el mismo tribunal hubiese optado por establecer una naturaleza de carácter contractual. De ahí que sorprende que se hubiese establecido por un solo tratamiento legal. Por otra parte la norma en mención no hace más que incrementar el debate, ya que no es posible que al mismo tiempo que se establezca que los supuestos de la *culpa in contrahendo* se deban regir por una naturaleza extracontractual, al mismo tiempo se sostenga que la ley aplicable será la del contrato celebrado o por celebrar. Situación que además enreda una complejidad mayor porque en difíciles situaciones se podrá establecer que las partes han establecido la ley del lugar donde se da la ruptura. Precepto que desde el punto de vista de la práctica es totalmente inoperante conforme al establecimiento de la ley aplicable, pero también incoherente desde la naturaleza que se pretende regular. Nos preguntamos ¿cómo es posible afirmar que los daños ocurridos con ocasión a los tratos preliminares son de naturaleza extracontractual, y al mismo tiempo sostener, que la ley aplicable será la del contrato o la que habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado?

Por otra parte si se estudia el parágrafo 1 del numeral 2 de la norma en mención, puede darse un supuesto que favorezca injustificadamente a una de las partes y en especial a aquella que por ejemplo ha presentado una oferta o una invitación a cuya contraparte se encuentre en otro estado miembro. Debido a que como las partes no han establecido la ley del lugar de la ruptura, según la norma 12.2.1[41]., se debe aplicar la ley del país en el que se haya producido el daño, situación que lo ubica en una mejor opción frente la "desprotección" a la que se vería abocada la contraparte frente a un conflicto de leyes en el espacio, quien deberá someterse a la legislación y al juez del lugar de donde provino la invitación u oferta.

Si bien es cierto que dicha desventaja se puede suplir si las partes hacen uso de un previo ejercicio de la autonomía de la voluntad, en la práctica dicha potestad (como se mencionó), será de extraña frecuencia, ya que por la misma definición conceptual la fase de las negociaciones está caracterizada por su informalidad y por su consensualidad. Como queda visto aún frente la constante preocupación que genera la institución de la *culpa in contrahendo* en el legislador comunitario, esta materia se destaca por su complejidad conceptual y por su

[40] STJCE, de 11 de julio de 2002, As. C-96/00, Rudolf Gabriel.
[41] 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será: 1.La ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país o países en los que se haya producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión,…

incordinación tanto por las normas comunitarias como por el tratamiento que se da desde los diferentes ordenamientos europeos.

La Introducción de la *Culpa in Contrahendo en el* Sistema del *Common Law*

La experiencia en el *Common Law* (inglés y norteamericano) constituye un modelo de vital interés dentro de la reciente "evolución" del principio de libertad contractual y de la exaltación del riesgo en el proceso de formación negociadora. No se puede negar que dentro de dicha doctrina, las ideas que se venían gestando en el territorio germano e italiano, no fueron recibidas a manos abiertas, por el contrario llegaron dichos pensamientos con el mayor de los pragmatismos y recatos, sobre todo en los años 20's y con el paso del tiempo dichos conceptos fueron estableciéndose dentro de los sistemas. Por eso regularmente se afirma que en el C*ommon Law* no se conoce ni el concepto general de la *culpa in contrahendo* ni del principio general de los contratos. Estos son producto de una novísima evolución[42].

La concepción de IHERING, y de sus opositores, sin duda se propagó dentro del sistema del C*ommon Law,* de la forma como se dan los cambios dentro de un sistema conservador pero no hermético. Llegan las reformas, luego de múltiples debates y mutaciones, se adaptan pausadamente las doctrinas absolutistas sobre la libertad contractual. Así, el concepto de la buena fe, con el que se fundamentaba principalmente la responsabilidad precontractual en toda Europa, sin importar la naturaleza que se le atribuyera, vino a hacer *crisis* en la perspectiva tradicional, ya que las necesidades que presentaban los mercados en dichos países requerían urgentemente una nueva jurisprudencia que satisficiera las constantes necesidades de los grandes comerciantes. A su vez que se protegiera a los ciudadanos comunes. En principio el limitar la proclamada libertad contractual, era algo impensable. Con el transcurso del tiempo se construyó lo que hoy día se conoce como la *sanctity of contract*[43].

En efecto comenzaron a aceptarse obligaciones precontractuales, en los diferentes períodos de las negociaciones, entre ellas la más importante el derecho de información, conforme a él, cada parte se encuentra obligada a tener con la otra comunicación esencial. Existen sanciones para aquella parte que oculta elementos que puedan influir sobre las decisiones de concluir el acuerdo o carencia de comunicación de un elemento existente como una causa de invalidez, o en un posible error en que hubiese incurrido a la otra. En fin vino la

[42] GOODE, R., "Formation of contracts and precontractual liability", *I.C.C.,* París, 1990, núm. 440, pág. 59.
[43] ZIMMERMANN, R., "The law of obligations- Roman Foundations of the civilian Tradition" (Oxford University Press, Oxford, 1996), págs. 90 y ss.

culpa in contrahendo, a ser una doctrina protectora de las legítimas expectativas del contratante y en especial de aquellos que no tienen posiciones dominantes en el mercado[44].

Al respecto señala BENATTI[45] que la rigidez de principios es atenuada en dos casos. Los llamados contratos *uberrimae fidei*[46] (Por ejemplo el contrato de seguro de sociedad, etc.), en los cuales el silencio sobre circunstancias esenciales determina la invalidez del negocio. Y la segunda excepción es respecto a la venta de mercancía *by description,* donde la no correspondencia a descripciones hechas y acordadas por el adquirente tiene por objeto una acción por daños.

También es importante tener en cuenta la doctrina de la *misrepresentation*[47], o sobre el *estoppel*[48], siendo estas elaboradas sobre la responsabilidad que se genera al romper la confianza que ha sido depositada en otra persona por su comportamiento adoptado, y por tanto, conforme a ese vínculo, surge una obligación de indemnizar y responder por los perjuicios causados, puesto que no le es lícito al que ha creado la falsa confianza, aprovecharse de está en su propio interés[49]. También es una práctica judicial para resolver los daños causados en la formación contractual, acudir a principios generales del *law of torts*, y otras fuentes como la *equity*, la adopción de *implied warranties*[50], y de la doctrina de *la unilateral*

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

[45] *Vid*. BENATTI, F., "*Culpa in contrahendo*...", cit., pág. 303.

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

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

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

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

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

mistake[51], las *tortius interferente with prospective contractual relations*[52] y el *unjust enrichment*[53]. Pero en definitiva, con la inclusión de la buena fe, y de las doctrinas en mención, la consolidación de la *precontractual liability*, ayudada además de la fractura de principios individualistas que caracterizaron el contrato, dieron paso en la mitad del siglo a la formación de un nuevo concepto de contrato con claras inclinaciones sociales, económicas y políticas que se dispersaron dentro de las instituciones más importantes del derecho europeo y posteriormente mundial.

Ya la consolidación definitiva de la *precontractual liability*, vino con el incremento de la doctrina económico-política neoliberalista, que demandaba un fortalecimiento y protección de las prácticas consumistas y de mercados. Situación que fue atendida por los tribunales en decisiones que lograron introducir la exigencia de comportarse de acuerdo a los mandatos y preceptos de la buena fe, de la lealtad y la transparencia como parámetros de comportamiento dentro del período de formación contractual. Producto de este reconocimiento jurisprudencial, aparece en la *equidad* el fundamento de unas obligaciones de información en las negociaciones, así será por ejemplo reprochable aquella parte que no guarde confidencialidad de todo aquello que se le ha confiado en el seno de la negociación. El incumplimiento de esta obligación se reconoce con el nombre de *breach of confidence.* Esta obligación existe en vías de formación contractual y se extiende durante todo el proceso de conclusión y ejecución, y no puede ser utilizada dicha información sin el consentimiento de su autor[54], no obstante el fundamento no es una base contractual, sino la existencia de una obligación implícita *(implied obligation)* que se da entre las partes, cuyo fundamento es la promesa de respeto de la confidencialidad dada al otro[55].

No obstante, la doctrina mayoritaria se inclina por dar un doble tratamiento a los casos de la *precontractual liability.* Por una parte, los gastos hechos con anterioridad al contrato son considerados como actos de especulación. Partiendo del supuesto, que los gastos que se

[51] Es la hipótesis más frecuente de la responsabilidad precontractual, ocurre por la omisión de información a la contraparte en circunstancias que se induce a error.
[52] Prevista en el *"Restatement (second) of torts",* consiste en la interferencia ilícita de una de las partes o de un tercero en los tratos preliminares, con el fin de impedir la conclusión de un contrato "*in fieri*".
[53] El enriquecimiento injusto se basa sobre los mismos supuestos del derecho continental, así se defiende que a nadie le es justo enriquecerse a expensas de otro, lo cual da derecho a la restitución de los bienes que ingresan al patrimonio del enriquecido a favor del empobrecido (*law of restitution*). No obstante, en la práctica judicial, los Tribunales Americanos en escasas ocasiones reconocen un enriquecimiento de dicha naturaleza, al partir del supuesto que cada parte asume un riesgo en las negociaciones y por tanto debe ser soportado por cada una de ellas.
[54] DE CONINCK, B., "Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles", *Le processus de formation du contrat* (Bruylant, Bruxelles, 2002), págs. 76 y ss.
[55] DE CONINCK, B., *op. cit.,* pág. 76.

efectúan con anterioridad al contrato se hacen, en provecho propio y también bajo la contingencia incierta de ganancia o pérdida. Esto es, que estos desembolsos puedan recuperarse a través de la celebración del contrato que se proyecta o bien perderse por el fracaso de lo pactado. Siendo el catalizador de esta doctrina como ya se enunció la inclusión de los principios de la buena fe, lealtad, transparencia y sobretodo la palabra dada[56].

Frente al panorama descrito, consideramos que el C*ommon Law*, nos hace un llamado a la más grande prudencia y cautela, ya que existen doctrinas arraigadas en la actualidad. La materia no presenta en general una sistematización, por tanto en un régimen en el que impera el criterio del precedente y de la casuística en la formulación de toda norma, no es conveniente afirmar que en dicho ordenamiento existe una aceptación generalizada sobre los postulados aquí presentados y menos en los casos de la ruptura de las negociaciones. No obstante no se puede negar la preponderancia que tuvo y que ha seguido teniendo la *culpa in contrahendo.*

La Influencia en el Derecho Hispanoamericano

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

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

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

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

Paraguay por su parte regula la institución en la ley Nº 1.183/85 Código Civil artículo 689:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Compendiando, se puede establecer que son novedosos las normas o los proyectos que en la actualidad conllevan la responsabilidad precontractual al ámbito hispanoamericano. Denota gran influencia de la doctrina bávara y latina. La mayoría de los países que la reglamentan no se limitaron exclusivamente a transcribir las normas europeas, sino que intentaron superar el inconveniente que han tenido por el arraigo general en sus países de origen. Por tanto, hoy día, su construcción y técnica jurídica está decantada en mejor forma, en procura de confeccionar normas menos generales y más específicas en temas fundamentales de dicha institución. En especial en lo concerniente al comportamiento contractual, los límites resarcitorios, el período aplicable, los criterios de imputación y diferentes enumeraciones de comportamientos desleales. Lo que muy seguramente nos lleva a afirmar que en cuanto a la temática de estudio, el derecho hispanoamericano ha mostrado más dinamismo y avances que el derecho europeo. Denota especial atención el hecho, que gozando de sendos marcos normativos, la responsabilidad precontractual y en especial el tema de los tratos preliminares, no tenga mucha injerencia o interés tanto en la doctrina como en la jurisprudencia pues son escasas sus referencias en la práctica.

Conclusiones

A pesar que los tratos previos fueron objeto de someros estudios y análisis en el siglo XIX y XX, con desolación se constata, como esta institución presenta en la actualidad un panorama carente de protección y vinculación jurídica tanto en la normativa clásica (los ordenamientos civiles privados de cada estado, producto de los movimientos codificadores), así como en los nuevos marcos legales existentes, pues sin menoscabo a los importantes avances en la materia en los ámbitos nacionales como comunitarios, consideramos que es necesaria una modificación de los escasos articulados que la direccionan.

Existe un singular contraste entre la ausencia de textos legales y la atención creciente que suscita la problemática precontractual. Sin duda los actuales legislaciones que pretenden hacer frente a las nuevas y más apremiantes necesidades reflejadas en los actuales mercados y los modernos caracteres de la contratación mundial, deben ajustarse a las realidades circundantes, como la globalización mercantil y el aumento de las desigualdades económicas entre contratantes, siendo estas cada vez más evidentes. En muchas ocasiones, se requiere no solo acudir a procesos ingeniosos para interpretar e integrar la ley, dejando de un lado la real, notoria y marcada necesidad de crear ya sea de forma comunitaria, normas que regulen la institución precontractual –no simplemente aquellas que se dediquen a establecer normas de

conflicto- en todos sus supuestos, ya que las actuales reglamentaciones se han basado en los escasos pronunciamientos jurisprudenciales -no siempre afortunados debido a ocasiones en que el fenómeno ha sido abordado desde el acerbo insuficiente de la ley o desde disímiles construcciones jurisprudenciales provocando que sobre el tema no exista un criterio uniforme y consolidado-.

El correcto funcionamiento de los mercados requiere de supuestos efectivos de seguridad jurídica y previsibilidad, situación que solo se podrá alcanzar si tenemos un periodo de formación contractual, fortalecido, donde se encuentre claramente regulado el comportamiento contractual, los deberes secundarios de conducta, los supuestos encuadrables de la culpa in contrahendo, el quantum indemnizatorio y la naturaleza de las prestaciones.

Bibliografía

ALBIEZ DOHRMANN, K, J., "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del *B.G.B.", A.D.C.,* 2002, Julio-Septiembre, pág. 1192.
ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", *R.C.D.I.,* 1971, págs. 888 y 892.
Alpa, G., "Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica", *Responsabilità civile e previdenza*, Torino, 1981, pág. 535 y ss.
ASÚA GONZÁLEZ, C., "La culpa in contrahendo", Universidad del País Vasco, 1989, Bilbao, pág. 32
BENATTI, F., "*Culpa in contrahendo*", Contratto e Impresa, 1987, Milano, pág. 30.
"A responsabilidade pré-contratual", Trad Port., por Vera jardim, A., Almedina, 1970, Coimbra, pág. 13
CARBONNIER, J., "Droit civil", *Théorie des obligations*, tomo IV, Presses Universitaires de France, 1963, París, pág. 104.
CARRARA, G., "La formazione dei contratti", Dott. Francesco Vallardi, 1915, Milano, pág. 2 y ss.
CUFFARO, V., "Responsabilità precontrattuale", *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIX, Giuffrè, 1988, Milano, pág. 1265.
DAUNER-LIEB., "Die geplante Schuldrechts modernisierung-Burchbruch oder SchnellschuB", *J.Z.*, 2001, págs. 18 y ss
DE CONINCK, B., "Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles", *Le processus de formation du contrat*, Bruylant, 2002, Bruxelles, págs. 76 y ss
De Mauro, A., y Fortinguerra, F., "La responsabilità precontrattuale" (Cedam, 2002, Padova, pág. 30.
EBERS, M., "La reforma y Europeización del derecho alemán de obligaciones", *La Armonización del derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, 2006, Valencia, pág. 43.
Faggella, G., "Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica, *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, Napoli, 1906, tomo III, págs. 217 y ss.
"Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali", *Arch. Giur*., 1909, págs. 128 y ss.,
"II periodi precontratuali e la responsabilità precontrattuale", *Arch. Giur*., 1918, págs. 18 y ss.
Furmston, M, P., "Cheshire, Fifoot y Furmston's Law of Contract" (Butterworths, 1996, London, pág. 101.
Goode, R., "Formation of contracts and precontractual liability", *I.C.C.,* París, 1990, núm. 440, pág. 59.
IHERING, R., "De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restées imparfaites", traducción francesa por DE MEULENAERE, *Ouvres choisis de R. VON IHERING*, tomo II, Marescq, 1893, París
MARKESINIS, B, LORENZ, W Y DANNEMANN, G., "The German Law of obligations", *The law of contract and restitution: a comparative introduction*, vol. I, Oxford, 1997, Calrendon Press, págs. 64
Menezes Cordeiro, A., "Da boa Fé no Direito Civil", tomo I, Almedina, 1984, Coimbra, pág. 571
MOTA PINTO, C., "A responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos contratos", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* supl. XIV, Coimbra, 1966, pág. 143 y ss.
Monsalve Caballero, V., "Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares en el sistema continental europeo", *Revista Iusta,* Bogotá, vol. 25, Jul.-Dic., 2006, págs. 107 y ss
_____. "Disertación para una nueva construcción en Colombia de la *culpa in contrahendo*", Revista de Derecho No 27, Barranquilla, 2007, págs. 41 y ss.
RABELLO, A., "La théorie de la *culpa in contrahendo*, et la loi Israélienne sur les contrats 1973", *R.I.D.C.,* 1997*,* año 49, núm. 1, Jan-Mar, pág. 42 y ss

Rubino, D., "La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari", Giuffrè, 1939, Milano, pág. 45 y ss.
Saleilles, R., "De la responsabilité précontractuelle", *R.T.D.Civ.,* París, 1907, págs. 712 y ss.,
Sobral do Nacimento, P., "A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações", *Estudos em homenagem ao Prof. Doctor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, 2003, Coimbra, pág. 234.
Tegethoff, M., "*Culpa in contrahendo* in German and Dutch Law- a comparíson of Precontractual Liability", *Maastricht Journal of European of European and Comparative Law*, Maastricht, 1998, pág. 357 y ss.
ZIMMERMANN, R., "The law of obligations- Roman Foundations of the civilian Tradition" (Oxford University Press, Oxford, 1996), págs. 90 y ss.