

# La responsabilidad Precontractual

SUMARIO: I. *La relación precontractual*: 1. Concepto, determinación y elementos estructurales. Valoración integral del *iter* formativo del contrato. Tratos y oferta. 2. Formalización de las negociaciones preliminares. Aspectos y consecuencias. 3. Alcance general de la buena fe *in contrahendo*, como elemento subjetivo de la relación precontractual.—II. *Relación precontractual y promesa de contrato*.—III. *Negocios mortis causa, negocios familiares y relación precontractual. Promesa de matrimonio y negociaciones preliminares*.—IV. *Contratos susceptibles de negociaciones preliminares. Responsabilidad precontractual y donación*.—V. *Relevancia práctica del iter formativo del contrato y sus repercusiones en la disciplina de la responsabilidad precontractual*.—VI. *La buena fe in contrahendo. Alcance y contenido*.—VII. *La responsabilidad precontractual*: 1. Noción y fundamento. 2. Naturaleza jurídica. La obligación de indemnizar *in contrahendo*. 3. El interés resarcible. 4. Actos que engendran responsabilidad precontractual. Diversas hipótesis: A) Deber de comunicación o información. B) Deber de secreto. C) Deber de custodia y conservación. D) Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio. E) Por actos de auxiliares o del representante. F) Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato. G) Revocación de oferta. H) Supuestos varios. En particular, los gastos de la confianza.—VIII. *Configuración jurídica de la responsabilidad precontractual en el Ordenamiento español*.—IX. *Prescripción de la acción de resarcimiento*.—X. *La carga de la prueba*.

## I

### LA RELACION PRECONTRACTUAL

#### 1. CONCEPTO, DETERMINACIÓN Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES. VALORACIÓN INTEGRAL DEL «ITER» FORMATIVO DEL CONTRATO. TRATOS Y OFERTA

No es frecuente en el tráfico económico de nuestros días que el contrato se genere instantáneamente. El consentimiento raras veces se forma en el acto. Más bien suele ser culminación de una serie de situaciones previas: conversaciones, tanteos, exploraciones, negociaciones

preliminares; en definitiva, el término o resultado de un *iter* lento y a menudo costoso. Como es sabido, los más importantes contratos en materia civil y mercantil (1), las más notables operaciones financieras y económicas, los negocios más complejos que implican gravosos vínculos contractuales, tienen a menudo prolongados y laboriosos períodos preparatorios en los que se discute, proyecta y se busca un entendimiento común. En definitiva, llegar al consentimiento que da vida al contrato y clausura la etapa preliminar.

Suele designarse esta fase formativa o de generación contractual con el nombre de *tratos*, *negociaciones* o *conversaciones preliminares* (así la Sentencia de 18 de enero de 1964), *trattative* en la terminología italiana, *Vertragsverhandlungen* en la alemana (2), *pourparlers* en la francesa.

A la hora de precisar la estructura de esta fase preliminar de negociaciones conducentes al concurso de la oferta y aceptación, la doctrina está de acuerdo, por lo general, en señalar unas características comunes delimitadoras. Se piensa que los *tratos* constituyen la materia prima para la elaboración del contrato (3), actividad dirigida a facilitar la conclusión del negocio, lo que no supone que deban tener forzosamente naturaleza polémica o que las partes deban adoptar posiciones antagónicas. Esto sucede normalmente, pero no necesariamente (4). En todo caso, los *tratos* ofrecen un contenido sociológico diverso: propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista comunicados, etc., integran el sustrato de esta fase preliminar con las miras puestas en el contrato diseñado. Nada vincula, porque sólo hay contrato cuando «una o va-

---

(1) Es decir, aquellos que ofrecen relevante interés económico, tienen un contenido complejo o exigen observar una forma solemne, lo que trae como consecuencia el hecho de que oferta y aceptación se van formando a través de actos separados cronológicamente. Se produce entonces, como pone de relieve MESSINEO, una actividad dirigida a elaborar el texto de un futuro contrato y, eventualmente, una conducta encaminada a estipularlo (cfr. *Il contratto in genere*, I, Milano, Giuffrè, 1968, pág. 297).

(2) A menudo se usa también la expresión *Vorverhandlungen* e incluso, desde la famosa obra de CLAUDER sobre las negociaciones preliminares, aparecida en Jena el año 1680, se hizo de uso común la denominación *Handlungsvorschläge*. Es corriente que se hable también de *culpa in contrahendo*, por influencia de IHERING, o *Verschulden beim Vertragsschluss*, para referirse a la responsabilidad en que incurre una parte contratante por no manifestar a la contraria aquellas circunstancias que serían fundamentales para decidirle o no a negociar (breve referencia al respecto en CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., München, 1970, páginas 1175-1176).

(3) F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, pág. 173.

(4) Observación acertada de RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I. *Le fasi del procedimento*, Milano, Giuffrè, 1966, pág. 57, pues debe pensarse que si bien en la base de todo contrato subyace normalmente un contraste de intereses—al menos intereses no coincidentes subjetivamente: piénsese en el contrato de sociedad—, la etapa preliminar con frecuencia se limita a preparar o esclarecer el contenido del futuro negocio. Y de momento, por tanto, está gestándose la situación conflictiva que se pacificará a través de las recíprocas concesiones que las partes se harán cuando emitan sus respectivas declaraciones de voluntad formativas del consentimiento.

rias personas consienten en obligarse» (art. 1254 del C. c.), y en el período de tratos o negociaciones previas se intenta únicamente llegar al consentimiento. Como ya señaló un tratadista del Derecho común, quien trata se limita a discutir y proyectar (5).

Los tratos se gestan muchas veces por conversaciones directas y personales entre los interesados, si bien frecuentemente se llevan a cabo entre personas lejanas, por medio de nuncio o de representante; a través de *órganos* si quien toma la iniciativa del contrato o quien se adhiera a la iniciativa ajena es un sujeto colectivo. Con frecuencia tienen lugar a través de un contrato de mediación o por auxiliares. Los tratos a menudo se prolongan y en el *intervallo temporis* se multiplican los gastos o inversiones de las partes que negocian. Lógico, por otra parte, pues que suponen inmadurez de una situación en sí misma prejurídica. Parece claro que durante la fase preliminar las partes actúan con libertad, pues su conducta se traduce en contactos, fijación de puntos de vista, remoción de obstáculos y determinación, en suma, de aquellos que pueden ser los elementos del futuro contrato (6). En los tratos falta una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se debate; solamente existen perspectivas incompletas, acuerdo, en todo caso, sobre aspectos parciales. De ahí que, como puso de relieve CARRARA, los tratadistas del Derecho común pensaron unánimemente que las negociaciones preliminares no vinculan, pues que las partes, desde el momento en que están tratando o dilucidando el futuro contenido negocial, no consienten sobre el objeto debatido (7). La doctrina moderna sostiene idéntica opinión, pues se recuerda que las conversaciones precontractuales suponen un *esquema hipotético* o programa transformable en contrato si desembocan en el concurso de propuesta y aceptación (8).

Se insiste en que la etapa precontractual es, ante todo, preparatoria, esencialmente destinada a remover obstáculos. Implica debate en torno al contenido del posible contrato, y esto supone aproximación de puntos de vista entre los eventuales contratantes, inicialmente distantes y opuestos. Están animados, recuerda CALUSI, por una voluntad de discutir y no necesariamente de contratar (9). Hay, pues, un ánimo de

(5) PACIONI cuando señalaba que el trato se distinguía del contrato no sólo porque es etapa previa que conduce al *cum-sentire*, sino porque *requirit... solam dispositionem ad contractum et discussionem* (*De locatione et conductione*, Romae, 1677, cap. XXII, pág. 213, citado por CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, pág. 3, núm. 4).

(6) Al respecto, vid. N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, Torino Utet, 1966, pág. 207, "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da W. Bigiavi".

(7) CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., pág. 8.

(8) MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pág. 298; antes en la voz *Contratto* (dir. civ.), separata de la "Enciclopedia del Diritto", Milano, Giuffrè, 1961, pág. 65.

(9) V. E. CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, "Riv. trim. Dir. e proc. civile", I, 1956, págs. 470 ss.

entenderse, de «tratar» —valga la redundancia—, no de crear un *iuris vinculum*. Las negociaciones preliminares suponen un diseño o proyecto de contrato; no hay en ellas voluntad de traducirlas en fuente de relaciones jurídicas obligatorias.

Como etapa preparatoria, su valor es *instrumental* y *programático*. Esto no supone, como cree RAVAZZONI, que sean únicamente fases o momentos del proceso formativo del contrato (10). Los actos preliminares contienen todo un programa en el que se integran intereses económicos, relaciones de buena fe, valores patrimoniales, etc. Lo que H. STOLL ha denominado *Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen* (11). Hay una *relación jurídica precontractual* que es menester configurar adecuadamente. Como toda relación jurídica, implica una conexión de situaciones en las que se desenvuelven los sujetos portadores de sus respectivos intereses, y a los que el ordenamiento jurídico impone deberes correlativos. En el denso entramado social hay determinados contactos humanos acotados por la normatividad jurídica (relación de Derecho), y en cuyo clima los sujetos relacionados imponen sus derechos, cumplen deberes jurídicos correlativos y se hallan afectados por limitaciones (12). La relación jurídica implica zonas de competencia donde la persona despliega sus titularidades y observa los deberes que para satisfacción de sus intereses establece la norma.

El criterio en tal sentido puede verse bien expresado por L. BAGOLINI (13). Diríamos entonces que la *relación jurídica precontractual* se

---

(10) RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pág. 54, quien considera que el tratamiento jurídico de la fase preliminar no tiene razón de ser desconectado del *iter* procedimental o formativo del contrato. Su relevancia debe ligarse a la consideración como pura etapa generadora del contrato. El problema se complica, con todo, cuando hay defraudación de la confianza o lesión de la buena fe, en cuyo caso lo decisivo no es la conexión de las negociaciones preliminares con el contrato proyectado, sino el quebrantamiento de lo que BETTI denomina "lealtad en las cosas" (*Teoría general de las Obligaciones*, I, traducción española por J. L. De los Mozos, Edit. Rev. Der. Privado, Madrid, 1969, página 88): v. gr., reticencias, inducción a errores, ocultación de vicios invalidantes y, en general, cualquier forma de comportamiento ilícito por no ajustarse a los postulados de eticidad imperantes en las relaciones sociales. Importa menos, por tanto, que tales relaciones sociales puedan transformarse en relaciones contractuales. Pero sí importa mucho tener en cuenta que las partes están obligadas, por el hecho de relacionarse, a evitar cualquier forma de deslealtad y, si quebrantan la *bona fides*, responden. (En tal sentido son acertadas las observaciones de Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Edit. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 189.)

(11) H. STOLL, *Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, "Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht", 17 (1923), págs. 532 y siguientes.

(12) Al respecto, interesantes observaciones en LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, § 18, II, pág. 216: *Die Elemente der Rechtsverhältnisse*.

(13) L. BAGOLINI, *Notas acerca de la relación jurídica*, "A. D. C.", I, 1950, páginas 7 ss.

halla integrada por un elemento objetivo y otro subjetivo. Aparte del elemento normativo o disciplina jurídica que, según cada ordenamiento, regule la fase de negociaciones preliminares al contrato. El elemento objetivo lo constituyen el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etcétera, que forman la etapa *in contrahendo*. Actividad o proceso que no es puramente fáctico, sino que forman lo que en la técnica germánica se denomina «contacto social» (14), instaurado entre las partes a los efectos de preparar el contenido del posible negocio. No solamente hay proyectos, fijación de puntos importantes, discusiones prenegociables y, en general, todo un procedimiento dirigido a contratar. Hay también intereses económicos en juego, desembolsos, valores económicos comprometidos, aparte de la posible actuación ilícita en que alguna de las partes pueda incurrir. Lo que puede ser frecuente cuando se viola la lealtad que los principios del tráfico económico exigen a quienes se relacionan socialmente como situación previa a la constitución de un negocio jurídico. FAGGELLA señaló con éxito el elemento objetivo o *iter* formativo del contrato, y su estructuración continúa siendo válida. Este autor señaló tres momentos: 1.º Conversaciones y tratos conducentes a la elaboración de la oferta. 2.º Perfección y conformación definitiva de la misma. 3.º Momento dinámico de la oferta. Abarca esta fase todo lo que supone manifestación o expedición de la oferta desde el proponente al destinatario, y se concluye con el acuerdo de voluntades o consentimiento contractual (15).

Observemos que el elemento objetivo de la relación jurídica precontractual no se reduce tan sólo a los denominados tratos o conversaciones preliminares. Comporta toda una serie de actos, situaciones, proyectos, etc., encaminados a la conclusión del contrato. Todo lo que precede al «concurso de la oferta y aceptación» (art. 1262 del C. c.). De ahí que no sea admisible esa opinión tan extendida, especialmente en España, que limita el problema de la responsabilidad *in contrahendo* al

---

(14) Así, HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als kostante Rahmenbeziehung*, "Arch. f. d. civ. Praxis", 130 (1929), págs. 294 ss.; DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldspflichten*, "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft", 103, 1943, página 67; BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*<sup>4</sup>, Berlin und Frankfurt a. M., 1969, pág. 73; ENNECERUS-LEHMAN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15 ed., I, Tübingen, 1958, pág. 191; en la doctrina suiza, vid. A. VON TUHR, *Schadenersatz bei Dissens*, "Arch. für d. civ. Praxis", 121 (1923), pág. 360. No falta quien considere la relación precontractual como manifestación de un "contacto negocial" preparatorio que, sin embargo, no constituye negocio jurídico (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allg. Teil*, C. H. Beck-Verlag, 10 ed., München, 1970, páginas 90 ss.); o, en todo caso, se construye como una relación de especial vinculación jurídica (*eine rechtliche Sonderverbindung*), como puede verse en HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum bürgerlichen Rechts*, Berlin und Leipzig, 1931, págs. 130 ss., y en STOLL, *Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, cit., pág. 532.

(15) FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918; ID., *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ad esatta costruzione scientifica*, "Studi Fadda", III, págs. 269 ss.

de la ruptura de las conversaciones preliminares. No es extraño que los autores —al modo como entre nosotros ha hecho MORENO QUESADA (16) y en el extranjero CARRARA (17) o NATTINI (18)— señalen las diferen-

(16) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, Nereo, Barcelona, 1963, páginas 24 ss. En primer lugar, el autor señala la diferencia entre tratos y oferta de contrato, por el hecho de que mientras la oferta tiende directamente a la conclusión del contrato, los tratos preliminares tienen como objeto la formación de la oferta. Digamos, sin embargo, que quien trata pretende llegar al contrato, busca, como quien propone, llegar a un acuerdo de voluntades. En segundo lugar, los tratos se reducen a elaboraciones, concreción de resultados, exposición de ideas, etc., pero quien formula una oferta lo hace con intención de quedar obligado. Pensamos, con todo, que tal vinculación jurídica por el oferente no es otra cosa que la simple transformación o metabolismo de la "vinculación social" preliminar en vinculación jurídica, por lo demás revocable. Quien trata (obligatoriedad social) quiere contratar (obligatoriedad jurídica), y para ello es menester la etapa intermedia de vinculación jurídica revocable (oferta). En tercer lugar, el autor citado distingue tratos y oferta, porque sólo ésta reúne los elementos esenciales del contrato a realizar. Cosa, por otra parte, lógica, añadimos, pues que la oferta no es otra cosa que la fase antefinal del *iter* preparatorio del contrato, cuyos pasos generadores lo constituyen las negociaciones preliminares. En cuarto lugar, MORENO QUESADA separa tratos y oferta aportando el criterio expuesto por NATTINI: la oferta hace posible la aparición de un nuevo contrato, mientras los tratos provocan sólo en determinados casos una especial responsabilidad. Son efectos distintos. Igual pasa en muchos casos, debe decirse, con la oferta, pues, como es sabido, antes de la conclusión del contrato la oferta puede retirarse en cualquier momento (para el problema, recientemente ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. *Derecho de Obligaciones. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1970, págs. 277 ss.), y así lo determina la conocida Sentencia de 22 de diciembre de 1956. En cuyo caso la oferta revocada que, como los tratos, defraude expectativas legítimas de la contraparte o viole la confianza, genera la correspondiente indemnización.

Por lo demás, estamos de acuerdo con MORENO QUESADA cuando engloba bajo el epígrafe *La responsabilidad antecontractual* (cfr. *La oferta de contrato*, capítulo VI, págs. 195-235) tanto la responsabilidad por culpa *in contrahendo* como la que dimana de revocar la oferta. No lo estamos con la radical separación de las dos fases antedichas y, sobre todo, con la delimitación entre la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, de un lado, y la derivada de desistir injustificadamente de los tratos o de revocar la oferta, por otro. Tal criterio pugna con la estructura interna de la *relación jurídica precontractual*, con las enseñanzas de la doctrina tradicional y moderna en torno a la figura genérica de la *culpa in contrahendo*, que se apoya en la comprensión de la problemática engendrada por lesionar la confianza y buena fe con ocasión de preparar un contrato. En esta dirección integradora de la relación precontractual, mas no por ello indelimitada y confusa, se basa nuestra investigación.

(17) CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., pág. 6, quien pone la diferencia en el diverso contenido de la voluntad de las partes: mientras en la oferta existe ya el elemento volitivo dirigido a la formación del contrato, en los tratos se pretende únicamente preparar la materia del contrato. Consecuencia normal, debe señalarse, de ser la oferta culminación de las conversaciones preliminares; si se quiere, formalización de los proyectos y discusiones que han acabado creando una vinculación jurídica.

(18) NATTINI, *Cenni critici sulla cosiddetta responsabilità precontrattuale*, "Riv. Dir. comm.", 1910, págs. 235 ss., quien entre las distinciones propuestas quizá tenga especial interés la que considera la oferta como un negocio jurídico, y los tratos, no. Pues en la proposición, evidentemente, hay una declara-

cias entre tratos y oferta de contrato. Diferencias que, en el orden técnico-jurídico, no se discuten, pero sí la identificación de la responsabilidad precontractual con la idea tan restringida de la ruptura de los tratos. Aparte el problema de si la oferta vincula o no al proponente antes de la aceptación, lo que parece incontrovertido es que hasta el concurso de ambas declaraciones volitivas no hay contrato (arts. 1254 y 1258 en relación con el art. 1262 del C. c.) (19); los actos anteriores al consentimiento son etapa precontractual. Bien se ha percatado de ello el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de marzo de 1929: «En el desenvolvimiento o vida jurídica de todo contrato hay un período preparatorio que no liga ni produce vínculos jurídicos mientras no exista la conformidad exacta de las partes, fase que origina la perfección por el concierto de voluntades mediante el consentimiento, que es cuando el convenio tiene su nacimiento y produce fuerza legal coercitiva, según enseñan, entre otros, los artículos 1254 y 1258 del Código civil.» Curiosamente se trataba de un supuesto en el que existía oferta en firme para arrendar el servicio de café del Ateneo Mercantil de Valencia. Pero no se ha llegado al concurso de voluntades por la aceptación, y perdura la etapa preliminar. En efecto, la Junta directiva, examinadas debidamente todas las proposiciones, adjudica provisionalmente el servicio a don Baldomero Carrillo Alhama. Si bien el presidente fue comisionado para que se pusiera al habla con aquél, pidiera referencias, se informara de las garantías que ofrecía y de si estaba en condiciones de cumplir sus ofrecimientos. La conducta sospechosa del adjudicatario provisional frente a las condiciones impuestas por los arrendadores motivó que la ad-

---

ción de voluntad enfocada a autorregular un interés digno de tutela, sancionado por una conducta social típica, mientras en las negociaciones preliminares sólo se busca llegar a un entendimiento común. En último término, como señala LARENZ, su eficacia descansa en el principio de la *Treu und Glaube* (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., pág. 93), mas no hay una intención de validez jurídica, sino de simple preparación contractual.

(19) Concurso de declaraciones volitivas que “antes revelan una fase íntima desarrollada en la propia conciencia del sujeto, a través de momentos psicológicos denominados de “motivación”, “deliberación” y de “decisión” que no pueden tener trascendencia jurídica hasta que la voluntad formada “se manifiesta”—como certeramente dice el propio artículo 1.262 del Código civil—, produciéndose, al aunarse con otra voluntad ajena e igualmente formada, el concurso de la oferta y de la aceptación en que radica el consentimiento” (Sentencia de 7 de diciembre de 1966: Rep. Jurispr. Aranzadi 5.706). En consecuencia, hasta tanto no hay conjunción de esas voluntades objetivadas al exteriorizarse y trascender para incidir sobre cosa y causa, no hay consentimiento contractual y, por tanto, estaremos mientras en etapa precontractual. Siquiera no sean de la misma intensidad los actos preparatorios, pues que a medida que nos acercamos a la conclusión del contrato, la vinculación social de los tratos se transforma gradualmente en vinculación jurídica. Con FAGGELLA debe pensarse que entre las negociaciones preliminares y la concreción de la oferta hay diferencia meramente cuantitativa y en ningún caso cualitativa (*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, cit., páginas 271 ss.). El *iter* preparatorio se intensifica o marca una dirección más profunda a medida que nos aproximamos a la existencia del consentimiento.

judicación definitiva se hiciera a favor de otro solicitante. Por lo que don Baldomero Carrillo formula demanda contra el Ateneo alegando la existencia de «un contrato de arrendamiento perfectamente definido». Desestimada en ambas instancias e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. En el penúltimo «considerando» se señala que «la adjudicación provisional... no puede tener más alcance que el que se le admita para ponerse al habla y seguir con él las negociaciones preparatorias necesarias, según las bases del concurso, para después del resultado de ellas... acordar en definitiva, que es el momento en que de haber llegado quedaban ligadas las voluntades para poderse compeler al cumplimiento...». En idéntica dirección, la Sentencia de 18 de enero de 1964 considera «que cuando la voluntad consciente y libremente emitida es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración, se produce la perfección del contrato, el nacimiento de éste a la vida jurídica, según proclama el artículo 1254 del Código civil, del cual, así como de los artículos 1258 y 1262, se evidencia que dicha perfección surge de la simple concurrencia del consentimiento, de la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad, recíprocas y sucesivas, que generan el acto jurídico bilateral». Antes de ese momento, según reconoce la Sentencia, sólo estamos en la fase generacional de tratos, negociaciones o conversaciones preliminares.

La etapa precontractual o proceso formativo del contrato integra, pues, el elemento objetivo de la que denominamos *relación jurídica precontractual*. Su extinción tiene lugar, o por desistimiento de alguna de las partes, o por desembocar en el fin perseguido: la conclusión del contrato. Ello no supone que sus consecuencias se extingan, como más adelante veremos. Por lo demás, no forman parte de la etapa *in contrahendo* las decisiones internas de los sujetos que negocian, los proyectos individuales o valoraciones intrínsecas que no se traduzcan en un contacto social. Lo que trae como consecuencia el hecho de que las negociaciones preliminares son necesariamente bilaterales, presuponen vinculación entre partes, cálculos o proyectos compartidos que se objetivan en una relación prenegocial. Cualquier actividad puramente unilateral de un sujeto debe excluirse de la esfera de los tratos, aun cuando vaya encaminada a la formación del consentimiento contractual (20). Deliberaciones o motivaciones personales condicionantes del acuerdo posterior no tienen relevancia prenegocial si no trascienden y se hacen conocidas por el destinatario.

(20) En tal sentido, RAVAZZONI, quien apoya el carácter extrínseco de los tratos, en primer término, en el hecho de que las negociaciones preliminares son inherentes al procedimiento jurídico de formación del contrato y tal procedimiento es necesariamente bilateral; en segundo lugar, porque desde el punto de vista empírico-social los tratos se han considerado tradicionalmente como actividad en la que necesariamente han de intervenir, por lo menos, dos partes que pretenden llegar a entenderse contractualmente (cfr. *La formazione del contratto*, cit., págs. 53-54).

## 2. FORMALIZACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES. ASPECTO Y CONSECUENCIAS

En un orden formal, los tratos pueden consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores (21). En definitiva, no hay inconveniente en que se consignen por escrito, aunque luego el contrato se concluya verbalmente. El documento en que se expresa el curso y circunstancias de las negociaciones sólo vale como prueba de que existieron, y puede servir de orientación para la interpretación del contrato (22). En ningún caso revelan un contenido negocial. Por lo que respecta a la «minuta del contrato» (*delineatio* o *punktation*: cfr. S. de 2 de marzo de 1965), o documento en el que se redactan a veces las negociaciones, es de advertir que, aun suscrito por las partes, no supone otra cosa que puntos de vista o proyectos de un posible contrato: las partes son conscientes, señala MESSINEO, del carácter interlocutorio de la minuta (23). Sólo si hay acuerdo sobre aspectos esenciales del contrato podría plantearse el problema de si hay auténtico contrato bien definitivo o, en todo caso, preliminar. Movidos en un terreno prenegocial, es evidente que la minuta puede servir de elemento probatorio decisivo para ejercitar la acción de daños por injustificada retirada de las negociaciones preliminares o por lesionar la confianza ajena.

(21) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 189.

(22) Si bien el artículo 1.282 del Código civil establece que “para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse *principalmente* a los actos de éstos, coetáneos o posteriores al contrato”, debe pensarse que para una adecuada valoración de tales actos es muy de tener en cuenta el comportamiento de las partes en la etapa preparatoria. Lo que se ha denominado “interpretación histórica del contrato”, que es no sólo posible, sino estrictamente necesaria (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 253). Borradores, minutas, discusiones y, en general, todos los actos preliminares han dejado su impronta en el contrato y pueden ser decisivos para una adecuada hermenéutica. Como reconoce la Sentencia de 19 de febrero de 1965, el artículo 1.282 del Código civil no excluye los actos anteriores que pueden tener conexión con el contrato, en cuanto sirven para explicar su génesis y hasta los motivos de su celebración. Otras sentencias anteriores—por ejemplo, 15 de febrero de 1916, 7 de julio de 1941 y 7 de marzo de 1962—establecieron la necesidad de interpretar las cláusulas negociales “consultando los hechos que han precedido al contrato, las circunstancias que lo han acompañado y los hechos subsiguientes”.

(23) MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pág. 299. Por su parte, la Jurisprudencia italiana tiene establecido que la denominada minuta o puntuación de contrato no tiene, por lo general, carácter vinculante para las partes; lo que no excluye su valor probatorio de un contrato más tarde perfeccionado, cuando contenga la indicación de sus elementos esenciales y se demuestre que las partes han querido vincularse definitivamente, fundándose en otros elementos que puedan resultar probatorios: Cass. 19 de noviembre de 1963, núm. 2.995, y 17 de noviembre de 1963, núm. 3.044 (cfr. N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, cit., pág. 208).

Como ha puesto de relieve SANTOS BRIZ, los problemas que plantea la fase preparatoria del contrato y la *culpa in contrahendo* ofrecen matices especiales al ser trasladados a la moderna contratación en masa por medio de formularios o de ofertas al público. Entonces, una parte, el empresario o comerciante, ofrece al público sus mercancías o servicios y unas condiciones de contratación generalmente invariables. El autor se inclina a pensar que la publicación de las condiciones de contratación (precios, calidad de los géneros, entrega, pago, etc.) y su difusión no son negocios jurídicos, sino líneas rectoras de futuros contratos (24). Creemos, en esta misma dirección, que las condiciones ofrecidas por la empresa respecto a la calidad de los productos, precio, forma de pago, etc., integran un programa económico prenegocial que sólo la adhesión concreta y manifestada del destinatario transformaría en contrato. El valor programático e instrumental de los tratos se pone también de relieve en esta forma de contratación masiva, propia del tráfico económico moderno. No se origina ni para la empresa ni para los posibles destinatarios una vinculación jurídica, en ningún caso se instaura un esquema negocial. Pero si el particular realizó desembolsos confiado en las condiciones ofrecidas y ve defraudadas sus legítimas expectativas, podrá exigir la indemnización por lesionar su interés en contratar.

### 3. ALCANCE GENERAL DE LA BUENA FE «IN CONTRAHENDO», COMO ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RELACIÓN PRECONTRACTUAL

La buena fe precontractual debe presidir el comportamiento de las partes que negocian. El ordenamiento jurídico, bien a través de una consagración legislativa (como acontece en Italia con los arts. 1337 y 1338 del *Codice civile* vigente), o por el juego de *topoi* tradicionales —principios generales, abuso del derecho, tutela de la confianza, *bona fides*, etc.—, impone a las partes el deber de conducirse correctamente en el desarrollo de las negociaciones precontractuales. El artículo 1337 del Código civil italiano no sólo señala el elemento objetivo de la relación precontractual, sino también el subjetivo: «*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*» ¿Cómo opera aquí la buena fe? BETTI lo señala muy bien. Las partes —dice— que no son todavía deudor y acreedor, pero que están en camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad en las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con clari-

(24) SANTOS BRIZ, *La contratación privada*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1966, página 101, apoyándose en la opinión de RAISER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 2.<sup>a</sup> ed., 1961, págs. 110 ss.

dad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, absteiniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte (25).

Implica la buena fe, como elemento subjetivo de la relación precontractual, tutela de la confianza que una persona depositó en las negociaciones, proyectos y comunicación de planes que le hizo la contraparte; protección por haber confiado según los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidas a quienes pretenden instaurar una vinculación jurídica (26). No es extraño que la doctrina alemana —la que mejor ha estudiado el tema que nos ocupa desde el célebre y ya clásico estudio de IHERING (27)— casi unánimemente establezca la ecuación: *Vertragsverhandlungen* = *Vertrauensverhältnis*, es decir, «relación precontractual = relación de confianza» (28).

## II

### RELACION PRECONTRACTUAL Y PROMESA DE CONTRATO

Será fácil advertir que la relación precontractual es algo muy diverso a la promesa de contrato o mal llamado «precontrato». La primera no es vinculante, no engendra un *iuris vinculum* en sentido estricto

(25) BETTI, *Teoría general de las Obligaciones*, I, trad. esp. por De los Mozos, cit., págs. 88-89. En una línea similar ya delimitó ERMAN las normas de la buena fe *in contrahendo* al exigir que las partes se abstengan de actuar contra las reglas de la lealtad mutua, evitar que una parte induzca a la otra a negociar sobre algo no realmente querido o no tomado en serio, bien impulsándolo a celebrar un contrato inválido o que su conclusión pueda irrogarle evidentes perjuicios económicos (*Beiträge zur Haftung für des Verhalten bei Vertragsverhandlungen*, en "Arch. für die civ. Praxis", 139, pág. 277).

(26) Al respecto interesantes observaciones en MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, "Riv. Dir. comm.", 54, I-2.º, 1956, págs. 361 ss.

(27) IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", 4 (Jena, 1861), págs. 1-112. También en los *Gesammelte Aufsätze*, I, Jena, 1881, págs. 327 ss.

(28) Así fundamentalmente, HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930, pág. 138; STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, cit., págs. 544 ss.; BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, "Archiv für die civ. Praxis", 151 (1951), págs. 506 ss.; EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, Tübingen, 1950, págs. 11 ss.; SIEBERT, *Treu und Glauben*, § 242, en "Bürgerliches Gesetzbuch de Hs. Th. Soergel", I, Stuttgart und Köln, 1952, quien señala en la página 575: *aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen ergibt sich ein Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*; la misma idea late en LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*<sup>10</sup>, I, cit., págs. 90 ss., y en J. ESSER, *Schuldrecht*, I. Allg. Teil, 4.ª ed. rev. Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1970, páginas 372 ss.

o un «deber de prestación». Las partes se mueven con libertad, limitándose a conversar, proyectar y valorar la posibilidad de ligarse contractualmente. En el caso más extremo, una parte ha manifestado su propósito de obligarse sin haber obtenido aún la conformidad o aceptación. Si se ha llegado a la oferta, debe señalarse que ésta, aunque ha de reunir todos los extremos necesarios para el futuro contrato (29), en principio no es otra cosa que simple manifestación de voluntad necesitada de conformidad o, como se ha señalado, «declaración unilateral de voluntad que se dirige a otro *para la celebración de un contrato*» (30). En cualquier caso, nos hallamos en la etapa preparatoria del contrato, lo que no sucede con la promesa de contrato o contrato preliminar. No importa cuál sea la postura que se mantenga sobre la debatida figura contractual, pues de cualquier modo la promesa de contrato es vinculante y obliga a la parte que no la cumple por lo menos a la indemnización de daños y perjuicios. Vinculación *ex contractu* que no existe en la etapa prenegocial. Mas si, de acuerdo con la dirección hoy dominante, pensamos que el contrato preliminar constituye la fase de un *iter* negocial complejo que se va formando progresivamente (31), las diferencias entre *etapa in contrahendo* y promesa de contrato aún se acentúan más. Precisamente porque el contrato preliminar experimenta una intensificación de efectos, ya que su unidad de función con el contrato definitivo le hace reunir los requisitos exigidos para éste. Y si la tesis de DEGENKOLB exaltó la misión del contrato preliminar (32), la situación opuesta hoy muy caracterizada en defensa del definitivo —«que debe necesariamente recibir la solución del conflicto de intereses ya diseñada por el preparatorio» (33)— no supone, en el fondo, otra cosa que aproximar su auténtico valor contractual, si bien preparatorio, a los fines perseguidos mediante el contrato proyectado. En todo caso, es evidente que se ha instaurado la relación contractual una vez que se concluyó el precontrato, cuyas bases o programa sólo hallarán plenitud con la conclusión del contrato definitivo.

(29) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. *Derecho de Obligaciones*, cit., página 275.

(30) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., pág. 60.

(31) Como ha defendido con éxito en nuestra patria el profesor DE CASTRO, *La promesa de contrato*, sep. del "A. D. C.", Madrid, 1950, y recoge en la misma dirección actualmente Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 205 ss.

(32) DEGENKOLB, *Zur Lehre vom Vorvertrag* (en honor del profesor Fritz, de la Universidad de Freiburg i. Br.) y *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, ambos escritos publicados en "Archiv. für die civ. Praxis", 71, 1887, págs. 1-92. El mérito fundamental de DEGENKOLB es haber construido sobre bases firmes y autónomas para siempre la doctrina del contrato preparatorio, darle una configuración como fenómeno contractual en sí perfecto. Sobre todo, como ha evidenciado ALABISIO, sacó la figura de su confusionismo con los tratos preliminares tal como se encontraba en el Derecho común (*Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1966, pág. 11).

(33) Prototípica en tal sentido la obra reciente de G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1970, págs. 11 ss.

Por ello, es claro que la promesa de contrato crea inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, del que nace la peculiar facultad de uno o ambos interesados de poner en funcionamiento el contrato proyectado (34). En definitiva, no acontece otra cosa que una dilación de efectos contractuales, por cuanto la eficacia del contrato definitivo se origina progresivamente a través del contrato preliminar (35). Mientras en la etapa *in contrahendo* se sientan las bases para la formación del consentimiento, con el contrato preliminar hay ya, como señala DE CASTRO, un convenio por el que las partes crean en favor de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato proyectado (36). Estamos, pues, ante una figura contractual de índole preparatoria, mientras que cuando se «trata» o se «ofrece» únicamente se pretende colocar los fundamentos o comprometerse en firme para llegar a la conclusión del contrato. Por lo demás, del incumplimiento de la relación precontractual surge únicamente —y si se dan determinados condicionamientos que después veremos— una obligación de indemnizar. De la promesa de contrato —y en ello están de acuerdo la doctrina más moderna (37) y la jurisprudencia (38)— nace la obligación de tener que cumplir lo pactado, se impone el cumplimiento forzoso. Y, por tanto, las partes están facultadas para exigir la puesta en práctica del contrato definitivo.

(34) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 209.

(35) Así MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., págs. 522 ss. El autor distingue netamente etapa precontractual de contrato preliminar: el contrato preliminar puede también ir precedido de negociaciones previas. Estas no sólo pueden preparar un contrato definitivo, sino también una promesa de contrato. Además, mientras el contrato preliminar es un auténtico contrato, las negociaciones son una base contractual previa que permanecen fuera del contrato. A diferencia del precontrato, las negociaciones no obligan o vinculan a la conclusión del contrato. Puede desistirse de ellas (cfr. sobre el particular páginas 583-584).

(36) DE CASTRO, *La promesa de contrato*, cit., pág. 42.

(37) Así, fundamentalmente, ROCA SASTRE, *Contrato de promesa*, en “Estudios de Derecho privado”, I, 1948, págs. 347-348; DE CASTRO, *La promesa de contrato*, cit., págs. 54 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, cit., págs. 322-323; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 215-216.

(38) Abunda la jurisprudencia que admite siempre que sea posible el cumplimiento forzoso en forma específica, con referencia concreta al artículo 1.451 para la promesa de venta: así sentencias de 1 de julio de 1950, 21 de diciembre de 1955, 18 de diciembre de 1962, 26 de marzo de 1965, entre otras. Las dificultades para extender la doctrina aplicable a la promesa de venta a otros supuestos de promesa de contrato, para exigir la ejecución del contrato definitivo, pueden solventarse considerando que los precontratantes intentan llevar a efecto un negocio complejo de formación progresiva. Sólo con la realización del contrato definitivo se cierra el *iter* negocial. Por lo demás, como señala Santos BRIZ, la interpretación de la voluntad de las partes puede conducir también a una justa delimitación de los efectos del precontrato (*La contratación privada*, cit., pág. 116).

## III

## NEGOCIOS «MORTIS CAUSA», NEGOCIOS FAMILIARES Y RELACION PRECONTRACTUAL. PROMESA DE MATRIMONIO Y NEGOCIACIONES PRELIMINARES

Pacíficamente se admite que no es posible hablar de relación precontractual en los negocios *mortis causa* y familiares. Las negociaciones preliminares, como recuerda BENATTI, significan contraste u oposición de intereses privados, implican tensión hacia el logro de posiciones de ventaja. El ordenamiento jurídico se da cuenta de este contraste y trata de hallar una armonización imponiendo el deber de lealtad y corrección (39). Tal contraste no se da en el ámbito del Derecho sucesorio, donde falta un contrainterés en sentido técnico a la declaración de voluntad y se echa de menos aquel conflicto de intereses entre declarante y posibles destinatarios de las atribuciones patrimoniales por vía sucesoria (40). El testamento, como típico negocio hereditario, no admite, lógicamente, discusiones, tanteos, oferta en firme, etc. Todos los aspectos de la etapa *in contrahendo* repugnan fuertemente contra el acto jurídico testamentario. Incluso no es viable el juego de la buena fe como comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, a la vez, exigencia imprescindible de conducta en las vinculaciones donde la pugna de intereses es manifiesta.

Mayores problemas suscita la posibilidad de que determinados negocios familiares, aun sin ser contratos, puedan ser precedidos de negociaciones preliminares cuya ruptura o comportamiento opuesto a la *bona fides* genere la obligación de indemnizar. El supuesto podría plantearse, por ejemplo, para el matrimonio cuando uno de los contrayentes supiera de alguna causa de nulidad antes de su celebración y no la pusiera en conocimiento del otro. Para tal situación el Código italiano vigente contiene la norma del artículo 139: «*Il coniuge il quale, conoscendo prima della celebrazione una causa di nullità del matrimonio, l'abbia lasciata ignorare all'altro, è punito, se il matrimonio è annullato, con l'ammenda da lire mille a lire cinquemila. L'altro coniuge ha diritto a una congrua indennità, anche se non dà la prova specifica del danno sofferto.*» Por supuesto que estamos de acuerdo con BENATTI cuando niega que en este precepto se configure un supuesto típico de responsabilidad precontractual, sobre todo si tenemos en cuenta que es más que dudosa la naturaleza contractual del matrimonio. En efecto, como el autor citado reconoce, las reglas dictadas para la invalidez del ma-

(39) F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963, página 30.

(40) Cfr. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, "Enciclopedia del Diritto", IV, 1959, pág. 235.

rimonio atienden, fundamentalmente, a intereses públicos o colectivos (interés de la familia como grupo social). De donde se infiere que el deber impuesto por el artículo 139, al tener como finalidad impedir la celebración de un matrimonio nulo, se encamina a tutelar exigencias superiores a las individuales de los cónyuges. De ahí su no inclusión entre los deberes de comportarse lealmente y de acuerdo con la buena fe, cuya función se agota en la realización de intereses meramente privados (41).

Ahora bien: si hablamos de una responsabilidad prenegocial —y no meramente precontractual—, no hay duda que en la preparación del matrimonio los contrayentes están obligados a comportarse con lealtad y buena fe. Aparte de que se viole el interés superior familiar, no cabe duda que los cónyuges, como protagonistas del negocio jurídico matrimonial, están interesados en la plena validez del vínculo. La nulidad, como imperfección radical o constitutiva de la conclusión del negocio matrimonial, puede afectar a cualquiera de los presupuestos y elementos necesarios para la válida conclusión del matrimonio: capacidad, consentimiento y forma (42). Creemos que si un cónyuge conoce o puede conocer las causas de invalidez matrimonial —impotencia, profesión religiosa, impedimento de ligamen, condena por adulterio, etc. (art. 101 en relación con los arts. 83 y 84 del C. c.)— y no las pone en conocimiento del otro, incurre en violación de la relación prenegocial. Si defrauda conscientemente los intereses morales y la legítima confianza del otro cónyuge, ocultando alguna causa de invalidez, surgiría una pretensión indemnizatoria a cargo del contrayente engañado. Es un supuesto típico en el que se pondría de manifiesto la violación del esquema prenegocial como relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*). Lo difícil sería valorar la entidad del daño producido, pero en todo caso nunca sirven aquí las reglas generales. El juez tendría que determinar *in concreto* la cantidad según ese *standard* ideal señalado por el Código italiano vigente: la *congrua indennità* o adecuada indemnización. Entrarían en juego no tanto intereses económicos como el problema siempre debatido de la reparación del daño moral.

No cabe duda que las capitulaciones matrimoniales, como «pactos que celebran los futuros cónyuges, entre sí o con terceros, en vista del futuro matrimonio y para hacer y recibir aportaciones o determinar el régimen conyugal de bienes» (43), van con suma frecuencia precedidas de negociaciones preliminares. Por su propia naturaleza, e incluso por razón de su inalterabilidad después de celebrado el matrimonio (artículo 1320 del C. c.), es normal que se converse, proyecte y se ofrezcan avances de lo que podrá después plasmarse en capítulos. Digamos, in-

(41) F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 31.

(42) En tal sentido LACRUZ, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 112.

(43) LACRUZ, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, cit., páginas 272.

cluso, que las negociaciones previas son la regla general para prepararse a la confección del *instrumentum* nupcial. Incluso puede ser frecuente que tales negociaciones preliminares se hagan en borradores o por escrito, hasta que cobren forma comercial definitiva y se sustancien *sine qua non* en escritura pública (requisito esencial, según el art. 1321 del Código civil). ¿Qué valor tienen tales tratos precursores de los capítulos matrimoniales? ¿Genera la obligación de indemnizar su ruptura injustificada? Creemos que su valor es puramente interpretativo si llegan a fraguar en capítulos, y su interrupción, aun de mala fe, en ningún caso engendra indemnización en favor de quien se crea lesionado por la confianza depositada. No puede olvidarse que se trata de un régimen convencional para disciplinar el *status* económico-matrimonial (el artículo 1315 del C. c. dice que «los que se unan en matrimonio *podrán* —no, «deberán»— otorgar sus capitulaciones...»). Si las negociaciones preliminares no plasman en capitulaciones matrimoniales, lo más que puede suceder —y no es poco— es la entrada en vigor del régimen supletorio normal de la sociedad legal de gananciales (artículo 1315, ap. 2.º). Por lo demás, debe advertirse que si el artículo 1326 del Código civil determina que «todo lo que se estipule en las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse» (44), a mayor abundamiento diremos que todo lo que se proyecte o negocie con vistas a preparar las capitulaciones, perderá toda eficacia si no se transforma en contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.

Finalmente, se ha pensado por un importante sector doctrinal que la promesa de matrimonio es un momento precontractual que, con relación a las futuras nupcias, podría considerarse como etapa *in contrahendo* o fase de negociaciones preliminares. En consecuencia, el promitente que sin justa causa rehúsa contraer matrimonio defraudaría la confianza de la otra parte, lesionaría la buena fe en el *iter* preparatorio del negocio matrimonial y se obligaría por razones de culpa precontractual a indemnizar al novio inocente los gastos hechos por causa del matrimonio proyectado (45). En la debatida naturaleza de los esponsa-

(44) Se señala que para la «estipulación capitular» el matrimonio no es simple *conditio iuris*, sino que crea el propio objeto del contrato sobre bienes. Por eso las estipulaciones capitulares siguen las vicisitudes del matrimonio y su validez o nulidad depende de la validez o nulidad de éste (así LA-CRUZ, *Derecho de Familia*, cit., págs. 277, a quien sigue PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, IV-I. *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Bosch, Barcelona, 1967, págs. 397).

(45) La tesis que configura la promesa de matrimonio como relación precontractual encontró defensores ya en COVIELLO (L.), voz *Contratto preliminare*, «Enciclopedia giuridica it.», III, 3,2, págs. 116 ss., y en R. DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, II, *Sources des Obligations*, París, 1923, página 55. Pero cobra especial relieve en sectores de la doctrina italiana, fundamentalmente en FERRARA SANTAMARÍA, *La promessa di matrimonio*, Napoli, 1940, páginas 27 ss.; 90 ss.; NOVARA, *La promessa di matrimonio*, Génova, 1950, pá-

les, no deja de ser curiosa esta postura que los convierte en simples tratos preliminares al matrimonio. Se arguye en favor de esta tesis (46) que los esponsales no pueden considerarse institución autónoma, sino que, por su conexión con el matrimonio del que constituyen lógico y natural presupuesto, deben encuadrarse en este más amplio fenómeno. Por lo que la etapa de prometidos no se diferencia, desde el punto de vista jurídico, de las negociaciones precontractuales, y así, del mismo modo que éstas no pueden interrumpirse cuando adquieren seriedad y engendran una razonable confianza, tampoco puede incumplirse la promesa matrimonial sin incurrir en responsabilidad (47). En tal caso, algún sector de la doctrina italiana piensa que la ruptura injustificada de los esponsales debe encuadrarse en el precepto general del artículo 1337, conforme al cual, «*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*» (48).

Esta doctrina, identificadora de la promesa de matrimonio con las negociaciones precontractuales, ha sido objeto de crítica (49): no pa-

---

ginas 35 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1951, pág. 205; 2.<sup>a</sup> ed. 1966, págs. 394 ss., esp. 397-398. Aquella tesis de la doctrina alemana que vio en la promesa de matrimonio (*Verlöbniß*) un hecho de la vida social, si se quiere, un simple pacto o relación que en ningún caso supondría declaración de voluntad negocial, en cierto modo estaría próxima a la equiparación de los esponsales con la relación precontractual. Sobre esta doctrina, conocida con la denominación *Tatsächlichkeitstheorie*, vid. últimamente notables consideraciones en H. DÖLLE, *Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit Rechtsvergleichenden Hinweisen*, I, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1964, págs. 62 ss.; y G. BEITZKE, *Familienrecht*, 15 ed., Verlag C. H. Beck München, 1970, págs. 19 ss.

(46) Quizá quien mejor la haya defendido sea G. NOVARA, *La promessa di matrimonio*, cit., págs. 35 ss., quien, ante todo, pretende extender a la promesa de matrimonio la normativa que para *le trattative* impone el artículo 1.337 del Código civil italiano. Aun cuando el autor reconoce que dicha norma está pensando en los contratos, no duda en aplicarla igualmente en la preparación del matrimonio: "Todas las reglas —señala— dictadas para los contratos pueden aplicarse fuera del ámbito rigurosamente contractual; y son válidas, incluso respecto de los negocios de naturaleza personal, todas las disposiciones que, como la del artículo 1.337, no hacen relación directa al contenido patrimonial del contrato" (*op. ult. cit.*, pág. 38, n. 1).

(47) NOVARA, *op. ult. cit.*, págs. 52 ss.

(48) Opina DE CUPIS que, a pesar de ser controvertida la naturaleza contractual del matrimonio, debe pensarse que el concepto de daño *in contrahendo* es también aplicable, por extensión, al daño ocasionado en la formación de los negocios jurídicos diversos de los contratos. A través de la negativa a cumplir la promesa del matrimonio, se impide la perfección del negocio matrimonial. De ahí que parezca legítimo hablar de daño *in contrahendo* (*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., pág. 205; 2.<sup>a</sup> ed., I, 1966, página 397, donde se amplían y perfeccionan las razones invocadas en la primera edición).

(49) Interesante al respecto la que dirige ENRIETTI a la tesis de NOVARA. Aparte de otras consideraciones, es sabido que el núcleo esencial de la tesis de NOVARA se reduce a dos ecuaciones: promesa de matrimonio = negociaciones o tratos matrimoniales, y obligación de comportarse según la buena fe = obligación de no apartarse de los esponsales (tratos matrimoniales), si no

rece exacto poner en idéntico plano la obligación de indemnizar por ruptura injustificada de los esponsales y la que resulta de apartarse sin causa fundada de los tratos (50). Tal postura choca, además, con dos inconvenientes. En primer lugar, que mal puede hablarse de responsabilidad precontractual si el matrimonio no implica un *contrahere*, es decir, un comprometerse para originar obligaciones de índole patrimonial (51). Hoy se estima muy dudosa la naturaleza contractual del matrimonio. El segundo inconveniente deriva, como señala GARCÍA CANTERO, de que en nuestro ordenamiento no se regula expresamente ni la responsabilidad precontractual ni la derivada de la revocación de la oferta de contrato (52).

El problema, con todo, no es pacífico. Una adecuada configuración positiva de la responsabilidad precontractual en nuestro Derecho, de *iure condendo*, podría hacernos pensar en la posibilidad de subsumir la obligación de indemnizar del artículo 44 del Código civil en el régimen de la que denominamos *relación jurídica precontractual*. No sólo en los contratos, sino con respecto a otros negocios bilaterales, pueden existir conversaciones previas, tratos o contactos preliminares. Es posible que una parte vea defraudada su confianza y experimente daños en su patrimonio ocasionados por una actuación dolosa. Lo que plantearía el problema de su compensación o reembolso, y, en consecuencia, el de la correspondiente responsabilidad. Pensando en ello, se podría hablar, tal vez, de una *relación jurídica prenegocial*.

Creemos que, en el caso de los esponsales, no hay inconveniente en estimar que estamos ante una actividad preparatoria del matrimonio. No son otra cosa que negociaciones preliminares con la finalidad de llegar a la celebración nupcial. No presentan autonomía estructural ni funcional como para constituir una promesa de contrato, pero tampoco

---

es por justa causa. Pues bien: ENRIETTI observa, en primer término, que casi nadie admite la existencia de una obligación de persistir y no apartarse de los tratos, ni siquiera en los precontractuales. Las partes pueden desistir de las negociaciones en cualquier momento. Como se sabe, no son vinculantes. Con mayor razón debe siempre admitirse la retirada de los esponsales, dada la naturaleza especial del matrimonio. En segundo lugar, ENRIETTI se pregunta: ¿en qué puede consistir esta obligación de persistir en las negociaciones matrimoniales, propugnada por Novara, sino en llevarlas a feliz término, o sea, en abocar a la celebración del matrimonio? Mal se concilia esta opinión con el artículo 79 del *Codice civile*: "La promessa di matrimonio non obbliga a contrario" (ENRIETTI, *Osservazioni critiche su di una recente costruzione degli sponsali*, "Riv. trim. Dir. e proc. civile", 6, 1952, págs. 672 ss., esp. 675 ss.).

(50) Objeciones a esta doctrina en BENATTI, *La responsabilità precontractuale*, cit., pág. 33.

(51) Obstáculo que ya ve el propio FERRARA SANTAMARÍA, *La promessa di matrimonio*, cit., pág. 58.

(52) GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, C. S. I. C., Roma-Madrid, 1959, pág. 67.

pueden considerarse negocio jurídico del Derecho de familia (53). Los esponsales, aunque reúnan los requisitos exigidos por el artículo 44 del Código civil —documentación o proclamas—, no tienen razón de ser si no es en conexión con el matrimonio proyectado, y en el que a menudo desembocan. La idea del negocio jurídico, como declaración de voluntad tendente a conseguir un resultado digno de tutelarse por el Derecho (54), supone un precepto de autonomía privada (55), con sustantividad suficiente como para originar consecuencias jurídicas. Lo que no sucede con la promesa de matrimonio, donde las declaraciones de voluntad de los prometidos sólo *preparan* un negocio jurídico (el matrimonio) y no producen la consecuencia práctica —*fine pratico tutelato* (56)— inherente a la noción de negocio jurídico. Precisamente porque los novios que se prometen en matrimonio son libres de apartarse del *iter* preparatorio del vínculo matrimonial, desde el momento en que, mediante los esponsales, se limitan a programarlo, diseñarlo y, en todo caso, sentar las bases para su celebración. No origina la promesa matrimonial un *iurus vinculum*, ni la consecuencia lógica *hic et nunc* conexa al ejercicio de la autonomía privada: obligatoriedad de celebrar el matrimonio o incurrir, de no hacerlo, en la subsiguiente responsabilidad. La autorregulación de intereses ligada al precepto volitivo —concluir el matrimonio— puede en cualquier momento destruirse por un acto legítimo o ilegítimo (según haya o no justa causa). Sólo nace una obligación de reembolso por los gastos hechos en base al matrimonio proyectado y que sin razón suficiente no llegó a celebrarse (art. 44 del C. c.). Obligación que no surge como consecuencia de las voluntades promitentes, sino para compensar la irrealizabilidad del fin perseguido (el matrimonio) por motivos imputables a una de las partes. En suma, debe pensarse que la promesa de matrimonio instaura tan sólo una *relación jurídica prenegocial* en función directa con el matrimonio programado, y cuyo quebrantamiento lesionaría la buena fe *in contrahendo*. La actuación contra la buena fe implica deslealtad o falta de mutua fidelidad entre los prometidos, violación de alguna de las obligaciones sociales que integran el noviazgo (57). Por lo que pensamos que la obligación de indemnizar del artículo 44 del Código civil tiene

---

(53) Así, sobre todo, GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, cit., pág. 62.

(54) DE CASTRO, *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 34.

(55) Considerada la autonomía privada como *Anerkennung der «Selbstherrlichkeit» des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse* (W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín-Heidelberg-New York, 1965, página 6).

(56) Según expresión auténtica de CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Morano Edit., pág. 54.

(57) Tal violación motivaría una justa ruptura de la promesa de matrimonio, según señala con acierto GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil...*, cit., págs. 56-58.

*naturaleza precontractual*, su génesis está en la violación de la buena fe *in contrahendo* y su razón de ser en el *iter* preparatorio o formativo del negocio jurídico matrimonial (58).

#### IV

#### CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE NEGOCIACIONES PRELIMINARES. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y DONACION

En el ámbito de los principios y en la esfera fecunda de la praxis resulta evidente que todos los negocios jurídicos *inter vivos* de contenido patrimonial son susceptibles de negociaciones preliminares. Con razón puede decirse que en nuestros días la exigencia de una etapa preparatoria se hace sentir con mayor perentoriedad, pues que el tráfico jurídico se caracteriza por el número cada vez más creciente de negocios de extrema complejidad (constitución y transferencia de grandes empresas, concertación de empréstitos, construcción de ingentes obras, etcétera), cuya gestación se realiza a expensas de notables esfuerzos y después de un sinnúmero de preparativos (59). Es, pues, característica acusada de nuestra época la necesidad impuesta por la compleja economía moderna de que los negocios jurídicos vayan precedidos de una formación lenta y gravosa. Comportan intereses relevantes y ponen en movimiento innumerables bienes cuyo desplazamiento es menester regular sin precipitaciones, meditadamente. Por eso, cualquier acto jurídico que implique movilización de valores patrimoniales suele estar precedido, a menudo, de etapa formativa. Debemos excluir en todo caso, como hace BENATTI, aquellos negocios jurídicos privados de ca-

(58) Piensa LACRUZ que en ninguno de los supuestos típicos de culpa *in contrahendo* —ocultación culposa de una causa de invalidez del contrato, y revocación de propuesta cuando llega a conocimiento del aceptante— cabe incluir la ruptura de esponsales (*Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 50, núm. 9: cfr. razones convincentes que allí da). Pero ello supone estrechar el ámbito de la responsabilidad precontractual. Siempre que de algún modo se viole la lealtad recíproca en el *iter* preparatorio del matrimonio, defraudando la confianza de uno de los prometidos, se incurre en culpa *in contrahendo*. Porque toda ruptura injustificada (v. gr.: alegar infidelidad que no ha existido, deficiencia pasajera y corregible de salud, discusiones sin entidad suficiente para un desistimiento definitivo, etc.) supone quebrantamiento de la relación de confianza, esencial a las negociaciones preliminares (por todos vid. HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr*, cit., pág. 138) y particularmente a las que preceden al matrimonio. No parece adecuado reducir los esquemas de la culpa *in contrahendo* a los dos señalados por LACRUZ y que se hicieron típicos a partir de IHERING. Doctrina y jurisprudencia extranjera prevén gran número de supuestos, como puede verse ya en la conocida obra de A. HILSENRAD (*Las Obligaciones precontractuales*, trad. esp. por F. Menéndez Pidal, Madrid s. f.).

(59) R. H. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Rosario, 1957, pág. 19.

rácter recepticio (60), pues que al faltar un destinatario de la declaración de voluntad no se provoca modificación económico-jurídica en la esfera concreta de un interesado. De ahí que tampoco surja, en sentido técnico, ese *contacto social*, sustrato básico de la relación precontractual. La tensión de intereses por el logro de posiciones de ventaja patrimonial no existe en determinados negocios, v. gr., del Derecho de familia, o en aquellos que implican ejercicio de un derecho subjetivo sin repercusión individual en la esfera jurídica de otro. En un orden concreto, es evidente que la relación *in contrahendo* se produce, fundamentalmente, en la preparación de los contratos, específicos negocios jurídicos bilaterales caracterizados por incidir sobre relaciones jurídicas de índole patrimonial (61). Y no cabe duda que son los contratos onerosos, como figuras que envuelven una proporcionalidad de atribuciones, donde el proceso de las negociaciones preliminares funciona por lo general. Proyectos, contactos, inversión de cantidades, adecuada programación y, en general, los actos constitutivos del *iter ad negotium* son típicos de aquellos contratos, como la compraventa, el arrendamiento en todas sus manifestaciones, la sociedad, etc., en los que cada parte busca el máximo beneficio y desea hacer menos gravosas sus adquisiciones. Es, por tanto, el contrato oneroso el que, *per se*, exige preparativos, discusiones y a menudo una lenta y difícil etapa formativa. Lógico si pensamos que su esencia está valorada en términos de sacrificio para cada obligado, pero a la vez con la compensación que le proporcione la atribución correlativa. La búsqueda de un equilibrio prestacional es meta a lograr en la onerosidad objetivamente perfecta, pues que nadie quiere ser víctima de las defraudaciones y falacias del contrario. Onerosidad, como recuerda PINO, supone buscar el máximo equilibrio entre las prestaciones, proporcionalidad entre ventaja y sacrificio (62). Y ello presupone, normalmente, luchas y tensiones, concesiones y valoración de las propias posibilidades; en definitiva, un período previo de maduración conexo a un ejercicio reflexivo y meditado de la autonomía privada.

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

(60) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 23.

(61) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 89.

(62) A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, Cedam, 1952, págs. 32 ss., esp. 39 ss.

monial sin obtener ventaja alguna en compensación. Presupone este dar sin recibir nada a cambio un espíritu de liberalidad, en todo caso, un sentimiento generoso y altruista (afecto, reconocimiento de méritos, gratitud, etc.) que parece chocar con las tensiones y la búsqueda de lucro, factores implicados en el *iter ad contractum*. El hecho de atribuir ventajas sin corresponsividad, propio de todo negocio gratuito, genera espontaneidad, no reflexión compartida y dialogada; supone proporcionar beneficios a alguien, actitud que en sí misma no vale discutir, negociar o programar.

Hay un tipo de responsabilidad precontractual que nace cuando las negociaciones preliminares no llegan a feliz término porque una parte las interrumpe sin justificación, o porque las prolonga innecesariamente o, de cualquier modo, defrauda la confianza de la contraria, siempre con el propósito de no celebrar el contrato proyectado. Aparte de que con harta frecuencia la parte interesada en la conclusión del negocio hace inversiones, gastos importantes, confiado en las ventajas que le irrogará el contrato, y que nunca llegarán por vía negocial a encontrar adecuada compensación (63). Se traiciona entonces la buena fe como

---

(63) Los ejemplos que pueden aducirse presentan variadas matizaciones; v. gr.: 1. Las partes han tratado sobre la venta de una finca urbana y por cuya adquisición el posible comprador manifestó un interés especial. Este, para asegurarse de la bondad intrínseca de los materiales, hizo desplazamientos, contrató los servicios de peritos, invirtió horas de trabajo, etc. El enajenante rompe arbitrariamente las negociaciones y celebra el contrato con un tercero, de quien dice ser más amigo. 2. Sin propósito de contratar, y sólo con el deseo de obtener datos que le ayuden a realizar una operación económica más ventajosa, A mantiene conversaciones con B y proyectan la celebración de un contrato. B, por lealtad a las negociaciones sostenidas con A, desaprovecha la ocasión que se le brinda de contratar con C para adquirir idéntica mercancía en óptimas condiciones de precio y celeridad. A desiste de tratar con B, pero éste ya no puede negociar con C, que vendió sus mercancías a otra persona. 3. A mantiene con B una negociación para encargarse de la distribución en España de un nuevo producto fabricado por éste, aunque en realidad no tiene ningún propósito de celebrar tal contrato, sino que busca que C, de quien es cómplice, gane tiempo y lance antes al mercado un producto concurrente, como efectivamente sucede (expuesto por Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 190). 4. A, dueño de una finca, tiene informes de que el industrial B quiere establecer su empresa en la finca de C, limítrofe con la suya, pero mejor emplazada. Se pone de acuerdo con D, quien inicia unas conversaciones con C para comprar. B, entretanto, cansado de esperar, compra la finca de A (ejemplo prototípico aducido también por Díez-PICAZO, *op. y loc. ult. cit.*). 5. A, empresario, desea contratar un técnico especializado, B. Mientras está en negociaciones, éste se entera de datos relativos a métodos de producción, organización de personal, etc., que conviene mantener secretos, y que, sin embargo, difunde, en detrimento de la empresa. No contento con eso, B contrata sus servicios con la empresa C, que se dedica a la misma actividad económica. 6. A, que desea comprar las mercancías que le ofrece B, pide a éste su envío para examinarlas antes de decidirse a adquirirlas. A actúa negligentemente en la custodia de las mismas y sufren un deterioro considerable, mientras devuelve el resto, expresando su deseo de no adquirirlas. B, mientras tanto, ha perdido la ocasión de venderlas inmediatamente a C, quien tuvo que concluir el contrato con D. 7. ALBALADEJO nos

principio superior que preside la lealtad recíproca de quienes entran en relaciones sociales para llegar a una vinculación jurídica (64).

Esta forma de responsabilidad *in contrahendo* supone violación de la confianza depositada a lo largo de un período preparatorio (*iter ad contractum*). Y se da, normalmente, en aquellas figuras negociales que se caracterizan por ofrecer una fórmula conciliatoria al debate de intereses que tiene lugar entre los contratantes. Así, en los contratos onerosos, como antes expusimos. Pero hay otro tipo de responsabilidad precontractual que tiene lugar aun sin negociaciones previas, y que puede existir tanto en figuras contractuales onerosas como en las de mera liberalidad. Las partes contratantes están obligadas a comportarse lealmente en la fase antecontractual. Pero a menudo una parte defrauda las legítimas expectativas de la otra no sólo a través de una conducta expresa y manifestada durante esa relación social creada por las negociaciones preliminares, sino también mediante una *conducta tácita* que tiene su expresión en el momento de contratar. En la relación precontractual, determinadas actitudes de una parte, actos lesivos de la confianza ajena constituyen esa conducta implícita o tácita de la que dimana también una culpa *in contrahendo*. Supuestos en que una parte conociendo o pudiendo conocer la existencia de una causa de invalidez contractual, no lo notifica a la contraria; o sabiendo que el objeto del contrato ha perecido, concluye el negocio; o que la celebración del contrato le puede irrogar un perjuicio y, sin embargo, lo concluye en detrimento del destinatario, etc.

El problema de la responsabilidad por violación de la buena fe en la formación inmediata del contrato puede presentarse, sin duda, en la

---

ofrece el siguiente ejemplo: A entra en tratos con B, tratos que luego rompe, haciendo gastar a éste, sin fruto, dinero en viajes y estudios técnicos, pues está dispuesto a comprarle un chalet por un precio ridículo con arreglo al corriente del mercado; precio que, de haber sido hecho saber inicialmente a B, hubiera decidido a éste a no tratar ni hacer gastos (*Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones*, cit., pág. 272, n. 20). 8. A desea arrendar una vivienda y entra en negociaciones con B, amigo íntimo suyo que manifestó su deseo de arrendarla y a quien A prefiere darla en locación no sólo por merecerle garantía a los efectos del pago de la renta, sino porque de las conversaciones mantenidas ha deducido que B hará mejoras notables en el inmueble. A, mientras tanto se decide B, ha rechazado a otros posibles inquilinos, entre ellos a uno que le ofreció más dinero en concepto de alquiler. Pero B sigue buscando un piso más próximo a su lugar de trabajo, y cuando C se lo ofrece en tal situación, celebra el contrato con éste. Ha transcurrido un mes sin que B ponga en conocimiento de A el hecho de haber alquilado el piso propiedad de C. A, defraudado en la confianza que depositó en su amigo, ha perdido un mes de renta y la oportunidad de contratar con mejores aceptantes.

Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el infinito. Bastan estos supuestos para darse cuenta de algunas causas generatrices de responsabilidad precontractual.

(64) Así CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 474.

donación. No es concebible que el acto donacional vaya precedido de negociaciones preliminares, incompatibles con la manifestación espontánea y personal de beneficiar al donatario (65), con la función de liberalidad que se traduce no sólo en el *animus donandi*, sino en la conexión esencial enriquecimiento del donatario-empobrecimiento del donante (66). Elementos que revelan espontaneidad y propósito de favorecer, aspectos que no admiten negociación ni diálogo. Por lo que no es posible hablar de ruptura injustificada de negociaciones, revocación con mala fe de la oferta, prolongación innecesaria de tratos preliminares, pero sí, en cambio, de otras posibles formas de responsabilidad *in contrahendo* por comportamiento doloso del donante o lesivo para los intereses del donatario. Así el § 523 del B. G. B. determina que si el donante oculta dolosamente un vicio en el derecho, está obligado a indemnizar al donatario el daño causado por esto. En este orden de ideas, el § 524 estatuye que si el donante oculta dolosamente una falta de la cosa donada, está obligado a indemnizar al donatario el daño causado por esto. Es una responsabilidad por los vicios del derecho en sí (*Haftung für Rechtsmängel*: § 523) o de la cosa (*Haftung für Sachmängel*: § 524) (67).

Este tipo de responsabilidad *in contrahendo*, posible en el negocio típico de liberalidad (la donación) es, en realidad, consecuencia de vul-

(65) G. BALBI, *La donazione* (del Trattato di Diritto civile diretto da Grosso e Santoro-Passarelli), Vallardi, Milano, 1964, págs. 5-6.

(66) Cuando Savigny, como recuerda GULLÓN BALLESTEROS, centró la esencia de la donación en el empobrecimiento del patrimonio del donante y el correlativo enriquecimiento del donatario (cfr. *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1968, páginas 69-70), se limitó en realidad a señalar unos caracteres perfectamente configurados ya en época de Ulpiano y que se preparan lentamente en función de la *Lex Cincia* del año 204 a. de C., vigente durante toda la época clásica. En tal sentido, es elocuente aquel texto en el que la *donatio sepulturae causa* no constituye propiamente donación por faltar los elementos correlativos, empobrecimiento-enriquecimiento: *definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiore* (D. 24, 1,5,8: Ulp. 32 *ad Sab.*), y, sin embargo, se le da tal nombre a los efectos de permitirse entre cónyuges (vid. B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, traducción esp. por M. Fairén, Bosch, Barcelona, 1960, págs. 649 ss., esp., páginas 690 ss.).

(67) LARENZ pone de relieve que sólo procede la indemnización de los daños ocasionados por violar la confianza del donatario en la adquisición de su derecho, no los propios del interés del cumplimiento: *Der zu ersetzende Schaden ist, wie auch sonst bei culpa in contrahendo, nicht das Erfüllungsinteresse, sondern lediglich der Schaden, den des Beschenkte dadurch erleidet, dass er auf den Erwerb des Rechtes vertraut, also z. B. Transportkosten, Aufwendungen für eine (nicht werterhöhende) Veränderung der geschenkten Sache (Schuldrecht. II. Besonderes Teil, 9.<sup>a</sup> ed., cit., pág. 123)*. Pero la violación de la confianza del donatario sólo se produce si el donante silencia *dolosa* o *maliciosamente* (*arglistig*) el vicio jurídico o el defecto de la cosa donada. No basta, según LARENZ, una negligencia grave (*grosse Fahrlässigkeit genügt nicht: op. ult. cit.*, pág. 124).

nerar esa relación de tráfico prenegocial a que alude MANIGK (68). Y tal situación es prohibida por los principios generales, pues, como se ha señalado, el solo hecho de ponerse en relación dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato, establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser lesionado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato (69). Diríamos que la defraudación de la confianza en el destinatario de la atribución patrimonial por la conducta dolosa del atribuyente en el momento en que se va a celebrar el negocio reviste especial gravedad en la donación. Evidente, pues que la función de liberalidad (*animus donandi*) y la espontaneidad motivada (cortesía, gratitud, cariño, etc.) se ven heridas de gravedad por la conducta maliciosa del donante. Negocio que tiene su raíz más honda en el afecto y magnanimidad humana, no halla su adecuada conformación y su plenitud funcional desde el momento en que su celebración está viciada por una conducta opuesta a la *bona fides*.

Dispone el artículo 248 del Código suizo de las Obligaciones que «*le donateur ne répond, envers le donataire, du dommage dérivant de la donation qu'en cas de dol ou de négligence grave*».

*Il n'est tenu que de la garantie promise pour la chose donnée ou la créance cédée*. PIOTET, comentando este precepto legal, pone de relieve que la responsabilidad precontractual inferida del mismo se concreta a tres aspectos: 1. *Culpa in contrahendo en relación de causalidad con el daño derivado de la donación*. Supuesto en que el donante entrega una cosa peligrosa que causa un daño al donatario. Situación que se ha producido con anterioridad a la perfección del negocio donacional y que engendra responsabilidad precontractual sólo en el caso de que el donante haya actuado dolosamente o con negligencia grave (culpa lata). 2. Responsabilidad *in contrahendo en orden a la garantía por vicios o por evicción*. Si el donante se comprometió a sanear, está obligado a hacerlo, y, como en el caso ordinario de la venta, puede admitirse el nacimiento de culpa *in contrahendo* (incumplimiento de un deber asumido antes de perfeccionarse la donación). 3. Otros supuestos de culpa *in contrahendo*, como son fundamentalmente aquellos que conducen inevitablemente a la formación de un contrato ineficaz (70).

Por lo demás, debe pensarse que el donante incurre en culpa *in contrahendo* siempre que se produzca lo que la técnica alemana denomina «*positive Vertragsverletzung*», o sea, una violación contractual que pue-

(68) MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlín, 1939, pág. 271.

(69) COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, "Edit. Rev. de Der. Privado", Madrid, 1955, pág. 273.

(70) P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, Berne, 1963, págs. 115 ss. A diferencia de los §§ 523 y 524 del B. G. B., que sólo prevén la responsabilidad *in contrahendo* del donante para cuando éste se comporte dolosamente, el art. 248 CO suizo considera también como causa de responsabilidad la *négligence grave*.

de consistir, v. gr., en entregar al donatario una cosa perjudicial (supuesto típico del animal donado que está enfermo y propaga su enfermedad a otros animales del donatario), saber que la prestación resultará imposible y ocultarlo al destinatario; o el caso en que el donante se propone entregar una cosa viciada que sabe de antemano no aceptará el donatario y, sin embargo, éste realiza gastos para ir a recogerla y transportarla a su domicilio. Mas es evidente que la relevancia de la responsabilidad *in contrahendo* por comportamiento del donante opuesto a la *bona fides* sólo puede dimanar de una actuación dolosa o gravemente culposa (*culpa lata dolo aequiparatur*) que antecede a la celebración del negocio (71). Normalmente consistirá en el silencio consciente de vicios o defectos del objeto donado que irroguen un perjuicio al donatario, bien en la cosa adquirida o en su patrimonio a consecuencia de la aceptación.

## V

### RELEVANCIA PRACTICA DEL ITER FORMATIVO DEL CONTRATO Y SUS REPERCUSIONES EN LA DISCIPLINA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La importancia práctica de la etapa precontractual y la necesidad, por ello, de una adecuada disciplina jurídica no puede ponerse en duda si tenemos en cuenta la complejidad del tráfico económico actual. Los acuerdos no se forman muchas veces entre presentes y los cambios se realizan a menudo entre países lejanos. Con frecuencia quien trata, antes de decidirse a conseguir la mercancía, expresa el deseo de examinarla y pide al oferente su envío para constatar personalmente su calidad y decidir si le conviene o no obligarse. Sobre todo, las negociaciones de la etapa precontractual suelen comportar dispendios y notables desembolsos, valores económicos de diversa índole que alguien debe soportar si no se concluye el negocio (72). Con frecuencia los contratos

(71) La culpa grave, como factor generatriz de la responsabilidad precontractual del donante, sólo puede explicarse para algún autor por el carácter cuasicontractual de tal responsabilidad (una exposición y crítica adecuada a la fundamentación cuasicontractual de la responsabilidad *in contrahendo* puede verse en PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., págs. 40-50). Explicación insatisfactoria, entre otras razones, por adolecer de la vacuidad y sentido arbitrario que presenta la doctrina de los cuasicontratos (para una crítica sería a esta doctrina, vid. recientemente Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 393-394).

(72) Es sabido que las negociaciones implican a menudo una pérdida considerable de horas de trabajo, dedicadas a preparar proyectos, entablar contactos con peritos, búsqueda de asesoramientos, viajes, mejoras a realizar en el objeto negociable, etc. Ante el valor inmenso del tiempo en nuestros días, cabe pensar que si una parte defrauda la confianza de la que ocupó muchas horas en preparar una operación negocial, ha lesionado intereses vitales y des-

se hallan afectados de anomalías que pueden incluso ocasionar su nulidad, anomalías que tienen su origen en la etapa *in contrahendo* y que originan el deber de resarcir. Su utilidad no puede reducirse a mera cuestión de discusiones o a la consideración de una pura relación social, sin repercusión jurídica. La relación precontractual es algo inherente al tráfico jurídico de nuestros días, a la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos y a la protección de quien confía fundadamente en la honorabilidad ajena.

Su valoración y relevancia jurídica deriva, pues, de tres factores primordiales: 1. De la forma como se gesta la contratación en nuestros días, precedida, por lo general, de dilatados períodos preparatorios en los que se proyecta, discute y se valoran todas las vías conducentes a la conclusión del futuro convenio. Como se ha señalado acertadamente, el progreso de la técnica, la gran extensión de los negocios y la complejidad cada vez más grande de los objetos materia del comercio jurídico hacen que aparezca, al lado del importante problema relativo a la ejecución de los contratos, el no menos trascendental problema referente a la preparación de los contratos (73).

2. De los gastos y desembolsos realizados frecuentemente en la etapa preparatoria. Ciertamente que el desistimiento, justificado o no, por sí solo no motiva responsabilidad. Pero sí la generan las actuaciones, hechos o circunstancias, a menudo muy costosas, que una parte concluye con las miras puestas en la conclusión del contrato: viajes, diseños, informes periciales, proposiciones rechazadas mientras se planeaba el negocio acariciado, etc., representan inversiones que son objeto de adecuada indemnización siempre que el «conjunto de la actuación de la parte que se retira de los tratos pueda ser considerada como acto ilícito» (74), es decir, lesiva para la buena fe exigible en las relaciones sociales. La complejidad del tráfico económico en nuestros días origina con más frecuencia que en otras épocas largas y costosas negociaciones preliminares: no se adquiere un chalet o una vivienda inmediatamente o se crea una sociedad sin discusiones, proyectos y desembolsos. Casi todos los contratos que implican una fuerte movilidad patrimonial se preparan con sacrificio y despliegue de cuantiosas sumas (75).

---

truido valores económicos que representan la inversión del tiempo en la preparación del contrato.

(73) A. HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, trad. esp. por F. Menéndez Pidal, cit., pág. 8.

(74) ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones. Parte General*, cit., pág. 272.

(75) En autores franceses que se ocuparon del tema a principios de siglo aparecen bien resaltadas las consecuencias prácticas que lleva en sí la responsabilidad *in contrahendo*: por ejemplo, R. SALEILLES, *Responsabilité précontractuelle*, cit., pág. 698; ROUBIER, *Etude sur la responsabilité précontractuelle*, tesis, Lyon, 1911.

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

Parece claro, en todo caso, que si bien el legislador ha previsto la ejecución de los contratos mediante una rica reglamentación, descuidó su fase preparatoria, sin duda, como se ha señalado, porque en la época codificadora del Derecho francés esta cuestión no había interesado a los jurisconsultos (76). Hoy parece ser otra la reacción de los ordenamientos modernos. Buena prueba es su consagración positiva en Códigos, como el italiano (arts. 1337 y 1338 del C. c. de 1942), el griego (artículo 198) y el portugués vigente (art. 227). En otros muchos se contienen normas que hacen responsables a quienes incurrn en *culpa in contrahendo* (§§ 122, 307 y 309 del B. G. B.; arts. 26 y 39, ap. 1.º, del Código suizo de las obligaciones; § 45 del Código checoslovaco). Las decisiones jurisprudenciales sobre el particular son abundantes en estos países, y en algunos, como Alemania, Italia y Francia, existe una copiosa bibliografía surgida después del conocido estudio de IHERING. Las doctrinas del Derecho inglés sobre la *misrepresentation* (77) o sobre

(76) A. HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, cit., pág. 8.

(77) La *misrepresentation* no es susceptible de una formulación general y uniforme. Reviste pluralidad de matizaciones. Pero aproximativamente puede considerarse como la falsa representación, por lo general debida a maniobras dolosas, que una parte contratante provoca en la otra con respecto a elementos esenciales del contrato o circunstancias relevantes del mismo que tiene lugar antes o al mismo tiempo de concluirlo. Cuando reviste carácter fraudulento, procederá la impugnación del contrato y la correspondiente indemnización de los perjuicios causados. Se ejercitará para tal fin la acción de dolo por el daño que se produjo (*tort of deceit*). Con frecuencia se traduce en una descripción de hechos (*representation of fact*) inexactos que provocan una adhesión en la contraparte, cuya descripción se hizo a sabiendas de su inexactitud (conducta dolosa) (para el problema bien reflejado vid. COSSÍO y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 354 ss.). R RUBINSTEIN aduce el ejemplo típico de quien lee un anuncio en el periódico ofreciendo la venta de un establecimiento por mil libras del que se dice que produce unos beneficios semanales, aproximadamente, de cien libras. Después de algunas cartas y una entrevista con el anunciante, pagamos las mil libras pedidas. Al cabo de algunos días observamos que los beneficios no son de cien libras a la semana; apenas llegan a cincuenta (*Iniciación al Derecho inglés*, trad. esp. por E. Jardí, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 128). Por supuesto que deben probarse varios extremos: existencia de falsa *representación*, actitud dolosa en el enajenante y dificultad

el *estoppel* (78) son exponente de la importancia que se ha otorgado a la responsabilidad derivada de quebrantar la confianza ajena y a la consiguiente necesidad de resarcir los daños ocasionados a quienes en la etapa precontractual fueron víctimas de fraude o engaño (79).

Su utilidad y la congruente perentoriedad de configurar adecuadamente su naturaleza jurídica «no puede reducirse a una mera cuestión de gusto» (80). Es una institución inmersa en el tráfico jurídico de nuestros días, en la necesidad cada vez mayor de exigir a los contratantes lealtad y honradez en las relaciones económicas y en la protección de quien confía fundadamente en la buena fe de los demás.

## VI

### LA BUENA FE IN CONTRAHENDO. ALCANCE Y CONTENIDO

Hemos puesto de relieve que la relación jurídica precontractual no sólo se tipifica por una serie de actos —conversaciones, tanteos, proyectos, peritajes, viajes, etc.— que integran el *iter* formativo del contrato proyectado (elemento objetivo). También se integra por un in-

---

máxima para detectar el fraude a pesar de emplear la debida diligencia. Pero, en todo caso, la *misrepresentation* viola la buena fe *in contrahendo*, ocasiona un daño que puede repararse mediante la correspondiente acción (*actionable tort*).

(78) El *estoppel* impide el *venire contra factum proprium*, se opone a que la persona repudie sus propios actos si otro contratante se acomodó a ellos para llegar a la prestación del consentimiento. Por lo demás, en el ámbito del mandato y la representación, el *estoppel* motiva responsabilidad por daños y perjuicios que una parte experimenta debido a una falta de comunicación en la actitud o conducta observada normalmente por la otra. “Si ponemos fin a nuestro mandato —señala RUBINSTEIN— debemos notificarlo a cuantas personas están en relaciones con nuestro antiguo apoderado, a fin de que quedemos exentos de toda responsabilidad que pueda derivarse de sus acciones posteriores” (*Iniciación al Derecho inglés*, cit., pág. 58). J. SALMOND nos da una visión del *Estoppel* muy clara, siguiendo el criterio de Blackburn: “*That, where one, by his words or conduct, wilfully causes another to believe in the existence of a certain state of things, and induces him to act on that belief, or to alter his own previous position, the former is precluded from averring against the latter a different state of things as existing at the same time... if, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would take the representation to be true, and believe that it was meant that he should act upon it, and did act upon it as true, the party making the representation would be equally precluded from contesting its truth...*” (J. SALMOND, *Principles of the Law of contracts*, London-Toronto-Sydney, 1945, pág. 74).

(79) Para el estudio detallado de estas instituciones, especialmente la *misrepresentation*, el *estoppel* y el *tort of deceit*, vid. fundamentalmente J. SALMOND, *Principles of the Law of contracts*, cit., págs. 74 ss., 231 ss.; POLLOCK, *Principles of contracts*, London, 1921, págs. 567 ss.; de valor primordial, la obra de CHITTY, *On contracts*, 21 ed., vol. I. *General Principles*, London, 1955.

grediente subjetivo impuesto por los principios rectores del ordenamiento jurídico. Precisamente la exigencia de que las partes que actúan *in contrahendo* se comporten conforme a los dictados de la buena fe. El primer elemento es inherente a esa «relación social» que forma el esqueleto de las negociaciones precontractuales, según recuerda TRIMARCHI (81). El segundo es el que vivifica el *iter ad contractum*, y cuya violación es causa directa de la llamada responsabilidad precontractual. Ambos se recogen como aspectos inescindibles en el artículo 1337 del Código civil italiano. ¿Qué significa la buena fe *in contrahendo*? Conviene precisar las observaciones que ya hicimos sobre el particular en páginas anteriores. HELDRICH señala que en la época clásica del Derecho romano se concibió la responsabilidad precontractual como responsabilidad *ex delicto* sancionada por la *actio doli*. Es en la época justinianeana cuando la *actio doli* extracontractual fue sustituida por la *actio bonae fidei* contractual a causa de una extensión del *iudicium bonae fidei* a la etapa preparatoria del contrato (82). Algún autor, como KUNKEL, piensa que ya la jurisprudencia clásica procedió a extender la *actio ex contractu* en los *iudicia bonae fidei* a quien hubiese sufrido un daño por conducta desleal en los tratos preliminares (83). En todo caso, parece evidente que los clásicos, si se trataba de una venta de *res extra commercium*, otorgaban protección al comprador de buena fe que hubiese pagado el precio mediante una serie de remedios: acción de enriquecimiento (*condictio*), expediente pretorio de la *actio in factum*, etcétera (84). Con lo que se pretendía tutelar su comportamiento leal *in contrahendo* procurando restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado al celebrarse una *emptio-venditio* con objeto de ilícito comercio. Ello parece probar que el requisito de la buena fe precontractual es algo exigible ya desde Roma con idéntica firmeza que en la relación contractual. Diríamos que la buena fe es una misma noción *in contrahendo* y *post contractum*. Nos lo recuerda MENGONI en un trabajo jugoso comentando el artículo 1337 del Código civil italiano (85). La buena fe, también aquí, reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social, leal-

(80) BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I, trad. esp. por De los Mozos, cit., pág. 91.

(81) TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958, pág. 9.

(82) HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, páginas 3 ss., 25 ss., 40 ss.

(83) Vid KUNKEL, Recensión al trabajo de HELDRICH, *Das Verschulden...*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung", XLVI, 1926, págs. 433 ss.

(84) Así parece inferirse de los pasajes: D. 11,7,8,1 (Ulpiano 24 *ad edictum*) y D. 18, 1,23 (Paulo 5 *ad Sabinum*). Importantes consideraciones sobre el particular en V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in Diritto romano*, I, Napoli, Giuffrè, 1952, pág. 132.

(85) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, "Riv. Dir. comm.", v. 54, I-II, 1956, págs. 361 ss.

tad y fidelidad a la palabra dada. Estado ético o de conducta exigido por el ordenamiento jurídico a través de los principios generales y consiste en que cada parte de la relación precontractual se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra. Fía y confía en que ésta no le engañará. Con razón se señala que la buena fe precontractual significa comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, al mismo tiempo, exigencia imprescindible en la conducta preparatoria del negocio. Las partes tienen la obligación de comportarse según la buena fe en el sentido de que a ellas incumbe la carga de una lealtad recíproca de conducta socialmente valorable y exigible. De la *bona fides*, como *standard* normativo, se excluyen los presupuestos psicológicos de las partes y, en concreto, toda referencia al error y a la ignorancia (86). COSSIO pone de relieve que la exigencia de la buena fe, como fuente de obligaciones y de límites impuestos a la conducta humana, debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, así como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie (87). Incluso no es exagerado afirmar que «las consecuencias conformes a la buena fe» a que obliga el contrato según el artículo 1258 del Código civil son extensibles, ante una *eadem ratio* que se ofrece evidente, aún con mayor intensidad a la etapa precontractual. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 1965: «Es precisamente en esta fase donde pueden darse con mayor frecuencia que en la postcontractual conductas que contradigan o falten a la buena fe.» La propia Sentencia, en un plano concreto, señala como situaciones opuestas a la misma: «Cuando con la finalidad de obtener un provecho se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella.»

A la buena fe, como lealtad recíproca de las partes que negocian, se opone frontalmente el dolo *in contrahendo*. Nos encontramos aquí, como recuerda COSSIO, con un propósito definido de fraude, ante un engaño que lesiona directamente el principio de la confianza (88). En un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas; los

---

(86) CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., página 474.

(87) COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 247.

(88) COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 271 ss. Al respecto nos recuerda el autor la doctrina de LABBE al señalar que *todo el que se pone en relación con otro para la formación de un contrato se compromete implícitamente a obrar lealmente en las conversaciones preliminares y en la ejecución*. Cuando el dolo se descubre, la otra parte, la parte engañada, queda autorizada a decir a su adversario: «Habéis violado el contrato, habéis faltado a la fe que debe reinar entre los hombres en las relaciones contractuales. No sólo he experimentado un daño, he padecido una falta de fe, es decir, una contravención a la ley del contrato.»

elementos, engaño, *fraus*, *falacia*, *machinatio*, como tipificadores del dolo y que nuestro Código civil recoge en el artículo 1269, son por sí mismos opuestos a la buena fe (*fides bona contraria est fraudi et dolo*, nos recuerda el pasaje de D. 17,2,3,3). El propósito de engañar al otro contratante viola directamente la buena fe, como principio ético jurídico constituyente del clima en el que se desenvuelve el tráfico negocial. De ahí que ya desde los comienzos de la época clásica del Derecho romano el comportamiento opuesto a la *bona fides in contrahendo* fue sancionado por la *actio doli* (89). El dolo civil, por su contenido delictual (90), supone la máxima incompatibilidad con los criterios rectores de la buena fe.

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

---

(89) En tal sentido, fundamentalmente, HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts*, cit., págs. 3 ss.; STEINBERG, *Die Haftung für culpa in contrahendo*, Bonn, 1930, pág. 13. Contra el vendedor culpable de dolo en una venta de locus sacer o religiosus, el comprador podía actuar con la *actio doli* (D. 18,1,62,1: *quod interfuit eius ne deciperetur*, dice Modestino): cfr. ALBERTARIO, *Corso di Diritto romano. Le obbligazioni*. Parte Generale, I, Milano, Giuffrè, 1936, pág. 212.

(90) Recientemente ha señalado Reynald OTTENHOF que el dolo civil exige «des manoeuvres, comparables à la machination du droit romain, c'est-à-dire un élément matériel positif (le délit d'omission n'étant pas réprimé à Rome). Le dol civil suppose l'intention de tromper son cocontractant, c'est-à-dire un élément moral: la volonté delictuelle de l'auteur, le dol civil, enfin, c'est constitué que s'il est socialement répréhensible, s'il constitue un dolus malus, survivance de la nécessité de l'élément injuste du délit». (*Le droit pénal et la formation du contrat civil*, Paris, L. D. G. J., 1970, pág. 44.)

## VII

## LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

## 1. NOCIÓN Y FUNDAMENTO

En términos sencillos y generales puede afirmarse que la responsabilidad precontractual es la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio. En un orden más concreto será la que dimana de vulnerar la *bona fides in contrahendo*. Responsabilidad que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las negociaciones preliminares. No parece admisible al criterio restrictivo de HILDEBRANDT, que configura la responsabilidad precontractual como «violación de un deber de declarar o comunicar» (*Erklärungsverletzung*) (91), o el excesivamente amplio que mantiene DÖLLE, al pensar que no sólo procede la indemnización del daño sufrido por la parte que confió en la validez del contrato, sino de todo daño irrogado a consecuencia de la infracción del deber de diligencia, de modo que ha de ser reintegrada al estado en que se hallaría si el otro contratante hubiese cumplido con su deber de tutela, aclaración y comunicación (92). Lo que supone dar a la responsabilidad precontractual una amplitud similar o idéntica a la contractual. Y esto no es admisible. Mientras las partes en el contrato están ligadas por las obligaciones dimanantes del negocio jurídico patrimonial, quienes se proponen contratar no están vinculados por ningún esquema prestacional. Entre ellas se ha instaurado una relación jurídica especial, *sui generis*, por cuya violación se responde sólo y por violar la buena fe prodrómica de la contractual (93). Ni a las partes se les puede exigir como si estuvieran ligadas por relaciones jurídicas obligatorias, ni sería conveniente hacerlo por su nocividad para el tráfico negocial. El alcance de la responsabilidad precontractual quedaría válidamente compendiado en estas palabras a propósito de la interpretación del artículo 1337 del Código civil italiano: «El daño injusto que una parte ha ocasionado a la otra durante la etapa preparatoria de un contrato es resarcible únicamente si el daño ha sido producido de mala fe» (94).

(91) HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*..., cit., págs. 31 ss.

(92) DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft", 1942, págs. 86 ss.

(93) Según el pensamiento de BETTI, acertadamente interpretado por De los Mozos en nota a la traducción de la obra de aquel autor, *Teoría general de las Obligaciones*, I, cit., pág. 88, n. correspondiente.

(94) MENGONI, *op. cit.*, "Riv. Dir. comm.", 1956, pág. 362. Piensa el autor, en presencia del artículo 1.337, que en tal norma se contempla una figura especial de hecho ilícito, donde la medida de la responsabilidad del autor no vendría dada por el canon *culpa-diligentia* que sanciona el artículo 2.043, sino

Ha sido muy debatido el *fundamento* de la responsabilidad precontractual. Es sabido que el autor que por vez primera intentó hallar una *ratio* adecuada a la obligación de resarcir los daños causados *in contrahendo* fue IHERING (95). Punto de partida del autor fue el examen de algunos pasajes de las Fuentes romanas en que se disciplinan los supuestos de enajenación de un *locus sacer* o *publicus*, o de una herencia inexistente sin que el vendedor comunique al adquirente que el bien se halla *extra commercium* o no existe (96). Se preveía como norma general protectora que el perjudicado se beneficiara de la *actio doli* o de la *actio legis Aquiliae*. Mas los pasajes aducidos por IHERING no ofrecían al comprador defraudado tales remedios. Parecía injusto, por otra parte, dejar indefenso a quien con ocasión de la celebración de un contrato había experimentado un daño por la conducta de la otra parte. Y los propios textos le ofrecen al autor una solución reparadora. Observaba IHERING que, aun siendo en tales nula la venta, el contratante de buena fe podía actuar por la *actio ex empto* (97). ¿Cómo era

por la mala fe. De forma que el artículo 1.337 señalaría una singular involución del Código civil italiano hacia el planteamiento originario del Derecho romano clásico, que concebía la responsabilidad precontractual como responsabilidad *ex delicto* sancionada por la *actio doli* (cfr. pág. 362).

(95) En su conocido trabajo *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, cit., págs. 1-112.

(96) Recogidos en la pág. 9 de su trabajo citado:

D. 18,1,62,1 (Modestinus): *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur.*

I. 3,23,5: *loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens eruit quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei licebat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

D. 11, 7,8, 1 (Ulpianus): *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.*

D. 18,4,1,8 (Javolenus)... *Si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur* 1.9 (Paulus) *et si quid emptoris interest.*

(97) Es sabido que la tesis de IHERING tuvo muchos detractores en sus diversos presupuestos y manifestaciones. Especialmente por lo que se refiere a la interpretación de los textos aportados. ALBERTARIO, por ejemplo, pone de relieve que el principio de que la imposibilidad jurídica del objeto hacía nula la venta no parecía ser válido en el Derecho romano clásico. Así se reconocía válida la compraventa de un hombre libre considerado esclavo, pues si el hombre libre es objeto de posesión, no hay razón para declarar nula la *emptio*, que precisamente en Roma se limitaba a la transmisión posesoria. Sólo en Derecho romano justiniano queda alterado el pensamiento clásico y se estima que la venta de un *locus sacer vel religiosus* puede ser nula, a pesar de lo cual se halla tutelada por la acción contractual *ex empto*: *licet emptio non teneat, ex empto tamen... experietur*. Incluso en ocasiones se afirma también por los justinianos la validez de la venta de *res extracommercium* si se desconoció esta circunstancia: *et loci sacri et religiosi qui haberi non potest, emptio intellegitur si ab ignorante emitur* (Corso di Diritto romano. Le obli-

posible que se le otorgara una acción contractual, si éste resultaba nulo? Una vez más se puso a prueba su fino espíritu analítico y su rigurosa coherencia dogmática. La conclusión de un contrato no produce simplemente la obligación de cumplirlo. Si tal efecto se excluye por algún obstáculo, como la nulidad, pueden surgir otros, por ejemplo, la obligación de resarcir (98). La nulidad puede tener su causa bien en la inexistencia o ilicitud del objeto (*si nulla hereditas est... loca sacra vel religiosa vel publica*), o en la conducta culposa del vendedor (*deceptus a venditore quis emerit*). En todo caso es menester la buena fe en el comprador, que ignore (*nesciens*) las mencionadas situaciones (99). La relación existente entre los actos cometidos en la etapa precontractual y la nulidad del contrato representó el hilo conductor para hallar el fundamento de la obligación de resarcir. El fundamento se hallaba en la

---

gazioni, I, cit., págs. 210-215). ARANGIO-RUIZ estima que en el Derecho clásico se consideró siempre nula la venta de *res extracommercium* —*locus sacer vel religiosus vel publicus*— y, en consecuencia, inaplicable la *actio empti*. Pero el comprador de buena fe estaba protegido o por las acciones pretorias *in factum* o, en todo caso, por la *condictio*. Así, en el caso de que el comprador haya pagado el precio de una zona de terreno sagrada o pública (demanial) o dedicada a sepultura, la venta es nula, y lo que el comprador haya pagado por esa compra podrá repetirlo como indebido (D. 18,1, 22: Ulp. 28 *ad Sab*; D. 18,1, 23: Paulo 5 *ad Sab*) (cfr. *La compravendita in Diritto romano*, I, cit., páginas 131 ss.). En crítica a Ihering, se presentan las opiniones de Voci. A propósito de los textos aducidos por aquél, pone de relieve el romanista italiano que “en las hipótesis de venta de cosas fuera del comercio *humani* o *divini iuris*, el contrato es válido y, en consecuencia, puede ejercitarse la acción contractual. Por lo que no es admisible hablar de responsabilidad *in contrahendo*. Nulidad del contrato existe cuando una *res extra commercium* viene estipulada y no vendida. Precisamente porque tales cosas no pueden ser objeto de *datio*, o sea, de traspaso de propiedad (cfr. Voci, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel Diritto romano classico*, “Scritti in onore C. Ferrini per la sua Beatificazione”, II, págs. 361 ss.; id. *L'errore nel Diritto romano*, Milano, 1937, páginas 146 ss.).

Se adhiere plenamente a la doctrina de Ihering, A. VALENTE, quien no comparte las tesis de Voci. Según VALENTE, los textos invocados por el jurista alemán son clara afirmación de la invalidez de la venta de *res extra commercium*. Precisamente de tal invalidez surgen los presupuestos admitidos por IHERING de la *culpa in contrahendo* y la correspondiente acción indemnizatoria (*Note sulla culpa in contrahendo*, “Annali della Università di Macerata”, XXII, Milano, Giuffrè, 1958, pgs. 313 ss.). Abundando en las ideas de IHERING, piensa este autor que la *responsabilidad in contrahendo* tendría las siguientes características: sería una responsabilidad contractual de naturaleza culposa; presupondría nulidad del negocio debida a: a) Imposibilidad física o jurídica de la prestación. b) Divergencia entre voluntad y manifestación. c) Defecto de la voluntad contractual por revocación de la oferta o por hipótesis similares (*op. cit.*, pág. 315).

(98) IHERING, *Culpa in contrahendo...*, cit., pág. 32: *Der Abschluss eines Contracts erzeugt nicht bloss eine Verpflichtung auf Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgend eines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen ist, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz; der Ausdruck «Nichtigkeit» des Contracts bezeichnet nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkungen überhaupt.*

(99) IHERING, *Culpa in contrahendo...*, cit., págs. 10-22.

culpa (*Verschuldung*). La parte que en la fase *in contrahendo* conocía o pudo conocer las causas de invalidez del contrato y no las comunica a la otra parte u obstaculiza su perfección, ha violado la diligencia exigible en el *iter* formativo negocial y debe, por tanto, responder en atención al futuro contrato (100).

No satisfizo a todos la tesis de IHERING. Fue objeto de fuertes críticas dentro y fuera de Alemania. Y, sin embargo, forzoso es reconocer que, aun contando sus enseñanzas con precedentes (101), sentó las bases definitivas de una institución que en mayor o menor grado la doctrina posterior se limitó a retocar y en algunos aspectos desarrollar. La impronta del trabajo de IHERING se observa en aquellas normas positivas que consagraron la *culpa in contrahendo*, bien con carácter general o en manifestaciones concretas (102). Mas es evidente que en el seno de sus contradictores se encontraron otros fundamentos que, o no satisfacen o, en el fondo, no están lejos del señalado por el maestro alemán. Así se piensa que la culpa *in contrahendo* tiene su asiento bien en la *bona fides* inmanente al contrato celebrado —p. ej.: en relación con la compraventa— (103), en la *actio doli* (104) o no debe separarse de la responsabilidad aquiliana (105). Incluso se acude al llamado principio

(100) IHERING, *Culpa in contrahendo*..., cit., págs. 23 ss.

(101) Así, DOMAT considera —basándose en el famoso pasaje de las I. 3, 23,5— que los contratos nulos por cualquier causa (p. ej., por enajenación de cosa sagrada o pública), a pesar de su invalidez, tienen como efecto obligar al resarcimiento de los daños e intereses a aquel que los produjo: cfr. *Leges civiles iuxta naturalem earum ordinem (editio prima latina)*, Venetiis, 1785, lib. I, tit. I, sect. 1.<sup>a</sup>, n. 14, pág. 46.

(102) Así § 463 del B. G. B.: “Si al tiempo de la compra le falta a la cosa vendida una cualidad afirmada —por el vendedor—, el comprador puede exigir, en lugar de la redhibición o de la reducción, indemnización de daños a causa de no cumplimiento. Lo mismo vale si el vendedor ha ocultado dolosamente una falta” (según la traducción del B. G. B. por Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 95). El precepto, inspirado en las doctrinas de IHERING, plasmó en el B. G. B. por influencia de F. LEONHARD, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden bei Vertragsschlüssen*, Discurso tenido en la Universidad de Göttingen el año 1896.

(103) Así BECHMANN, *System des kaufes nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1884, pág. 434, en crítica a Ihering señala: *Sondern einfach auf die dem Kauf-contrakte «immanente bona fides», deren Wirksamkeit von dem Vorhandensein der objectiven Erfordernisse der Giltigkeit ganz unabhängig ist.*

(104) En tal sentido MOMMSEN, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht. II. Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, Braunschweig, 1879, págs. 17 ss. y *passim* que se opuso a la tesis de Ihering considerando extraña a las fuentes romanas la doctrina de la culpa *in contrahendo*.

(105) Según DERNBURG, la teoría de la culpa *in contrahendo* es demasiado vaga y no conforme con las fuentes del Derecho romano. La teoría se sacó arbitrariamente de los principios de la *Lex Aquilia*. Quien ocasiona un daño en la fase de tratos preliminares tiene a su disposición una acción extracontractual y no, como admite Ihering, una acción de índole contractual (*Pandette. II. Diritto delle Obligationi*, trad. it. por F. Bernardino Cicala, Torino, 1903, páginas 31 ss., esp. pág. 35, n. 10).

de la motivación (*Veranlassungsprinzip*) del daño que obliga a su reparación (106).

Sugestiva es la tesis de FAGGELLA sobre el fundamento de la responsabilidad *in contrahendo*. Tal responsabilidad no se basa ni en un vínculo contractual, ni en la culpa *in contrahendo*, ni en la asunción de una garantía, ni en un mandato o en una *negotiorum gestio*, como algunos autores pensaron. Sólo se justifica porque las partes consintieron en tratar, en entrar en negociaciones, expresa o tácitamente, con vistas a la formación del futuro contrato. Evidentemente son libres de desistir o no, de apartarse del trato. Mas ahí se agota su derecho. Quien se aparta ha destruido un valor patrimonial del que negociaba confiado, representado por los gastos y proyectos fallidos del contrato proyectado (107). Son los principios generales del Derecho los que imponen la reparación del daño ocasionado al patrimonio ajeno por la intempestiva retirada prenegocial (108). Por lo demás, FAGGELLA reconoce que el uso lícito y libre de un derecho no es enteramente independiente de la obligación de resarcimiento. Quien se aparta de las negociaciones preliminares lo hizo usando de su derecho, mas la consecuencia no es el *neminem laedit*. Por el contrario, quien, confiado en la honorabilidad ajena, consintió en tratar, y en base a tal confianza hizo gastos, elaboró proyectos, realizó viajes, etc., ha sufrido una pérdida patrimonial que la otra parte está obligada a reparar (109). Su tesis fue recibida con cariño por SALEILLES y aceptada en muchos aspectos, si bien su punto central

(106) MELINGER, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht, sowie dem deutschen B. G. B.*, Zürich, Zürcher Furrer, 1898, págs. 145 ss. La obra se nos presenta como una dura crítica a la tesis de la culpa *in contrahendo* y a la de la *actio doli*. A su vez, debe reconocerse, con L. BARASSI, que la doctrina de la "ocasionalidad" del daño, sostenida por Melinger, no satisface por demasiado superficial, excesivamente tiránica, poco equitativa. Se armoniza mejor con el temperamento rudo de los pueblos primitivos, pero no puede admitirse en nuestros días (Nota crítica a la obra de MELINGER, en *Archivio giuridico*, V, 62, Módena, 1899, págs. 591-596, cfr. esp. pág. 594).

(107) FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, "Arch. giuridico", 82, 1909, págs. 129 ss.

(108) Tal doctrina la considera FAGGELLA resistente a todas las posibles objeciones y construida sobre sólidas bases científicas. Rechaza, en cambio, como razones justificativas la *equidad* o la *buena fe*, tan alegadas siempre como elementos basilares de la responsabilidad precontractual, pues que se trata de criterios empíricos, variables de caso a caso y siempre dejados a la apreciación arbitraria del juez. Son factores elásticos y mudables según las personas, lugares, grado de educación, de cultura; dependientes de los usos y costumbres, de las circunstancias concretas del momento histórico. Los conceptos de equidad y buena fe responden a valoraciones éticas que adquieren valor de norma jurídica cuando el legislador, directa o indirectamente, apela a ellos (*Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit., pág. 130).

(109) FAGGELLA, *op. ult. cit.*, págs. 149 ss.; id *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed exatta costruzione scientifica*, cit., págs. 271 ss. Crítica de esta posición a la luz de nuestro Derecho positivo en Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 279 ss.

justificativo lo encuentra en que las partes, desde el momento en que mantienen conversaciones preliminares con las miras puestas en la conclusión del contrato, se obligan a comportarse de acuerdo con la *equidad comercial y la buena fe*. Quien desiste del *iter* negocial, defrauda la confianza de la otra parte cuya seguridad está determinada por la equidad comercial y la buena fe. La violación o el ataque a estos criterios objetivos, y no la idea de culpa, condicionarán las circunstancias y extensión del resarcimiento (110).

Evidentemente, todas las doctrinas enunciadas tienen un denominador común: la necesidad de reparar el daño ocasionado por defraudar injustamente la confianza en la honorabilidad ajena. Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introducen en el tráfico jurídico. Los llamados «intereses de la confianza» proporcionan *ratio* suficiente para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar *in contrahendo* (111).

## 2. NATURALEZA JURÍDICA. LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR «IN CONTRAHENDO»

El profesor de la Universidad de Lausanne, PAUL PIOTET, en su meritoria monografía sobre la responsabilidad precontractual en el Derecho suizo, considera el problema de su naturaleza como el más controvertido de la figura en aquel ordenamiento (112). Realmente ha sido el aspecto más discutido en todo el ámbito del Derecho comparado. Lógico, pues que no se trata de una mera cuestión conceptual. De su adecuada configuración dependen las consecuencias prácticas originadas en orden a la extensión y alcance de la obligación de indemnizar. Prin-

(110) SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle*, "Revue Trimestrielle de Droit civil", 1907, págs. 697 ss.

(111) La idea, por lo demás, no es nueva. Ya WINDSCHEID puso de relieve en este sentido: "En cuanto al fundamento de la obligación de resarcir, se puede establecer el principio general de que todo contratante debe responder de las consecuencias lesivas ocasionadas por defraudar la confianza —*fiducia*— que suscitó en la otra parte de obtener una utilidad o la adquisición de un derecho de crédito" (*Diritto delle Pandette*, II, 1.<sup>a</sup> parte, trad. de Fadda y Bensa, Torino, 1904, pág. 187, n. 5). Criterio aceptado por BARASSI: "Se debe responder por los daños ocasionados al lesionar la confianza en la adquisición de una utilidad prometida" (Recensión a la obra de Melinger, en *Arch. giuridico*, v. 62, 1899, pág. 594). El mismo fundamento es admitido por CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I. *Einleitung und allg. Theil*, Tübingen und Leipzig, 1900, págs. 413 ss. Para una valoración adecuada de los llamados por la doctrina anglosajona "intereses de la confianza" vid. L. L. FULLER y W. R. PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. y comentario de P. Brutau, Bosch, Barcelona, 1957.

(112) P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., pág. 24.

principalmente por lo que se refiere a la prescripción de la acción para exigir el resarcimiento.

El problema se concreta en determinar si nos hallamos ante una responsabilidad contractual, aquiliana, o, en todo caso, si se trata de una responsabilidad *sui generis* con reglas propias. Fue IHERING quien formalmente inició la tesis contractualista. En presencia de las fuentes observó que el perjudicado en la etapa preparatoria del contrato no siempre podía actuar por la *actio doli*, que castigaba fundamentalmente una conducta engañosa, ni por la *actio legis Aquiliae*, que presuponía daño a personas o cosas. En cambio, determinados textos la otorgaban una acción contractual (113). Tal otorgamiento de acciones contractuales se ha atribuido a los bizantinos y tiene su explicación, al decir de HELDRICH, en que aquéllos se propusieron someter la responsabilidad *in contrahendo* a las reglas de la responsabilidad contractual en homenaje a la idea de que las partes deben observar el imperativo de la buena fe desde el momento en que se relacionan para formar el contrato. Ligados formalmente al principio clásico de la tipicidad de las acciones, no encuentran otro medio que no sea extender a la responsabilidad precontractual la acción del correspondiente contrato (114). Parece clara la tendencia justiniana a terminar con el carácter infamante de la acción de dolo y a reprimir cualquier situación culposa o dolosa —lesiva a la *bona fides*— con acciones contractuales. Se piensa, de este modo, que así se opera una tutela más eficaz (115).

La culpa *in contrahendo* es, pues, la cometida con ocasión de celebrarse un contrato, distinta de la aquiliana como expresión del *neminem laedere*. Puede afirmarse que la doctrina contractualista ha sido dominante en Alemania (116). Aparte la influencia de las doctrinas de

(113) IHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 9 ss.

(114) HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, cit., págs. 40 y 57.

(115) HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss...*, cit., págs. 5 ss.

(116) Es muy frecuente entre los autores alemanes pensar que las negociaciones preliminares instauran una “relación de confianza semejante a la contractual”: vid. HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr*, cit., pág. 138; H. STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, cit., páginas 544 ss. (los tratos, además, suponen parte integrante de la relación contractual que se instauró con la invitación a tratar. Por el solo hecho de invitar a las negociaciones, piensa STOLL que surge un acto jurídico unilateral creador de obligaciones contractuales). O se estima que las negociaciones preliminares originan relaciones jurídicas obligatorias *ex lege* (“que tendrían naturaleza similar a las contractuales”): *Mit dem Eintritt Vertragsverhandlungen... entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Verhandlungsparteien* (BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 4.<sup>a</sup> ed. Verlag F. V. GmbH, Berlín und Frankfurt a. M., 1969, pág. 72). En idéntica dirección los partidarios de la doctrina del “contacto social” entre los que tratan: por todos, fundamentalmente DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldspflichten*, cit., págs. 73 ss. Posturas siempre atacadas por el grado de ficción que suponen son, por ej. la de HILDEBRANDT, quien justifica la indemnización de los daños materiales o corporales causados por una de las partes a la otra con ocasión de los tratos ba-

IHERING, dos factores han contribuido decisivamente a pensar que las negociaciones preliminares tienen naturaleza y vinculación similar a la del contrato: de una parte, que el B. G. B. no consagra una noción general de delito civil; se limita únicamente a exponer diversos supuestos de actos ilícitos que obligan a su reparación (cfr. §§ 823 y 826). De otra, la posibilidad de que el dueño de un negocio se libere de toda responsabilidad por los actos de sus auxiliares (§ 831). La doctrina y la jurisprudencia estiman, en cambio, que el *dominus* responde siempre por culpa *in contrahendo* de sus auxiliares si se aplican las reglas sobre responsabilidad contractual (117). En todo caso se piensa que el «contacto social» característico de las negociaciones preliminares se concreta en una relación semejante al contrato («cuasicontractual») (118), cuya violación hace responsable a la parte del mismo modo que cuando se lesiona un deber contractual (119).

En otros países, como Italia, Francia y Suiza, ha predominado el carácter delictual o extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo*. Con relación al Derecho suizo, PIOTET prueba suficientemente que los deberes precontractuales son deberes generales y no relaciones obligatorias concretas. Su violación entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad por hecho ilícito. El ordenamiento suizo conoce una noción amplia de delito civil —a diferencia del alemán—, pues el artículo 41 C. O. establece que todo acto lesivo obliga a quien lo comete a su reparación. Mientras la responsabilidad contractual es específica y

---

sándose en que entre ellas se concluyó un *contrato tácito* por el que se comprometieron a conducirse honesta y lealmente en el desarrollo de las negociaciones. Las partes se comportan, pues, como auténticas *Rechtsgeschäftsbeteiligte* (*Erklärungshaftung*, cit., págs. 225 ss., 124 ss.). Con argumentos de indiscutible fuerza sostienen el carácter contractual de la responsabilidad *in contrahendo*, LEONHARD, *Allg. Schuldrecht des B. G. B.*, I, München und Leipzig, 1929, págs. 544 ss.; HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, cit., págs. 40 ss.; K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, "Arch. f. civ. Praxis", 151 (1951), páginas 501 ss. No falta quien piensa que las negociaciones precontractuales constituyen por sí mismas un auténtico contrato que prepara la conclusión del contrato definitivo (FISCHBACH, *Vorbereitende Rechtsverhältnisse*, "Arch. f. d. bürgerliche Recht", 41 (1915), págs. 160 ss.). Una exposición y análisis crítico de la doctrina germánica al respecto puede verse en PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 24-50, y en BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., páginas 122 ss.

(117) Cfr. PIOTET, *Culpa in contrahendo*..., cit., págs. 31 ss.

(118) ... *Der soziale kontakt, der generell im Ladengeschäft oder nach individueller Offerte im Handelsverkehr auf einen Vertragsschluss hinsteuert, begründet so ein Pflichtverhältnis eigener Art. Es wird insofern zutreffend als «vertragsähnliches» Verhältnis bezeichnet, als es die gesteigerten Rücksichtspflichten und Aufklärungspflichten schafft, die für ein vertragliches Schuldverhältnis typisch sind* (J. ESSER, *Schuldrecht*, 4.<sup>a</sup> ed., I. Allg. Teil, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1968, pág. 374).

(119) ... *deren Verletzung sie in derselben Weise verantwortlich macht, wie die Verletzung einer Vertragspflicht* (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. Allg. Teil, cit., pág. 90).

excepcional, no sucede lo mismo con la delictual, que reviste un carácter general. Eso, al menos, es cierto para el Derecho suizo. Por lo que el autor no duda en pensar que la llamada culpa *in contrahendo* reviste siempre carácter delictual o legal (120).

En Italia la doctrina mayoritaria (121) y la jurisprudencia están de acuerdo en que la violación del deber de buena fe impuesto por el artículo 1337 del Código civil a las partes que tratan es fuente de responsabilidad extracontractual. La culpa *in contrahendo* es culpa aquiliana. La Corte Suprema de Cass argumenta así: 1.º El daño ocasionado a otros a través de la iniciada formación o de la conclusión de un contrato que después no se concluye o resulta nulo es consecuencia de la violación del deber genérico *alterum non laedere* y, por tanto, un daño extracontractual. 2.º En el comportamiento de quien lesiona el deber de lealtad en los tratos se reconocen los caracteres propios del llamado hecho ilícito. 3.º No puede hablarse de responsabilidad contractual desde el momento en que en la fase preliminar no ha surgido un *iuris vinculum*.

Un giro importante se observa últimamente en algunos autores frente al criterio jurisprudencial y al mantenido tradicionalmente por la doctrina. Existe la opinión de que el principio de la buena fe objetiva consagrado en la fase preliminar por el artículo 1337 del Código civil presupone en todo caso un especial vínculo obligatorio: hay un deudor y

(120) PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., pág. 28 ss.

(121) En esencia, los argumentos jurisprudenciales tienen su origen en el común sentir doctrinal, para el que el comportamiento doloso o culposo en las negociaciones preparatorias de un contrato supone un hecho ilícito que engendra la obligación de resarcir. Si los tratos tienden a instaurar una relación contractual, ellos en sí no vinculan; su violación, por no ajustarse a los dictados de la buena fe, sólo lesiona el deber general *alterum non laedere*, de cuyo quebrantamiento nace una responsabilidad extracontractual: vid. fundamentalmente FRAGALI, *Dei requisiti del contratto*, "Comm. cod. civ. diretto da M. D'Amelio e E. Finzi". *Libro delle Obligazioni*, I, Firenze, 1948, pág. 368; BARASSI, *La teoria generale delle Obligazioni*. I. *Struttura*, 2.ª ed. Milano, 1948, página 117; PACCHIONI, *Obligazioni e contratti* (a cura di Grassetti), Padova, 1950, pág. 64; GALLO, *Trattative precontrattuali e perfezionamento del contratto*, "Giurispr. Cass. civile", II, 1954, pág. 162; BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*, I, 6.ª ed., Torino, 1965, pág. 370; CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 485 ("la relación de fiducia establecida entre las partes en los tratos no es aún un vínculo obligatorio; y esto justificaría la exclusión de la culpa *in contrahendo* como culpa contractual. La lesión de la esfera jurídica ajena fuera de todo vínculo obligatorio, configura la culpa aquiliana. La violación de la buena fe *in contrahendo* constituye un hecho ilícito de naturaleza extracontractual). BETTI se inclina a pensar que elegir una u otra posición en el fondo es cuestión de preferencia. Con todo, no deja de reconocer que todavía no existe una relación obligatoria; mas por el solo hecho de ponerse socialmente en contacto surge para ambas partes el deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone, eventualmente, no sólo deberes negativos, sino también deberes positivos, consistentes en revelar la realidad de las cosas, tal y como cada uno las conoce, según su ciencia y conciencia (*Teoría general de las Obligaciones*, I, trad. esp. por D. los Mozos, cit., págs. 90-92 y ss.).

un acreedor. Se piensa que tal precepto consagra una auténtica responsabilidad contractual. La obligación de comportarse conforme a la buena fe tiene su fuente en el hecho de iniciar las conversaciones preliminares, hecho con aptitud, igual que los contratos y los actos ilícitos, para engendrar obligaciones. El daño ocasionado por incumplir tal obligación puede designarse como «contractual», en cuanto dicha denominación comprende cualquier acto lesivo productor del incumplimiento de obligaciones, bien tengan éstas su génesis en el contrato o en otra fuente (122). Con argumentos de toda índole ha defendido la tesis contractualista MENGONI: en primer lugar, el principio de la buena fe —en sentido objetivo— se ha desarrollado históricamente y se ha conservado como una dirección especial de las relaciones jurídicas obligatorias. Por lo que ir contra la buena fe equivale a incumplir, de forma que en el lenguaje romano *fidem praestare* supone cumplimiento de una obligación (123). La aplicación del principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio: nos indica que estamos ante un deudor y un acreedor (arg. ex art. 1175 del C. c.). En segundo lugar, MENGONI emplea un argumento de índole sistemática en apoyo de su tesis: el artículo 1337 tiene un alcance muy amplio, en cuanto no sólo inspira los artículos 1338 y 1398, sino que al mismo se vinculan las normas de los artículos 168, ap. 3.º; 798, 1578, 1812 y 1821 del Código civil, en las que la obligación de comportarse según la buena fe en la etapa formativa del contrato se reduce a la obligación de comunicar al destinatario de la entrega de la cosa, objeto de ciertos contratos, los vicios de la misma. Ahora bien: la doctrina casi unánime reconoce naturaleza contractual a la responsabilidad conectada a la violación de la obligación de declarar los vicios (124). Y entonces no se comprende por qué la violación de la regla del artículo 1337 daría lugar a responsabilidad aquiliana en el supuesto de que después no se concluya el contrato, mientras daría lugar a responsabilidad contractual en el caso opuesto; si

---

(122) DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2.ª ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 1966, pág. 98. Defienden también la naturaleza contractual de la culpa *in contrahendo*, STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in "Foto it.", 1954, I, col. 1100; MIGGIANO, *La natura della responsabilità precontrattuale*, "Nuovo Diritto", 1954, pág. 485.

(123) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., páginas 364 ss., siguiendo a KRÜGER, en "Zeitschrift Sav. Stiftung", 11 (1890), páginas 183 ss.

(124) Tal como se recoge en el artículo 1.338 del Código civil italiano, a cuyo tenor «*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*». Señala MENGONI que puede considerarse aislada la opinión de PLANIOL-RIPERT (*Traité elem. de droit civil*, II, París, 1952, número 2.895), para quien la obligación de resarcir impuesta al comodante que ha callado los vicios de la cosa conocidos por él, configuraría una responsabilidad extracontractual basada en el dolo (MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 365 ss.).

único es el principio directivo de estas normas, de igual naturaleza debe ser, en todo caso, la responsabilidad conexa (125).

En presencia del artículo 1337 del Código civil italiano, también BENATTI se adhiere a la tesis de MENGONI sobre la naturaleza contractual de la culpa *in contrahendo*, añadiendo una serie de argumentos que, en síntesis, se reducen a considerar: 1.º Históricamente, la buena fe objetiva, tal como se refleja en la citada norma, surgió y se desarrolló en el ámbito de las relaciones jurídicas obligatorias. 2.º Las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe en el artículo 1337 tienden «*al promouvimento e al soddisfacimento*» de las expectativas de un determinado sujeto, y, por tanto, se diferencian de las originadas en el artículo 2043 (126), que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno. 3.º Los deberes que encuentran su fuente en el artículo 1337 presentan los caracteres de la *obligazione*. En la que se da la bipartición de dos correlativas situaciones jurídicas subjetivas: pasiva (deudor) y activa (acreedor). 4.º La comparación del artículo 1337 con otros preceptos del Código civil: artículos 1710, ap. 1.º; 1768, ap. 2.º; 1718, ap. final; 1494, ap. 2.º, le llevan a afirmar la conexión de la culpa *in contrahendo* con la disciplina del artículo 1218 del Código civil, que establece la responsabilidad del deudor para el caso de que no cumpla con exactitud la prestación (127).

No faltan quienes piensan que la culpa *in contrahendo* constituye un *tertium genus* de responsabilidad (128). Y, sobre todo, existen ordenamientos en los que el problema no admite discusión, bien por carecer de una tradición doctrinal sólida, al contrario que en Alemania, o no estar consagrada positivamente con carácter general, frente a lo que ha acontecido en Italia o en Portugal (129). Tal sucede en el Derecho

---

(125) MENGONI, *op. ult. cit.*, pág. 366. El autor considera, en la página 372, que sólo la concepción de la culpa *in contrahendo*, como supuesto de responsabilidad contractual, permite extender el concepto de representación a la actividad desarrollada por el representante durante el proceso de formación del contrato y, por tanto, permite comprometer o vincular la responsabilidad del representado también en el caso de que el poder haya sido conferido en base a una relación de mandato. Ultimamente se adhiere a la tesis contractualista de la responsabilidad precontractual, N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, cit., pág. 256.

(126) Sinónimo del artículo 1.902 del Código civil español, en cuanto dicho precepto del Código civil italiano dispone: «*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*»

(127) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 126 ss., esp. páginas 129 ss.

(128) Por todos, SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, "Riv. Dir. comm.", 1951, II, págs. 82 ss.

(129) El artículo 227 del novísimo Código civil portugués de 1966 recoge la culpa *na formação dos contratos*: "1. *Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que*

argentino, pues, como apunta BREBBIA, no cabe allí otra solución que considerar la culpa *in contrahendo* regida por las normas atinentes a la culpa extracontractual o aquiliana (arts. 1066, 1109 y concordantes del Código civil). Ello no significa, empero, que la culpa nacida en el período precontractual no revista caracteres intrínsecos propios que la individualizan de la culpa extracontractual originada por hechos ilícitos (130).

En el Derecho español, y a falta de una normativa concreta que discipline la responsabilidad precontractual, la doctrina, en general, ampara su consagración fundamentalmente en la responsabilidad por hecho ilícito, tal como se recoge en el artículo 1902 del Código civil (131).

---

*culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.*" Lo que supone considerar la culpa *in contrahendo* como culpa aquiliana, pues que somete el plazo de prescripción de la acción para exigir la reparación al fijado para pedir la indemnización por hecho ilícito. El artículo 498 se comprende dentro de la sección dedicada a la disciplina de la responsabilidad civil (arts. 483 y ss.).

Una exposición de los preceptos del vigente Código civil portugués relativa a culpa *in contrahendo* confrontados con los preceptos correspondientes del Código civil italiano de 1942, puede verse en F. BENATTI, *A responsabilidade precontractual* (com a correspondência entre os preceitos do Direito italiano e do português), tradução de A. Vera Jardim e M. Caeiro, Livraria Almedina, Coimbra, 1970, págs. 183-194.

(130) Tales caracteres, según BREBBIA, derivan, en primer término, de que los sujetos vinculados precontractualmente no pueden ser otros que los que conciertan el convenio, mientras en la culpa aquiliana, los sujetos activos y pasivos pueden ser personas extrañas, sin ninguna relación previa entre sí. En segundo término, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar a que alude el artículo 512 del Código civil, como criterio de apreciación del grado de diligencia que debe observarse, varían sensiblemente en los casos de culpa precontractual y aquiliana (cfr. *Responsabilidad precontractual*, cit., págs. 50-51). Con lo que el autor parece seguir inconscientemente el criterio híbrido defendido por autores como SACCO (*op. ult. cit.*, págs. 86 ss.) y GUHL (*Das schweizerische Obligationenrecht*, 5.<sup>a</sup> ed. Zürich, 1956, págs. 93 ss.).

(131) Así DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, cit., pág. 223; id. *Anotaciones a Betti, Teoría general de las Obligaciones*, I, cit., pág. 88; SANTOS BRITZ, *La contratación privada*, cit., pág. 99, si bien uno y otro autor reconocen que la culpa al concluir el contrato es la determinante de algunos artículos del Código civil (1.474 ss., 1.590, 1.687, 1.716, 1.725, 1.765 y 1.804); MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., piensa que dentro del ordenamiento positivo español la responsabilidad derivada del desistimiento injustificado de los tratos preliminares puede fundamentarse en la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código civil (cfr. págs. 43 ss.); ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Parte General*, cit., pág. 272, manifiesta que en nuestro Derecho carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es sólo un caso más de culpa *extracontractual* a regirse por el artículo 1.902, cuando concurren los requisitos de éste; vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 191, quien, muy avanzado en sus planteamientos sobre la responsabilidad precontractual, desborda el simple esquema de la ruptura injustificada de los tratos, distinguiendo diversos supuestos: sólo para el caso de que las negociaciones hayan sido iniciadas de mala fe o prolongadas a partir de un determinado momento de mala fe, esto es, sin un propósito serio de concluir el

O bien se apoya su construcción en la doctrina inferida de algunos artículos del Código civil (1725, 1270, 2.º; 1482, 1474 y sigs., p. ej.), que funcionaría como auténtico principio general del Derecho (132). Se configura, pues, como una responsabilidad extracontractual referida concretamente al desistimiento injustificado de los tratos. Desbordando el contexto del artículo 1902, F. MENÉNDEZ PIDAL configura en nuestro Derecho la responsabilidad *in contrahendo* como un supuesto de responsabilidad objetiva basada en la idea de riesgo creado en la etapa formativa del contrato que debe reparar quien lo originó (133). Hay en esta tesis una evidente influencia de doctrinas francesas, especialmente de SALEILLES. No es admisible en el ordenamiento español que, como apunta COSSÍO, no ha llegado aún a una formulación del principio de la responsabilidad objetiva, pues se parte siempre —salvo casos excepcionales— de la idea de culpa y no de la de riesgo (134). Entre esos supuestos de excepción no se incluyen, ciertamente, los actos ilícitos cometidos con ocasión de las negociaciones preliminares.

Estimamos oportuno formular algunas observaciones, al objeto de hallar una adecuada configuración de la responsabilidad precontractual. Son, simplemente, líneas directrices, no construcciones definitivas:

1.º Debe pensarse, con FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, que tratándose de daños y perjuicios derivados tanto de relaciones contractuales como extracontractuales, lo que surge del acto originador de los mismos es una auténtica «obligación de resarcir o indemnizar», nunca una responsabilidad (135). La doctrina es aplicable al caso que nos ocupa. Del quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*, si ocasionó perjuicios a una parte, surge una obligación de resarcir a cargo de quien violó la lealtad en las negociaciones preliminares.

2.º La etapa preparatoria es *iter ad contractum*, no fase contractual. Los contratantes, según el artículo 1258 del Código civil, están ligados a lo pactado y, además, a las consecuencias conformes a la buena fe. Quienes se hallan en etapa preliminar actúan con plena autonomía,

---

contrato, el deber de indemnizar encuentra su fundamento en el artículo 1.902 del Código civil, pues el comportamiento causa del daño constituye un ataque ilícito a la esfera de libertad del otro contratante (*op. y loc. ult. cit.*).

(132) Así CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, 10 ed., Madrid, 1967, pág. 469; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español, III, Obligaciones y Contratos*, 3.ª ed., Madrid, 1970, pág. 367, inspirándose en las *Anotaciones*, II-1.º, 227 de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER.

(133) F. MENÉNDEZ PIDAL, *Apéndice sobre el Derecho español a la traducción de Hilsenrad, las obligaciones precontractuales*, cit., págs. 165 ss., esp. 182 ss. Crítica acertada por MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., página 43.

(134) COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 280.

(135) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Imputabilidad y responsabilidad objetiva*, A. D. C., XXI-3, julio-septiembre 1968, pág. 604.

y el único freno es la lealtad recíproca (136). Mientras ésta no se viole, no puede decirse que existe una relación jurídica obligatoria, con un deudor y un acreedor. La buena fe es *todo* en la etapa precontractual; un *plus* en la contractual.

3.º Evidentemente, quien causa un daño a otro en la fase preparatoria del contrato por su actuación dolosa incurre a mayor abundamiento en la sanción del artículo 1902 del Código civil, y lo mismo cabe decir si se revoca la oferta de contrato en perjuicio del destinatario. No es fácil deslindar en la práctica cuándo hay negociaciones previas y cuándo proposición en firme. Mas es evidente que en uno y otro supuesto —salvo renuncia y fijación de un plazo de irrevocabilidad— la parte es libre de apartarse del *iter* generador del contrato (137). Si bien la que experimentó un daño patrimonial derivado inmediatamente de la lesión de la buena fe, ostenta un derecho de crédito para obtener el resarcimiento. Es preciso probar la violación de la buena fe para invocar la aplicación del artículo 1902, pues que la responsabilidad objetiva está tipificada legalmente en nuestro Derecho y no se comprende el supuesto del daño producido *in contrahendo*.

4.º No obstante la posibilidad genérica de encuadrar la responsabilidad precontractual en el artículo 1902, no es aventurado afirmar que parece exigir reglas propias. De un lado, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito, manifestación genérica del *alterum non ledere*. De otro, la obligación de indemnizar *in contrahendo* tiene su base en el quebrantamiento de la confianza (138), en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una

---

(136) DE CUPIS tiene razón cuando señala que las partes en fase de negociaciones preliminares quieren su propia libertad; en razón de ella mientras se prepara el contrato conservan aquella soltura de movimiento y poder autodeterminante connatural al buen desarrollo de los negocios. Si la autonomía no se respeta, el tráfico negocial sufre una gran rémora. Mas es evidente que quien, haciendo uso de su libertad, daña la confianza de la contraparte, debe responder (*Il danno*<sup>2</sup>, I, cit., pág. 102).

(137) Considera Díez-PICAZO, a mi entender con toda razón, perfectamente lícito el desistimiento del contrato por una de las partes operado antes de su documentación *ad solemnitatem*; e igualmente cuando hay ruptura de las negociaciones iniciadas de buena fe, incluso por motivos fútiles o no razonables, pues en tal caso no hace otra cosa que ejercer su libertad, y ni moral ni jurídicamente puede considerarse que estaba obligado a contratar (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 191). En definitiva, debe pensarse que quien programa la conclusión de un contrato no se vincula por esquema alguno prestacional y, en consecuencia, no tiene otros límites que los derivados de lesionar la buena fe y la legítima confianza inspirada a la otra parte.

(138) En los llamados por la doctrina alemana “daños de la confianza” (*Vertrauensschaden*), es decir: «es ist also Schaden zu ersetzen, der dem Berechtigten dadurch entstanden ist, dass er auf das Verhalten des Partners vertraut hat» (H. Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, Verlag C. H. Beck München, 1969, pág. 36).

relación jurídica contractual. Sería preferible considerar que la denominada responsabilidad precontractual se resuelve en una *obligación de indemnizar*, nacida de una conducta dolosa o cuasidolosa productora de un daño en el *iter* formativo del contrato.

### 3. EL INTERÉS RESARCIBLE

¿Hasta dónde llega la obligación de indemnizar? Es opinión consolidada, si bien ha adquirido muchas variantes, que el resarcimiento se extiende al que IHERING denominó «interés contractual negativo»: daño que la parte experimentó por haber confiado honestamente en la validez del contrato. Al lado del interés negativo o por no haberse concluido el contrato o haberlo concluido inválidamente, estaría el «interés positivo» o en el cumplimiento, que comprendería todas las ventajas patrimoniales resultantes si el contrato se hubiere celebrado (139). La doctrina del interés negativo, como módulo de la responsabilidad *in contrahendo*, fue acogida por algunos Códigos (art. 198 del C. c. griego; § 45 del C. c. checoslovaco; 1338 y 1398 del C. c. italiano vigente; §§ 122, 307 y 309 del B. G. B.). El interés negativo se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados «daños de la confianza», por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría, de que las negociaciones se llevaban con seriedad y conducirían al resultado apetecido; en definitiva, por haber fiado en la existencia y validez del contrato, si se llegó a celebrar (140).

Como señala la Corte de Cass italiana, la responsabilidad precontractual no supone el resarcimiento de todos los daños contractuales sufridos por la otra parte, sino sólo de los perjuicios englobados en el llamado «interés negativo» —*id quod interest contractum initum non fuisse*—; es decir, los gastos que la contraparte hizo en previsión del futuro contrato —viajes, informes periciales, asesoramientos, etc.—, así como las pérdidas ocasionadas por desaprovechar ocasiones favorables de celebrar un contrato con otras personas (C. de 10 de octubre de 1962, número 2919). Mas es menester, para que sea viable la petición del resarcimiento —el cumplimiento de la que hemos denominado *obliga-*

---

(139) *Ein Interesse an der «Aufrechthaltung» des contracts, also an der «Erfüllung», hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Fall der Gültigkeit des Contracts gehabt haben würde* (interés positivo)... y *und sodann als ein Interesse am «Nichtabschluss» des Contracts, hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äussere Thatsache des Contractsabschluss gar nicht vorgekommen* (interés negativo): cfr. IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz...*, cit., pág. 16.

(140) Cfr. LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt»*, M. D. R., 54, pág. 515; *Lehrbuch des Schuldrechts*<sup>10</sup>. I. Allg. Teil, cit., pág. 94; E. D'HAM, *Bürgerliches Recht, I. All. Teil, Recht der Schuldverhältnisse. Sachenrecht*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlín. Köln. Mainz, 1968, pág. 82.

*ción de indemnizar* por quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*—, en primer lugar, que se haya confiado legítimamente en la honorabilidad de la conducta ajena, por signos objetivos e inequívocos que induzcan a fiarse normalmente de la seriedad de las programaciones generadoras del contrato. En segundo término, es menester que el desistimiento de los actos preparatorios obedezca a mala fe, es decir, a un comportamiento doloso o gravemente culposo, lesivo de los cánones que presiden «la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente» (141). Finalmente, es preciso que se ocasione un perjuicio patrimonial, representado por los gastos realizados en atención al contrato proyectado o por las pérdidas sufridas en cuanto que la actitud dolosa de la parte impidió a la otra, confiada en su honorabilidad, celebrar el negocio con otros proponentes.

En verdad que es muy difícil calcular uno u otro interés. Entre otras razones porque el «interés contractual negativo», como bien se ha señalado, puede encerrar, como los demás daños, una pérdida patrimonial positiva —v. gr.: los desembolsos hechos— o la frustración de una ganancia probable, v. gr., la que se hubiera obtenido de la celebración de otro contrato (142). No es fácil dar reglas para determinar la extensión objetiva del resarcimiento. Debe ser el juez quien, ante el grado de lesión de la *bona fides*, las circunstancias delimitantes de cada supuesto concreto, el tipo de negocio que se preparaba y los gastos reales desembolsados en el *iter* formativo del negocio, fije el *quantum* de la indemnización.

#### 4. ACTOS QUE ENGENDRAN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. DIVERSAS HIPÓTESIS

Señalaba IHERING una serie de supuestos que implicaban *culpa in contrahendo* reconducibles a tres grupos fundamentales: incapacidad de las partes (*Unfähigkeit des Subjects*), incapacidad del objeto (*Unfähigkeit des Objects*) e inexactitud de la voluntad contractual (*Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*). Esta última, a su vez, revestía dos manifestaciones según que la inexactitud sea de la declaración (*der Erklärung*) o de la propia voluntad interna (*des Willens selber*) (143). Como supuestos de incapacidad de las partes, se enumeran por IHERING aquellos en que un contratante es inducido a celebrar el negocio por dolo o fraude; en que el acreedor es engañado por el deudor, etc. Casos de ineptitud del objeto: quien celebra un contrato sabiendo que la prestación es imposible, o que es ilícita. El desconocimiento de estas cir-

(141) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 46.

(142) Hans A. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, trad. por W. Roces, Madrid, 1928, pág. 99.

(143) IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz...*, cit., páginas 44 ss., 56 ss.

cunstancias para la contraria le puede acarrear evidentes perjuicios (144). Supuestos de anomalías volitivas: si alguien omitió comunicar a la otra parte el desistimiento del contrato y ésta lo cumple, responde quien no fue diligente en la notificación de desistir; quien yerra por error craso responde de los daños ocasionados por su culpa al destinatario de la declaración; quien se sirve de expresiones poco claras para aprovecharse de las ventajas que pueda ofrecerle la contraparte, o emprende una actividad aparente, ocasionará con frecuencia daños; quien emite declaraciones de voluntad simuladas, erróneas, por broma, etc. (145).

Realmente han sido múltiples los intentos doctrinales por agrupar los diversos supuestos que originan responsabilidad precontractual. HILDEBRANDT, por ejemplo, distingue entre: 1.º Actos jurídicos inválidos por circunstancias anteriores al contrato. 2.º Actos jurídicos válidos, pero desfavorables para una parte. 3.º Daños indirectos que defraudan la confianza (146). PIOTET, por su parte, distingue tres supuestos que engendran responsabilidad precontractual: 1) Inexistencia del acto jurídico. 2) Otorgamiento de un acto jurídico ineficaz. 3) Otorgamiento de un acto jurídico eficaz, pero que puede ser invalidado, resuelto o rescindido (147).

Estas y otras posibles agrupaciones de los supuestos de culpa *in contrahendo* (148) no parecen exhaustivas o, en todo caso, no están correctamente formuladas. Nosotros preferimos ofrecer una clasificación sencilla que, de forma enunciativa, abarque las manifestaciones concretas en que existe obligación de indemnizar por violación de la buena fe en la etapa preparatoria del contrato. Tal obligación puede tener su fuente o manifestarse en: A) Deber de comunicación o información. B) Deber de secreto. C) Deber de custodia y conservación. D) Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio. E) Por actos de auxiliares o del representante. F) Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato. G) Revocación de la oferta. H) Supuestos varios. En particular los gastos de la confianza. Examinemos brevemente cada una de estas hipótesis.

A) *Deber de comunicación o información* (en la terminología germana, «*Erklärungspflicht*» y «*Anzeigepflicht*», respectivamente): Se com-

(144) IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz...*, cit., páginas 63 ss. En tales supuestos, la culpa *in contrahendo* faculta para el ejercicio de la acción contractual, según la conocida doctrina del autor. Un ejemplo más, recogido en la página 67 del famoso trabajo, "parece" corroborar su tesis: «*Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor*» (D. 19,1,21).

(145) IHERING, *Culpa in contrahendo...*, cit., págs. 48 ss.; 63 ss.

(146) HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung...*, cit., págs. 173 ss.

(147) PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., págs. 126 ss.

(148) Pueden verse en BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., páginas 35-79; últimamente, F. J. LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, 1971, págs. 173-180.

prenden fundamentalmente los supuestos de nulidad contractual cuyas causas conocidas o debiendo serlo por una parte no se pusieron en conocimiento de la otra. Queda obligada a reparar el daño que ésta pueda haber sufrido por confiar sin su culpa en la validez del contrato (el art. 1338 del C. c. italiano recoge este supuesto); responsabilidad del donante por los daños causados al donatario a causa de los vicios de la cosa donada sabidos y callados dolosamente (§§ 523 y 524 del B. G. B.), o del vendedor por la cosa entregada que conociendo los vicios no los hizo saber al comprador; igualmente del depositante y comodante por los defectos de la cosa depositada o prestada no comunicados a la otra parte. El depositario y el comodatario tienen derecho a exigir la indemnización correspondiente por infracción de la *bona fides in contrahendo* (los supuestos se prevén en los §§ 694 y 600 del B. G. B., respectivamente). Caso de quien concluye un contrato sabiendo que la prestación es imposible: deberá indemnizar a la otra parte por el daño causado a causa de la omisión precontractual (§ 307 del B. G. B.) (149). Como es sabido, la tesis de IHERING sobre la *culpa in contrahendo* partió de unos pasajes de las fuentes romanas en los que se violaban deberes de información. Sobre el problema nos hemos detenido suficientemente en páginas anteriores.

Dentro del deber de comunicar está el caso del apoderado que no hace saber a la parte con la que trata la revocación del poder, o bien negocia preliminarmente excediéndose de las facultades que le confirió el *dominus*. El *falsus procurator* responde de los daños ocasionados al tercero que confió sin su culpa en la validez del contrato. El supuesto está contemplado en el artículo 1398 del Código civil italiano. La jurisprudencia considera que se trata de un caso de responsabilidad por culpa *in contrahendo*, particular aplicación del principio general recogido en el artículo 1338, y al que antes aludimos (150). Se considera también como otro posible supuesto la declaración falsa o reticente de circunstancias conocidas por el asegurado determinantes de un consentimiento que no se habría dado o se habría dado de otra forma por el asegurador. Se ha infringido, por ejemplo, el deber de comunicar la exacta descripción del riesgo.

(149) Preceptos del B. G. B. aducidos por LARENZ, entre otros autores, para fundamentar la obligación de indemnizar *in contrahendo* por los daños inferidos a la confianza: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. Allg. Teil, 10 ed., cit., página. 91.

(150) Según el artículo 36, ap. 2.º del *Code des Obligations* suizo: «Si le représenté ou ses ayants droit négligent d'y contraindre le représentant, ils répondent du dommage qui pourrait en résulter à l'égard des tiers de bonne foi.» Comentando el precepto advierte PIOTET que si el representado o sus causahabientes sabían o debían saber que determinada persona trataba con el *falsus procurator* ignorando la revocación del poder, aquéllos deberán advertirlo al tercero. Si violan este deber de información, responden precontractualmente (*Culpa in contrahendo*, cit., pág. 107). Realmente, representado y *falsus procurator* obraron de mala fe y se constituyeron deudores solidarios de la obligación de indemnizar en fase preliminar.

Pienso que en todos estos casos la responsabilidad precontractual la engendra directamente el comportamiento opuesto a la buena fe: conducta dolosa o cuasidolosa. No la mera negligencia, sin cualificar por una actuación intencionada. Las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad, como eje central de la etapa preparatoria del negocio, exigen que sólo se responda cuando el deber de comunicación o información se infringe *conscientemente* o por negligencia crasa (cuasiequiparación de la culpa lata al dolo).

B) *Deber de secreto*: En el curso de las negociaciones preparatorias puede ocurrir que por las preguntas de una parte la otra se vea obligada a comunicar secretos de fuerte repercusión patrimonial. Su violación puede ser causa de responsabilidad precontractual. Como se ha señalado, debe tratarse de un secreto confiado, es decir, de una información confidencial útil para las negociaciones y no de una mera indiscreción; de algo conocido a raíz de los tratos y no meramente durante ellos (151). Los deberes de secreto afectan, sobre todo, al ámbito de los usos mercantiles, de la contratación bancaria y de las relaciones laborales. Recuerda BENATTI, a modo de ejemplo, la situación del trabajador que durante la etapa de negociaciones preliminares con la empresa obtiene noticias referentes a los métodos de producción, por ejemplo, y los divulga. Lo que podría determinar consecuencias nocivas para el empresario (152).

C) *Deber de custodia y conservación*: Surgen, por lo general, cuando una de las partes que negocia ha expresado el deseo de examinar las mercancías u objetos antes de decidirse o no a adquirirlas. Si hay una pérdida o deterioro culposos o negligente, el *dominus* puede actuar al amparo de la culpa aquiliana. Sólo surgiría responsabilidad precontractual si la pérdida o deterioro, el defecto de guarda o custodia se debe a una actuación dolosa o cuasidolosa, a una conducta que defrauda el principio de la confianza. Violaría también gravemente la buena fe precontractual quien se hiciera mostrar una serie de modelos y luego interrumpiera los tratos, pero aprovechara las ideas de aquéllos para construir su propio modelo, cuando de las circunstancias resultara que no las habría obtenido de no mediar las negociaciones (153).

D) *Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio*: Según la doctrina alemana, por el hecho del «contacto social» en las negociaciones surge un deber

---

(151) F. J. LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos. Parte General*, cit., página 79.

(152) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 40.

(153) Así F. J. LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos. Parte General*, cit., pág. 179.

de proteger (*Schutzpflicht*) a la parte que prepara la conclusión del contrato para evitarle posibles daños en la salud o en la propiedad (*Gesundheit und Eigentum*) (154). Un ejemplo de este supuesto nos lo ofrece el § 694 del B. G. B., al establecer que el depositante ha de indemnizar al depositario los daños que le ocasione la cosa depositada, a no ser que al hacer el depósito no conozca ni tenga por qué conocer la naturaleza peligrosa de la cosa o que se la haya notificado al depositario o que éste la haya conocido sin notificación. En definitiva, la culpa *in contrahendo* del depositante nace de la mala fe por no poner en conocimiento del depositario la nocividad de la cosa depositada, siempre que supiera o pudiera saber con normal diligencia tal circunstancia.

Casi todos los autores que han analizado la responsabilidad precontractual mencionan como supuesto típico de este grupo el famoso «*Linoleumfall*». El *Reichsgericht* aplicó las reglas de la responsabilidad precontractual al dueño de un almacén, porque la posible compradora y su hijo, mientras trataban con el dependiente, resultaron heridos al caer sobre ellos unos rollos de *linoleum* mal colocados por éste en sus correspondientes estantes. Pienso que tanto este caso como otros similares que puedan acaecer en el curso de las negociaciones preliminares me recuerdan la disposición del artículo 1910 del Código civil español, el conocido *effusum et deiectum* de las fuentes romanas; al menos, existe cierta analogía. Claro que la situación del «*linoleumfall*» se produce en el curso de las conversaciones preliminares. Mas también es evidente que las lesiones sufridas por la eventual adquirente nada tienen que ver con los intereses de las negociaciones preliminares o de la posible conclusión del contrato. Por lo demás, en el supuesto en cuestión el daño se produjo por culpa o negligencia. Entra de lleno en la responsabilidad por hecho ilícito; en nuestro Derecho aplicaríamos, sin duda, el artículo 1902 del Código civil. ¿Dónde está aquí la violación de la *bona fides in contrahendo*, la conducta dolosa, fraudulenta o desleal de la que únicamente puede brotar la obligación precontractual de indemnizar?

E) *Por actos de auxiliares o del representante*: La doctrina alemana, tomando como parangón el § 278 del B. G. B. —que prevé la responsabilidad del deudor por culpa del representante legal o de auxiliares de los que se sirve para realizar la prestación—, estima que quien trata en nombre de otro origina para el poderdante una relación jurídica de negociaciones preliminares. Por lo que éste responde si el apoderado quebranta la confianza suscitada en la otra parte. El representado se obliga *in contrahendo* a indemnizar los daños inferidos por la conducta del representante. De igual modo responde el *dominus* por la violación de la buena fe *in contrahendo* si se ha servido para negociar

(154) Vid., por ejemplo, ESSER, *Schuldrecht*<sup>4</sup>, I, cit., págs. 376-377; H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., pág. 35; BLOMOYER, *Allgemeines Schuldrecht*<sup>4</sup>, cit., pág. 72; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*<sup>40</sup>, I, cit., pág. 94.

de sus auxiliares (*Verhandlungshilfen*) (155). Se estima, con razón, que el fundamento —si bien referido al § 278 para el supuesto de *Erfüllungshilfen*, es válido para la etapa preliminar— está en la ampliación del círculo negocial del deudor y, por tanto, de la esfera del riesgo (156). Tan sólo respondería el representante si tiene interés directo en la conclusión del contrato y en aprovecharse de las negociaciones que lleva a cabo (157). La asunción del negocio ajeno como propio le hace directamente responsable o, en todo caso, consorcialmente con el representado.

PIOTET considera que en el Derecho suizo responde el *dominus* precontractualmente por la actividad de sus auxiliares o de su representante (158). En consecuencia, puede afirmarse que si dependientes, ayudantes o apoderado quebrantan la buena fe *in contrahendo* por dolo, amenazas, lesiones a la otra parte o transmisión inexacta de la voluntad del *dominus* por negligencia grave, etc., durante las negociaciones preliminares, debe responder el representado o dueño del negocio. Sería un supuesto de responsabilidad «indirecta», como en los casos del artículo 1903, ap. 4.º, o del artículo 41 de la Ley de 26 de julio de 1957 en el Derecho español, por ejemplo. En todo caso, para quienes prefieran encuadrar la culpa *in contrahendo* en la responsabilidad contractual, podríamos decir que, como en el supuesto del deudor, el *dominus* que trata por medio de otros es víctima de una objetivación de la responsabilidad por exigencias económicas y jurídicas. Existe, también, una relación de confianza por cuya virtud el principal asume las consecuencias de los actos de los dependientes (*the servant's act is the master's act*) (159).

---

(155) Por todos, vid. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., páginas 95-96.

(156) Así, afirma LARENZ: *Der Grund der Verantwortlichkeit für «Erfüllungsgehilfen» liegt also in der durch die Verwendung von Hilfspersonen ein tretenden Erweiterung des Geschäftskreises des Schuldners und damit seines Risikobereichs* (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., pág. 219).

(157) Tales ideas no son compartidas, como es sabido, por BALLERSTEDT, quien aplica un régimen diverso según tipos de representación. En caso de *representación legal*, el representante es parte únicamente en la relación de confianza y él solo responde, en consecuencia, por culpa *in contrahendo*. Si se trata de representación *subordinada* al representado, sólo éste se enmarca en la relación fiduciaria y el representante nunca responde precontractualmente. Finalmente, si la representación es *independiente* (corredor, abogado, etc.), el representante, por lo general, no es parte en una relación de confianza ni, por tanto, responsable personalmente. Con todo, el representante independiente puede obligarse precontractualmente de dos modos: subsidiariamente, a manera de caución, cuando la parte con quien negocia se ha fiado plenamente de su representación; o bien cuando se presenta al tercero como un *alter ego* del *dominus* (*Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, cit., págs. 517 ss.). Con razón critica PIOTET esta doctrina por complicada e imprecisa en la distinción de los diversos supuestos de representación. Especialmente no reposa en ninguna base legal (*Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., pág. 73).

(158) PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 80 ss.

F) *Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato*: Hay también un comportamiento desleal *in contrahendo* cuando los tratos se prolongan innecesariamente por saber de antemano que no se celebrará el contrato, o se rompen injustificadamente —desistimiento intempestivo o arbitrario (160)— en fase que haría concebir a la otra parte legítimas expectativas. La ruptura infundada (161) de las negociaciones preliminares supone, por lo general, una defraudación de la confianza, una conducta dolosa. Se estima, generalmente, que la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos es preciso suceda en etapa avanzada (162), es decir, en un momento en que lógicamente se han suscitado legítimas expectativas en orden a la conclusión del contrato. Cuando han tenido lugar desembolsos por confiar fundadamente en la honorabilidad ajena.

Es opinión difundida que del deber precontractual de lealtad deriva la obligación de no apartarse de los tratos sin justa causa. La tesis, extraña a los escritores del Derecho común y al mismo IHERING, se remonta a las doctrinas de FAGGELLA. Realmente, debe admitirse plenamente la facultad de desistir de las conversaciones preliminares. En ningún momento de su desarrollo son vinculantes. Es más: puede afirmarse que infinidad de tratos se interrumpen, no «devienen» contrato. Ello es normal, pertenece a la esencia de las negociaciones. Lo que ya no resulta normal es, por ejemplo, prolongar los tratos de mala fe, negociar sin pensar concluir el contrato, aprovecharse de la ignorancia o buena fe de la otra parte, provocar gastos innecesarios sabiendo de antemano que en cualquier momento romperá el trato; llevar las conversaciones preliminares sirviéndose de astucia, fraude o maquinaciones dolosas para engañar al contrario y captar su voluntad, etc. En definitiva, se lesiona la *bona fides* precontractual cuando se vulnera la confianza ajena tratando innecesariamente o apartándose sin motivo suficiente de las relaciones prenegociables. Siempre que de esta conducta se origine un daño al patrimonio de la contraparte, surge una auténtica obligación de indemnizar por *culpa in contrahendo* (163).

---

(159) Conformes con Díez-PICAZO en orden a la responsabilidad del deudor por la actividad de sus auxiliares (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 713-714).

(160) Importantes observaciones sobre el particular en MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., págs. 50 ss.

(161) Sería fundada, por ejemplo, la ruina del que las rompe, traslado a otra ciudad (ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones*, cit., página 273), estado de necesidad, fuerza mayor y, en general, circunstancias que escapen a la esfera de la buena fe en el tráfico jurídico.

(162) Así afirma M. DE JUGLART que la ruptura de los tratos *ne peut avoir lieu sans motifs valables quand les pourparlers sont assez avancés, sous peine de dommages et intérêts* (*Cours de Droit civil. I. Biens. Obligations*, Ed. Montchrestien, París, 1970, pág. 128).

(163) Así apunta MORENO QUESADA que para que surja la responsabilidad preliminar es necesario que, como consecuencia de su desarrollo y de la retirada injustificada, se produzca un daño en el patrimonio del contratante

G) *Revocación de la oferta*: Lo admitido para los tratos es extensible a la oferta de contrato como etapa precontractual. Si no se ha señalado un plazo de mantenimiento o no hay renuncia a la facultad de revocar, el proponente es libre de retirarla. La autonomía de la voluntad, espina dorsal de la etapa precontractual, y las exigencias del tráfico económico-jurídico, fundamentan la posibilidad de revocar libremente la oferta. Mas si ello ha ocasionado un daño al destinatario, no puede quedar impune. Estamos ante un claro supuesto de responsabilidad precontractual. La revocación de la oferta (164), se ha dicho, no está en pugna con los más elementales principios de buena fe y cuyo quebranto supone siempre el nacimiento de una obligación de indemnizar (165). Si la revocación lesiona intereses de quienes se proponían aceptarla, defrauda legítimas expectativas apoyadas en el principio de la confianza, no se hace en forma rápida y eficaz para reducir los posibles daños al eventual aceptante, se rechaza al proponente por circunstancias irrelevantes, etc., no cabe duda que se origina un acto ilícito en sede preparatoria del contrato, del que nace una responsabilidad *in contrahendo*.

H) *Supuestos varios. En particular, los gastos de la confianza*: Señalamos una serie de supuestos *ad exemplum* no enmarcables en los apartados anteriores, pero que en todo caso se agrupan bajo el denominador común de «daños inferidos a la confianza» con ocasión de preparar el contrato. Así, piénsese en los contratos celebrados por miedo, intimidación o estado de necesidad. Aparte del ejercicio de la acción de nulidad, procede la acción correspondiente para exigir la reparación de los daños que ocasionó su forzada celebración. Quien realiza un largo viaje para negociar la venta de un inmueble, de un solar, de un bien mueble valioso, etc., que el vendedor se comprometió a no enajenar a un tercero hasta tratar con la otra parte, se hace acreedor de la correspondiente indemnización si cuando se entrevista con aquél ya procedió a su enajenación. Son indemnizables los daños que el objeto negociable produzca al posible adquirente durante las negociaciones por culpa grave del propietario, v. gr., accidente de automóvil o lesiones que ocasiona un animal cuya adquisición se pretende, etc. Igualmente,

(*La oferta de contrato*, cit., pág. 53). Es decir, surge la obligación de indemnizar *in contrahendo* cuando la violación de la confianza origina una lesión patrimonial en quien se fió de las negociaciones desarrolladas aparentemente con seriedad.

(164) Admitida por el T. S. en diversas sentencias. Así, por ejemplo, la del 16 de marzo de 1961: "...la unilateral declaración de voluntad carece de sustantividad y puede ser retirada voluntariamente antes del conocimiento de su aceptación; no existe, pues, ningún efecto vinculante..." No puede retirarse la oferta si se hizo para estar vigente durante un determinado plazo o comprometiéndose a no retirarla durante un cierto tiempo (ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones*, cit., págs. 278-279). En este segundo supuesto hay renuncia a la facultad revocatoria de la proposición.

(165) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 297.

los daños causados al destinatario cuando el negocio se celebró por error inexcusable. También los desembolsos realizados por una parte en interés común del contrato proyectado, no los hechos en interés exclusivo, si la otra parte defrauda la confianza en el *iter* formativo del negocio. Incurre en responsabilidad precontractual el vendedor que enajena la cosa sabiendo que no es propia y no se esfuerza en procurarse el dominio. Su conducta revela un *dolo in contrahendo*. Igualmente, las declaraciones inexactas o reticentes en orden al contrato, hechas con dolo o culpa grave. Confiando en que se va a constituir una sociedad, uno de los posibles socios, fundadamente confiado en la honestidad de los demás, alquila un local, organiza una campaña de publicidad, adquiere maquinaria, etc., y después no se lleva a efecto el contrato. Los demás socios desisten injustificadamente de seguir tratando. Quien desea construir un hotel en terreno de su propiedad y convoca a diversos contratistas para encomendar la obra a quien le ofrezca mejores condiciones, responde si prolongó las conversaciones preliminares con el seleccionado y más tarde desiste del proyecto de edificar. Deberá indemnizar el interés negativo, por ejemplo, si el contratista elegido desaprovechó la oportunidad de negociar con otros oferentes.

En todo caso, bueno será recordar que los casos examinados en los diversos apartados y otros posibles sólo engendran responsabilidad precontractual si concurren estas dos circunstancias: que se origine un daño para una parte durante la etapa preparatoria del negocio. Y que exista auténtica violación de la buena fe *in contrahendo* a través de una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa (*dolo in contrahendo*) que defrauda la confianza de la otra parte. El comportamiento simplemente culposo o negligente generaría responsabilidad aquiliana, según el artículo 1902 del Código civil, no típicamente precontractual. En diversas ocasiones, a lo largo de nuestra exposición hemos tenido ocasión de señalar nuestra posición sobre este punto.

## VIII

### CONFIGURACION JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A lo largo de los epígrafes anteriores hemos tomado conciencia de la responsabilidad precontractual en nuestro Derecho, y marcamos las líneas generales para su adecuada estructuración. Ha faltado en España una doctrina monográfica sobre la *culpa in contrahendo*, tan abundante en el Derecho comparado, debido sin duda a la ausencia de una disciplina legal específica y a la panacea del artículo 1902 del Código civil. Las enseñanzas de la jurisprudencia, como consecuencia de la deficien-

cia normativa y científica, son negativas, pues claramente se establece que «el período preparatorio no liga ni produce vínculos jurídicos» (Sentencia de 9 de marzo de 1929), o se le califica de mero concepto *doctrinal* que sólo es exigible si hay acuerdo previo (Sentencia de 10 de marzo de 1949). Quien se ha sentido lesionado por actos dañosos preliminares, o acude a las reglas de la responsabilidad contractual si el negocio llegó a perfeccionarse (supuestos de vicios en la cosa objeto del contrato) o acude a la culpa aquiliana por la vía del artículo 1902 del Código civil, si el contrato no se concluyó. Frecuentemente, cuando el negocio no llegó a perfeccionarse, la parte defraudada se queda con los daños irrogados y no intenta ejercitar la acción correspondiente por no encontrar un cauce directo en la que tendría que ser disciplina específica de la responsabilidad precontractual. Es hora de que al tema se le dedique la atención que merece, más complejo que la simple ruptura injustificada de los tratos y su posible reparación, hoy más relevante que nunca dada la forma como se gesta la contratación en el mundo económico moderno. No puede continuar siendo un puro incidente de la «fase formativa del contrato».

La doctrina española, según evidenciamos en páginas anteriores, trata de darle viabilidad al amparo de los principios generales del Derecho inferidos de algunos preceptos del Código civil (arts. 1270, ap. 2.º; 1725, 1486, ap. 2.º; 1804 y, sobre todo, del art. 1902 del C. c.) (166). Con buen criterio se invoca para su efectividad el principio de la buena fe, de manera que es posible hablar de *bona fides in contrahendo* (167), o se hace responder por la conducta dolosa en los tratos «como cuando se inician unas conversaciones con el propósito exclusiva de alejar a la parte de otro trato y, una vez conseguido tal objeto, se produce el abandono. Nos encontramos aquí ante un propósito definido de fraude, no ante un mero abandono caprichoso del trato, y es indudable que tal conducta dolosa, en cuanto produce daño, constituye propiamente un delito civil» (168). Un planteamiento adecuado y moderno lo realiza Díez-Picazo. Con cierta amplitud se cuestiona la configuración de la

(166) A partir, sobre todo, de las enseñanzas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus *Anotaciones a Enneccerus*, II-1.º (2.ª ed. al cuidado de Puig Brutau), Barcelona, Bosch, 1954, págs. 231-232. Reconocen estos autores que si bien nuestro Código civil no sanciona expresamente la culpa *in contrahendo*, hay un apoyo para su construcción en los artículos 1.725 y 1.486 del Código civil. Apoyo pequeño, afirman. Sin embargo, no dejan de insistir en que el artículo 1.725 es lo bastante elocuente para poder tomarlo como arranque de una doctrina de la culpa *in contrahendo*. Si el legislador estimó justo una indemnización de los daños y perjuicios que para el tercero resulten de la frustración del contrato intentado, o sea, el interés negativo o interés de la confianza, ¿qué obstáculo se opone a la extensión por analogía si el anhelo de justicia es el mismo en todos los casos semejantes? Los ilustres comentaristas apoyan también la consagración de la culpa precontractual en los artículos 1.270, apartado 2.º, y 1.486, apartado 2.º, del Código civil (*op. y loc. ult. cit.*).

(167) DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, cit., pág. 223.

(168) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 281.

responsabilidad precontractual. Su valoración, fundamento e hipótesis posibles son analizadas dentro de las perspectivas que ofrece la doctrina comparada y según las consecuencias emanadas de quebrantar los «intereses de la confianza» (169).

De conformidad con los criterios que hemos ido exponiendo, pensamos que su adecuada estructuración debe tener en cuenta la idea integradora de *relación jurídica prenegocial*, en la que se comprende el procedimiento formativo del acto jurídico desde las conversaciones preliminares hasta la oferta hecha en firme. Tal relación, presidida por el principio de la buena fe, que se prolonga a la etapa de perfección y conclusión (art. 1258 del C. c.), puede ser violada, bien negándose in fundadamente a contratar, o consintiendo intencionadamente anomalías de los que después serán elementos negociales. Mas en todo caso «el daño injusto que una parte ha ocasionado a la otra durante la etapa preparatoria de un contrato origina la *obligación de indemnizar* si se realizó defraudando intencionadamente la confianza depositada».

¿Hay bases para su admisibilidad en nuestro ordenamiento? Evidentemente sí, pues no hay inconveniente, por aplicación de los principios generales rectores de la contratación, en extender la aplicación de la buena fe negocial a la etapa preparatoria. Hay una razón analógica evidente. Mas, aparte de esta fundamentación de principio, el Derecho positivo español ofrece preceptos legales que dan pie para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar por lesionar la buena fe *in contrahendo*. Así:

1. El Código civil admite la acción de resarcimiento cuando se trata de dolo *in contrahendo* de carácter incidental. Si bien, como señala Cossío, ningún precepto del Código civil excluye la aplicación de la acción de resarcimiento en los casos de dolo causante (170). El dolo, como maquinación fraudulenta que puede perjudicar, causar un daño a la otra parte contratante en la etapa preparatoria, engendra la obligación precontractual de resarcir, al amparo del artículo 1270, ap. 2.º, del Código civil. Si la maniobra dolosa provocó el consentimiento, procedería la acción de anulabilidad, mas también la de resarcimiento por los daños que las maquinaciones previas al consentimiento originaron a la contraparte (171).

(169) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., páginas 188-192.

(170) Y, en cambio, los artículos 1.101 y 1.902 del Código civil abonan la idea de que el dolo, como delito civil, ha de ser fuente de daños y perjuicios, tanto si lo reputamos como una forma de dolo contractual o bien de dolo extracontractual: el artículo 1.101 en un caso y el 1.902 en otro ofrecerán fundamento a la acción de indemnización de daños y perjuicios (Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 365-366).

(171) Interesantes observaciones sobre la valoración y forma de ejercitar ambas acciones, de anulabilidad y resarcimiento, en el dolo causante *in contrahendo*, pueden verse en Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., páginas 365-372.

2. Determinados preceptos del Código civil pueden servir de base para entablar la acción de rescimiento por actuación dolosa o culpablemente grave en la etapa preparatoria: el vendedor que conoce los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifiesta al comprador. Además de la opción entre la acción redhibitoria y estimatoria, la actuación con mala fe *in contrahendo* otorga al comprador la acción para reclamar daños y perjuicios (arts. 1486, ap. 2.º, y 1487). Igualmente, si el vendedor no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente. El comprador puede exigir la indemnización correspondiente durante un año a contar desde el otorgamiento de la escritura (art. 1483). Arrendador que incumple la obligación de entregar la cosa en condiciones de servir al uso a que se destina, si conoció los vicios o defectos y no los notificó al arrendatario (arg. ex art. 1556 del C. c.) (172). Supuesto del mandatario que obra en nombre del mandante y traspasa los límites del mandato (artículo 1725): queda responsable personalmente de los daños irrogados a los terceros que confiaron en su apoderamiento. Los terceros carecen de acción para obligar al mandante, pero no para exigir responsabilidad *in contrahendo* al *falsus procurator* (173). Responsabilidad no por *comodato*, sino por culpa precontractual sería la que surge para el comodante en la hipótesis de no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada. Responde para con éste de los daños que *por tal causa* hubiese sufrido (art. 1752). Igualmente el depositante, si ocasionó daños con mala fe al depositario por vicios conocidos de la cosa depositada (art. 1779). Serían supuestos *ad exemplum* en los que nace una obligación de indemnizar por comportamiento desleal —incumplimiento del deber de notificar o comunicar— en la etapa preparatoria del contrato.

3. También en el ámbito del Derecho mercantil hay algunos preceptos que consagran deberes precontractuales: así el artículo 95 del Código de comercio señala como obligaciones de los agentes comerciales «proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes» (número 2.º), «guardar secreto en todo lo que concierne a las negociaciones que hicieren, y no revelar los nombres de las personas que se las encarguen...» (núm. 3.º). Se impone, por tanto, el deber de comunicar sin reticencias y de guardar secreto mientras se prepara el negocio encargado. Como es sabido, las ventas mercantiles no se rescinden por lesión; mas en todo caso el contratante que ha procedido con malicia o

---

(172) El supuesto ha sido apuntado por BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS como posible caso de *culpa in contrahendo* por negociación ilícita (*La obligación de sanear en el arrendamiento*, "R. D. P.", 1964, pág. 379, n. 32).

(173) Como afirma la Sentencia de 6 de diciembre de 1944, "si el mandatario se excede de los límites del mandato, sin dar conocimiento suficiente de sus poderes, es él quien está en falta, no la parte con quien contrató..."

fraude en el contrato o en su cumplimiento, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios (art. 344 del C. de c.). El dolo o engaño *in contrahendo* hace surgir la obligación de reparar los daños ocasionados al contratante defraudado. El artículo 357 del Código de comercio presupone culpa precontractual en el contrato de transporte si el porteador sospecha fundadamente defraudación al declarar el contenido de un bulto. En caso de confirmarse la sospecha, el remitente se obliga a indemnizar los gastos especificados en el número 2 de dicho artículo. Contempla situaciones de comportamiento desleal en la formación del contrato de seguro el artículo 381 del Código de comercio: se declara nulo el contrato de seguro: 1.º Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato. 2.º Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos. 3.º Por la omisión u ocultación por el asegurado de hechos o circunstancias que hubieren podido influir en la celebración del contrato (174). Observemos que la inexacta declaración del asegurado hecha de buena fe sólo infringe el elemento fáctico de la relación jurídica precontractual, mas no el elemento subjetivo que supone defraudar dolosamente o con culpa grave la confianza ajena. De ahí que únicamente cuando tal defraudación exista procederá la responsabilidad *in contrahendo* en el supuesto número 2.º del artículo 381. En los otros dos previstos por dicho precepto legal creemos que el perjudicado puede ejercitar la acción de resarcimiento por los daños ocasionados al violar la buena fe precontractual (175), independientemente de que entable la acción de nulidad. Pues que hay una conducta dolosa (número 1.º) o intencionadamente reticente (número 3.º) que lesiona la recíproca lealtad que se deben las partes en la formación del contrato.

---

(174) Sobre esta obligación, vid. la importante Sentencia de 25 de abril de 1949. Por lo demás, debe pensarse que si es nulo el contrato de seguro cuando al celebrarse el asegurado tenía conocimiento de haber ocurrido ya el daño objeto del mismo, o el asegurador de haberse ya preservado de él los bienes asegurados (art. 1.797 del Código civil), no cabe duda que la ocultación de tal circunstancia—por lo general, dolosa—origina la indemnización correspondiente por culpa *in contrahendo*.

(175) Aquí de especial intensidad por la índole del negocio que se prepara, pues, como señala GARRIGUES, el contrato de seguro es *uberrimae fidei*. No sólo se somete a los dictados normales de la buena fe, manifestada en la ejecución, sino que se revela con especial intensidad en el momento anterior del contrato. Esto es justamente lo típico del seguro. La entidad aseguradora debe escrupulosamente cumplir con el principio de la buena fe, pero lo característico es que la buena fe opera de modo especial respecto del contratante del seguro (tomador) en el momento en que éste todavía no lo es. Se trata de un deber precontractual a cargo del tomador del seguro, consistente en declarar exactamente todas las circunstancias que puedan influir en la apreciación de los riesgos cuyas circunstancias el asegurador va a asumir. Este deber se inspira en el principio de la buena fe (*Curso de Derecho mercantil*, II, 5.ª ed., Madrid, 1969, págs. 257-258, 276-277).

4. En el ámbito del Derecho público hay algún precepto que da entrada últimamente a la responsabilidad precontractual. Así el Decreto de 28 de diciembre de 1967, que aprobó el Reglamento general para la aplicación y desarrollo de la Ley de Contratos del Estado, establece, en el artículo 44, que «si los actos administrativos *preparatorios* incurren en manifiesta infracción del ordenamiento jurídico, el jefe del departamento competente podrá anularlos de oficio ajustándose a los requisitos establecidos en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento administrativo». A su vez, el artículo 45 declara anulables los actos administrativos *preparatorios del contrato* que infrinjan el ordenamiento jurídico —en particular la legislación de Contratos del Estado— o incurran en defectos de fondo que afecten a los elementos esenciales del contrato. Particularmente interesante es el artículo 47, donde se establece que «la anulación de los actos separables *previos* al contrato... llevará en todo caso consigo la del mismo contrato..., debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuere posible, se devolverá su valor. *La parte que haya sido culpable de la anulación deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*». Nuestro Derecho público, más progresivo en este punto, ha dado entrada a la responsabilidad precontractual en un aspecto ya disciplinado por el Derecho privado en otros países (§§ 122 y 307 del B. G. B.; art. 1338 del C. c. italiano; arts. 26 y 39 del C. suizo de las obligaciones, entre otros). El artículo 47 reconoce, pues, junto a la acción de nulidad, la procedencia de la acción para exigir el resarcimiento de los daños ocasionados en la etapa preparatoria del contrato.

## IX

### PRESCRIPCION DE LA ACCION DE RESARCIMIENTO

Para quien considere que la culpa *in contrahendo* es de índole contractual, la acción para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar por daños precontractuales, prescribe a los *quince años*, como en general las acciones personales que no tengan señalado en la ley un plazo especial de prescripción (art. 1964 del C. c.). Lo que sucede en el supuesto de culpa *in contrahendo*. Quien, por el contrario, piense que la culpa precontractual es de índole aquiliana, basada en un acto ilícito, optará por el plazo de *un año* determinado por el artículo 1968, 2.º, del Código civil para la acción que tenga por objeto exigir responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902.

Es evidente que ha de elegirse entre uno u otro plazo, según la configuración que demos a la responsabilidad precontractual. No hay otra

salida si tenemos en cuenta que la culpa *in contrahendo* no tiene naturaleza autónoma o *sui generis* en nuestro Derecho. Nosotros creemos que es más acertado atribuirle naturaleza contractual, pese a propugnar —como ya dejamos expuesto— su configuración independiente de *iure condendo*. Pues que en realidad se basa en el quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*, de contenido idéntico a la exigida para los contratos en el artículo 1258 del Código civil. Nos hallamos ante una responsabilidad originada en la etapa preparatoria de un contrato, originada a raíz de su formación, apoyada generalmente en la figura del dolo *in contrahendo*. En definitiva, estamos ante una obligación de resarcir que se basa, ciertamente, en la comisión de un acto ilícito extracontractual, mas por razón del contrato proyectado. No basada en la violación del deber genérico *alterum non ledere*, cuanto en el quebrantamiento de la lealtad y confianza que las partes se deben recíprocamente por el hecho de entrar en un contacto negocial (*die Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts*). De ahí que propugnemos el plazo de prescripción de los *quince años*, fijado por el artículo 1964 del Código civil para las acciones personales sin plazo especial (176). Durante el mismo puede el perjudicado en el *iter* formativo del contrato exigir el cumplimiento de la obligación de resarcir a quien lesionó injustamente su confianza (177).

---

(176) Esta es la solución admitida por LARENZ para el Derecho alemán. La pretensión para exigir la indemnización de los daños ocasionados por culpa *in contrahendo* prescribe como regla general a los *treinta* años, plazo ordinario de las acciones personales (§ 195 BGB). Le niega, en cambio, el plazo corto de los *tres* años previsto para el ejercicio de las pretensiones por responsabilidad delictual o acto ilícito. Sin excluir la aplicación de plazos más breves, específicamente determinados por la ley para casos concretos: seis meses para las pretensiones de indemnización del comodatario (§ 606) y arrendatario (§ 558). Cfr. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., pág. 97.

(177) Aplicamos el plazo ordinario de los quince años para los supuestos comunes de culpa *in contrahendo* (típicos, por ejemplo, indemnización por ruptura injustificada de tratos o revocación lesiva de la oferta), no para aquellos que tienen señalado un plazo especial, v. gr., plazo de un año para reclamar indemnización en caso de gravámenes ocultos de la finca vendida que no se notificaron al comprador (art. 1.483, ap. 2.º del Código civil). Por lo demás, y corroborando nuestra idea en torno a la prescripción de la acción para exigir el resarcimiento de los daños precontractuales, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1928 que cuando por haber mediado dolo se aplican las normas ordinarias de las obligaciones y no las que autorizan los artículos anteriores—arts. 1.485-1.489 relativos a las acciones redhibitoria y estimatoria—, el plazo de prescripción es el ordinario de los quince años que señala el artículo 1.964 del Código civil. Razón sólida para nuestro caso, pues que la responsabilidad precontractual tiene su origen en una actuación dolosa o cuasidolosa *in contrahendo*.

## X

## LA CARGA DE LA PRUEBA

El incumplimiento de los deberes exigidos por la buena fe *in contrahendo* —de información, custodia, secreto, etc.— engendra la obligación de indemnizar. Igualmente, si hay prolongación, ruptura de tratos o revocación de oferta con intención fraudulenta o engañosa. El perjudicado, que hizo desembolsos, proyectó en interés del futuro contrato y confió lealmente en las negociaciones, puede exigir al causante del daño la oportuna indemnización. La víctima de las maquinaciones dolosas que vio defraudada la confianza debe probar que ha surgido un deber precontractual de índole obligatoria cuyo cumplimiento reclama. Así se infiere del artículo 1214 del Código civil. Mas en el supuesto que nos ocupa no es menester dicha prueba, por ser la prestación del *id quod interest* pura consecuencia de otro hecho que debe probarse: existencia de una conducta opuesta a la buena fe *in contrahendo*. A quien reclama la indemnización incumbe el *onus probandi* que se concretará: 1.º A evidenciar la existencia de una conducta desleal en las negociaciones preparatorias. El dolo, como es sabido, nunca se presume. Debe acreditarse por la parte que lo alega (S. de 21 de mayo de 1961), probarse cumplidamente. Con frecuencia no será fácil la prueba. En todo caso, si llegó a redactarse minuta o proyecto de contrato, las dificultades serán menores en cuanto pueden examinarse detenidamente los términos en que consta la negociación preliminar. 2.º Debe probarse la existencia de perjuicio económico, los daños ocasionados por quebrantar la buena fe *in contrahendo* (178).

Si es evidente, como se ha señalado, que en nuestro Derecho existe una acción de dolo sustantiva e independiente tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual o aquiliana (179), parece claro que la *actio de dolo* es inherente a las negociaciones previas para exigir indemnización por violar la *bona fides in contrahendo*. Es acción que ejercita, *iure proprio*, quien ha sido defraudado en la etapa preparatoria del negocio. Si prospera la acción de dolo y se considera, en consecuencia, lesionada la buena fe, se impone absolutamente la obligación de indemnizar. Con referencia a la conducta dolosa por alguna de las partes en los tratos, se afirma expresamente

---

(178) En definitiva, la prueba, siempre dificultosa, se reduce a evidenciar la existencia de dolo en su consideración integral. Por tanto, si hay infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, producción de un daño y nexo causal entre ambos elementos. (Sobre ello, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970, pág. 36.) Siempre, claro está, en fase precontractual.

(179) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 35-201, prueba su subsistencia ampliamente y con densidad de argumentación.

que no será fácil la determinación del daño, ni siquiera la del interés contractual negativo; mas bastaría demostrar el engaño para que la indemnización procediese, siquiera ésta había de determinarse prudencialmente por el juez, según las circunstancias de cada caso (180).

Finalmente, si el demandado estima que no ha procedido de mala fe, que el daño irrogado por retirada de los tratos, revocar la oferta o, por ejemplo, violar un deber de custodia o aviso no se debe a una conducta intencionada, sino a otras razones —v. gr.: enfermedad, desconocer el domicilio del que se sintió defraudado en sus expectativas, circunstancias de fuerza mayor o estado de necesidad, pura negligencia, razones permitidas por los usos comerciales de la localidad, etc.—, podría oponer, dentro del proceso, la excepción de dolo. Su finalidad, en caso de prosperar, enervaría el ejercicio de la acción en el caso concreto debatido. No afectaría a la existencia o no del derecho invocado, que quedaría sin prejuzgar (181).

MARIANO ALONSO PÉREZ

(Profesor de Derecho civil de la  
Universidad Autónoma de Madrid)

---

(180) Cossío, *op. últ. cit.*, pág. 281.

(181) Cossío, *op. últ. cit.*, pág. 257.