

302
205



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.
NECESIDAD DE INTEGRARLA AL CODIGO CIVIL
VIGENTE DEL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

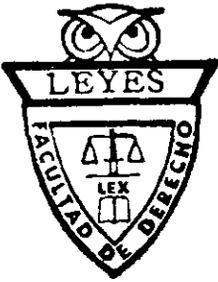
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

NASHIELI SIMANCAS ORTIZ

ASESOR DE TESIS: DR. ARTURO ACEVEDO SERRANO



MEXICO D.F.

1999

ESIS CON
LA DE ORIGEN

02-06-12



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADEZCO:

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,

Por ser la principal cuna del conocimiento,
y haberme abierto las puertas para convertirme
ahora en una profesionalista.

A MIS PADRES,

Que a lo largo de mi existencia, han
realizado con mucho amor un gran
esfuerzo y sacrificio, para brindarme
una carrera universitaria.

AL MAGDO. CARLOS AMADO YÁÑEZ,

Por quien tengo una gran admiración y aprecio,
por su calidad humana que lo caracteriza;
su comprensión y apoyo, sin el cual no hubiera
podido culminar mi tesis profesional. Siendo para mí
un ejemplo a seguir en el camino jurídico.

AL DR. ARTURO ACEVEDO SERRANO,

Por haber tenido la fortuna de que me
dirigiera mi tesis, por tenderme la mano
durante toda la carrera, y lo más importante
de todo, por ser un amigo incondicional.

A todas aquellas personas que
me ayudaron a obtener este título.

ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1.1. Concepto de contrato.....	1
1.1.2. Elementos del contrato.....	4
1.1.2.1. Elementos de existencia.....	5
1.1.2.2. Elementos de validez.....	8
1.1.3. Etapas del contrato. Formación y ejecución.....	14
1.2. La responsabilidad. Su noción y contenido.....	17
1.2.1. La responsabilidad contractual.....	25
1.2.2. La responsabilidad extracontractual o delictual.....	31
1.2.3. La responsabilidad precontractual.....	39
1.2.3.1. Supuestos de no conclusión del contrato o negocio jurídico.....	40
1.2.3.2. Supuestos de anulación, nulidad o inexistencia.....	42

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

2.1. Doctrinas sobre la responsabilidad precontractual.....	46
2.1.1. Teoría de Ihering.....	47
2.1.1.1. Su sistema de exposición y su estudio de las fuentes romanas.....	48
2.1.1.2. Fundamento legal y naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual de acuerdo a Rudolf Ihering.....	50
2.1.1.3. Casuística de la culpa "in contrahendo".....	52
2.1.1.4. Conclusiones de Ihering.....	54
2.1.2. Teoría de Faggella.....	55
2.1.2.1. Etapas que constituyen la responsabilidad precontractual conforme a Faggella.....	56
2.1.2.1.1. Etapa de las tratativas preliminares.....	57
2.1.2.1.2. Etapa de la oferta.....	58

2.1.2.2. Efecto de la ruptura intempestiva de las negociaciones.....	59
2.1.2.3. Fundamento de la responsabilidad precontractual.....	60
2.1.3. Teoría de Saleilles.....	61
2.1.4. Teorías contractualistas de otros autores.....	63
2.2. Teorías extracontractualistas. Responsabilidad extracontractual o aquiliana.....	64
2.2.1. Responsabilidad precontractual fundada en la obligación legal.....	67
2.2.2. Responsabilidad precontractual que se apoya en una idea del abuso del derecho.....	69
2.2.3. Fundamento de la responsabilidad precontractual en base a la buena fe.....	70
2.2.4. Doctrina de la declaración unilateral de la voluntad.....	70

CAPÍTULO III

ETAPA PRECONTRACTUAL

3.1. Determinación de los límites del período precontractual.....	72
3.2. Determinación de los deberes de las partes durante las tratativas preliminares.....	72
3.2.1. Teoría del interés negativo. Medida del resarcimiento.....	75
3.2.2. Antecedentes históricos.....	76
3.2.3. El concepto del interés negativo en la doctrina.....	82
3.2.4. Crítica al concepto del interés negativo de Ihering.....	86
3.2.5. La determinación del quantum en el interés negativo.....	91
3.2.6. Los elementos que deben integrar el resarcimiento del interés negativo.....	96
3.2.6.1. El daño emergente.....	96
3.2.6.2. El lucro cesante.....	101
3.3. La promesa de contrato. Definición.....	106
3.3.1. Características.....	107
3.3.2. Historia.....	108
3.3.3. Naturaleza jurídica.....	110
3.3.4. Elementos personales.....	111
3.3.5. Elementos reales.....	112
3.3.6. Elementos formales.....	113
3.3.7. Terminación del contrato.....	113
3.4. Distinción entre etapa precontractual y promesa de contrato.....	115

CAPÍTULO IV

SITUACIÓN DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

4.1. Responsabilidad civil en la promesa de contrato.....	118
4.2. Necesidad de reconocer y ubicar la responsabilidad precontractual en el Código Civil del D. F.....	121
4.3. Propuesta concreta en reformas al Código Civil Vigente del D.F.....	124
Conclusiones.....	125
Bibliografía.....	129

INTRODUCCIÓN

En el derecho civil se ha hablado mucho acerca del período contractual y extracontractual, así como de las obligaciones que se derivan de éstos en caso de incumplimiento de un contrato, o bien en caso de infracción a una norma general prevista en un ordenamiento jurídico. Sin embargo la doctrina mexicana ha ahondado muy poco sobre el tema de la etapa anterior a la formación del negocio jurídico, y de los daños y perjuicios que durante este lapso se han llegado a ocasionar.

Por tal razón, consideramos pertinente abocar nuestro tema de la tesis en la denominada responsabilidad precontractual; ya que en estos últimos tiempos se ha observado que para que dos sujetos perfeccionen un negocio jurídico; de manera preliminar realizan una serie de negociaciones, tratativas y demás conductas tendientes a garantizar el buen desenlace de dicho negocio.

Y a modo de ejemplo diremos que esto es muy común en las sociedades que se han constituido con fines lucrativos, en las que las partes precontractuales, debido a las grandes sumas de dinero que invierten en sus negocios, prefieren primero que nada realizar proyectos de inversión, gastos de embalaje u otro tipo de desembolsos para llegar de este modo al perfeccionamiento de su contrato.

Pero qué sucede cuando después de haberse llevado a cabo todos esos actos que daban la apariencia de que de un momento a otro el contrato se iba a ejecutar; *una de las partes rompe de manera repentina dichos tratos*, la interrogante es quién va a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la víctima de la ruptura de las tratativas.

Es de esta manera como a lo largo de los cuatro capítulos de la presente investigación, tratamos de encontrar una solución viable a este problema.

El primer apartado comienza con el análisis general de la palabra contrato, estudiando sus elementos, su conformación, la fuente de las obligaciones que contempla la doctrina mexicana; como son la contractual y la extracontractual, incluyendo también otra especie de responsabilidad, la cual es muy poco conocida en el ámbito jurídico de nuestro país: la *responsabilidad precontractual*, estableciendo de esta forma, los supuestos en que se presenta este tipo de obligación, que como veremos es originada en el período anterior a la formación del negocio jurídico.

En el segundo capítulo, presentamos las diferentes teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, ya sea desde una perspectiva contractual o bien extracontractual.

En el tercer apartado, se enmarcan los límites del período precontractual, los deberes de las partes durante las tratativas preliminares, se destacan sus antecedentes históricos, y se alude al contenido del objeto del resarcimiento en caso de romper con las negociaciones, señalando también los elementos que lo integran.

Asimismo, debido a que la responsabilidad precontractual generalmente es confundida con la promesa de contrato, hemos considerado pertinente realizar un breve estudio de la misma, a fin de hacer notar al lector sus rasgos distintivos.

En el capítulo cuarto, se expone la responsabilidad que deviene por incumplimiento de la promesa de contrato, la situación actual de la obligación precontractual en el Código Civil Vigente del Distrito Federal, así como una

propuesta de reformas para incorporar una nueva estructura al título de las obligaciones del citado ordenamiento.

Finalmente podemos mencionar que la intención básica de este estudio se centra en proponer la inclusión y reconocimiento de la etapa precontractual en nuestro sistema civil mexicano; dado que no entendemos como las situaciones que revela el análisis del período previa a la formación propia del contrato; escape al contenido de nuestro código. Por lo que esperamos que estas reflexiones puedan servir como inquietud para posteriores estudios.

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1.1 CONCEPTO DE CONTRATO.

El vocablo contrato deriva del latín "*contractus*", que a su vez proviene del verbo "contrahere" (reunir, lograr, concertar).¹

Son diversas las connotaciones, que se han dado al contrato.

El jurista Luis Muñoz en su obra denominada "Teoría General del Contrato" dice que técnicamente el significado más auténtico de la palabra contrato, es el de: "...negocio jurídico bilateral, y patrimonial *intervivos*."²

En el Diccionario Jurídico Mexicano, se establece que el contrato es: "Un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho, sin embargo tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada."³

Por su parte, el tratadista Raúl Ortíz Urquidi sostiene que: "El contrato lo mismo que todo convenio es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior

¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa, México D.F., 1987, pág. 691.

² Muñoz, Luis, Teoría general del contrato, 2ª edic., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1973, pág. 1.

³ Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., pág. 691.

de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho, sancionados por la ley.”⁴

Los tres conceptos coinciden en que para la constitución de un contrato o negocio jurídico es indispensable que entre los sujetos involucrados en dicha relación, exista un acuerdo de voluntades, para la producción de consecuencias jurídicas.

Así la concepción establecida por el Diccionario Jurídico Mexicano es la más completa, en tanto que sostiene que al formalizarse el contrato le reviste el carácter de una norma jurídica individualizada, pues durante la vida jurídica del contrato las partes deben observar tanto las reglas generales establecidas por el ordenamiento civil, como las reglas especiales establecidas entre ellos; por ejemplo, el contrato de arrendamiento de bienes muebles en el que las partes deben observar lo dispuesto por el Código Civil Vigente y lo estipulado en las cláusulas.

Por otro lado, para el maestro Manuel Borja Soriano el contrato es una especie de convenio, entendiendo por éste: “El acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones... que produce o transfiere obligaciones y derechos.”⁵

Es decir, para el citado autor los convenios que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios en sentido estricto.

Por su parte Manuel Bejarano Sánchez, sostiene que: “El contrato es una doble manifestación de voluntad; la de los contratantes que se ponen de acuerdo y como acto jurídico es pues bilateral o plurilateral.”⁶

⁴ Ortiz Urquidi, Raúl, Derecho Civil, Parte General, 2ª edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1982, págs. 240, 241.

⁵ Idem.

⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, 3ª edic., Edit. Harla, México 1984, Colección de Textos Jurídicos Universitarios. págs. 31 y 32.

Finalmente y conforme al jurista francés Friederich Von Savigny en su obra intitulada "Traite de Droit Romain" el contrato es concebido como: ".. el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad, destinada a regir sus relaciones jurídicas." ⁷

Ahora bien, como puede advertirse la mayoría de los tratadistas mencionados, convergen en que la concepción del contrato deriva, de una exteriorización de la voluntad, que posteriormente una vez perfeccionado el negocio jurídico, dará lugar al nacimiento de una serie de consecuencias de derecho que serán sancionadas por la ley. Así pues la definición del profesor Manuel Borja Soriano es la que mejor se apega a la concepción de nuestra legislación mexicana; ya que manifiesta las características del denominado "convenio" como género y posteriormente cita los rasgos distintivos del "contrato" como la especie, tal y como lo establece el Código Civil Vigente para el Distrito Federal en sus artículos 1792 y 1793.

En efecto, dichos preceptos textualmente se leen así:

"Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

En suma tanto la doctrina extranjera como en la mexicana, conciben al contrato con la idea generalizada de un acuerdo de voluntades sobre la creación y transmisión de derechos y obligaciones.

⁷ Von Savigny, Friederich, Traite de droit romain, Tomo III, 1851-1855, trad. francesa de Genoux, España, 1977, pág. 14.

1.1.2. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

El contrato se integra con elementos de existencia o denominados de esencia o estructurales y de validez.

Los primeros son indispensables para que haya contrato.

El Código Civil Vigente los enumera de la siguiente manera:

"Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

Los segundos, o sea los elementos de validez no impiden que el contrato nazca, pero sí provocan su ineficacia. Estos se desprenden del artículo 1795 del Código Civil Vigente interpretado en sentido contrario:

El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

1.1.2.1. Elementos de existencia.

Los elementos de existencia, esenciales o estructurales del contrato, son el consentimiento, el objeto y excepcionalmente la solemnidad.

A) Consentimiento.

El jurista mexicano Bernardo Pérez Fernández del Castillo, señala que el consentimiento es: "... el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; el cual debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato." ⁸

Por su parte, el catedrático Rafael Rojina Villegas considera que la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita: "Es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje oral, escrito o mímico. Es tácita cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje." ⁹

En ese sentido, mientras que el acuerdo de voluntades de los sujetos contratantes no se manifieste de forma expresa o tácita no se puede hablar de la existencia del elemento consentimiento.

Conforme al artículo 1804 del Código Civil Vigente el consentimiento en los contratos se integra con dos elementos: la oferta y la aceptación.

⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Introducción a la teoría del contrato, 2ª edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1995, pág. 22.

⁹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil/Introducción, Personas y Familia, Tomo I, 1ª edic., Antigua Librería Robredo, México, D.F., 1962, pág. 120.

De esa manera, puede suceder lo que comenta el maestro Bernardo Fernández Pérez de Castillo: "se confunda el consentimiento con los tratos o acuerdos preliminares, en los que se ha conversado sobre el posible contenido del contrato. Los tratos no se consideran consentimiento pero cuando por dolo o mala fe de una de las partes hay divergencia entre los tratos y el contrato, se incurre en la culpa in contrahendo que puede ser causa de nulidad del contrato."¹⁰

Así, el consentimiento entre presentes se perfecciona cuando las partes expresan su voluntad; por el contrario, el consentimiento entre ausentes se perfecciona con determinadas reglas (artículo 1805) por teléfono o bien sea que se efectúe por telégrafo (artículo 1811).

B) Objeto.

El *objeto* del contrato, se traduce en la creación y transmisión de derechos y obligaciones, que puede consistir en una obligación de dar, de hacer o de un no hacer. Es decir se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse.

Por tanto, como las obligaciones que se crean en el contrato son de dar, de acuerdo con el artículo 2011 de nuestro ordenamiento civil pueden consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta (vg. compraventa y permuta);
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta (vg. arrendamiento y comodato);
- III. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta debida (vg. mutuo).

¹⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., pág. 22.

C) Solemnidad.

El contrato requiere siempre de dos elementos de existencia: consentimiento y objeto, pero de manera eventual la ley en algunos contratos, establece un elemento más, la solemnidad.

La solemnidad para el maestro Ernesto Gutiérrez y González es: "...el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto." ¹¹

Para el mismo autor "el efecto de la solemnidad, es darle existencia al acto jurídico, y así por el contrario ante su falta, por ministerio de ley, la voluntad de los que pretendan contratar no produce los efectos deseados y su voluntad no alcanza el rango de acto jurídico, y se puede decir con la tesis clásica que el acto no existe." ¹²

En razón de lo anterior, por contrato solemne se puede entender, aquel donde la ley exige como elemento de existencia que la voluntad de las partes se manifieste con la forma prevista por ella; sin la cual el acto será inexistente, es decir que de esa forma se eleva por la ley al rango de elemento de existencia del acto, de tal manera que al no cumplirla, el acto no puede existir. Ejemplo el testamento y el matrimonio, como actos jurídicos, en los cuales la solemnidad es un elemento esencial, estructural o de existencia.

¹¹ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de obligaciones, 8ª edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1991, pág. 257.

¹² Idem.

1.1.2.2. Elementos de Validez del Contrato.

Para que el contrato sea válido debe existir:

- A) Capacidad de las partes.
- B) Ausencia de vicios en el consentimiento, tales como el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión.
- C) Que el objeto motivo o fin sean lícitos.
- D) Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.

A) Capacidad de las partes.

La capacidad es el atributo más importante de las personas, donde todo sujeto por el simple hecho de nacer adquiere la capacidad jurídica; que puede ser total o parcial.

En efecto, el catedrático Rafael Rojina Villegas en su obra intitulada "*Compendio de Derecho Civil*", dice al respecto lo siguiente: "Es la capacidad de goce el atributo esencial, e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas puede faltar en ellas y sin embargo existir la personalidad."¹³

Deí párrafo anterior se desprende que la capacidad total es cuando se tiene tanto la capacidad de goce como la de ejercicio; asimismo la capacidad parcial se presentará cuando el sujeto no esté en condiciones de ejercer sus derechos y obligaciones por sí solo; es decir únicamente cuenta con la capacidad de goce que es la que ha detentado desde su nacimiento.

¹³ Rojina Villegas, Rafael, op. cit., pág. 158.

Al citar Rojina Villegas a Kelsen, señala que éste concibe a la persona como: *"...un centro de imputación de derechos y obligaciones, y actos jurídicos."*¹⁴

Con respecto de lo anterior, el mismo autor, concluye que la capacidad viene a constituir: *"...la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación y al desaparecer, también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico."*¹⁵

Una vez establecido el concepto de capacidad, conviene decir que aquélla se divide en capacidad de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce: *"...es la aptitud que tiene una persona para ser sujeta de derechos y obligaciones. Y la capacidad de ejercicio es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente."*¹⁶

Dentro de la capacidad de goce cabe señalar que, como regla general todos los individuos desde su nacimiento son capaces; sin embargo existen individuos que pese a que sólo han sido concebidos y no nacidos, se encuentran protegidos por la ley para efectos de que se les pueda reconocer la personalidad de estos seres, puedan heredar, o ser donatarios; y en apoyo a ello tenemos el artículo 22 de nuestro ordenamiento civil.

Así el código en cita hace mención de la denominada capacidad, también expresa (artículo 450) casos de incapacidad ya sea natural o legal, enumerando entonces como incapacidades generales a la minoría de edad, el estado de interdicción, así como las demás incapacidades que establece el Código Civil Vigente, por lo que estos incapacitados, (artículo 23 del mismo ordenamiento), sólo pueden

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem, pág. 164.

ejercer sus derechos por medio de sus representantes legales; de sus padres en el ejercicio de la patria potestad o en su caso, a través de sus tutores.

Por último y por lo que respecta a la incapacidad especial, el código hace referencia de las personas mayores que no se encuentran en los supuestos del artículo 450, y que se ven impedidas de actuar por la relación que tienen con una persona o bien con una cosa.

B) Ausencia de vicios en el consentimiento, tales como el error, el dolo, la mala fe y la violencia.

La nulidad relativa se provoca cuando un contrato se celebra con vicios en el consentimiento; sin embargo, tal contrato se puede llegar a convalidar una vez que han cesado los vicios y la víctima ha ratificado su voluntad. Igualmente, es nula la renuncia anticipada a invocar la nulidad por los vicios del consentimiento (artículos 6o. y 1822 del Código Civil Vigente).

Así pues, *el error* dice el profesor Bernardo Pérez Fernández del Castillo: "...resulta de un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad a diferencia de la ignorancia que es la falta de conocimientos." ¹⁷

El dolo, se configura cuando una persona emplea cualquier sugestión o artificio para inducir al error o mantener en él a cualquiera de los contratantes (art. 1815 C.C.V.).

¹⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., pág. 31.

El mencionado autor, establece que: "El dolo nulifica el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad y no sobre características secundarias. Puede existir dolo principal o secundario. El principal anula el contrato si ha sido causa determinante de este acto jurídico. El dolo secundario provoca la acción *cuanti minoris* pues de haberse conocido se hubiera pagado un precio más bajo."¹⁸

Mala fe. El Código Civil Vigente nos proporciona la definición de mala fe y establece en su artículo 1815 que es: "*la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.*"

Violencia. El Código Civil Vigente también señala el concepto de violencia:

"*Art. 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.*"

C) Que el objeto motivo o fin sean lícitos.

Conforme al artículo 1830 de nuestro ordenamiento civil es ilícito "*el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.*"

En términos generales se puede afirmar que: "El ilícito es todo acto o hecho realizado en contra de una disposición legal, sea o no de orden público."¹⁹

¹⁸ Ibídem, pág. 32.

¹⁹ Ibídem, pág. 33.

Así pues para poder definir claramente lo que es el objeto lícito es necesario saber que es lo que se entiende por leyes de orden público y por buenas costumbres.

Por lo que hace al concepto de buenas costumbres, es impreciso. Una de las definiciones del diccionario sobre buenas costumbres, es la siguiente:

"Buenas costumbres.- Con esta acepción se alude a un principio de carácter moral que describe el comportamiento que debe observar una persona en la vida social regulada por las normas jurídicas....Cuando la norma jurídica hace uso de esta expresión, está habilitando al juez que legisle, es decir, para que actúe conforme a lo que su leal y saber entender le señala qué son las buenas costumbres que deben observarse frente a un caso concreto;... En el lenguaje del derecho se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes humanas y divinas."²⁰

De aquí se advierte que la buena costumbre es un concepto que en cada caso tendrá que definir el juez en los conflictos determinando lo que se debe entender por esas palabras y cuál es el efecto de un acto contrario a las buenas costumbres para aclarar su ilicitud civil.

Por su parte el artículo 8º, del Código Civil Vigente, dispone:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

Así los actos necesitan ser lícitos en todas sus manifestaciones para que el derecho los ampare y les de consecuencias jurídicas.

²⁰ Garrone, José Alberto, Diccionario Jurídico, 1ª edic., Edit. Abeledo Perrot, Argentina, 1987, pág. 279.

D) Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.

La forma se define como: *"El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico."*²¹

Los formalismos o formalidades como: *"El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico."*²²

La distinción entre la forma y los formalismos, es que la primera es la manera en que las partes manifiestan el consentimiento del negocio jurídico sin que se exija formalidad alguna para su validez; a diferencia de los formalismos los cuales se convierten en un elemento más para la validez del contrato dado que la ley o las persona contratantes reglamentan la forma en que los sujetos deben expresar su voluntad.

En cuanto a los formalismos, los contratos se han clasificado históricamente en solemnes, reales, consensuales y formales.

Solemnes. El maestro Bernardo Pérez del Castillo manifiesta que: "Actualmente sólo existen en nuestro derecho el testamento y el matrimonio."²³

Para estos contratos, se considera a las formalidades exigidas por la ley como uno de los elementos esenciales para que exista el contrato.

²¹ Pérez Fernandez de Castillo, Bernardo, op. cit., pág. 35.

²² Idem.

²³ Idem.

Reales. Se perfeccionan con la entrega de la cosa. En Roma eran contratos reales la prenda, el mutuo y el comodato. En el Código Civil Vigente para el D.F. vigente, la prenda es el único contrato real.

Consensuales. Se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes.

Formales. La ley señala que para la validez de estos contratos, no es suficiente la manifestación verbal, si no son necesarios determinados formalismos, tales como el escrito privado, o la escritura pública.

Cabe subrayar que la falta de forma produce la nulidad relativa. Sin embargo, el contrato se puede convalidar otorgándolo en la forma establecida por la ley o ejerciendo la acción proforma en los términos del artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles que expresa: *"El perjudicado por falta de título legal, tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente."*

1.1.3. ETAPAS DEL CONTRATO. FORMACIÓN Y EJECUCIÓN.

El contrato como negocio jurídico, es un fenómeno producido por el derecho, y como todo fenómeno de esa naturaleza nace, vive y se extingue. Nace con fines determinados que cumplir y desde ese momento hasta su extinción debe llenar normalmente las funciones que le son propias.

El tratadista Luis Muñoz afirma que: "La formación del contrato, se lleva a cabo a través de la integración del negocio jurídico bilateral con todos sus elementos. Esa integración puede alcanzarse desde el primer instante, y entonces se habla de formación instantánea, o bien se consigue paulatina y sucesivamente, y decimos que

la formación es progresiva. A la formación instantánea se le llama también *uno actu...* De tal forma que en la formación sucesiva haremos notar que preciso es recorrer previamente un camino, y que mientras se recorre ese camino apreciamos un proceso de formación más o menos largo, durante el cual el negocio todavía no está completo, pues se halla en trance de llegar a ser *in itinere*. Donde este modo o manera de formación sucesiva es típico de los negocios jurídicos bilaterales y plurilaterales. ²⁴

Sin embargo, se advierte que en la vida contemporánea, la formación del contrato de tipo progresiva es la que está predominando cada día más en el ámbito jurídico y principalmente en lo que respecta a los contratos donde se tiene como fin un lucro como por el ejemplo el de aquellas sociedades que tienen la intención de invertir grandes sumas de dinero, para la constitución de un consorcio mercantil. En consecuencia la formación del contrato de manera progresiva, resulta con el propósito de garantizar las posibles inversiones que se hagan en el negocio pretendido; estudiando pues, y procurando de la mejor forma el éxito del mismo.

Siguiendo con el análisis del tema en estudio, el mismo autor dice que: "El contrato como negocio jurídico bilateral, rara vez se forma instantáneamente, pues por lo general; a la integración de todos sus elementos preceden los tratos o negociaciones de las partes, llevados al cabo por sí mismas, o por sus representantes legales, bien entendido que las personas jurídicas se comportan por medio de ellos o de sus órganos; donde a ese proceso vulgarmente se le denomina contratar... Tales tratos o negociaciones, tienen como contenido una serie de conductas de las partes dirigidas a la formación del contrato; que por consiguiente, semejantes conductas no obligarán salvo que pueda deducirse que injustificadamente se rompieron los tratos o

²⁴ Muñoz, Luis, op. cit., pág. 232 y 233.

negociaciones, o que esas conductas fueron suficientes para que el negocio quedara formado.”²⁵

Por ello, cuando se da lugar a toda una serie de negociaciones ya sea de manera directa o a través de la representación, para la formación de determinado negocio jurídico; debemos tener presente que al romper dichos tratos, se puede incurrir en responsabilidad civil si las conductas realizadas durante el período precontractual dieron la impresión de que el contrato se iba a perfeccionar.

Puede suceder que durante el proceso formativo del contrato fallezca una de las partes, y la muerte de ésta impida la realización del negocio. Tal aspecto es diferente al de que antes de la muerte de uno de los contratantes, el negocio haya sido perfeccionado y deba ser eficaz después de su fallecimiento; ni con aquél con el que el deceso sea presupuesto necesario para que el contrato ya formado sea eficaz, igualmente algo semejante acontece cuando sobreviene la incapacidad de algunos de los contratantes.

La doctrina sostiene que el perfeccionamiento de un negocio jurídico no sólo puede darse por el acuerdo de las partes contratantes sino también por la simple adhesión a un contrato ya establecido, es decir: "... la formación del negocio es por adhesión, cuando una de las partes hace propia la declaración de la otra, al aceptarla o conformándose con ella. Ahora bien el declarante tiene el deber de emitir con fidelidad y claridad su declaración para evitar que se le atribuya una voluntad diversa de la real.”²⁶

Básicamente, hoy en día los contratos por adhesión son muy comunes tanto en las grandes como pequeñas empresas o negocios, y a modo de ejemplo citemos

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

el caso de una persona que requiere el lavado de su auto o la limpieza de su ropa en un expendio comercial; la factura que se le entrega a ésta ya contiene establecidas las cláusulas a las que se tiene que adherir el solicitante del servicio, sin tener derecho alguno a modificarlas, pues únicamente tiene la opción de contratar el servicio o de no contratarlo.

Por último consideramos que, no es sino hasta que se reúnen todos los requisitos tanto de existencia como de validez, cuando se da lugar al perfeccionamiento del negocio jurídico.

1.2. LA RESPONSABILIDAD. SU NOCIÓN Y CONTENIDO.

El término "responsabilidad" surge de la expresión latina *respondere*, que significa estar obligado.²⁷

El concepto de responsabilidad lo encontramos dentro de los más diferentes niveles y campos ya sea que se hable de la denominada: "responsabilidad religiosa, moral, jurídica u otras especies de responsabilidades."²⁸

Luego entonces, parecería que la palabra *responsabilidad* inicia con el nacimiento de una obligación; así por ejemplo en el supuesto de una compra - venta, el vendedor será el responsable de la entrega de la cosa vendida. Pero hay que tomar en cuenta la gran diferencia que existe entre la palabra *deuda* y *responsabilidad*, pues continuando con esta hipótesis puede observarse que la

²⁷ Idem.

²⁸ Autores varios, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, 1ª edic., Obras Magistrales de la Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., 1967, Buenos Aires, pág. 790.

obligación de entregar la cosa por parte del vendedor constituirá su deuda y solamente el incumplimiento de esa deuda originará la responsabilidad.

Así la responsabilidad será para una doctrina muy generalizada: "el tramo obligacional que nace por el incumplimiento de la obligación y eventualmente puede llegar hasta la ejecución de los bienes del deudor."²⁹

El prestigiado jurista Josserand alude al vocablo "responsabilidad"; dándole una connotación, a nuestro parecer demasiado amplia. Para él, será responsable la persona que causó el perjuicio a otra, siendo ésta última la víctima. Incluso, cuando la víctima no pueda culpar a nadie de su perjuicio ésta misma será la responsable. Por lo que puntualiza: "Aquel a quien en definitiva haya de cargarse el daño ocasionado, deberá inevitablemente calificarse de responsable, aunque sea la víctima directa del hecho perjudicial."³⁰

La postura contraria a la de Josserand es la que adoptan los hermanos Mazeaud en su obra intitulada "Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual", al aseverar lo que a continuación se cita:

"La noción de responsabilidad, hasta etimológicamente (*responsable* es el que responde) se conecta con la idea de reparación, que tiene el sentido de que el perjuicio es padecido por alguien que es su autor, y no por la víctima misma. Justamente resulta que, entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación; el primero se convierte en deudor y la segunda en acreedora de la reparación, una y otra fuera de su voluntad. A lo cual no obsta, por cierto, que no todos los daños sean reparables, y que no siempre el autor sea solvente como para

²⁹ *Ibidem*, pág. 791.

³⁰ Josserand – Brun, Curso de derecho civil, Tomo II, Buenos Aires, 1950, pág. 509.

satisfacer efectivamente a la víctima, pero no por ello dejará de ser responsable. De tal suerte que la responsabilidad constituye una reparación, no una sanción y en consecuencia, no existe responsabilidad más que donde existe violación de una obligación hecha, excepción de la responsabilidad objetiva.”³¹

En ese sentido, se puede decir que los daños y perjuicios y por consiguiente su reparación no sólo pueden ser exigibles a la persona que directamente los causó, sino que en caso de daños causados por menores de edad, personas en estado de interdicción, obreros o empleados en ejercicio de sus labores, la reparación del daño es exigida a los padres de los menores, a los tutores, y a los patrones respectivamente, de lo que se observa entonces cómo la ley exige esa reparación a una persona que nada tuvo que ver en la comisión del daño.

Por otra parte, el Diccionario de la Lengua Española ha determinado que: "La responsabilidad es una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal." ³²

También el Diccionario para Juristas precisa que: "La responsabilidad es la deuda de satisfacer o reparar, por sí o por otro, a consecuencia de una culpa, delito u otra causa legal." ³³

Asimismo, el tratadista José de Aguilar Días sostiene que: "Toda manifestación de la actividad humana trae consigo el problema de la responsabilidad. La responsabilidad no es un fenómeno exclusivo de la vida jurídica, sino que se liga a todos los dominios de la vida social." ³⁴

³¹ Mazeaud, Henri y Leon, Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual, 1ª edic., Edit. Colmex, México, 1945, pág. 3.

³² Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Tomo II, 20 edic., Madrid 1984, pág. 564.

³³ Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, 1ª edic., Mayo Ediciones, México, 1981, pág. 467.

³⁴ Citado por Palomar de Miguel, Juan *Ibidem*, pág. 468.

Se considera que esta última acepción es una un reflexión muy acertada, dado que como bien sabemos el ser humano es social por naturaleza por lo que puede acontecer que alguna vez en el trayecto de su existencia, su interacción o conducta con respecto a otros hombres ocasione daños y perjuicios no sólo de naturaleza jurídica sino también de naturaleza, moral, religiosa o de cualquier otra especie, constituyéndose así algún tipo de responsabilidad. Un ejemplo de ello puede ser cuando se comete el delito de calumnias, se perjudica la integridad moral, no sólo del sujeto que directamente está siendo calumniado, sino de la sociedad misma. Otro ejemplo es el referente a la afectación del honor; al respecto puede entenderse en un sentido objetivo o en un sentido subjetivo, el primer caso sería el buen nombre o la fama de que goza el sujeto dentro de la sociedad que lo rodea; en el segundo caso, sería el sentimiento autoestimativo que tiene la persona que resulta afectada.

De esa manera los hermanos Mazeud también sostienen que: "la responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber u obligación."³⁵

En razón de lo expuesto, la noción de la palabra *responsabilidad*, se ha fijado sin duda de una manera imperfecta en virtud de que existe en ella una pluralidad de ideas, y en razón a que cada autor defiende su postura la cual tiene muchas variaciones en comparación con las otras. Sin embargo, la mayoría de tales concepciones tienen un punto en común, el cual se refiere a que toda responsabilidad constituirá una reparación del daño, causado a consecuencia de una infracción de un deber que el sujeto tuvo que observar.

³⁵ Mazeaud, Henri y Leon, Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual, op. cit., págs. 1 y 2.

Lógicamente puede concluirse que son innumerables las especies de responsabilidades que hay conforme al campo en que se presenta el problema, ya sea en la moral, en las relaciones jurídicas de derecho público o privado.

En el ámbito jurídico que resulta más interesante, se pueden distinguir principalmente dos tipos de responsabilidades: la responsabilidad penal o la responsabilidad civil.

Los hermanos Mazeud, en su obra Lecciones de Derecho Civil dicen al respecto lo siguiente: "Para que exista responsabilidad civil, y asimismo para que haya responsabilidad penal, se necesita una acción o una abstención, en el pensamiento debe exteriorizarse. Y en ambos casos, esa acción o abstención, debe haber causado un perjuicio. Pero en unas ocasiones, el daño afecta a la sociedad: existe entonces responsabilidad penal; en otras, afecta a una persona determinada: existe entonces responsabilidad civil."³⁶

El anterior criterio es acertado, toda vez que la responsabilidad se origina por la violación a una norma, con independencia de su carácter civil o penal. En el sistema jurídico, al igual que en otros casos, el concepto de responsabilidad se identifica con la reparación del daño; por tanto, se sostiene que si un individuo ha sufrido un daño que no sea a consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor o culpa inexcusable de él mismo, está en todo su derecho de exigir la indemnización correspondiente.

Así los mencionados autores sostienen que: "Mientras que la responsabilidad penal constituye una sanción, la responsabilidad civil constituye una reparación; lo

³⁶ Mazeud, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, 2ª Parte, Traducción Europa - América, Buenos Aires Argentina, 1959, pág. 8.

que resulta entonces que no se mide en principio, por la culpabilidad del autor del daño, sino por la importancia de ese daño.”³⁷

Con lo anterior, se insiste que la responsabilidad civil, se va a conceptualizar de una manera completamente diferente a la responsabilidad penal, puesto que la primera va a suponer que no hay un perjuicio social, sino uno privado; es decir, la víctima no va a ser la sociedad entera, - como lo hemos dicho -, sino un particular, por tal razón, ya no es cuestión de penar sino solamente de reparar.

Ahora bien el profesor Rafael Rojina Villegas, convergiendo con el criterio que hasta ahora hemos expuesto sostiene que: “si no existe una daño en la más amplia concepción de la palabra comprendiendo también el perjuicio o sea, la privación de una ganancia lícita, es evidente que para el derecho civil no puede existir responsabilidad, es decir obligación, aún cuando hubiere dolo en el agente y existiere la relación de causa a efecto, que en este caso propiamente no podría referirse al hecho y al daño.”³⁸

En efecto, aunque existiere dolo en la conducta del agente provocador de la responsabilidad, si esa conducta no se concluye en un daño real, dicha responsabilidad será inexistente.

Por su parte, Manuel Bejarano Sanchez, apunta que la responsabilidad civil es: “La necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo”.³⁹

³⁷ Mazeaud Henri, León y Jean, “Lecciones de Derecho Civil”, Parte Segunda, Vol. II, La Responsabilidad Civil, Los cuasicontratos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pág. 9.

³⁸ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Obligaciones, Vol. II, 5ª edic, Edit. Porrúa, S.A. México 1985, pág. 119.

³⁹ Bejarano Sanchez, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., pág. 217.

Asimismo, el Diccionario para Juristas de Juan Palomar de Miguel subraya que la responsabilidad civil implica: "el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o un tercero, por el que debe responderse." ⁴⁰

Para ilustrar lo anterior, cabe mencionar el caso de una industria exportadora de frutas, la cual tiene el deber de observar ciertas normas de calidad respecto al tamaño de las frutas de determinada especie que deberán empacar para su exportación, y por falta de cuidado de los obreros de la misma empacan frutas de diversos tamaños. Posteriormente al llegar el pedido al lugar de su destino, el comprador al percatarse de la norma de calidad violada, devuelve el pedido ocasionándole al mismo tiempo daños y perjuicios, en razón de que dicho paquete iba a ser vendido a un restaurante de comida internacional el cual observa con gran agudeza el tamaño de sus frutos. Por lo tanto el dueño de la industria exportadora tendrá la responsabilidad de reparar los daños causados por la falta de cuidado de los obreros de su empresa.

Henri y León Mazeaud, insisten que: "Hay responsabilidad civil cuando una persona causa un daño a otra, por culpa o dolo, existiendo una relación directa o indirecta entre el hecho y el daño." ⁴¹

Y en consecuencia, afirman que: "Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde de ese daño." ⁴²

Es así como podemos decir que es factible enunciar que cuando el perjuicio afecta a una persona privada y su autor puede ser obligado a repararlo, existe

⁴⁰ Palomar de Miguel, Juan, op. cit. pág. 469.

⁴¹ Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, op. cit. pág. 7.

⁴² *Ibidem*, pág. 2.

entonces responsabilidad civil, y por el contrario cuando afecta intereses de la sociedad la responsabilidad será penal, ya que a la sociedad, no le importa los perjuicios que sufra la esfera jurídica de un particular.

Ahora bien, una vez señaladas las diversas posturas doctrinarias respecto al alcance que tiene en nuestro país la responsabilidad civil; es menester subrayar que la susodicha responsabilidad comprende dos órbitas: la *contractual* por un lado y la *extracontractual* o también denominada *delictual o cuasidelictual*, por el otro. Éstas contienen génesis distintas que condicionan regulaciones más o menos diversas, pero con diferencias en todo caso apreciables.

Luego entonces: "cuando el perjuicio deriva del incumplimiento de una obligación contractual, la responsabilidad es contractual, y en los restantes casos, la responsabilidad es delictual, si el daño ha sido querido por su autor, o cuasidelictual si no ha sido querido."⁴³

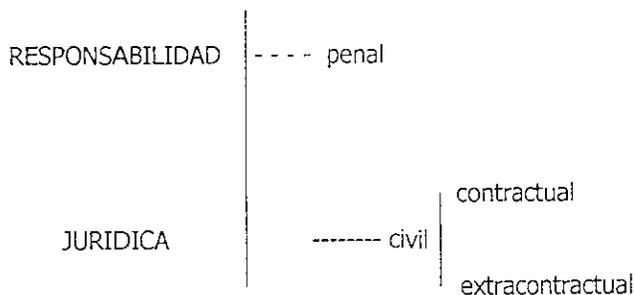
Por último, sostiene José De Aguilar Días que: "el término delito en materia civil posee un sentido muy distinto del que reviste en derecho penal donde el mismo designa una categoría de infracciones."⁴⁴

Por lo que la responsabilidad delictual y cuasidelictual también será fuente de las obligaciones como lo veremos en el siguiente apartado.

Siendo esquemáticos podemos exponer la responsabilidad jurídica en el siguiente cuadro de forma gráfica.

⁴³ Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, op. cit., pág. 10. La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. La responsabilidad delictual o cuasidelictual, no nace del incumplimiento de un contrato, nace de un delito o de un cuasidelito.

⁴⁴ Citado por Palomar de Miguel, Juan, op. cit., pág. 21.



1.2.1. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Diversos autores coinciden al estimar dos tipos de responsabilidad civil; la contractual y la extracontractual. En la responsabilidad contractual siempre existirá la obligación de indemnizar o resarcir, derivada de una relación jurídica, que puede ser por ejemplo, la firma de un contrato donde se establezca dicha obligación con anterioridad al daño o perjuicio ocasionado. En la responsabilidad extracontractual encontramos a la víctima de un daño y al responsable del mismo, pero sin existir con anterioridad alguna relación jurídica obligatoria.

Los hermanos Mazeud, en su obra Lecciones de Derecho Civil, dicen: "La responsabilidad contractual es la que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando un contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio; su responsabilidad es una responsabilidad contractual."⁴⁵

⁴⁵ Mazeud, Henri y León, Lecciones de derecho civil, op. cit., pág. 263.

Para los Hermanos Mazeud, es lógico suponer que se configure la responsabilidad contractual, es preciso que exista un contrato y que el vínculo jurídico que genera esa responsabilidad surja de la responsabilidad contractual; como podría ser la obligación que surge de un contrato de compra-venta, toda vez que el vendedor al no entregar a tiempo la cosa vendida tiene la obligación de reparar el perjuicio ocasionado por el comprador. Sin embargo se debe decir que sin un contrato válidamente celebrado, es imposible la existencia de una responsabilidad contractual.

Alvaro Pérez Vives dice que: "la responsabilidad contractual al igual que en materia extracontractual, es menester la existencia de una relación de causa y efecto, entre la culpa y el perjuicio resultante del incumplimiento; por lo que la fuente de la obligación no es el acto jurídico llamado contrato, sino el incumplimiento de la obligación engendrada por aquel."⁴⁶

Una vez conocido el panorama de la doctrina extranjera, en cuanto a la responsabilidad contractual, se observa que la mayoría de los autores consideran como elementos de la misma: un daño, las figuras de acreedor deudor y la existencia de un contrato entre las partes.

Ahora bien, analizando la responsabilidad contractual en la doctrina mexicana, Manuel Bejarano Sánchez dice:

"Responsabilidad contractual es la proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual. De un contrato u otro acto jurídico de derecho privado. La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato cuando un

⁴⁶ Pérez Vives, Alvaro, Teoría General de las obligaciones, Vol. II 1ª parte: De las fuentes de las obligaciones, Continuación de la responsabilidad Civil de la Ley, 3ª edic., Edit. Temis, Bogotá, 1968, pág. 10, 48.

contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones está obligado a reparar ese perjuicio; su responsabilidad es una responsabilidad contractual."⁴⁷

Para hablar de responsabilidad contractual es necesario partir de la idea general de responsabilidad, o sea la necesidad de reparar los daños y perjuicios por uno de los contratantes al otro, a consecuencia de la violación a las disposiciones de un contrato.

Del análisis del sistema jurídico mexicano, se considera como elementos de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones los siguientes:

- Que el deudor incurra en mora,
- Que se causen daños y perjuicios al acreedor
- Que exista culpa al violarse las disposiciones del contrato

Se debe remarcar la importancia del nexo causal entre el daño sufrido y el incumplimiento del contrato, toda vez que corresponde al acreedor demostrar el monto del daño y que éste se originó por el incumplimiento de una obligación, ya que si hubo otras causas que originaron el daño, no existe responsabilidad por parte del deudor.

De la misma forma, hay autores que sostienen que cuando se ocasiona un daño y existe un contrato, esto no quiere decir que el daño es contractual, sino que es necesario que este daño que sufre una de las partes contratantes (acreedor), provenga de la falta de ejecución de una obligación; por lo tanto, lo que la ley exige

⁴⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones civiles, op. cit., pág. 231.

es que entre el hecho imputable y la prestación debida exista una relación de causalidad, es decir, que la culpa del deudor resulte del incumplimiento de una obligación contenida en el contrato.

Una vez analizado este elemento, comentaremos someramente los elementos de daño y culpa; al respecto toda deuda supone un interés jurídico para el acreedor y el incumplimiento del mismo se traduce en la lesión de un derecho y obviamente en un daño; no es de imaginarse algún incumplimiento de una obligación en que no se cause un daño y así en las obligaciones de dar, como sería un pago de pesos que no se hace en un día fijado, causa un daño, puesto que el acreedor no podrá disponer de esa suma de dinero que debería recibir, la cual utilizaría para cubrir otras obligaciones; asimismo en las obligaciones de hacer, como puede ser la compostura de un vehículo automotor utilizado para el transporte público, su no compostura causa un perjuicio, toda vez que no se podrán obtener ingresos que normalmente se tienen estando en servicio la unidad.

Por lo que respecta al elemento culpa, en la actualidad éste se sobreentiende, ya que, todo deudor que haya incumplido una obligación se supone que es por su culpa dicha inobservancia, a no ser que demuestre que se debió a caso fortuito o fuerza mayor, en este caso se invierte la prueba debido a que es el deudor quien tiene que demostrar las causas por las cuales no ha cumplido con lo pactado, de lo contrario hay una presunción de culpa.

Al respecto comenta Manuel Bejarano Sánchez que: "para afirmar que una persona está obligada a indemnizar en virtud de una responsabilidad contractual, se debe analizar si existe culpa o dolo del contratante incumplido; ya que en virtud de esa culpa o ese dolo, una de las partes quebrantó su obligación contractual y causó un perjuicio a la otra, y en consecuencia lo que va a reclamar el acreedor ya no es el

objeto de la obligación original, sino otro distinto que sería la reparación pecuniaria."⁴⁸

Cabe aclarar que el acreedor de ese incumplimiento puede elegir entre el cumplimiento de la obligación primitiva o bien la reparación pecuniaria.

De igual manera, nos señala el autor en comentario que: "la causa de la obligación primitiva fue el acto jurídico de la indemnización, es la culpa o el dolo del contratante incumplido, de modo que para exigir a una persona responsabilidad contractual, hay que demostrar la existencia de un vínculo convencional."⁴⁹

En efecto, el "Diccionario de Derecho" expresa que: "la existencia de una relación jurídica de crédito a deuda conlleva la necesidad de su cumplimiento, por lo que la ley prevé que del mismo responde el deudor con todo su patrimonio, presente y futuro, esta responsabilidad se hará efectiva cuando se considere que el incumplimiento es doloso o culposo. Pero no es preciso que el acreedor pruebe que hubo culpa o negligencia por parte del deudor que incumple, bastando que pruebe la existencia de la obligación. En este punto, se diferencia la responsabilidad contractual de la extracontractual; pues en esta última, el daño causado por culpa o negligencia es causa de que nazca la obligación de indemnizar. En cambio, la efectiva responsabilidad del ya obligado a una prestación no es necesario que se apoye en su culpa, sino que bastará su incumplimiento."⁵⁰

Una vez conocidos y analizados los elementos de la responsabilidad contractual mencionaremos el fundamento legal de la misma, y enunciaremos los

⁴⁸ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, op. cit. pág. 13.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 14

⁵⁰ Ribó Durán, Luis, *Diccionario de Derecho*, 1ª edic, Edit. Bosch, S. A., Barcelona, 1987, págs. 550 y 551.

artículos principales del Código Civil Vigente para el Distrito Federal que se refieren al incumplimiento de obligaciones y por lo tanto generan responsabilidades:

"Artículo 2104.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestara a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

- I. *Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde su vencimiento de este;*
- II. *Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080, la cual se refiere a las obligaciones de hacer y de aquí se deduce que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, tomando en cuenta que haya transcurrido el tiempo necesario para ello."*

En la parte final de esta fracción, se alude a que el que contraviene una obligación de hacer, pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención. Tal es el caso del cantante que graba discos para una compañía distinta a la que contrató.

"Artículo 2107.- La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio o la de entre ambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios."

El artículo anterior, como se puede observar, se refiere a que cuando se ha causado daño, éste se subsanará ya sea, volviendo las cosas al estado anterior o si eso es imposible, se pagará daños y perjuicios por el agravio sufrido.

"Artículo 2110.- Expresa que los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o

que necesariamente deban causarse."

Este precepto se refiere al ya comentado nexo causal, es decir, se tiene que probar que el daño sufrido fue a consecuencia del incumplimiento de la obligación.

El artículo 2117, en su segundo párrafo menciona lo referente al pago de dinero y a la letra dice:

"Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario."

Entendemos lo anterior como una medida muy acertada ya que al fijarse un tope para tal cuestión de pago, se limita un poco lo referente a salvo convenio en contrario.

En síntesis podemos afirmar que la responsabilidad contractual, se ha concretado a los casos de incumplimiento de un contrato, donde nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, regula la responsabilidad contractual al tratar del incumplimiento de las obligaciones.

1.2.2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O DELICTUAL.

Colín Ambrosio y H. Capitant, en su obra Curso Elemental de Derecho Civil, exponen: "La responsabilidad extracontractual existe cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por obra de una cosa de

su propiedad, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por vínculo obligatorio alguno anterior." ⁵¹

Por su parte, el jurista Manuel Bejarano Sánchez manifiesta lo siguiente: "Hoy distinguimos dos situaciones: cuando el perjuicio causado a la víctima proviene del incumplimiento de un contrato celebrado con ella por el autor del perjuicio hablamos de responsabilidad contractual; en los demás casos, decimos que hay responsabilidad delictuosa o cuasidelictuosa." ⁵²

Es decir; mientras que la responsabilidad contractual encuadra únicamente en los supuestos de incumplimiento de un contrato, la responsabilidad extracontractual atenderá a los demás casos.

Para el maestro Manuel Bejarano Sanchez: "la responsabilidad civil es consecuencia del hecho ilícito y consiste en la obligación de reparar daños y perjuicios causados, clasificándose tradicionalmente, atendiendo a su origen, es decir; por la especie de norma violada, en extracontractual y contractual." ⁵³

Como su nombre lo indica, la responsabilidad extracontractual es aquella que se da independientemente de toda relación previa entre las partes, contrario a la responsabilidad contractual, donde se encuentran las figuras de un deudor y un acreedor y la responsabilidad se origina por el incumplimiento o por el cumplimiento retardado de una obligación previamente estipulada por las partes; por lo tanto, la responsabilidad extracontractual se da por violación a una norma de carácter general que es la de no causar daños a los demás, fundamento legal localizado en el artículo

⁵¹ Colín Ambrosio y H. Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo III, traducción por Demófilo de Buen, 4ª edic., Edit. Reus, Madrid, España, 1960.

⁵² Bejarano Sánchez, Manuel, op. cit., págs. 230, 231.

⁵³ Idem.

1910 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en el cual se expresa lo siguiente:

"Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Como se puede ver, la responsabilidad extracontractual parte de la base de un ilícito como generador de obligaciones y por lo tanto de una culpa, toda vez que todo acto ilícito se produce dolosamente cuando hay intención de dañar y culposamente cuando no hay intención de causar daño y éste se causa por mera imprudencia.

En México, la doctrina sostiene que son elementos de la responsabilidad extracontractual los siguientes:

La comisión de un daño

La culpa

La relación de causa y efecto entre el hecho y el daño.

La existencia de un daño es fundamental en todo tipo de responsabilidad civil, ya que si no existe daño o perjuicio no se puede fincar la misma sobre alguien, luego entonces: "La existencia de un daño es una condición sine qua non de la responsabilidad civil, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar es necesario que se cause daño."⁵⁴

En razón de lo anterior, respecto a la responsabilidad extracontractual, se observa que la misma surge por la producción del evento dañoso, debido a que una

⁵⁴ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil/Introducción, Personas y Familia, Tomo I, op. cit., pág. 297.

persona ha infringido las normas generales de respeto hacia los demás, impuestas éstas por la convivencia; por ejemplo, el empresario que causa daños a animales que pastan en terreno vecinos a su factoría por emanaciones de un gas tóxico, o también la persona que por descuido deja abierta la llave del agua en su vivienda, ocasionando una inundación en el piso inferior, etc.

Analizando el segundo de los elementos de la responsabilidad extracontractual consistente en la culpa, los autores Ambrosio Colin y H. Capitant al respecto comentan:

"La culpa extracontractual consiste en causar un perjuicio a otro, perjuicio distinto del que procede del incumplimiento de una obligación, ya por maldad e intención de dañar, ya por la simple falta de las precauciones que la imprudencia debe inspirar a un hombre diligente."⁵⁵

Por su parte el maestro Rojina Villegas dice:

"El hecho ilícito o culpa aquiliana, - antecedente romano - sería toda intromisión a una esfera jurídica ajena que causa un daño, sin que exista una autorización normativa para llevar a cabo ese acto de interferencia. Generalmente la culpa se define como acto ejecutado con negligencia descuido falta de previsión o bien por la intención de dañar, en cuyo caso ya esa culpa toma el nombre de dolo."⁵⁶

La culpa es una infracción de una obligación ya sea contractual o extracontractual; en la contractual, consiste en el incumplimiento total o parcial de una obligación pactada previamente por las partes; en la extracontractual la culpa consiste en la violación a una norma general, no pactada por las partes sino

⁵⁵ Colin, Ambrosio y H. Capitant, op. cit., pág. 320.

⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Ibidem*. pág. 303.

establecida por la ley, es decir, la ley prevé la obligación de conducirnos con prudencia o diligencia y no causar daño a los demás, en caso de causarlo estamos obligados a reparar.

Los Hermanos Mazeud dicen que: "Cuando no existe obligación precisa, sino solo una obligación general indeterminada de conducirse con prudencia o diligencia, los jueces para comprobar la existencia de la culpa tienen que entregarse a un examen de la conducta del demandado, averiguar como se ha portado, descubrir una imprudencia o una negligencia, sin la cual no se podría deducir la responsabilidad. Esta es la única distinción que merece señalarse entre los diferentes aspectos de la responsabilidad extracontractual."⁵⁷

Es evidente que la culpa es un concepto básico para el tipo de responsabilidad que se está tratando, debido a que un acto ilícito se da por medio de la culpa, luego entonces, se presume que un individuo es responsable por haber cometido un ilícito, ya sea doloso o culposo; sin embargo, hay excepciones en las cuales la responsabilidad recae en alguien que no causó directamente el daño y por lo tanto la persona obligada por tal cuestión es otra. Tal es la denominada responsabilidad delegada o subsidiaria, como algunos la llaman, y el fundamento legal de la misma lo encontramos en el Código Civil Vigente del Distrito Federal en los siguientes artículos:

"Artículo 1911.- El incapaz que cause daño, debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas."

En el precepto anterior se puede observar que el obligado a reparar el daño es aquel que directamente lo ocasionó, aún tratándose de un incapaz, esto como regla

⁵⁷ Mazeaud Henri y otros, Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual, op. cit., pág. 47.

general, sin embargo la excepción se presenta cuando la responsabilidad recae sobre las personas encargadas del incapaz.

"Artículo 1918.- Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en ejercicio de sus funciones."

Como podemos ver, la responsabilidad de los representantes de una persona moral, según el artículo que antecede, se da toda vez que éstos al actuar lo hacen a nombre y por cuenta de aquella.

"Artículo 1919.- Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos."

Esta responsabilidad se funda básicamente en la culpa por falta de vigilancia de aquellas personas que tienen bajo su custodia a incapaces por minoría de edad y estos causaron daños.

"Artículo 1923.- Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que se les encomienden."

"Artículo 1924.- Los patrones de los establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes en ejercicio de sus funciones."

Del contenido de los dos preceptos anteriores se desprende que hay una culpa al elegir; cuando entre el responsable y quien causó un daño existe una relación

de dependencia laboral y el obligado a responder no tuvo la diligencia de escoger a la persona idónea para la realización de los trabajos encomendados.

El artículo 1928 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, menciona que el Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones que le están encomendadas; esta responsabilidad solo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes con que responder, o si los tiene, estos no son suficientes para responder por el daño causado. En el siguiente artículo se regula lo referente a los daños causados por lo animales de nuestra propiedad:

"Artículo 1929.- El dueño de un animal pagará el daño causado por éste si no probare alguna de estas circunstancias:

I.- Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario.

II.- Que el animal fue provocado.

III.- Que hubo imprudencia por parte del ofendido.

IV.- Que el hecho resulte de caso fortuito o fuerza mayor."

Ahora bien, Rojina Villegas, en cuanto al tema en comento nos dice: "Funciona por consiguiente, la noción de culpa, por una presunción juris tantum, que admite prueba en contrario; si se demuestra que no hubo esa falta de vigilancia o de elección que se llama culpa in vigilando o culpa in eligiendo (la primera para padres o tutores; la segunda para los trabajadores en general) cesa la obligación de reparar los daños por el padre, tutor, patrón, etc. Y la responsabilidad se atribuye directamente al causante de los mismos."⁵⁸

⁵⁸ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil/Introducción, Personas y Familia, Tomo I, op. cit., pág. 292.

En México, según lo manifestado, tanto por la doctrina como por la legislación, la persona que causó un hecho ilícito y que por lo tanto es responsable directamente del daño o aquel que es responsable subsidiario, tendrá que probar que tal hecho se produjo por cuestiones ajenas a su voluntad y se tendrá que aplicar la teoría de la culpa, porque la culpa cesa si se demuestra que el daño se produjo por caso fortuito o fuerza mayor o tal hecho es imputable a un tercero y cuando el daño se deba a culpa inexcusable de la víctima.

Por lo que respecta al tercer elemento de la responsabilidad extracontractual, la relación de causalidad entre la conducta de acción u omisión y el daño o perjuicio ocasionado, el maestro Gutiérrez y González, menciona que:

"El daño y perjuicio que se causen, deben ser consecuencia directa e inmediata de la conducta ilícita de acción u omisión, y no presentarse como una consecuencia indirecta o mediata."⁵⁹

Cuando se comete algún ilícito debe mediar una relación directa de causa a efecto, entre el hecho strictu sensu y el daño ocasionado, de lo contrario se puede dar que alguien se considere con derechos, para exigir la reparación de un daño que no es a consecuencia de un hecho ilícito que se cometió, además no basta que la víctima manifieste el daño que se le cometió por una falta, es necesario que pruebe que el daño proviene precisamente de esa falta y no de otro hecho, por lo tanto, es necesario que exista una relación de causalidad para que se pueda determinar que el daño causado se debió a una acción u omisión de cierto acto.

Al respecto compartimos la opinión del maestro Gutiérrez y González al proporcionar su propio concepto de responsabilidad por hecho ilícito:

⁵⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las obligaciones, op. cit., pág. 493.

"Responsabilidad por hecho ilícito es una conducta que consiste en restituir las cosas al estado que tenían y de no ser posible, en el pago del daño y perjuicio causada por una acción u omisión de quien cometió por si mismo o esa acción u omisión permitió que se causaran por personas a su cuidado o cosas que posee, y que origina la violación culpable de un deber jurídico strictu sensu, o de una obligación lato sensu previa, en cualquiera de sus dos especies." ⁶⁰

1.2.3. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

La doctrina extranjera, entre otras la italiana, francesa, española y argentina, pese a que convergen con la corriente tradicionalista de responsabilidad contractual y extracontractual, han incorporado a su sistema jurídico otro tipo de responsabilidad, denominada "responsabilidad pre-contractual"; la cual se origina con antelación a la formación del contrato válido.

Para el tratadista español Alberto Manzanares Secades: "la responsabilidad precontractual descubre en el derecho clásico una serie de observaciones de tipo empírico, sin que una visión sistemática, propia de la ciencia, situara los principios aplicables a la conducta de las partes en el período, más o menos extenso según los casos, anteriores a la formación del contrato válido." ⁶¹

Y a modo de ejemplo supongamos que dos personas han entrado en relaciones con el fin de concluir un contrato, el cual posteriormente no se celebró y

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 488.

⁶¹ Manzanares Secades, Alberto, *Anuario de Derecho Civil/ Tomo XXXVIII- IV, Responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*, Oct. -Dic., 1ª edic., Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1984, pág. 979.

⁶¹ *Idem*.

que a raíz de los actos de una de las partes durante el desarrollo de esas relaciones, la otra ha experimentado daños que no hubiera sufrido de no haber entrado en dichas relaciones. Por lo que para los que sostienen la validez de la doctrina de responsabilidad precontractual el damnificado resultante de la relación comentada podrá tener alguna acción contra la otra parte y esa acción derivará de la denominada responsabilidad precontractual.

La doctrina que estudia la responsabilidad precontractual asevera que existen dos grandes supuestos de hecho que han configurado las hipótesis clásicas de responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo:

- A) Supuestos de no conclusión del contrato o negocio jurídico y,
- B) Supuestos de anulación, nulidad o inexistencia de un contrato aparentemente válido.

1.2.3.1. Supuestos de no conclusión del contrato o negocio jurídico.

El maestro Alberto Manzanares Secades sostiene que:

"1. Aquellos casos en los que estando las partes en negociaciones para la conclusión de un contrato, y confiando una de ellas, a consecuencia del desarrollo de las negociaciones y de la conducta y actitud de la otra parte, que el contrato se llevará a cabo, ésta última rompe injustificadamente las conversaciones, produciendo de esta forma un daño, que generalmente consistirá en los gastos realizados en vista del contrato para aquella parte que confiaba en su celebración."⁶²

⁶² Idem.

De manera clara la presente hipótesis que nos ocupa la representaremos con un ejemplo:

Una casa de modas del estado de Monterrey solicita los servicios de una empresa textil del Estado de Puebla, a fin de que la provea de telas que requiere para la producción de vestidos para la próxima temporada, por lo que dicha casa, le pide a la empresa textil que le mande un muestrario del tipo de telas que la empresa produce. Esta última en razón de la confianza que desde un principio le inspira la susodicha casa de modas, resuelve mandarle el catálogo de telas, sufragando todos los gastos de envío. Pasado un mes la casa de modas, continúa con una serie de negociaciones con la industria textilera, dando la apariencia de que en cualquier momento va a concretar el contrato, puesto que aquella ahora le pide que le mande catálogos de telas importadas haciéndole suponer con sus actitudes una compra considerable de dicho material y una buena remuneración por el mismo. Sin embargo la empresa textil que en esos momentos sólo cuenta con un catálogo de telas importadas para todos sus demás clientes, opta por mandar a la casa de modas el catálogo, sin importarle el riesgo que esto signifique, sufragando nuevamente y por cuenta propia los gastos de embalaje. Días después, la casa de modas, sin mayor explicación rompe de manera intempestiva los tratos o negociaciones que tuvo con la empresa textil, sin fijarse en los daños y perjuicios que tal decisión le haya ocasionado a la empresa textil, por lo que esta última conforme a la doctrina clásica de las obligaciones no puede demandar la responsabilidad contractual de la casa de modas, en vista de que nunca se perfeccionó ningún contrato.

Ejemplificado el primer caso del inciso invocado, pasemos a la siguiente hipótesis que expone el maestro Alberto Manzanares Secades:

"2. Aquellos casos en que, produciéndose los mismos efectos que en el caso anterior (número 1), la hipótesis no es de ruptura de las negociaciones sino de la revocación de la oferta." ⁶³

Continuemos pues, con el ejemplo de la casa de modas y la empresa textil, pero ahora figurémonos que las negociaciones se concretizan en una oferta. Sin embargo, a la postre, sucede que la casa de modas revoca la oferta debido a que prefiere contratar con otra empresa, ocasionándole daños y perjuicios a la empresa textilera, quedando ésta, sin poder ejercitar ninguna acción contra aquella, puesto que no hubo contrato alguno.

Finalmente presentaremos la última hipótesis del supuesto en comento:

"3. Los casos de incumplimiento de la promesa realizada. A pesar de que es evidente que la relación in contrahendo se produce fundamentalmente, en la preparación de los contratos; específicos negocios jurídicos bilaterales caracterizados por incidir en relaciones económicas de índole patrimonial y porque el hecho de realizar una promesa puede producir en el destinatario de la misma la confianza en que tal promesa se cumplirá, llevándole a realizar una serie de gastos y previsiones. " ⁶⁴

Por otra parte con respecto a los supuestos del siguiente inciso tenemos los siguientes:

1.2.3.2. Supuestos de anulación, nulidad o inexistencia de un contrato aparentemente válido.

El maestro Alberto Manzanares Secades entre otros autores aseveran al respecto lo

⁶³ Idem.

⁶⁴ Ibídem, pág.980.

siguiente:

"En estos casos ha tenido lugar ya la celebración de un contrato que reviste una apariencia de validez. Sin embargo, cuando una de las partes confía en la ejecución del mismo, el contrato:

1. Se anula, a consecuencia de algún vicio en su celebración.
2. Es radicalmente nulo: se ha vendido, por ejemplo, una *res extra commercium*,
3. Es inexistente: ha desaparecido o no existía inicialmente la cosa objeto del contrato." ⁶⁵

Como podemos observar el tema de este inciso es la hipótesis estudiada por Rudolf Ihering, la cual le sirvió de base para elaborar su famosa teoría sobre la culpa in contrahendo.

Es decir, el presupuesto presentado por el doctrinario alemán consistía en la existencia de un contrato aparentemente válido pero que sin embargo devenía ineficaz a consecuencia de causas existentes en el período de formación del contrato que eran o debían de ser conocidas por uno de los contratantes; en el que el otro contratante, que confiaba en que el contrato surtiera sus efectos; sufría un daño de anulación.

El jurista Fernando López de Zavallía en su obra denominada "Teoría de los Contratos" expone el ejemplo de Ihering donde fundamenta la responsabilidad precontractual, con base a un vicio que adolece el negocio jurídico, realizado entre los sujetos siguientes: "Cayo quiso que se le enviaran 100 libras de una determinada mercadería, pero al escribir la carta respectiva, confundió los signos y en lugar de

⁶⁵ Idem.

libras, puso quintales, y Ticio envió 100 quintales." ⁶⁶

Visto lo anterior, se observa que la llamada responsabilidad precontractual además de constituirse por los supuestos de no conclusión del contrato - señalado en el inciso A) -, también resulta por causas de nulidad o inexistencia de un contrato aparentemente válido - establecido en el inciso B) - en donde en este último supuesto, desgraciadamente y conforme a la doctrina tradicional, la parte que incurre en culpa queda indemne, en tanto que la parte inocente resulta víctima de la negligencia de la otra sin obtener satisfacción.

En este orden de ideas, hay que soslayar que fue de esta forma como el doctrinario alemán planteó el supuesto del negocio jurídico, el cual sería invalidado a consecuencia del error esencial sufrido por uno de los contratantes, poniendo en consecuencia de manifiesto la necesidad de exigir a las partes una diligencia in contrahendo.

Ahora bien, para complementar lo anterior, a continuación expondremos el pensamiento de Fernando López de Zavallía que se ha encargado de analizar el supuesto de responsabilidad precontractual establecido por Ihering.

Como conclusión al problema central que se presenta en los supuestos enunciados con anterioridad, es que la parte que sufre el daño por rompimiento injustificado de las negociaciones preliminares anteriores a la formación del contrato, así como por los daños que se derivan de un contrato anulado, no pueden conforme a la doctrina clásica de la fuente de las obligaciones, intentar su resarcimiento. En definitiva, la denominada "responsabilidad precontractual" erigida por Rudolf Ihering,

⁶⁶ López de Zavallía, J. Fernando, Teoría de los contratos, Tomo I, 2ª edic., Editor Zavallía, Argentina - Buenos Aires, 1985, pág. 178.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

2.1. DOCTRINAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

Como comentábamos en el capítulo anterior la denominada responsabilidad precontractual contiene características muy especiales, que si bien es una corriente erigida desde mucho tiempo atrás por el célebre jurista alemán Rudolf Ihering, en aquella época la responsabilidad "in contrahendo" como la llamaba su creador no había alcanzado tanto relieve como en la actualidad; esto se explica en razón de que hoy día los estudiosos del derecho han observado que la corriente tradicional de las obligaciones no brinda solución alguna al pago de daños y perjuicios por rompimiento injustificado de las negociaciones preliminares durante el período anterior a la formación del negocio jurídico, así como el de resarcimiento cuando deviene la nulidad de un contrato.

Ahora bien, para dejar en claro nuestras afirmaciones y situarnos en el terreno desgraciadamente poco ahondado de la responsabilidad precontractual, la Enciclopedia Jurídica Omeba nos presenta un ejemplo sobre esta teoría:

"Imaginemos dentro de la dinámica vida moderna, un supuesto sobre las tratativas o negociaciones de dos grandes empresas que desean concretar la compra y venta de un solar. Comenzaría una de ellas desplegando ciertas conductas hacia la otra para acercarse, conociendo su interés en la operación de esa índole. Sucedería el acercamiento hasta darle forma de tanteos preliminares concretos y, así proseguiría

hasta la formalización de una oferta definida. A esto podría suceder, un estudio de la otra empresa, acaso con un pedido de modificación y otras alternativas fácilmente colegibles. Posteriormente, de modo intempestivo la primera rompe sus tratativas, hemos asistido a la concreción de un acercamiento, pero no a la de un contrato." ⁶⁷

Como se puede ver, es evidente que en tales condiciones no podemos referirnos a un supuesto de responsabilidad contractual ya que faltaría la base del contrato, empero, si es posible mencionar otro tipo de responsabilidad la cual hoy por hoy es conocida como responsabilidad precontractual, por lo que es de esta manera como nos propondremos estudiar en párrafos siguientes dicha doctrina analizando sus rasgos esenciales.

2.1.1. TESIS CONTRACTUALES. TEORÍA DE IHERING.

Rudolf Ihering en su obra intitulada "Sobre la culpa in contrahendo", fue quien comenzó a ocuparse del estudio de la responsabilidad civil originada en el período de formación del consentimiento, ya que al realizar un análisis detenido de las leyes romanas hasta las más modernas codificaciones de su tiempo, advirtió algunos casos de responsabilidad nacida en el período precontractual que se escapaban de las reglas que regían la materia contractual, dando pie a una responsabilidad con características muy diferentes a las ya conocidas.

Es por ello que manifiesta el argentino Roberto H. Brebbia en su obra intitulada "Responsabilidad Precontractual" que: "la doctrina de Ihering tuvo una

⁶⁷ Autores varios, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, op. cit., pág. 835.

enorme y justificada resonancia y pese al tiempo transcurrido desde su enunciación, sigue construyendo hoy en día el punto de partida inevitable para ahondar en el tema de la responsabilidad precontractual, por lo que ninguno de los autores que abordaran el tema con posterioridad al jurista alemán han podido prescindir del análisis de su opúsculo." ⁶⁸

Ahora bien, retomando la obra del autor alemán Ihering "Sobre la culpa in contrahendo" cabe mencionar que el trabajo de Ihering se componía de una introducción y tres capítulos que trataban los siguientes temas:

- 1º. Contenido de las fuentes, donde se analizan los textos romanos,
- 2º. Justificación de la teoría y,
- 3º. Casuística de la culpa "in contrahendo"." ⁶⁹

Por lo que a continuación expondremos de manera panorámica los temas enumerados.

2.1.1.1. Su sistema de exposición y su estudio de las fuentes romanas.

Ihering en el capítulo primero de su obra intitulada "Sobre la culpa in contrahendo", examina con detalle las leyes romanas encontrando en el Corpus Juris, unos cuantos casos de nulidad del contrato de compraventa por vicio de la cosa vendida, por incapacidad de alguno de los contratantes, por revocación de la oferta entre ausentes, entre otros; de los cuales si bien es cierto que se aluden en

⁶⁸ H. Brebbia, Roberto, Responsabilidad Precontractual, 1ª edic., Distribuidor exclusivo Víctor P. de Zavala, Buenos Aires, 1957, pág. 23.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 24.

el ordenamiento en comento no contemplaban el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a sus víctimas. Por lo que el doctrinario alemán centró el estudio de la responsabilidad precontractual principalmente en uno de los supuestos enunciados en los textos romanos, y es así como Roberto H. Brebbia nos dice lo siguiente:

"Ihering comienza planteándose el caso de una persona que solicita el envío de 100 libras de una determinada mercadería, pero confunde el signo de libra por el de quintal y recibe, por tanto una cantidad muy superior a la pedida. El contrato es nulo por adolecer de error esencial si se comprueba la existencia del vicio de la voluntad, pero ¿quién responde por los fletes, embalaje y demás gastos de expedición? La doctrina tradicional dejaba sin respuesta a la interrogante, pues se concluía que el damnificado no podía accionar contractualmente en razón de ser nulo el convenio, y tampoco tenía la acción extracontractual contemplada en la ley Aquiliana puesto que el caso no encajaba en ninguno de los supuestos contemplados restrictivamente por la referida ley. La iniquidad e insuficiencia práctica de un parecido resultado eran evidentes. La parte que había incurrido en culpa quedaba indemne mientras que la parte inocente resultaba víctima de la negligencia de la otra sin obtener satisfacción."⁷⁰

Analizando el supuesto antes mencionado, la acción extracontractual expresada en la Ley Aquilia se refiere a los supuestos hipotéticos actualmente establecidos por la conocida doctrina extracontractual, puesto que dicha ley es su antecedente. En consecuencia, los daños y perjuicios ocasionados en el período anterior a la formación del consentimiento y señalados específicamente en esta hipótesis, *no pueden sufragarse mediante el ejercicio de la responsabilidad extracontractual*, ya que el fundamento jurídico de este tipo de obligación - como lo

⁷⁰ Idem.

hemos establecido en el capítulo uno de este trabajo - es la infracción de una norma, son los hechos ilícitos que causan daño a consecuencia de culpa o imprudencia del sujeto y este no es el caso de lo señalado por Ihering.

Finalmente Rudolf Ihering al tratar de dar una solución justa a estos problemas y al analizar otros casos similares, encuentra como punto común a todos ellos que:

"1º) la culpa se cometió en el período previo a la formación del contrato

2º) una de las partes ha sufrido un daño como consecuencia de una acción de la otra realizada mientras se contraía la relación contractual. De aquí pues, que esa culpa pueda ser denominada "in contrahendo"." ⁷¹

2.1.1.2. Fundamento legal y naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual según Ihering.

En el capítulo segundo del trabajo de Rudolf Ihering, se pretende dar el fundamento legal de la responsabilidad "in contrahendo", para que de esta forma se pudiera extender por analogía la solución legal de las hipótesis aisladas encontradas en los textos estudiados por dicho autor.

Para Ihering era lógico suponer que:" la *actio de dolo* y la *actio legis Aquiliae* no podían servir de fundamento dentro del marco de la legislación romana, a la responsabilidad nacida en el período contractual. La "actio de dolo" debía descartarse porque en ninguno de los casos contemplados en la ley se exigía la

⁷¹ Idem.

presencia de ese elemento intencional para derivar la responsabilidad nacida en el período precontractual y en cuanto a la acción fundada en la Ley Aquilia, debía correr igual suerte, dado que no mediaban los requisitos que la misma ponía como condición para la procedencia del resarcimiento. " ⁷²

Aclarando lo manifestado en el párrafo que antecede, la "actio de dolo" se refiere al ánimo que tiene un sujeto de inducir al error o mantenerlo en él a algunos de los sujetos de la relación contractual, por lo que considerando esto, es imposible que la acción de dolo sea el fundamento jurídico de la naturaleza de la responsabilidad precontractual por razones obvias, de igual forma acontece con la referida Ley Aquilia o mejor conocida como responsabilidad extracontractual, por los argumentos expuestos en el estudio de las fuentes romanas.

En suma, como podemos observar Ihering rechazó la culpa extracontractual como sustento de su teoría "in contrahendo", pues para el autor en comento la razón por la cual el legislador debía de imponer la obligación de resarcir el daño causado por un acto realizado en el período de formación del consentimiento, no tenía que ser buscada en la buena fe de la parte damnificada, debido a que la contraparte pudo haber obrado también de buena fe al realizar el hecho dañoso; más bien dicha responsabilidad debía ser buscada en la culpa calificante de la persona.

Es decir la culpa calificante para el autor alemán se traduce en la culpa "in contrahendo", la cual consiste en: "la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro.

⁷² *Ibidem*, pág. 25.

Por lo que no es necesario que esa obligación o garantía de diligencia se estipule expresamente, pues la ley la presume.”⁷³

Compartimos las reflexiones manifestadas por el creador de la culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual, en cuanto a que por el simple hecho de que cuando un sujeto entra en negociaciones con otro para la posible formación de un negocio jurídico, ambas partes deben durante esta etapa actuar con cuidado para evitar posibles perjuicios en caso de que no se llegue a la concreción del contrato. Sin embargo diferimos en ideas cuando soslaya que no es necesario incorporar en el sistema jurídico la obligación de precaución en el período precontractual, ya que independientemente de que cada sujeto tiene el derecho de hacer uso del principio de la autonomía de la voluntad; el cual se fundamenta en el libre albedrío que tiene una persona en contratar, consideramos pertinente que para la observancia de la obligación en mención es necesario que se incluya en un cuerpo jurídico.

2.1.1.3. Casuística de la culpa “in contrahendo”.

En el tercer y último capítulo de la obra denominada “sobre la culpa in contrahendo” se hace alusión a los casos en que los individuos pueden incurrir en este tipo de culpa .

Rudolf Ihering concibe que para que una persona se haga acreedora de culpa in contrahendo, es necesario que infrinja los elementos de existencia del contrato. Por lo que al respecto dice lo que a continuación se cita:

⁷³ *Ibidem*, pág. 26.

"...la validez de los contratos está sujeta a tres condiciones: 1. Capacidad del sujeto, 2. Capacidad del objeto, 3. Certeza de la voluntad. La inobservancia de cualquiera de estos requisitos produce la invalidez del contrato y hace incurrir en culpa "in contrahendo" a uno o ambos contratantes, en donde originan la consecuente obligación de resarcir."⁷⁴

Con base en lo anterior recalcamos que para Ihering el principio fundamental de su teoría es el de un contrato que deviene nulo, del cual uno o todos los sujetos que intervinieron en la relación jurídica inválida, pueden llegar a obligarse a pagarse entre sí los daños y perjuicios que les corresponde. Empero, a nuestro juicio creemos que Ihering perdió por un momento de vista la verdadera razón por la cual creó la teoría de la culpa in contrahendo, ya que consideramos que si a consecuencia de la falta de cuidado de todas las personas contratantes es inválido un contrato, no vemos sentido alguno para que se hagan merecedoras de responsabilidad y menos aún de que entre ellas se paguen los perjuicios derivados de su imprudencia en común.

Por otra parte cabe mencionar respecto del tema que nos ocupa que si bien el jurista alemán hizo mayor énfasis en su doctrina sobre culpa in contrahendo a aquéllos contratos que contenían vicios en sus elementos esenciales, también advirtió lo siguiente:

"El primer paso hacia el contrato es la oferta; por lo que la obligación de diligencia in contrahendo comienza pues con ella y como regla general, la oferta puede ser revocada antes de su aceptación sin originar obligación de resarcir, excepto cuando la retractación aunque hecha en término, no ha llegado al conocimiento del oferente."⁷⁵

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 26.

⁷⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, 1ª edic., Edit. Jurídica de Chile, Chile, 1987, pág. 155.

Como nos podemos percatar, el autor alemán vislumbra la génesis de la obligación in contrahendo no desde la constitución del negocio jurídico, sino desde que las partes comienzan a desplegar ciertas conductas tendientes a contratar, sin embargo desgraciadamente Rudolf Ihering no ahondó mucho a este respecto, tal vez debido a que en los textos jurídicos que examinó, la mayoría de las hipótesis se referían a casos específicos de nulidad del contrato.

Por otro lado observando las aseveraciones hechas por Ihering respecto de la oferta y comparándolas con nuestro código civil mexicano en sus artículos 1804, 1808 y 1809 sucede algo parecido a lo citado, ya que cuando una persona le propone a otra la celebración de un negocio jurídico fijándole un término para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración de su plazo, pero si se revoca dentro del plazo que exige la ley, haciendo sabedora de esto a su destinatario, la licitación se considerará como no hecha; así pues únicamente en lo que difieren es que el ordenamiento jurídico en comento, no establece alguna forma de resarcimiento en caso de que se rompan las negociaciones durante el período precontractual, pues sólo expresa que si el proponente de la oferta fallece, sin que el aceptante se haya enterado de ello, los herederos de aquél quedaran obligados a sostener el contrato.

2.1.1.4. Conclusiones de Ihering.

El maestro Roberto H. Brebbia menciona que Ihering resume los puntos principales de la teoría de la culpa "in contrahendo" al final de su exposición de la manera siguiente:

"a.- La culpa "in contrahendo" es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del período de formación del contrato);

- b.- El mismo grado de diligencia debe prestarse en el período de formación del contrato que en el período de ejecución;
- c.- Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa "in contrahendo";
- d.- La acción fundada en la culpa "in contrahendo" se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual; y
- e.- Para que pueda haber culpa "in contrahendo" tiene que haber existido oferta; ya que las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato no son susceptibles de originar responsabilidad civil basada en esa especie de culpa."⁷⁶

Tomando en consideración el estudio y alcance de la culpa in contrahendo, podemos percatarnos que las conclusiones que Ihering apunta a este respecto, son de gran utilidad para la denominada responsabilidad precontractual ya que es el punto toral de esta corriente la cual comienza a formar parte en nuestra vida contemporánea. Finalmente gracias a la increíble labor que hizo el referido jurista alemán sobre la materia en mención; extraordinarios pensadores del derecho tales como Faggella, Saleilles, los hermanos Mazeud entre otros, comenzaron a examinar esta teoría, apreciándola desde su óptica muy personal y tratando de fundamentar su nacimiento.

2.1.2. TEORÍA DE FAGGELLA.

La teoría de Ihering fue aceptada hasta la aparición de otro trabajo sobre responsabilidad precontractual intitulado "De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica" del que era autor el jurisconsulto italiano Gabriel Faggella, el cual rechaza la tesis de la culpa "in contrahendo" como fundamento de la responsabilidad precontractual a la vez que determina la

⁷⁶ H. Brebbia Roberto, op. cit., pág. 28.

verdadera extensión que corresponde acordar a ese período previo a la formalización del vínculo contractual, que divide para su mejor estudio en dos etapas a saber: una primera que comprende las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta; y una segunda, que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones por desacuerdo definitivo.

Es decir la primera etapa se refiere exclusivamente a aquéllos simples tratos, negociaciones que realizan los sujetos de manera verbal. En tanto que la segunda etapa, o sea la de la emisión de la oferta iniciará con la aceptación de una licitación o policitud que se haga pudiendo finalizar ya con la creación de un negocio jurídico o bien con la interrupción total de los tratos sin llegar a la formalización contractual.

Pero para aclarar lo antes dicho a continuación presentaremos un breve análisis de las etapas que hemos comentado.

2.1.2.1. Etapas que constituyen la responsabilidad precontractual conforme a Faggella.

La incorporación de esa primera etapa ignorada por Ihering a la teoría de la responsabilidad precontractual, es la que constituye el verdadero aporte de la tesis de Faggella al estudio del tema que exponemos.

En esa primera etapa, anterior a la oferta, las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas, los pactos y las condiciones, analizándolos y sintetizándolos.

Cabe mencionar que conforme a la doctrina del tratadista italiano los sujetos que entran en la etapa de tratativas preliminares pueden incurrir en responsabilidad y en el que por ende corresponde distinguir dos diferentes momentos:

- 1.- el de las negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas, y
- 2.- el que tiene por objeto concretar la oferta definitiva.

2.1.2.1.1. Etapa de las tratativas preliminares.

En el primer momento o de las tratativas propiamente dichas, Roberto H. Brebbia dice al respecto lo siguiente:

"las partes tratan de llegar a un entendimiento sobre los puntos principales; generalmente ese período está compuesto de proposiciones y aceptaciones sucesivas que no crean todavía vínculos contractuales pero que apuntan hacia ese fin."⁷⁷

Como ejemplo de lo anterior supongamos que dos personas se sientan para platicar acerca del interés que tiene una de ellas sobre la adquisición de un automóvil, la cual desafortunadamente no cuenta con la liquidez suficiente para pagar un carro de inmediato. Su amigo le comunica a dicha persona que precisamente en estos momentos está vendiendo su vehículo, en consecuencia la otra parte le pregunta a la otra sobre el precio del bien. El vendedor le proporciona el precio del carro ofreciéndole facilidades de pago para su adquisición, por lo que aquella le propone que las mensualidades sean de determinada cantidad, y le

⁷⁷ Idem.

manifiesta otras cuestiones secundarias al respecto, acordando ambas en las condiciones de la compra venta del auto.

Ahora bien pasemos al segundo punto de la primera etapa de la responsabilidad precontractual señalada por Faggella, en la que el citado autor italiano expresa lo siguiente:

"Después de estas negociaciones preliminares, en el segundo momento de esa primera etapa, cada parte, enterada de la exigencia de la otra, hace su composición de lugar, realiza un balance de la situación pasando revista a los puntos sobre los que existe acuerdo, en principio, y entonces, una de ellas, generalmente la que ha tomado la iniciativa de las negociaciones, se encarga de redactar una proposición u oferta definitiva." ⁷⁸

Respecto al párrafo en cita continuemos con el ejemplo anterior. Una vez que las partes han realizado conjuntamente las cláusulas para la compra-venta del vehículo, revisado el borrador final de las mismas y por último quedando conformes con ello, el vendedor del carro elabora finalmente una propuesta.

2.1.2.1.2. Etapa de la oferta.

Cuando la oferta se exterioriza, comienza la segunda etapa ya estudiada por Ihering.

Para Gabriel Faggella este último período de la serie de relaciones precontractuales no se distingue jurídicamente por su naturaleza de los momentos que componen la etapa anterior, es decir la etapa que tiene por objeto concretar la

⁷⁸ Idem.

oferta definitiva; ya que el mismo autor sostiene: "la diferencia entre ambas etapas, es de carácter cuantitativo y no cualitativo."⁷⁹

Es decir entre el período en que un sujeto le propone a otro la elaboración de la oferta y el lapso en que la misma queda constituida o formalmente hecha; no hay línea divisoria alguna que las distingan.

2.1.2.2. Efecto de la ruptura intempestiva de las negociaciones.

Después de haber destacado los períodos que conforme a Faggella se conforman las relaciones precontractuales, el mencionado juriconsulto italiano determina cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas mientras el contrato aún no se ha perfeccionado. Tal doctrinario se coloca en un doble punto de vista, ya sea negativo o bien positivo, dependiendo de los resultados que harán nacer las negociaciones preliminares .

Para fundamentar las afirmaciones anteriores citemos a Roberto H. Brebbia el cual ha estudiado la teoría del autor en comentario: "los resultados negativos serán aquellos que constituyen una derivación del principio de la autonomía de la voluntad y se manifiestan primordialmente en el derecho de revocación o retractación de las ofertas o contraofertas hechas, que las partes mantienen a través de todo el período precontractual. Los resultados positivos se concentran sobre la responsabilidad que emerge de los hechos realizados por las partes en el período precontractual. Para Faggella, el sólo hecho de entrar en negociaciones en vista de la formación de un contrato constituye ya un hecho colocado bajo la protección del derecho susceptible de adquirir un valor jurídico."⁸⁰

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 29.

Aclarando lo manifestado en el párrafo que antecede diremos que Gabriel Faggella, del análisis que realiza respecto a las etapas sobre la responsabilidad precontractual distingue dos efectos, el primero, el cual es el negativo será la rescisión de la oferta y, finalmente el segundo de los efectos, o sea el positivo se traducirá en la obligación que se origina por el proceder de las partes durante el período anterior a la formación del consentimiento.

Cabe mencionar que Faggella considera permisible el hecho de que las partes puedan separarse en cualquier momento de las tratativas o negociaciones aún cuando éstas ya estén muy adelantadas, empero afirma también que su ruptura intempestiva puede originar responsabilidad cuando de ella se derive un daño.

Por lo que con base en lo anterior para el jurisconsulto italiano habrá: "retiro intempestivo de las negociaciones cuando una de las partes ha puesto fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, culminando en el perfeccionamiento del contrato o en la ruptura por falta de acuerdo (resultado negativo total)."⁸¹

2.1.2.3. Fundamento de la responsabilidad precontractual.

Conforme a Gabriel Faggella, el fundamento de la responsabilidad precontractual no es la culpa como lo suponía Rudolf Ihering, sino es la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar las negociaciones. Por lo que al respecto señala este tratadista:

"Esta violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo de las tratativas para que

⁸¹ Idem.

ello ocurra. De tal suerte que el resarcimiento por ruptura intempestiva de las negociaciones debe limitarse a los gastos reales efectuados con motivo de ellas, debiendo descartarse las ganancias dejadas de obtener."⁸²

En efecto, es evidente que Faggella no admite la teoría del interés negativo expuesta por Ihering, en donde la reparación del daño para el jurista alemán debe comprender: "lo que el aceptante de la oferta revocada hubiere tenido si la propuesta no hubiere suscitado en él la fe en la conclusión del contrato."⁸³

Este criterio del jurisconsulto italiano es muy acertado, ya que consideramos que sólo debe caber el resarcimiento de aquellos daños provocados con motivo de la oferta revocada, es decir los gastos realizados durante esa época o período para llegar a la consecución del contrato, más no las posibles ganancias que hayan podido resultar si el contrato hubiera sido concluido; puesto que es imposible saber cuánto es lo que los contratantes habrían ganado de haberse constituido el negocio jurídico, ya que su empresa pudo haber llegado a ser exitosa o pudo no haberlo sido.

2.1.3. TEORÍA DE SALEILLES.

Este doctrinario se inspira en los tratadistas anteriormente analizados, inclinándose más por la tesis de Faggella y resaltando fundamentalmente el período de las tratativas o "pouparlers", como se les ha denominado en el derecho francés.

Como fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual Saleilles acepta el sostenido por el jurisconsulto Gabriel Faggella, el cual lo define como: "el

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

retiro intempestivo de las tratativas, violatorio del acuerdo expreso o tácito concluido entre las partes para entablar negociaciones."⁸⁴

Como nos podemos percatar para el citado autor, así como para el jurisconsulto francés Saleilles, la cesación imprevista de los tratos o negociaciones, infringe lo acordado durante el período precontractual, debido a que conforme a las conclusiones realizadas por las partes precontratantes en dicha etapa, lo que se vislumbraba era el nacimiento de un negocio jurídico y no el rompimiento de las tratativas. Ahora bien, para dejar más en claro lo antes dicho expondremos un breve ejemplo: dos sujetos dialogan sobre la constitución de una sociedad, por lo que uno de ellos da la autorización al otro para que realice un proyecto acerca de la creación de la misma, días después el segundo de los sujetos rompe de manera arbitraria las negociaciones sostenidas con el primero; por lo que desgraciadamente el sujeto que pagó dicha labor para planear el contrato en cuestión tendrá que sufragar por sí solo los gastos realizados al respecto y en consecuencia sufrir los daños y perjuicios que le haya provocado el desembolso durante dichas negociaciones.

Saleilles pretende caracterizar el concepto de retiro intempestivo estudiando con mayor profundidad la tesis de Faggella. Por lo que determina lo siguiente: "las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato tienen desde el primer momento la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe; existe por tanto retiro intempestivo de las tratativas cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial."⁸⁵

Ahora bien, en relación a la extensión que debe acordarse a la indemnización nacida de la ruptura arbitraria de las tratativas anteriores a la oferta, el jurista

⁸⁴ Saleilles, De la responsabilité précontractuelle á propos d'une nouvelle étude sur la matière, "Revue. Trim. Droit Civil, France, 1907, pág. 718.

⁸⁵ Ibidem, pág. 719.

francés también descarta la teoría del interés negativo, limitando el monto del resarcimiento a los gastos que sólo se produjeron a raíz de las tratativas. Finalmente Saleilles estima que cuando la oferta ya ha sido emitida, en ciertos casos particulares, como por ejemplo cuando el peticionario se compromete a mantenerla dentro de un plazo y la revoca antes de su vencimiento; a diferencia del jurisconsulto Faggella dice lo siguiente: "el aceptante tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de la promesa de contrato o lo que es lo mismo su ejecución real, aún cuando el oferente quiera accionar su derecho a revocar."⁸⁶

El párrafo anterior es uno de los aportes que hace Saleilles a la teoría de la responsabilidad precontractual, por lo que si bien es cierto, conforme a las afirmaciones del autor en cita que los sujetos durante las negociaciones deben actuar justamente y conforme a la buena fe, consideramos que no es correcto privarlos de su derecho a revocar la licitación, ya que a nuestro juicio es preferible que paguen los daños y perjuicios realizados durante la etapa precontractual a que se les obligue constituir un contrato que tal vez para ellos no tenga ya objeto alguno y que por ende fracase.

2.1.4. TEORÍAS CONTRACTUALISTAS DE OTROS AUTORES.

Finalizando con las *tesis contractualistas* aparecen también expuestas por otros autores, aunque sin mayor desarrollo sistemático, pretendiendo explicar el poder vinculante de la promesa de contrato en ciertas hipótesis o bien, la responsabilidad derivada por hechos realizados por los precontractantes durante la gestación del consentimiento.

⁸⁶ Idem.

Chironi, por ejemplo adopta una posición similar a la de Ihering para fundar la responsabilidad nacida de la anulación de un contrato, pues sostiene la existencia de un pacto de responsabilidad implícito entre las partes.

Por otra parte, en el derecho francés, Demolombe y Planiol pretenden explicar el carácter vinculatorio de la oferta cuando, se ha fijado un plazo para mantenerla, mediante la ficción de una presunta aceptación del destinatario: "antes del contrato principal se habría formado otro sobre el compromiso de mantener la oferta durante un plazo dado."⁸⁷

2.2. TEORÍAS EXTRACONTRACTUALES. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA.

Como podemos apreciar en el apartado anterior realizamos el análisis de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual desde una perspectiva contractualista, por lo que ahora toca el turno de estudiar el origen de la responsabilidad precontractual derivada de la teoría tradicional de la obligación extracontractual.

Ahora bien, comencemos diciendo que la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual derivada de la responsabilidad extracontractual o aquiliana ha cobrado varios seguidores los cuales principalmente son de origen europeo debido a que aquéllos se han preocupado por estudiar con mayor profundidad dicha materia. Del mismo modo se puede analizar en la Enciclopedia Jurídica Omeba que: "Pothier, los hermanos Mazeaud, Planiol, Ripert, Esmein, entre

⁸⁷ H. Brebbia, Roberto, op. cit., pág. 31.

otros, consideran que el fundamento de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, deriva de la corriente extracontractual de las obligaciones.”⁸⁸

Asimismo en el continente Americano se ha estudiado muy poco al respecto, sin embargo en países suramericanos tales como Argentina han comenzado el examen de dicha responsabilidad fundando también la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual en la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Por lo que en relación al tema en comento el maestro Roberto H. Brebbia dice: “...en la Argentina se encuentran entre sus sostenedores Busso, Colmo y Lafaille, el sustento teórico de la responsabilidad del oferente por la retractación arbitraria de la promesa de contrato, se encuentra en la culpa aquiliana.”⁸⁹

Como podemos observar los citados autores únicamente hacen referencia a un sólo supuesto de responsabilidad precontractual, fundando la naturaleza del mismo en la fuente tradicional de las obligaciones extracontractuales.

Roberto H. Brebbia señala que: “El artículo 1382 C.C. francés, fuente del artículo 1109 del código civil argentino, obliga a resarcir a todo aquel que haya ocasionado un daño por su culpa, por lo que tal precepto legal, es de aplicación a los hechos cometidos por las partes antes del perfeccionamiento del contrato, toda vez que la retractación arbitraria no es más que un hecho culposo común que no tiene por qué escapar a la obligación establecida en la citada norma. La responsabilidad precontractual acude a los principios de la culpa extracontractual derivándola de la existencia de un delito o cuasidelito.”⁹⁰

Es evidente que la responsabilidad precontractual cada día está ocupando un

⁸⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, op. cit., pág. 836.

⁸⁹ H. Brebbia Roberto, op. cit., pág. 35.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 36.

mayor campo en la esfera jurídica mundial, aunque desafortunadamente en el derecho civil mexicano todavía no se ha hecho nada sobre la materia en estudio, siendo que al analizar nuestro ordenamiento civil en su capítulo cuarto de las obligaciones, advertimos que es muy factible dar inicio a la regulación de la misma partiendo del artículo 1910, pues creemos que dicho artículo puede ser fuente directa de la responsabilidad precontractual.

Y para confirmar lo antes dicho pasemos a la exposición del artículo en comento:

"Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Como se puede ver en el supuesto que nos ocupa una persona al retractarse arbitrariamente de las negociaciones o de la oferta; puede ocasionar daños y perjuicios los cuales son de naturaleza extracontractual, ya que tales actos no entran en la materia contractual en razón de que nunca se perfeccionó negocio jurídico alguno, por lo tanto es lógico sostener que la corriente extracontractual sea la que deba observar estos actos.

Sin embargo, se ha dicho lo siguiente: "...esta teoría ha sido criticada, advirtiéndose que no sirve para explicar la responsabilidad por extinción de la oferta, pues parece que no puede verse acto ilícito alguno en la revocación de la oferta, ni menos por cierto en su caducidad en razón del fallecimiento o incapacidad sobrevinientes del proponente."⁹¹

⁹¹ *Ibidem*, pág. 37.

Consideramos que si en la doctrina dicha teoría no sirve para explicar esas (u otras) hipótesis, no significa necesariamente que no tenga aplicación para ninguna. Y sobre todo, no impide que en un determinado derecho la ley disponga que se apliquen las reglas de los actos ilícitos.

2.2.1. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL FUNDADA EN LA OBLIGACIÓN LEGAL.

Siguiendo con el estudio de los que fundamentan la culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual en la fuente de la obligación extracontractual, a continuación presentamos la teoría de Windscheid que detenta "la obligación legal" derivada de la responsabilidad del oferente por el retiro de la oferta.

Con relación a esta teoría en la Enciclopedia Jurídica Omeba podemos leer lo siguiente: "La teoría de Windscheid, señala que toda responsabilidad - tomando la expresión ley en un sentido genérico - deriva de la ley. Por eso se les ha llamado a las obligaciones ex lege obligaciones sobrantes."⁹²

Es decir la denominada responsabilidad precontractual fundada en la teoría de la obligación legal concibe que también es posible que surja una obligación a consecuencia de los hechos que no precisamente devienen de los negocios jurídicos, ya que la ley como norma general, los sanciona.

Ahora bien para complementar lo anterior el maestro Roberto H. Brebbia señala lo siguiente: "Windscheid ve en la responsabilidad del oferente por el retiro de la oferta un caso de responsabilidad legal. La obligación del peticante, según lo

⁹² Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., pág. 836.

afirma Windscheid, no tiene por base la voluntad del que efectuó la declaración pues el derecho la impone aun contra esa misma voluntad pueda tener confianza en que va a arribar a la conclusión de un contrato en base a la misma si media aceptación."⁹³

El citado autor advierte que cuando la oferta comienza, el sujeto que rompe con ella se hace acreedor a una obligación, independientemente de que si al final resulta el cese de la licitación o policitación por modificación de lo convenido, o bien se da lugar el perfeccionamiento del contrato.

Por su parte Baudry - Lacantinerie hace una crítica a la teoría que nos ocupa: "la ley en cada caso deberá establecer expresamente cuando existe responsabilidad, por lo que la teoría de responsabilidad legal debe ser considerada frágil y sin ninguna utilidad."⁹⁴

Analizando la teoría de Windscheid concluimos que este criterio que se apoya en la voluntad de la ley, a nuestro juicio no es el más adecuado para fundamentar sólidamente la responsabilidad precontractual, puesto que es ineficaz atribuirle a la ley como norma general la naturaleza de la responsabilidad precontractual, dado a que como bien sabemos, la ley es el fundamento mediato de la fuente obligacional tradicional, empero lo que nos debe de interesar es el fundamento inmediato de la misma, por lo que consideramos necesario la existencia de preceptos legales específicamente aplicables que subsuman los casos de responsabilidad precontractual. Aunado a ello, la teoría en análisis únicamente estudia el supuesto de la responsabilidad del oferente por el retiro de la oferta y no otros más que involucran la responsabilidad precontractual, como es el caso del rompimiento de las tratativas o negociaciones anteriores a la formación del consentimiento.

⁹³ H. Brebbia Roberto, op. cit., pág. 36.

⁹⁴ *Ibidem*, págs. 36 y 37.

2.2.2. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL QUE SE APOYA EN UNA IDEA DE ABUSO DEL DERECHO.

Se ha buscado explicar la responsabilidad del oferente en los casos de retiro de la polícitación, o del aceptante en caso de retractación, por medio de la teoría del abuso del derecho.

Los tratadistas argentinos han sostenido que la fuente de esta doctrina se encuentra en el artículo 1071 del Código Civil Argentino el cual dice a la letra:

"El ejercicio de un derecho propio, o el incumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto."⁹⁵

Al respecto el maestro Roberto H. Brebbia manifiesta que: "...el Código Civil Argentino no se opone a la aplicación de la teoría en nuestro derecho, creemos que no pueden de todas maneras tenerse en cuenta sus postulados para asentar sobre los mismos el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual. Ya se acepte como base para la determinación de lo que debe entenderse por abuso del derecho el elemento de la intención de perjudicar, el de la culpa, o del ejercicio del derecho fuera de su función económica o social, la mencionada doctrina debe considerarse insuficiente para explicar adecuadamente la responsabilidad en la etapa de las tratativas cuando todavía no ha habido formulación de la oferta – en la que las partes no tienen una sobre otra ningún derecho – o bien, durante la etapa posterior, en los casos de muerte o incapacidad sobreviniente del policitante (art. 1156 CC), supuesto éste en el que es obvio que no media ninguna de las circunstancias enumeradas como posibles calificantes del abuso del derecho."⁹⁶

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 38.

⁹⁶ *Idem*.

Aclarando lo manifestado en el párrafo anterior, diremos que el inconveniente de la teoría del abuso del derecho es ofrecer distintas versiones en cuanto a su contenido, y una de ellas tan cercana a la del "delito" que podría confundirse con ella.

2.2.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CON BASE EN LA BUENA FE.

El artículo 1816 del Código Civil Mexicano, impone la buena fe para validez de los contratos:

"El dolo o la mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico."

Como se ha podido advertir en el estudio de la etapa precontractual, las partes están obligadas a comportarse durante dicho período, lo más honestamente posible. Por lo cual, si un precontratante rompe de manera arbitraria sus tratos con el otro; es decir injustificadamente entonces se deduce que se ha obrado de mala fe.

2.2.4. DOCTRINA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.

La Enciclopedia Jurídica Omeba contiene una referencia sobre la declaración unilateral de la voluntad: "Una doctrina ve un caso de voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, donde la responsabilidad surgiría de la transgresión de lo decidido unilateralmente."⁹⁷

⁹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., pág. 836.

Analizando la cita anterior, consideramos que la teoría es insuficiente para explicar la responsabilidad precontractual durante las tratativas ya que en la época precontractual no existe una declaración de voluntad; en todo caso una serie de contactos y acuerdos preliminares hacia un acuerdo futuro principal.

Con esto damos por expuestas las distintas posiciones doctrinarias que encuentran fundamento a la responsabilidad precontractual. Por lo tanto del análisis realizado hemos entendido que la mejor teoría que debe erigir el fundamento legal de la responsabilidad derivada en la etapa anterior a la formación del negocio jurídico debe ser la que comprenda las tratativas - que como ahora sabemos son aquéllas conductas anteriores a la formalización de la oferta -, ya que consideramos que los deberes tienen que medirse desde ese preciso momento puesto que la oferta no siempre se hace de manera inmediata, sino que en ocasiones va precedida de tanteos o negociaciones, acercamientos de tipo preliminar, para saber si el que va a recibir la oferta puede encontrar algo razonable vinculado con un interés.

En consecuencia, nosotros nos inclinamos por fundamentar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual en la buena fe; y los daños y perjuicios que pueden derivarse, ya que en principio esta es una de las teorías que expone la corriente extracontractual y por otra parte, observamos que si nos basamos en esta posición doctrinaria; el Código Civil Mexicano podría contener ya en su artículo 1816; la esencia de la responsabilidad en comento al manifestar que es obligación de toda persona que pretenda realizar un negocio jurídico, actuar sin dolo y con buena fe.

CAPÍTULO III

ETAPA PRECONTRACTUAL

3.1. DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES DEL PERÍODO PRECONTRACTUAL.

Una vez analizadas las diversas posiciones contractuales podemos dejar establecido que el período precontractual, es aquel calificado por la realización de negociaciones o tratativas tendientes a la formalización de un contrato. El cual para nuestro estudio comienza en el momento en que una de las partes trata de ponerse en contacto con la otra y dura hasta que el acuerdo se perfecciona o pone término de manera definitiva a las tratativas (por ruptura unilateral o abandono de ambas partes).

En este orden de ideas, en dicho período precontractual – como ya lo habíamos señalado - se pueden distinguir dos etapas bien definidas, separadas por la formulación de la oferta. Pero tengo que decir que descartamos la existencia de la etapa intermedia de la que habla Faggella, en la que la oferta aún no se ha formulado pero en la cual ya se encuentra preparado el proyecto de ésta, por no presentar ningún elemento característico que la individualice con respecto a la etapa de las tratativas propiamente dichas.

3.2. DETERMINACIÓN DE LOS DEBERES DE LAS PARTES DURANTE LAS TRATATIVAS PRELIMINARES.

El tratadista Ennecerus Lehmann en su obra intitulada "Tratado de Derecho Civil" manifiesta que: "Durante el curso de las negociaciones preliminares los

precontratantes tienen entre sí deberes de comunicación, de explicación y de conservación." ⁹⁸

Por ello, cada parte negociante tiene la obligación de poner en conocimiento de la otra los hechos que son de importancia para la decisión de esta última y que no puede hacerse sabedora de ellos de otra manera. Igualmente, ambas deben contestar con rectitud y franqueza las preguntas y requerimientos que se formulen entre sí y que recaigan sobre detalles del negocio en cuestión.

En ciertas circunstancias esta obligación de buena fe alcanza también el deber de conservar los bienes de la contraparte que por cualquier motivo hayan pasado a su custodia durante las tratativas.

El jurista argentino Roberto H. Brebbia al apreciar los deberes de comunicación, explicación y conservación, calificativas de buena fe; que deben observar los precontratantes durante el desarrollo de las tratativas o negociaciones, considera pertinente agregar - de acuerdo con la doctrina alemana - dos nuevos supuestos configurantes de culpa; por lo que el primero de ellos es el siguiente:

"Las partes deben responder también por cualquier acción que induzca a gastos innecesarios a la contraria si se los ha hecho aparecer como imprescindibles para el normal desarrollo de las negociaciones." ⁹⁹

Para dejar en claro el párrafo anterior supongamos que un precontratante requiere para decidir la adquisición de una determinada mercadería, la remisión de muestras ocasionando un desembolso apreciable debido al peso y tamaño de los objetos, siendo que por las circunstancias especiales del caso - como pueden ser, por

⁹⁸ Ennecerus-Kipp-Wolff, Tratado de derecho civil, Tomo I, vol. II, Barcelona, 1953, págs. 299 .

⁹⁹ Roberto H. Brebbia, op. cit., pág. 51.

tener a su disposición muestra de la calidad de la mercadería o por constarle esa calidad en forma fehaciente de alguna otra manera – era totalmente innecesario el envío solicitado.

En este supuesto, el requirente deberá indemnizar los gastos de flete al que expidió las mercaderías si por una causa posterior no se llegara a concluir el contrato en trámite.

El segundo de los supuestos establecido por Roberto H. Brebbia es: "...la ruptura brusca de las negociaciones preliminares adoptadas en forma unilateral y sin causa justificada por uno de los precontratantes cuando de ella resulta daño. La falta de justificación es la que calificará la culpa del agente, pues la simple ruptura intempestiva de los preliminares no engendra responsabilidad. La prueba de aquel cese súbito de las negociaciones que fuera injustificado estará a cargo de la parte que lo invoque como defensa en el juicio, y deberá consistir en la demostración de que con posterioridad a la iniciación de los "pourparlers" ocurrió un hecho imprevisto que torna inconveniente o innecesario el negocio sobre el cual versaban los preliminares de contrato."¹⁰⁰

Para mayor entendimiento de la cita que antecede prosigamos con el ejemplo expuesto en la primera hipótesis enunciada por el maestro Roberto H. Brebbia, en el cual no se concreta el contrato debido al rompimiento de las negociaciones aún cuando conforme a las actuaciones de los precontratantes se observaba que era un hecho la ejecución del negocio jurídico. Ahora bien, retomando lo anterior puede suceder que la persona que cesó el normal desarrollo de las negociaciones no pueda perfeccionar el contrato a consecuencia de que imprevistamente devino en banca rota, y en consecuencia es imposible imputar a dicha persona responsabilidad

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 52.

precontractual alguna, debido a que ésta tuvo una causa justificada para no concretar el contrato.

Del análisis que se deriva acerca de la etapa precontractual se advierte que habrá culpa "in contrahendo" en los siguientes casos:

1. Cuando se ha obrado con la intención de ocasionar un daño al otro contratante.
2. Cuando sin haber obrado dolosamente, se ha causado un perjuicio a la contraparte en circunstancias que presuman culposa la conducta del agente, o sea:
 - a) Cuando alguno de los precontratantes ha violado los deberes de comunicación, explicación y conservación debidos a la contraparte,
 - b) Cuando se ha inducido a la contraparte a efectuar gastos innecesarios haciéndolos aparecer como imprescindibles para el desarrollo de las tratativas y;
 - c) Cuando se ha puesto fin intempestivamente, sin causa justificada, a las tratativas y el daño ha derivado de esa interrupción súbita.

3.2.1. TEORÍA DEL INTERÉS NEGATIVO. MEDIDA DEL RESARCIMIENTO.

Rudolf Ihering, creador de la teoría de la culpa "in contrahendo" es el primero que hace referencia del denominado interés negativo, estableciendo dicha figura como aquella consecuencia de la responsabilidad precontractual; por lo que en razón de ello haremos mención de la obra del citado autor, a fin de situar las coordenadas en que se encuadra el tema del interés negativo, para posteriormente estudiar los problemas que este concepto ha suscitado.

3.2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Puede suceder que en la exteriorización del consentimiento la comunicación de la voluntad del declarante no se manifieste perfectamente debido a que el destinatario no comprenda del todo una voluntad correctamente expresada. En consecuencia la parte contraria que se ha equivocado, es lógico que tenga el interés en desligarse del contrato que ella no ha querido, o sea hace anular su declaración en la medida en que es contraria a su voluntad.

Por lo que para tratar de solucionar este conflicto a mitad del siglo XIX se propusieron dos teorías: el sistema de la voluntad y el sistema de la declaración.

La teoría de la voluntad sostenida por Friederich Carl Von Savigny, tiene como contenido:

"Aquella clase de hechos jurídicos que no son solamente actos libres, sino que según la voluntad del agente, tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho...Sólo la voluntad en sí misma es importante y eficaz. La base de toda declaración de voluntad es la existencia de la misma."¹⁰¹

Al respecto, el tratadista español Alberto Manzanares Secades en el "Anuario de Derecho Civil" afirma que: "Una consecuencia estricta de la aplicación del sistema general de la voluntad la constituye la existencia en los códigos civiles de influencia francesa de normas dirigidas a regular los vicios de la voluntad en la formación de los contratos, puesto que la voluntad es lo único importante, y lógicamente cuando el

¹⁰¹ Von Savigny, Friederich, *Traite de droit romain*, Tomo III, 1851-1855, trad. francesa de Genoux, España, 1977, pág. 249.

consentimiento está viciado, el contrato será anulable. Fruto de esa idea son los artículos 1109 del Código Civil Francés y el 1265 del Código Civil español." ¹⁰²

Es decir el sistema de la voluntad prociama como su nombre lo indica, la supremacía de la voluntad sobre la declaración, de tal forma que en este sistema la declaración sólo sirve para exteriorizar la voluntad interna.

Por el contrario la teoría de la declaración de la voluntad nace a causa de las injusticias o excesos del dogma de la autonomía de la voluntad, por lo que conforme al maestro Diez de Picazo en su obra intitulada "Fundamentos del derecho patrimonial" dice lo que a continuación se cita:

"La declaración de la voluntad (oferta y aceptación sobre todo), surte siempre sus efectos en el sentido que tiene objetivamente, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho por el destinatario. El hecho de que el declarante haga la declaración bajo reserva mental no le permite atacar la declaración por falta de una voluntad real, sino que la declaración es válida." ¹⁰³

En el párrafo que antecede, se aprecia que el destinatario de una declaración debe poder confiar en la validez y eficacia de tal declaración, sin tener que preocuparse en investigar si corresponde o no a una voluntad verdadera.

Ahora bien de las teorías expuestas la corriente doctrinaria del sistema de la voluntad fue la que llegó a ocupar en aquel tiempo - mitad del siglo XIX -, un papel primario y en tanto; que la segunda corriente fue considerada como un instrumento de la primera ya que para aquélla la declaración era únicamente el medio de hacer

¹⁰² Autores varios, Anuario de Derecho Civil, tomo XXXVII, Fascículo III., Edit. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Julio- Septiembre, 1984, pág. 717.

¹⁰³ Diez- Picazo, Fundamentos de derecho patrimonial, I, 2ª edic., Edit., Tecnos, España, 1972, pág. 107.

valer la voluntad creadora del derecho y sólo ésta iba a ser tomada en consideración en la medida en que correspondiese al sentido declarado o al sentido comprendido.

Por ello las teorías analizadas son de gran importancia para la responsabilidad precontractual puesto que en el transcurso de 1860 se sostenía una gran disputa acerca de la prevalencia entre el sistema de la voluntad o el de la declaración; en donde el jurista alemán Rudolf Ihering, al formular su teoría de la culpa "in contrahendo" fue uno de los primeros autores en defender claramente el sistema de la voluntad al escribir lo siguiente:

"Es justo que se reconozca el error esencial como motivo de nulidad de los contratos." ¹⁰⁴

Sin embargo los partidarios del dogma de la voluntad al igual que Ihering, se mostraban preocupados por tratar de encontrar una protección para la parte inocente que veía desaparecer el contrato concluido válidamente y posteriormente anulado por error de la otra parte y que a consecuencia de ello se derivaban daños y perjuicios para la víctima. Por lo que el nombrado jurista alemán al advertir dicha injusticia trató de resolver el problema a través del marco del sistema de la voluntad. Y fue así como el maestro Rudolf Ihering manifestó a este respecto lo que a continuación se cita:

"Este peligro y esta falta de equidad que son tan evidentes, no son tomados en consideración en nuestras fuentes. Poco importa esto, ya que el peligro existe y es necesario por tanto una protección frente a él. El derecho romano mismo nos ofrece, en el principio de la diligentia in contrahendo el medio de otorgar esta protección." ¹⁰⁵

¹⁰⁴ Manzanares Secades, Alberto, op. cit., pág. 719.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 721.

Ihering encuentra en el derecho romano dos casos en que se concede una acción de daños y perjuicios, lo cual le sirvió de fundamento para erigir su teoría, y es así como el primer supuesto al que hace referencia es el de la venta de una res extra commercium y el segundo de ellos es el de la venta de una herencia inexistente.

Luego entonces, del análisis de los textos citados, el maestro alemán extrajo los siguientes elementos:

1. " *Conclusión aparente* del contrato de venta: consentimiento sobre la cosa y precio.
2. *Nulidad* de esta venta, a causa de un defecto referente a la cosa vendida. Defecto de *capacidad* en uno de los casos, defecto de *existencia* en el otro.
3. *Defecto en la persona del vendedor*. Es decir, falta de una condición que el vendedor debía garantizar según el contrato.
4. *Ignorancia del vicio por parte del comprador*. La acción por daños y perjuicios otorgada por Ihering en estos casos tiene como presupuesto el hecho de que el comprador ha confiado en la validez del contrato. No se dará tal acción cuando el comprador conoce el vicio y sabe o debe saber que el contrato es nulo.
5. *Acción derivada del contrato destinada a obtener indemnización de daños y perjuicios*. Los textos citados dicen expresamente que el comprador puede perseguir su derecho por medio de la acción del contrato. Sin embargo, la tutela acordada en derecho romano a la parte que sufre un daño durante el período de la formación del contrato a consecuencia de la actitud incorrecta de la otra parte, era limitada, en cuanto a que no se extendía más que a las hipótesis de

imposibilidad originaria de la prestación o a las hipótesis de conducta, dolosa o culposa, dirigida, ya sea a ocultar los vicios de la cosa, ya sea a exagerar cualidades de la cosa vendida o alquilada." ¹⁰⁶

Al respecto el tratadista Alberto Manzanares Secades dice: "Dicha tutela no experimentó ampliación alguna en el derecho común porque en aquel tiempo no se sintió la necesidad de una más completa protección de los contratantes, comenzó de hecho a mostrarse inadecuada con la intensificación del comercio y con el intercambio de bienes y exigió a los sujetos del tráfico una mayor lealtad y honestidad en sus relaciones. Sin embargo, el mérito de haber reparado en esta exigencia corresponde a Ihering."¹⁰⁷

Ahora bien, en este momento lo que nos interesa subrayar es que al comprador se le concede como objeto de una acción "el interés." Y ese interés se traduce:

"En caso de venta de una herencia inexistente o de una *res extra commercium*, al ser nulo el contrato, el comprador puede reclamar la restitución del precio de venta pagado."¹⁰⁸

Empero el interés del comprador puede ser considerado bajo un doble aspecto; ya del interés positivo que se refiere a aquel interés al mantenimiento o a la ejecución; o bien del interés negativo es decir aquel interés a la no conclusión del contrato.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pág. 722.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 723.

Así, el comprador lo que va a exigirle al vendedor es que aún a sabiendas de que éste conocía el motivo de la nulidad del contrato, aún así lo concluyó con el comprador, causando de esta forma directamente un perjuicio a aquél.

Las consecuencias perjudiciales del contrato para el comprador, consistirán entonces en el daño inmediatamente causado por la cosa, o en las actuaciones que no habría realizado si no hubiera confiado en la validez del contrato.

Luego entonces se advierte que en el caso de la venta de una res extra commercium las consecuencias perjudiciales de las acciones que el demandante comprador ha realizado con ocasión del contrato pueden consistir en pérdidas positivas o en ganancias pérdidas, esto es, acudiendo a la terminología tradicional en tema de daños, en *daño emergente o en lucro cesante*.

Manifiesta el maestro Alberto Manzanares: "Dentro del daño emergente se comprenderían los gastos que el comprador ha realizado como consecuencia de la conclusión o de la ejecución del contrato, tales como los gastos de timbre, de notario, de registro, gastos de embalaje, de aduana, de propinas usuales, las mejoras efectuadas por el comprador a la cosa vendida, por el arrendatario a la cosa arrendada, los gastos hechos por el mandatario para la ejecución del mandato... Desde el punto de vista del lucro cesante, hay que tener en cuenta que la conclusión y posterior nulidad del contrato puede también haber impedido al comprador obtener una ganancia: ya sea que ha rechazado otra ocasión de concluir este contrato, ya sea que no se ha preocupado de buscar una en tiempo útil."¹⁰⁹

Así pues, la indemnización del "interés negativo" tiene la misma finalidad que toda indemnización que es restablecer el patrimonio de la persona que ha sufrido el

¹⁰⁹ Ibidem, pág. 724.

daño al mismo estado en que se encontraría si no se hubiera producido el evento dañoso. En nuestro caso, colocar el patrimonio del comprador en una herencia inexistente o en una res extracommercium (usando los ejemplos de los textos romanos) en la misma situación en que se encontraría de no haberse celebrado el contrato que luego sería anulado.

3.2.3. EL CONCEPTO DEL INTERÉS NEGATIVO EN LA DOCTRINA.

Existen varias opiniones doctrinales sobre el concepto de interés negativo.

En el derecho alemán, Fischer, explica: "Cuando una indemnización de daños y perjuicios tiene su causa exteriormente en la celebración de un negocio jurídico, hay que distinguir según que el fundamento esté en la existencia misma del contrato o en su frustración. De ahí la diferencia entre *interés contractual negativo* e *interés contractual positivo*."¹¹⁰

Hedemann define el *interés negativo* o también llamado por él, *interés de confianza* como: "El daño que la otra parte sufre porque confía en la validez del negocio; el *interés positivo* también llamado *interés de cumplimiento*, está configurado en la ley como el interés que tiene la otra parte en la validez del contrato."¹¹¹

Por su parte Larenz aborda el tema al estudiar la culpa antes o al concluir el contrato y dice que según el parágrafo 307 del BGB: "El que al concluir el contrato conocía o debió conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a indemnizar

¹¹⁰ Fischer, Hans A., Los daños civiles y su reparación, traducción francesa al español de Wenceslao Roces, Madrid, 1928, pág. 97.

¹¹¹ Citado por Manzanares Secades, Alberto, op. cit. Pág. 125.

el daño que por ello haya sufrido la otra parte, en caso de que ésta no hubiera conocido ni podido conocer dicha imposibilidad y confiara en la validez del contrato."¹¹²

De lo anterior se advierte que la indemnización del *interés positivo* tiene su base en el contrato válido, el cual es un supuesto típico de la denominada indemnización de daños y perjuicios o una consecuencia de incumplimiento contractual (interés de cumplimiento). A modo de ejemplo imaginemos un contrato de arrendamiento, en el cual el arrendatario omite pagar la renta al arrendador, y por lo tanto este último exige el cumplimiento del pago de la renta conforme a lo establecido en el negocio jurídico.

Por el contrario el *interés contractual negativo*, es producido para la persona que confía en la validez de un negocio jurídico que luego resulta nulo, a consecuencia de un vicio original o por causas posteriores; por lo que presupone pues la hipótesis de un contrato frustrado, que no produce efectos, donde las causas de dicha nulidad existen con anterioridad a la celebración del contrato.

En síntesis de lo anterior, podemos decir que conforme a la corriente alemana se originará el interés negativo por causas que anulen el negocio jurídico.

Por otra parte, y a diferencia del criterio teórico que precede, la doctrina española ha estudiado muy poco sobre el tema en comento. Así por ejemplo el tratadista español Alberto Cossío dice: "Quien contrata, pasa de la esfera puramente negativa del tráfico extracontractual, a la esfera positiva del tráfico contractual: del campo de la culpa in faciendo al de la culpa in non faciendo, esto es, al de la diligencia positiva, y la primera y más general obligación que con ello asume es

¹¹² Larenz, Karl, Derecho de Obligaciones, T. I, Italia, 1979, pág. 106.

emplear en la contratación la necesaria diligencia: no sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que están en formación, deben quedar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, pues en caso contrario cada contratante correría el peligro de ser sacrificado por la negligencia ajena; se impone pues, como obligación la diligencia in contrahendo, y de la misma manera que si el contrato llega a feliz término asegura el interés contractual positivo, debe responder por el interés contractual negativo cuando el contrato no llega a la perfección por causa a él no imputable." ¹¹³

Como se puede apreciar, el maestro español sostiene que por el simple hecho de que dos personas comiencen a negociar la conclusión de un contrato, se establece un estado de recíproca confianza la cual no debe defraudarse y que en caso de hacerlo, es obligación de la parte que lo hace indemnizar los daños y perjuicios ocasionados durante el período precontractual.

Asimismo, Cossío habla del interés negativo ya con influencias del artículo 1337 del Código Civil italiano puesto que éste hace mención de ciertos deberes que existen entre las partes que entran en contacto para celebrar un negocio jurídico. Y para fundamentar nuestras aseveraciones expondremos el precepto en cita:

*"Artículo 1337.- Las partes, en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe."*¹¹⁴

Por su parte, Espín sigue la línea de Ihering cuando afirma que: "También puede ocasionarse una responsabilidad por los tratos precontractuales si una de las

¹¹³ Cossío, Alberto, El Dolo en el Derecho Civil I, Madrid, 1955, pág. 275.

¹¹⁴ Código Civil Cuatro (Codice Civile) Editor Ulrico Hoepli, Milano, 1956, pág. 181.

partes cuíposamente oculta a la otra causas que impiden la válida celebración del contrato. Está latente en la responsabilidad precontractual la idea de la buena fe."¹¹⁵

Cabe mencionar que dicho autor al hablar del interés negativo también alude a la idea de responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos cuando dice: "Puede ocurrir que en la fase previa de aproximación de ambas voluntades no se llegue a un acuerdo, porque la primera oferta no sea aceptada, ni tampoco la contrapuesta que formule la otra parte, y en estos casos en que no se llega al consentimiento contractual, pueden haberse producido determinados gastos realizados en vista a la posible celebración del contrato y originarse alguna responsabilidad para el que rompe los tratos iniciales sin causa justificada." ¹¹⁶

Se aprecia entonces que para Espín, el interés negativo comprende los daños y perjuicios derivados tanto de la nulidad del contrato como del rompimiento de las negociaciones preliminares anteriores a la formación del consentimiento.

Por su parte, Díez de Picazo, en su obra intitulada "Sistema de Derecho Civil" al estudiar la responsabilidad precontractual piensa lo siguiente: "El daño en este tipo de supuestos es susceptible de ser causado por haber dado lugar un contratante a una causa de nulidad por la que queda posteriormente ineficaz el contrato, por ocultar datos o información que evitaría aquél; o bien por una ruptura de tratos preliminares." ¹¹⁷

Para aclarar lo anterior diremos que el daño que se causa por invalidez del negocio jurídico puede suceder cuando una de las partes emplea dolo o violencia para que la otra manifieste su voluntad, por otro lado en cuanto al daño que se

¹¹⁵ Espín, Diego, Manual de Derecho Civil, vol. III, Obligaciones y contratos, 3ª edic., Madrid, 1970, pág. 373.

¹¹⁶ Ibidem, pág. 372.

¹¹⁷ Díez-Picazo y Guillón, Sistema de Derecho Civil, II, 2ª edic., Edit. Tecnos, España, 1973, pág. 88.

origina por la mala fe entre uno de los sujetos contratantes, puede ser el caso cuando se contrata en nombre y representación de otro sin manifestar que no se tiene representación, quedando así sin efectos el contrato.

Ahora bien, para el tratadista citado anteriormente, el daño resarcible en la responsabilidad precontractual, se centra en el *interés negativo* pues manifiesta: "El responsable ha indemnizar es en la medida correspondiente a la disminución patrimonial que se sufre, y que se hubiera evitado si no se hubiese hecho el contrato o no se hubiesen iniciado los tratos preliminares."¹¹⁸

Es decir el perjudicado tiene derecho durante el período precontractual, a que se le reembolsen todos los gastos realizados; para que pueda estar en condiciones de cumplir el contrato. Por lo que tales gastos pueden ser entre otros el pago de asesores, desplazamientos, interés del dinero que ha obtenido para el cumplimiento de su prestación contractual, alquiler de almacén para conservar la cosa que hubiera debido entregar, gastos de transporte de la misma, etc.

Finalmente, del estudio de las definiciones antes expuestas se desprende que el interés negativo consistirá en aquel resarcimiento de daños y perjuicios que se hagan a causa de la invalidez del negocio jurídico y del rompimiento injustificado de las tratativas preliminares.

3.2.4. LA CRÍTICA AL CONCEPTO DE INTERÉS NEGATIVO DE IHERING.

Hasta aquí hemos visto cual es el desarrollo que hace Rudolf Ihering a su teoría de la *culpa in contrahendo*, así como del concepto del interés negativo. Del mismo modo hemos aclarado dicho concepto conforme a la doctrina europea.

¹¹⁸ Idem.

A continuación pasaremos a estudiar las críticas realizadas al concepto del interés negativo expuesto por el citado autor, las cuales han significado un cambio determinante para dicha figura.

Recordemos brevemente los puntos bases de la obra de este autor alemán:

1. La hipótesis central de la culpa *in contrahendo* es la de un contrato válidamente celebrado y que posteriormente deviene nulo por causas imputables a una de las partes.
2. Como resultado de la nulidad, la parte contraria sufre un daño a consecuencia de haber confiado sin culpa suya en la validez del contrato.
3. Ese daño está representado en la idea del interés negativo, en contraposición al interés positivo o interés de cumplimiento. El interés negativo tendría así como base un contrato frustrado, mientras que el interés positivo representaría el cumplimiento del contrato.
4. El interés negativo engloba tanto el daño emergente (gastos realizados en la preparación del contrato) como el lucro cesante (beneficios dejados de obtener por haber confiado en que el contrato anulado desplegaría sus efectos).

Frente a esto, y en relación con el interés negativo se han planteado las objeciones siguientes:

Como bien sabemos la base legal del tema de la "culpa in contrahendo" es el artículo 1337 del Código Civil Italiano, el cual establece:

*"Artículo 1337.- Las partes en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe."*¹¹⁹

Como se advierte, la presente disposición tiene una connotación muy amplia ya que no limita el concepto de responsabilidad precontractual a los únicos casos de invalidez del contrato.

Por su parte, el artículo 1338 del mismo ordenamiento jurídico expresa:

*"Art. 1338.- La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato y no ha dado noticia de ello a la otra parte, está obligada a resarcir el daño que la otra parte haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato."*¹²⁰

Este precepto legal es el supuesto estudiado por Ihering en su tiempo, y por lo tanto es una de las aplicaciones del principio de la culpa in contrahendo.

Es de esta manera como la doctrina alemana, tratando de darle una connotación diferente a la idea que Ihering tiene del interés negativo asevera: "Vertranesschaden es aquel daño causado por la violación de la confianza de una persona en la seriedad, lealtad y honestidad en el trato de la otra."¹²¹

De lo anterior se observa que Ihering, no intentó hacer un estudio de todos los problemas que planteaba la culpa in contrahendo, sino que buscaba una solución a un caso muy concreto que es el de la anulación de un negocio jurídico por error esencial de una parte y la posibilidad de reparar el daño que dicha anulación causaba

¹¹⁹ Código Civil, Cuattro Codici (Codice Civile), op. cit., pág. 181.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Manzanares Secades, Alberto, op. cit., pág. 730.

a la otra parte inocente; y en consecuencia por ello es lógico suponer que el juriconsulto alemán no tratara otros posibles casos de culpa in contrahendo.

Entre los casos que en la obra de Ihering se pasan por alto es el tema de la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, que hoy en día se considera como un supuesto más de la *culpa in contrahendo*, sobre todo por la mayoritaria doctrina italiana.

Sin embargo el maestro español Alberto Manzanares Secades justifica a Ihering manifestando lo siguiente:

"Es un dato a considerar el de la época en que Ihering escribe su artículo fuertemente influenciado por el derecho romano, en la que hablar, por ejemplo, de trabas a la libertad de romper las negociaciones preliminares era algo bastante ilusorio."¹²²

El mismo criterio siguen Loi y Tessitore al decir: "No se puede lanzar como crítica a Ihering el que no estudiara el supuesto de la ruptura de las negociaciones, porque a nuestro modo de ver ello tiene una explicación muy clara: y es la concepción individualista - liberal en la que en los momentos en que Ihering escribe su obra estaba inspirada en la reglamentación de las relaciones económico sociales. La construcción de Ihering debía encuadrarse en un plano de un ordenamiento sustancialmente fundado en el derecho romano, y sirviéndose de las indicaciones ofrecidas por las fuentes."¹²³

Hay que decir que incluso en Italia y durante la vigencia de su Código Civil de 1865, fueron pocas las veces cuando se reclamaron un control de la actividad de las

¹²² *Ibidem*, pág., 733.

¹²³ Loi y Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, pág. 2.

partes en el período anterior a la formación del contrato porque la mayoría de los autores no consideraban la ruptura injustificada fuente de responsabilidad, en virtud (como ya se ha dicho), de la concepción individualista - liberal, que aplicada al campo económico, se traducía esencialmente en la absoluta salvaguardia de la libertad de contratación.

Como afirmábamos en el capítulo anterior de la presente investigación, fue con el juriconsulto italiano Gabriel Faggella en 1900, el primer autor que introdujo y defendió abiertamente la existencia de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, siendo secundado poco después, en 1907, por Saleilles.

Así la admisión de responsabilidad precontractual a consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones, se produjo al introducir en el Código Civil Italiano de 1942 los artículos 1337 y 1338.

Nuevamente el catedrático Alberto Manzanares Secades dice: "El artículo 1337, ofrece una base muy sólida para cimentar la responsabilidad en estudio, puesto que si la forma obliga a las partes a comportarse de buena fe, puede concluirse que, cuando los tratos preliminares llegan a un punto tal que una de las partes confía razonablemente en la conclusión el contrato, la ruptura repentina, sin motivo justificado, no sería leal y honesta, y en consecuencia debería ser considerada prohibida."¹²⁴

A nivel legislativo, una formulación así de clara como la del artículo 1337 del Código italiano tan sólo se ha establecido en el código civil portugués de 1966, en su artículo 227 que expresa: "Quien negocia con otro para la conclusión de un contrato,

¹²⁴ Manzanares Secades, Alberto, op. cit., pág. 734.

debe, tanto en las conversaciones preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause la otra parte." ¹²⁵

Según los principios comúnmente admitidos en Alemania y en Suiza, las negociaciones preliminares crean entre las partes, desde antes de la conclusión del contrato, una relación jurídica que da nacimiento a ciertas obligaciones de diligencia. La responsabilidad por la actitud adoptada en las negociaciones se aplica no solamente cuando éstas han desembocado en la conclusión de un contrato, aunque sea un contrato nulo, sino también en el caso de que las partes no hayan concluido ningún contrato.

"En el ámbito del Derecho francés hay que recordar que Saleilles, aceptó la tesis de Faggella sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos." ¹²⁶

"Demogue se mostraba también a favor de esta idea cuando admitía la posibilidad del reembolso de los gastos realizados en los tratos, siempre que existiera una ruptura arbitraria, para no crear una responsabilidad demasiado extensa, siendo preciso, a fin de no menoscabar la libertad que han de disfrutar los contratantes de realizar o no el contrato según les convenga, recurrir a la idea de contrato tácito al construir técnicamente esta responsabilidad." ¹²⁷

3.2.5. LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM EN EL INTERÉS NEGATIVO.

Aceptando que la responsabilidad precontractual trae consigo el resarcimiento del daño, esto es, del *interés negativo*, es nuestra intención llegar a

¹²⁵ Bessone, Mario. *Rapporti precontrattuali e doveri di correttezza*, Italia, pág. 987.

¹²⁶ Saleilles. *op. cit.*, pág. 697.

¹²⁷ Demogue, René, *Traité des obligations en general*, Tomo II, núm. 554, (Tratado de las obligaciones en general) Nueva Biblioteca Universal, Madrid, Gongora, 1932, pág. 116.

una determinación de lo que debe incluir dicho resarcimiento.

Cabe mencionar que para efectos de nuestro estudio nosotros distinguimos el interés negativo de la hipótesis de culpa *in contrahendo* consistente en la conclusión de un contrato que es posteriormente invalidado por vicios o defectos existentes en el período de la formación del contrato (básicamente la hipótesis de Ihering); del supuesto de la culpa *in contrahendo* consistente en la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. Donde en ambas hipótesis se puede producir un daño.

Nosotros estudiaremos fundamentalmente el resarcimiento del *interés negativo* en el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

El problema que se plantea es si el interés negativo en casos de responsabilidad precontractual puede exceder la medida del interés positivo.

Respecto a la extensión del interés negativo, Ihering se manifestaba así: "Las consecuencias perjudiciales del contrato (invalidado) para el comprador (defraudado) pueden consistir ya sea en los gastos que el comprador ha llevado a cabo como consecuencia de la conclusión y ejecución del contrato, ya sea en las posibles pérdidas de concluir un contrato tan ventajoso como el invalidado. En la indemnización de estos daños, el interés negativo puede en algunas circunstancias alcanzar tanto como el interés positivo (esto es, lo que se habría obtenido en caso de haberse ejecutado el contrato)." ¹²⁸

Es decir, para Ihering el resarcimiento del daño causado por invalidez o ineficacia del contrato no debe ser mayor de lo que se hubiera obtenido a través de

¹²⁸ Manzanares Secades, Alberto. op. cit., pág. 738.

la ejecución del contrato.

En general la respuesta de la doctrina que se ha ocupado en este punto se ha apegado al criterio del autor alemán.

Sin embargo al respecto, el maestro Alberto Manzanares Secades sostiene: "los autores alemanes, conscientes de la insuficiencia del argumento de los parágrafos 122 y 179-2º. del BGB intentan justificar la limitación del interés negativo al positivo con argumentos de carácter equitativo, por lo que sostienen que sería injusto que un sujeto consiga por la invalidez del contrato ventajas mayores de las que obtendría si el contrato hubiese sido válido." ¹²⁹

Por su parte el juriconsulto suizo Benatti afirma lo siguiente: "Puesto que el problema en relación a la valoración del contenido de la obligación de resarcimiento es una cuestión de derecho positivo, su resolución no depende de reflexiones de carácter equitativo, sino de un atento análisis de las disposiciones legales. Y en el derecho italiano, no existe ninguna norma que justifique la mencionada limitación del interés negativo." ¹³⁰

Es decir para el autor antes mencionado, no hay razón alguna por la cual el resarcimiento del interés negativo no sea mayor que la del interés positivo.

Es así como Mario Bennati asevera que: "Por la experiencia del derecho suizo en los artículos 26-2 y 39-2 del Código de las Obligaciones establecen que quien anula un contrato invocando un error culposo, o quien concluye a sabiendas y sin poderes un contrato no ratificado debe reparar el perjuicio que resulta de la invalidez

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Benatti, Francesco, "La responsabilità precontrattuale", Suiza, 1963, pág. 151.

del contrato, pero quizá, si la equidad lo exige, ser condenado a daños y perjuicios más elevados.”¹³¹

Como podemos apreciar la solución que propugnan estas normas es la opuesta a las del BGB. Por lo que Piotet, apoyando el criterio establecido por Benatti manifiesta que: “las consecuencias de la limitación son ilógicas e injustas ya que no se puede objetar a quien ha sufrido un daño que es injusto concederle más de lo que esperaba, puesto que lo que él esperaba era un contrato válido y unas negociaciones correctas.”¹³²

De lo anterior, nos pudimos percatar que no existen criterios uniformes respecto a que si el resarcimiento del interés negativo puede superar al del interés positivo, ya que es muy válido lo que manifiestan ambas corrientes jurídicas.

Una vez que hemos reflejado las normas y opiniones de lo que se debe de resarcir en el interés negativo en relación con el daño producido por la conclusión de un contrato que posteriormente resulta invalidado (la cual es la hipótesis de Ihering). A continuación procederemos al análisis de los daños que son posibles de resarcir en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

Nuevamente el tratadista español Alberto Manzanares Secades manifiesta que: “Lo primero que hay que señalar es que en aquellos ordenamientos como el italiano que han recogido la responsabilidad precontractual no existe norma alguna que se refiera, ni siquiera indirectamente, a la medida del daño en dicha responsabilidad. Sin embargo, en la jurisprudencia italiana, existe la idea de que hay que atribuir al interés negativo una extensión limitada. Así, se ha dicho que la *responsabilidad precontractual* no comporta el resarcimiento de todos los daños

¹³¹ Idem.

¹³² Idem.

sufridos, sino sólo aquel resarcimiento que encaje en el interés negativo. O bien que la obligación de resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las negociaciones esté contenida en el límite del interés negativo. Y en este mismo sentido se ha sostenido que el resarcimiento del daño en los casos del artículo 1337 del código civil italiano está limitado al interés negativo, porque si se concediese el interés contractual positivo no habría diferencia entre culpa contractual y la extracontractual." ¹³³

Las sentencias citadas se referían a casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, y a nuestro juicio deben ser interpretadas en el sentido de que en dichas hipótesis el *quantum* del interés negativo no debe superar la medida del interés positivo, esto es, lo que se habría obtenido en caso de que el contrato hubiera sido concluido y ejecutado.

Esta idea de la jurisprudencia italiana ha suscitado perplejidad en algunos autores de los citados países. En efecto, hay que aclarar que la mayoría de la jurisprudencia italiana admite la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante en la responsabilidad precontractual (en los supuestos de conclusión de un contrato que después deviene inválido por vicios existentes anteriormente y ocultados por una de las partes - caso del artículo 1338 - y también en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones, encuadrable en el artículo 1337). Y si esto es así, se preguntan autores como Pietrobon, Loi y Tessitore o Visintini, qué sentido tiene hablar de una limitación en la indemnización del interés negativo.

A nuestro juicio sería que dicha limitación jugaría tan sólo en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones (por los argumentos antes expuestos) pero no así en los otros supuestos de culpa *in contrahendo* que entrarían en el artículo

¹³³ Manzanares Secades, Alberto, op. cit., pág. 740.

1338 del código civil italiano, y en los que la medida del interés negativo sí podría superar la del interés positivo.

3.2.6. LOS ELEMENTOS QUE DEBEN INTEGRAR EL RESARCIMIENTO DEL "INTERÉS NEGATIVO".

Cuando a consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, la parte que confiaba legítimamente en la conclusión del contrato sufre un daño, la reparación de este daño puede comprender para algunos teóricos, el daño emergente y el lucro cesante.

Por lo que iniciemos nuestro estudio con el primero de los elementos del interés negativo.

3.2.6.1. DAÑO EMERGENTE.

El maestro español Moreno Quesada sostiene: "La parte que no ha abandonado las negociaciones, ha realizado durante ellas gastos con la esperanza de poder resarcirse al concluir el contrato, pero que debido a la brusca interrupción de los tratos quedan exclusivamente a su cargo, sin que por otra parte tengan compensación, ya que se frustra el negocio en que esperaba hallarla."¹³⁴

Por ello, en la etapa precontractual durante el desarrollo de las tratativas preliminares, se van realizando una serie de gastos, las cuales al romperse o cesar dichas negociaciones de manera injustificada; quedan sin resarcimiento alguno tales desembolsos para la parte que los realizó.

¹³⁴ Moreno Quesada, La oferta del contrato, Revista de Derecho Notarial, Madrid, 1956, pág. 54.

Por su parte Loi y Tessitore afirman lo siguiente: "Siendo de hecho susceptibles estos gastos de individualización y valoración inmediata, resultan directamente computables, por lo que - siempre que sean certificados por el juez como necesarios para seguir adelante con las negociaciones iniciadas -, constituirán de lleno el objeto de la suma resarcible."¹³⁵

Sin embargo, a que decir que no todos los gastos o daños que se produzcan en el período de formación del contrato por las negociaciones preliminares son indemnizables:

1. En este sentido aparecen en la formación del contrato una serie de gastos que podríamos llamar como Hilsenrad los denomina de *riesgo especulativo*, y que aún en el caso de no celebración del contrato, no serían indemnizables.

Hilsenrad en su obra intitulada "Las obligaciones precontractuales" dice que entre estos gastos se encuentran por ejemplo: "los gastos de publicidad: las casas de comercio invierten frecuentemente importantes sumas en publicidad esperando fundamentalmente que esos gastos sean productivos. Estos gastos de publicidad entran en concepto de gastos generales, efectuados únicamente en interés de la persona que por este medio propone los contratos, que quien, por tanto, nada podrá reclamar por este concepto, aún en caso de que no llegue a realizarse el negocio, o de que habiéndose realizado resulte luego anulado."¹³⁶

Compartimos, la opinión de Hilsenrad, para quien los gastos que persiguen un fin de publicidad quedan siempre a cargo de la persona que de ellos se puede beneficiar.

¹³⁵ Loi Y Tessitore, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano, 1975, pág. 104

¹³⁶ Hilsenrad, Arthur, Las obligaciones precontractuales, (Des obligatios que peuvent naitre ou cours de la preparation d' un contrat) Librería Arthur, Russeau, Francia - España, 1932, pág. 16.

No obstante afirma este autor: "Puede ocurrir que la parte que rompió las conversaciones preliminares se aproveche directamente de la publicidad efectuada por la otra, en cuyo caso la jurisprudencia francesa reconoce el derecho a percibir una indemnización, lo que no es sino una excepción a la regla general"¹³⁷

2. Otros gastos ocasionados con motivo de la preparación de los contratos, son los estudios y proyectos preliminares. Y a modo de ejemplo manifiesta Hilsenrad: "las empresas de cualquier orden que desean dar a su posible clientela todas las indicaciones útiles que juzguen necesarias para impulsar las operaciones del tráfico a que se dedican, se someten a la consideración de distintas personas, que creen interesadas en sus negocios, los planos y proyectos preliminares, a fin de llegar cuanto antes a la conclusión del mayor número y volumen de contratos."¹³⁸

Estamos de acuerdo con Hilsenrad al sostener que estos gastos no tienen el carácter de indemnizables, ya que a nuestro criterio son actividades comerciales que como tales tienen un fin lucrativo, y por lo tanto llevan implícito cierto riesgo. Además consideramos que durante la etapa precontractual ninguna de los futuros contratantes puede obligar a quien hizo los desembolsos a que realice los estudios y proyecto preliminares, ni tampoco a emplear tanto tiempo como dinero en las meras tratativas.

Pero prosigamos con el estudio de los gastos que no son indemnizables.

3. "Tampoco serán indemnizables, aquellos gastos producidos por un fracaso normal de las conversaciones preliminares, cuando las negociaciones terminen de mutuo acuerdo porque los interesados no convengan sobre los elementos esenciales del

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ *Ibidem*, pág. 17

negocio, también porque una de las partes desista unilateralmente de los tratos cuando de su desarrollo puede colegirse la infructuosidad de los mismos." ¹³⁹

A modo de ejemplo del párrafo anterior citemos el caso de un arquitecto que requiere los servicios de un maestro de obras para la construcción de un edificio, conviniendo ambos como pago inicial la cantidad de \$8,000.00. Seguidamente el maestro le pregunta al arquitecto cuánto va a ser el pago de la remuneración final de la obra; y éste le contesta que será de \$ 10,000. En consecuencia el maestro de construcción al considerar los gastos que tiene que realizar como pago a sus chalanes, la comida de éstos, y otros desembolsos decide romper las negociaciones al observar que sería muy poca la ganancia que recibiría si perfeccionara el negocio jurídico.

Ahora bien, citemos la última hipótesis en que no serían indemnizables los gastos por daño emergente.

4. "No son indemnizables los accidentes ocurridos durante el período de formación del contrato; puesto que estos daños, en todo caso serían indemnizables ya por su naturaleza extracontractual, aquiliana, y por ende su indemnización respondería a otros criterios distintos de los aquí manejados."¹⁴⁰

El anterior argumento evidentemente sigue el principio por el cual, al caso fortuito y la fuerza mayor nadie responde.

Serán *gastos indemnizables* por lo tanto constitutivos del daño emergente, aquellos que Moreno Quesada califica como *gastos provocados*, es decir: "Los gastos provocados son aquellos cuya realización encuentra su razón de ser en el

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

consentimiento del contratante que posteriormente romperá las negociaciones, que ha autorizado con su incorporación a los tratos los gastos que puede producir." ¹⁴¹

Del concepto de gastos indemnizables aportado por el tratadista Moreno Quesada se advierte que estos pueden darse lugar durante el desarrollo de las negociaciones y son aquellos que son necesarios para la preparación del proyecto contractual, como son los viajes, ensayos, planos, honorarios de peritos, etc. siempre que estén justificados con el acuerdo del otro.

Asimismo, Alonso Pérez enmarca estos gastos bajo la denominación de *gastos de la confianza* y pone como ejemplo el siguiente: "Quien confiando en que se va a construir una sociedad, uno de los posibles socios, fundamentalmente fiado 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, o por ejemplo 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." ¹⁴²

De ello, se aprecia que en el daño emergente hay dos tipos de gastos resarcibles, los cuales son aquellos nombrados por el maestro Moreno Quesada; denominados "gastos provocados" derivados del consentimiento dado por los negociantes durante el desarrollo de las tratativas, y por otra parte nos encontramos los anotados por Alonso Pérez llamados "gastos de confianza" que como su nombre lo indica provienen de aquellos desembolsos realizados en la etapa precontractual, creyendo en la buena fe y honestidad de la contraparte.

¹⁴¹ Moreno Quesada, op. cit., pág. 55.

¹⁴² Alonso Pérez, Mariano, La responsabilidad precontractual, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1970, pág. 914.

De estas dos definiciones se aprecia, que la que mejor explica el quantum de los gastos resarcibles en el daño emergente, es la expuesta por Moreno Quesada; ya que la segunda de las acepciones tiende a ser menos objetiva porque sería meternos en conceptos de qué es la buena fe, honestidad y otros más, los cuales no tienen una respuesta específica pues depende de la persona que juzgue; por lo que en consecuencia este último concepto no determina exactamente lo que debe comprender el término de daño emergente.

3.2.6.2. EL LUCRO CESANTE.

Como se apreció en el apartado anterior, los doctrinarios convergen respecto de lo que será objeto de indemnización en el daño emergente, no siendo así en lo concerniente al carácter resarcible del lucro cesante; pues desafortunadamente aún cuando el derecho italiano es el que se ha ocupado arduamente en determinar qué es lo que se tiene que pagar por concepto del mismo, en la práctica las sentencias pronunciadas sobre este segundo elemento del interés negativo difieren mucho en su contenido.

Así pues en el Anuario de Derecho Civil, el maestro Alberto Manzanares Secades manifiesta que la Corte de Cassazione italiana del 28 de marzo de 1954 afirma lo siguiente: "La obligación del resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las *trattative* está contenida en los límites del interés negativo, y está por tanto limitada a los gastos que la contraparte ha sostenido en previsión a la conclusión del contrato y a las pérdidas sufridas por otras ocasiones de contratar que han sido rechazadas, siempre que naturalmente, una y otra sean dependientes de las negociaciones que no han tenido éxito." ¹⁴³

¹⁴³ Manzanares Secades, Alberto, op. cit., pág. 746.

Como se aprecia; en el criterio mencionado se maneja el interés negativo tanto por daño emergente como por lucro cesante y en este último se establece la obligación de pagar por aquellos posibles negocios jurídicos que se rechazaron durante las tratativas, las cuales posteriormente fueron cesadas de manera arbitraria, es decir lo que se pretende pagar con el lucro cesante son aquellas ventajas fallidas.

En la misma posición se ha establecido en el Apéndice de Catania del 25 de enero de 1956 al expresar: "La parte obligada al resarcimiento del daño por responsabilidad precontractual, debe a la otra, que había confiado seria y razonablemente en la conclusión del contrato, no la utilidad expresada del mismo, sino el perjuicio derivado de las eventuales ocasiones pérdidas y el reembolso de los gastos realizados."¹⁴⁴

De lo anterior se advierte que por un lado hay una tendencia en las resoluciones italianas a conceder indemnización por el lucro cesante en los supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, siendo la buena o mala fe de las personas la que determina la injusticia del rompimiento de las negociaciones.

Hay que decir que por el contrario, existen sentencias emitidas que se han manifestado de forma contraria a las resoluciones antes presentadas, como lo son por ejemplo el Apéndice de Venezia del 6 de febrero de 1957, el cual dice a la letra lo que a continuación se cita:

"Son por tanto resarcibles solamente los gastos que dependen directamente de las *trattative* y no los daños derivados de las posibles pérdidas de ganancia."¹⁴⁵

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 747.

¹⁴⁵ *Idem*.

Por el mismo tenor la Corte de Cassazione del 15 de febrero de 1971 señala: "Se excluye el resarcimiento del lucro cesante por violación de lo dispuesto en el artículo 1337 cuando se afirma que mientras en el caso de culpa contractual el resarcimiento comprende también el daño causado por las posibles pérdidas, en la hipótesis de responsabilidad precontractual, es decir el resarcimiento de los daños está limitado a las pérdidas estrictamente inherentes a las negociaciones." ¹⁴⁶

De ello se observa que estas sentencias a diferencia de las primeras no aceptan y consideran innecesario indemnizar las posibles pérdidas que hubiere sufrido la víctima a causa del rompimiento de la negociaciones. Es decir sólo conciben como resarcibles los desembolsos derivados durante las tratativas, lo cual a nuestro juicio es muy válido, ya que es imposible saber con exactitud si entre los negocios jurídicos propuestos a la persona que ahora es víctima del cese injustificado de las negociaciones; haya logrado perfeccionar algún contrato y además de ello que éste hubiera sido exitoso.

El doctrinario español Alberto Manzanares se encuentra más en la línea con estas últimas sentencias, en tanto que piensa que en los supuestos de responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones no cabe indemnización del lucro cesante por las siguientes razones:

1. "Si estando las partes en negociaciones, una de ellas recibe una proposición más ventajosa de un tercero, y no lo acepta, en caso de que la otra parte desista injustificadamente de los tratos, no se le podrá exigir responsabilidad por las ocasiones pérdidas por la parte que sufre la ruptura, pues ésta pudo haber aceptado la nueva proposición rompiendo justificadamente las negociaciones ya

¹⁴⁶ Idem.

iniciadas, dado que es un interés protegible el de concluir los negocios en las condiciones más ventajosas posibles."¹⁴⁷

Para mayor entendimiento del párrafo citado supongamos que dos cadenas hoteleras "Real del Sur" y "Cibeles" están negociando la creación de una sociedad para tener menor competencia en el mercado. Posteriormente un hotel de prestigio denominado "Fiesta Americana" le propone al hotel "Real del Sur", comprar su franquicia, ofreciéndole un pago considerable por tales consorcios y manifestándole lo fructífero que sería para ambos el perfeccionamiento de dicho negocio jurídico. En consecuencia el hotel "Real del Sur" al observar que ganaría mayor dinero vendiendo su franquicia al hotel "Fiesta Americana" resuelve en romper los tratos con el hotel "Cibeles". Ahora bien, si por el contrario - en tal hipótesis - el hotel "Real del Sur" decide continuar con la negociaciones con el Hotel "Cibeles" y días después cesan sus conversaciones preliminares, es imposible que el Hotel "Real del Sur" pida el pago del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados durante el período precontractual, ya que tuvo la oportunidad de romper justificadamente sus tratativas para realizar una mejor negociación con el "Hotel Fiesta Americana."

Prosigamos con las demás razones que nos presenta Manzanares Secades y que por las cuales en la ruptura injustificada de las negociaciones no se debe indemnizar el lucro cesante.

2.- " Para llegar a determinar de hecho cuáles habrían sido las otras posibles ofertas, que la parte habría tomado o podido tomar en consideración, si no hubiese estado inmersa en las *trattative* después interrumpidas, y qué otras "ventajas" mayores o menores (que las del contrato no concluido) habría obtenido, sería necesario tener en cuenta numerosos factores de carácter general (condiciones

¹⁴⁷ *Ibidem*, pág. 748.

de mercado, variaciones de precio, devaluación monetaria), que no siempre se presentan como fácilmente controlables o determinables." ¹⁴⁸

Estamos de acuerdo con lo antes dicho ya que no hay certidumbre para ningún negociador respecto a que le pueda ir mejor o peor con otras ofertas surgidas durante el período en que se encuentra en tratos con determinada persona; pues como se observa con el ejemplo de las cadenas hoteleras; supongamos que el hotel Real del Sur acepta los tratos con el Hotel "Fiesta Americana"; y posteriormente perfeccionan el negocio jurídico. Al día siguiente de ejecutado el contrato acaece una devaluación monetaria, y para mala suerte del que era propietario de las franquicias del "Hotel Real del Sur", la cantidad que recibió por concepto de dichos consorcios ahora es poca y se arrepiente por haber roto las negociaciones con el Hotel Cibeles.

Por último, el tercer argumento que nos muestra el maestro Manzanares Secades es el siguiente:

3. "Habría que considerar y valorar concretamente las efectivas posibilidades que la parte tenía de concluir con un tercero un contrato idéntico o similar a aquel no concluido, desde el momento en que no podría lamentar una eventual y genérico daño, determinado vagamente por una perdida ocasión de obtener un beneficio."

149

Es una reflexión muy acertada la que realiza este tratadista, ya que es muy difícil determinar si la víctima del cese injustificado de las negociaciones pudo haber recibido propuestas semejantes al del negocio jurídico que no se creó y peor aún determinar si alguna de estas pudieron haber sido concretadas.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem.

Finalmente Moreno Quesada sigue el mismo criterio que Alberto Manzanares al afirmar: "No se puede propugnar en estos casos la indemnización de las posibles ventajas desaprovechadas, porque no se justifica plenamente en el desarrollo de los tratos el que renunciara al intento de conseguir aquellas ventajas, y es que si las posibilidades de la ocasión presentadas, estando en negociaciones eran notablemente más ventajosas de las que en éstas se les ofrecían y el contratante no accedía a ofrecerle ventajas semejantes, tuvo un motivo justificado de desistimiento que le permitía retirarse sin incurrir en responsabilidad para iniciarlas con el que mejores perspectivas le ofrecía, y si no lo hizo, no puede más tarde, al romperse los tratos por la otra parte, invocar esa oportunidad perdida para incluir el daño negativo entre las partidas a indemnizar por atribuirse el daño en la retirada arbitraria."¹⁵⁰

En síntesis de lo anterior consideramos que el resarcimiento del daño en el interés negativo únicamente debe de comprender el daño emergente excluyendo de manera definitiva el lucro cesante; pues como se apreció, es imposible que el juzgador parta de una base sólida para determinar aquéllos aspectos que deben abarcar el resarcimiento de aquellos posibles contratos que a la víctima del rompimiento injustificado de las negociaciones le habían sido propuestos durante dicha etapa. Por otra parte, otro de los problemas que no tiene solución en este tema es que nadie puede tener la certeza de que tales posibles negocios pudieron haber existido o bien, pudieron haber tenido éxito alguno.

3.3. LA PROMESA DE CONTRATO. DEFINICIÓN.

La palabra promesa deriva del latín *promissus*, expresión de la voluntad de dar a uno o de hacer por él una cosa.¹⁵¹

¹⁵⁰ Moreno Quesada, *op. cit.*, pág. 57.

¹⁵¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM /P-Z. 2ª edic., Edit. Porrúa, México D. F., 1988, pág. 2597.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano la promesa: "Es un contrato que tiene por objeto la celebración de un contrato futuro. Es un medio para asegurar en el futuro la celebración de un contrato. Se le conoce también como contrato preliminar, antecontrato o precontrato."¹⁵²

Por su parte el doctrinario Ramón Sanchez Medal en su obra intitulada "De los contratos civiles" manifiesta: "La promesa es el contrato preparatorio por el que una o las dos partes se obligan a celebrar, dentro de un plazo cierto, un contrato futuro cuyos elementos esenciales, se determinan al efecto (2243 y 2246 C.C.)."¹⁵³

Asimismo el maestro Miguel Angel Zamora y Valencia coincide en varios aspectos con la definición expuesta respecto a que: "El contrato de promesa es aquel por virtud del cual una o ambas partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto tiempo."¹⁵⁴

De los conceptos expuestos se entiende que la promesa de contrato existe como un acuerdo de voluntades, en el cual se obliga a una o a ambos sujetos contratantes a celebrar un negocio jurídico en un tiempo señalado.

3.3.1. CARACTERÍSTICAS.

La promesa de contrato es:

1. *Un contrato accesorio.* - Porque depende siempre de un contrato futuro.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Sánchez Medal, Ramón, De los contratos civiles, 10ª edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1989, pág. 137.

¹⁵⁴ Zamora y Valencia Miguel Angel, Contratos Civiles, 4ª edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1992. pág. 251.

2. *Un contrato de garantía.* - Porque sirve para asegurar la celebración del contrato futuro.
3. *Un contrato unilateral o bilateral.* - Según quede obligada una o las dos partes a celebrar el contrato futuro (Art. 2244 C.C.).
4. *Su función es netamente jurídica*, y en consecuencia *no es oneroso ni gratuito*, ya que este carácter sólo corresponde al contrato futuro, pues la promesa no implica por sí misma ningún desplazamiento de riqueza o de bienes económicos.
5. *Es un contrato formal*, porque debe constar por escrito (Art. 2246 C.C.).

3.3.2. HISTORIA.

El contrato de "promesa en general", no fue considerado por el derecho romano, sino únicamente la promesa de venta y la promesa de mutuo. Asimismo en el código napoleónico tampoco se reglamentó la promesa en general, sino sólo la promesa de venta, y erróneamente, ya que tal ordenamiento consideraba que había venta cuando en la promesa se habían determinado el precio y la cosa. Por lo que para fundamentar nuestras afirmaciones citemos el artículo en comento:

"Artículo 1859 C.C.: "La promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio".¹⁵⁵

Por ello, en el Derecho Francés no existe la posibilidad de una promesa bilateral de compraventa, y generalmente la doctrina sólo admite la promesa unilateral de contrato.

¹⁵⁵ Sánchez Medal, op. cit., pág. 138.

Por lo que respecta a los códigos civiles mexicanos de 1870 (Arts. 2947 a 2949 C.C.) y de 1884 (arts. 2819 a 2821 C.C.), admitieron expresamente la promesa de venta estableciendo que en caso de que por culpa del promitente comprador no tuviera efecto el negocio jurídico, perdería las arras que hubiera dado. Si por el contrario, por culpa del promitente vendedor no se llevaba a cabo el contrato, éste tenía la obligación de devolver las arras recibidas por él y a pagar otro tanto.

Nos dice el tratadista Ramón Sánchez Medal lo siguiente: "Borja Soriano sostuvo ante dichos ordenamientos la posibilidad del contrato preparatorio en general, como un contrato inominado, no sujeto a los requisitos de forma ni a los de fondo (elementos esenciales del contrato futuro y plazo) que posteriormente se exigieron para este contrato en el código actual de 1928."¹⁵⁶

Es así como el Código vigente de 1928 reglamentó, ya en forma general, el contrato preparatorio de promesa, pero en relación con la compraventa estableció una disposición equívoca y confusa en el sentido que sigue:

"Por regla general la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se ha convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho" (2249C.C.).¹⁵⁷

Como se advierte esta disposición da lugar a confusiones entre la promesa de compraventa y la compraventa misma, desde el momento en que en uno y en otro contrato se acuerda sobre la cosa y el precio. Sin embargo la diferencia que existe en la figura de la promesa, es que el acuerdo que se realiza en esta; es para celebrar con posterioridad una compraventa futura sobre una cosa específica y a

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Idem.

un precio determinado, en tanto que en el contrato de compraventa por sí solo; es un negocio jurídico que se realiza en ese preciso momento para el cambio de un bien, por un precio cierto ya está establecido, en este sentido la transmisión de la propiedad se verifica cuando se perfecciona la compraventa, cosa que no ocurre en la promesa de contrato.

3.3.3. NATURALEZA JURÍDICA.

El maestro Ramón Sánchez Medal manifiesta lo que a continuación se cita: "Algunos autores españoles (De Castro y Roca) dicen que la promesa es un contrato - base en que se fijan sólo los elementos característicos que después habrá que desarrollar en el contrato futuro, o bien que la promesa es únicamente la etapa inicial en el "iter" contractual que desemboca en el contrato definitivo."¹⁵⁸

De lo anterior se advierte que a través de este contrato, se da lugar a la creación de un negocio jurídico que se ejecutará en el tiempo que hayan señalado las partes y, del mismo modo con la denominada promesa de contrato es cuando se establece tanto el objeto así como las cláusulas principales en que versará el negocio jurídico.

Por otra parte: "otros autores franceses (Planiol y Demogue) y españoles (Valverde y Alguer) identifican también la promesa de contrato con el contrato definitivo considerando a aquél como un contrato imperfecto, o como el mismo contrato definitivo en que las partes sólo han diferido los efectos de éste para que se produzcan más tarde."¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág., 140.

¹⁵⁹ *Idem*.

Luego entonces, se advierte que a diferencia de la primera concepción establecida sobre la naturaleza jurídica del contrato de promesa, en esta segunda postura se estima como un solo negocio jurídico al contrato preliminar y al contrato al que se están obligados a realizar las partes contratantes, es decir no son autónomos uno del otro, siendo considerada la promesa como aquél camino que sirve para ejecutar el contrato.

3.3.4. ELEMENTOS PERSONALES.

Los elementos personales de la promesa de contrato son: el promitente por un lado, y el beneficiario, por el otro.

1. *Promitente* es la parte que se obliga en la promesa a celebrar el contrato futuro; designándole después; contratante en el contrato definitivo. (vgr. promitente vendedor, promitente comprador).
2. *Beneficiario o promisorio*. El que recibe la promesa. Pero cuando las dos partes se obligan a celebrar el contrato futuro, o sea en la promesa bilateral, las dos partes se llaman promitentes y beneficiarios.

El artículo 1798 del Código Civil establece: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley."

Es decir para la promesa de contrato no se requiere anticipadamente la capacidad especial que se necesita para la celebración de un contrato definitivo, puesto que sólo se exige en esos momentos la capacidad general para contratar .

3.3.5. ELEMENTOS REALES.

Son dos los elementos reales de la promesa: el contrato futuro y el plazo.

1. El objeto mediato de la promesa es el *contrato futuro*, ya que el objeto inmediato es una obligación de hacer: celebrar el contrato definitivo de acuerdo con los elementos característicos de éste previamente determinados (2245 C.C.). Estos elementos característicos del contrato definitivo y que deben señalarse desde el contrato preliminar, son los elementos esenciales del contrato y no los elementos naturales o accidentales del mismo (1839).
2. El otro elemento es *el plazo*, es esencial para la celebración del contrato, pues sin él es nula la promesa. Es decir, se trata de un plazo necesario para que pueda existir el contrato preparatorio y puedan nacer de él obligaciones de hacer (o sea la celebración del contrato prometido).

En la promesa, hay un "término constitutivo", - que es el que acabamos de mencionar - y un "plazo esencial resolutorio" el cual es un modo de terminación del contrato.

Al respecto Coviello dice: "el contrato preliminar, teniendo por objeto un contrato futuro, es esencialmente una obligación a término."¹⁶⁰

La omisión del plazo en la promesa de contratar, de acuerdo con Ramón Sánchez Medaí y con apoyo de otros estudiosos del derecho; señala que es una nulidad relativa pues sostiene lo siguiente: "Puede complementarse después por

¹⁶⁰ Ibidem, pág. 143.

las partes la omisión del plazo, en vista de que los dos promitentes pueden señalar posteriormente dicho plazo, convalidando así la promesa nula celebrada por ellos con anterioridad."¹⁶¹

3.3.6. ELEMENTOS FORMALES.

La promesa de contrato es un contrato formal, que debe constar por escrito (2246 C.C.), sin que sea posible su inscripción en el Registro Público de la Propiedad porque no crea derechos reales, sino derechos puramente personales.

Sin embargo, "...cuando se demanda judicialmente el cumplimiento de una promesa, o sea, el otorgamiento del contrato futuro que tenga por objeto la transmisión de una propiedad inmueble o la constitución de un derecho real sobre el mismo, puede inscribirse preventivamente la demanda (3043-III) en el Registro Público de la Propiedad (arts. 41 y 42 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad)."¹⁶²

3.3.7. TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

La promesa termina al otorgarse el contrato futuro, pero también puede caducar porque haya vencido el término sin que por culpa de ninguna de las partes haya podido celebrarse el contrato futuro (1946 C.C.).

Al respecto nos dice el maestro Ramón Sánchez Medal: "Para evitar esta caducidad debe el promisorio requerir al promitente antes o en la misma fecha límite del plazo pactado en la promesa, para que en esa fecha celebre el contrato prometido, o debe el promisorio realizar dentro de ese plazo actos positivos con

¹⁶¹ *Ibidem*, pág. 144.

¹⁶² *Idem*.

conocimiento del promitente (como por ejemplo, entregar los antecedentes de propiedad, las boletas de contribuciones, las instituciones relativas a un Notario Público, etc.) que revelen la decisión del mismo promisorio de celebrar en tiempo el contrato prometido."

De ello se observa que si en la promesa de contrato las partes no actúan dentro del plazo establecido por ellas mismas lo que va a suscitarse es la caducidad de la promesa.

Por otra parte, la promesa puede ser anulada y no producir efectos, si no se hizo por escrito, por omisión del plazo o de los elementos esenciales del contrato definitivo, o incluso porque el contrato definitivo tenga un objeto ilícito.

Asimismo el mencionado autor sostiene que: "En la promesa bilateral las respectivas obligaciones de ambos promitentes son idénticas, a saber: celebrar ambas partes el contrato definitivo. Esta circunstancia aunada al hecho de que el legislador sólo prevé expresamente la acción de ejecución forzada (2247 C.C.) y no alude para nada a la resolución en caso de incumplimiento de una de las partes. Sin embargo, si el promitente requiere formalmente al otro dentro del plazo de vigencia de la promesa para que ambas partes celebren el contrato definitivo y la parte requerida se niega expresa e infundadamente a celebrarlo, podrá aquel promitente demandar la resolución de la promesa y exigir el pago de los daños y perjuicios compensatorios."¹⁶³

Por último, la promesa de contrato puede terminar por muerte de uno de los promitentes, cuando el contrato futuro es "intuitu personae" y ocurre el fallecimiento de la persona cuyas cualidades personales han sido tomadas en

¹⁶³ *Ibidem*, pág. 147.

consideración como motivo determinante del contrato. Ej. en una promesa de un contrato futuro de obra a precio alzado, fallece antes de celebrarse éste el empresario o contratista.

3.4. DISTINCIÓN ENTRE ETAPA PRECONTRACTUAL Y PROMESA DE CONTRATO.

El tratadista Ramón Sanchez Medal, sostiene lo siguiente: "La promesa de contrato se distingue de los tratos previos, negociaciones o discusiones preliminares que ordinariamente preceden a la celebración de un contrato y de las cuales pueden los interesados desistirse libremente en cualquier momento, con la única salvedad de incurrir en responsabilidad de pagar los llamados "intereses negativos cuando uno de los interesados ha actuado de mala fe. Esta excepcional responsabilidad se fundaría en México en la obligación de pagar daños y perjuicios cuando se obra ilícitamente o contra las buenas costumbres (1910 C.C.)."¹⁶⁴

Ahora bien, de lo anterior se advierte que la primera diferencia que existe entre la promesa de contrato y la etapa precontractual, es que la promesa de contrato es un contrato; en tanto que las denominadas tratativas o negociaciones realizadas durante el período precontractual no lo son; y por lo tanto no pueden obligar a las partes a ejecutar negocio jurídico alguno (interés positivo); como lo puede hacer el contrato de promesa.

Sin embargo cuando uno de los precontratantes rompe injustificadamente con las tratativas opera la responsabilidad precontractual; la cual tiene como elemento el interés negativo. Mientras que en la promesa de contrato no va

¹⁶⁴ Ibidem, pág. 139.

aplicarse la responsabilidad precontractual ya que esta se encuentra encuadrada en la esfera jurídica contractual.

Luego entonces observamos que el artículo 1910 del Código Civil Mexicano establece el resarcimiento de los daños y perjuicios cuando se actúa ilícitamente y contra las buenas costumbres. Pero para aclarar más nuestros comentarios a continuación citaremos el precepto legal en comento:

"Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo a consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Este precepto legal si se observa con detalle puede ser uno de los principios bases para establecer la responsabilidad precontractual en México; pues se advierte que es posible la aplicación del mismo en el período anterior a la formación contractual, debido a que durante la época en que los precontratantes entablan las negociaciones deben de actuar conforme a la buena fe y en general, lo más honestamente posible. Al respecto también nos percatamos que el artículo 1337 del ordenamiento civil italiano de 1942 el cual regula la responsabilidad precontractual; - específicamente la culpa in contrahendo - en esencia tienen aspectos en común con el artículo 1910 del CC mexicano ya que aquél establece:

"Artículo 1337.- Negociaciones y responsabilidad precontractual. Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo a la buena fe."¹⁶⁵

¹⁶⁵ Código Civil, Cuattro Codici, (Codice Civile), op. cit., pág. 181.

Por último cabe mencionar que muy relacionadas con los tratos o negociaciones preliminares y sujetas a la misma responsabilidad precontractual, son las llamadas "cartas de intención" que no constituyen tampoco promesas de contrato, sino documentos en que dos o más personas interesadas en celebrar después un determinado contrato, hacen constar provisionalmente el estado que guardan las pláticas o discusiones previas y los puntos o condiciones en que se han puesto de acuerdo como parte de ese posible contrato.

CAPÍTULO IV
SITUACIÓN ACTUAL DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN EL
CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

4.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PROMESA DE CONTRATO.

El Código Civil nos establece que como consecuencia del contrato preliminar nacen obligaciones a cargo de uno o de los dos promitentes (según sea una promesa unilateral o una promesa bilateral del negocio jurídico) de llevar a cabo una prestación de hacer, la cual consiste específicamente en celebrar el contrato futuro.

"Artículo 2245.- La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo a lo ofrecido."

Cabe señalar que sobre todo en las promesas unilaterales, o también denominadas de "opción" si su objeto es una compraventa futura, y si el promitente recibe del beneficiario de la promesa una cantidad determinada de dinero al momento del otorgamiento de la promesa; dicha entrega de dinero puede ser en concepto de arras, o lo que es lo mismo a título de garantía a fin de que si no se cumple con la promesa se pierde el importe entregado por el promitente incumplido, o bien, es una cantidad que se entrega simplemente como una retribución a cambio de la promesa; e incluso se ha llegado a decir que puede ser una cantidad que se da ya en calidad de abono a cuenta del precio de la futura compraventa.

Pero a este respecto, el catedrático Ramón Sánchez Medal nos dice lo siguiente: "Si la suma se entrega como arras de garantía o como una retribución por

la promesa, se está en presencia de cláusulas accidentales del contrato que no alteran la esencia de la promesa. Pero si la suma se paga como abono de precio, la Jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido con mucha razón que no existe promesa de venta, sino ya la misma compraventa, cuando han empezado a cumplirse de inmediato por alguna o por las dos partes, las obligaciones propias del contrato definitivo de compraventa, o sea pagar parte o la totalidad del precio o entregar la cosa del contrato (tesis 114, fojas 323, de la jurisprudencia de la Tercera Sala hasta 1975 en el Apéndice del S.J de la F.).¹⁶⁶ Como se advierte en el párrafo anterior, al momento de pagar una determinada cantidad de dinero, como abono del precio de la futura compraventa de un bien, ya no estamos hablando de un contrato de promesa de compraventa, sino más bien de una compraventa en sentido estricto.

Por otra parte, si se da lugar el incumplimiento del contrato, o sea si el promitente se rehusa a otorgar el contrato futuro, el beneficiario de la promesa puede exigir judicialmente su otorgamiento y hacerlo efectivo a través de la firma que ponga el juez en rebeldía del promitente (arts. 2247 del CC y 517-III del CPC). Asimismo nos dice el citado autor que: "...al ejecutar la sentencia condenatoria a cargo del promitente incumplido, en la inteligencia de que aunque el contrato futuro no exija hacerse constar por escrito, el juez deberá firmar un documento en ejecución de la mencionada sentencia que dicte y que haya condenado al otorgamiento del contrato prometido. En este caso el juez actúa no como representante del promitente recalcitrante sino como sustituto de éste."¹⁶⁷

No hay que perder de vista que si el contrato futuro tenía por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa y ésta, antes de que se exija el otorgamiento del contrato futuro, ha sido enajenada por el promitente a favor de un tercero de buena fe, en virtud de un acto a título oneroso, la obligación del promitente se

¹⁶⁶ Sánchez Medal, Ramón, De los contratos civiles, 10ª edic., Edit. Porrúa, México, 1989, pág. 147.

¹⁶⁷ Idem.

convierte en una obligación de pagar daños y perjuicios al que era beneficiario de la promesa de contrato.

En cambio, cuando la enajenación se ha hecho a un tercero por virtud de un acto a título gratuito, dicha enajenación queda sin efecto es decir nula, aún cuando no haya mediado mala fe de parte del tercero.

Pero hay que decir que la buena fe que se requiere en el tercer adquirente a título oneroso no es la "buena fe registral". Es decir, aún cuando en el Registro Público de la Propiedad no aparezca indicio alguno para denunciar que el promitente no tenía derecho de enajenar un determinado bien (en virtud de la promesa de contrato), si el tercero ya conocía la existencia de la promesa y a sabiendas de ello adquiere dicho bien, debe considerarse que éste actuó de mala fe. (2164 y 2165).

Ramón Sánchez Medal afirma: "Sin embargo, ni la mala fe del adquirente en la enajenación onerosa, ni el hecho de que la enajenación haya sido hecha a título gratuito, evitan que la nulidad de una u otra enajenación tenga que ser declarada en juicio por la autoridad judicial, por no tratarse de una nulidad de pleno derecho, según la tesis jurisprudencial (la cual se refería a la compraventa) arriba mencionada."¹⁶⁸

Tanto para el deudor promitente como para el beneficiario no existe en la promesa una obligación alternativa, ya sea de celebrar el contrato o bien de pagar los daños y perjuicios.

Es decir, mientras para el deudor promitente sea posible perfeccionar el negocio jurídico debe hacerlo; igualmente el beneficiario no puede optar por los daños y perjuicios compensatorios cuando la celebración del contrato sea posible.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pág. 158.

Asimismo, el mencionado autor nos manifiesta que: "El promisorio no podrá obtener la ejecución forzada de la promesa, o sea la firma del contrato futuro por el juez en rebeldía del promitente recalcitrante, cuando la prestación personal objeto del contrato definitivo, sea una prestación insustituiblemente personal del obligado, como por ejemplo, la ejecución de un programa musical en público por un artista."¹⁶⁹

Estamos de acuerdo con tal reflexión ya que en el caso planteado y en otros más similares, el objeto del contrato es único, irremplazable, en consecuencia si ya no existe éste, no tiene razón de ser el forzar a ejecutar el negocio jurídico.

4.2. NECESIDAD DE RECONOCER Y UBICAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN NUESTRO CODIGO CIVIL DEL D.F.

Como bien sabemos, la declaración de voluntad común que constituye el núcleo del acto jurídico convencional, puede ser el resultado de un acuerdo instantáneo entre las partes, producto del mero encuentro de las voluntades coincidentes; o bien, puede constituir la culminación de una serie de actos anteriores; tales como conversaciones, tanteos, exploraciones, acuerdos parciales, etc., a través de los cuales los futuros sujetos de la relación contractual han expresado sus distintos puntos de vista sobre el negocio sugerido o propuesto por uno de ellos, hasta llegar por último a un completo entendimiento sobre lo que va a constituir la materia de esa declaración de voluntad, o por el contrario, a un desacuerdo definitivo.

¹⁶⁹ Idem.

Es así como el período anterior a la formación del contrato, es el principio que da como consecuencia el estudio imprescindible de toda una serie de interrogantes, tales como: qué situación jurídica guardan las personas que tratan de concluir un contrato durante el período previo al primer contacto entre ellas, por una parte, y la perfección de la convención o ruptura definitiva de las tratativas, por la otra, qué derechos y obligaciones tienen entre sí los negociadores, o si estos derechos y obligaciones son de naturaleza contractual o extra contractual.

En efecto, esto propicia que el examen de dichos problemas adquieran una singular importancia en la sociedad contemporánea, debido a que el tráfico jurídico se caracteriza por el número cada vez más creciente de negocios de extrema complejidad como son la constitución y transferencia de grandes empresas, concertación de empréstitos, construcción de grandes obras, etc., cuya gestación se realiza a costa de grandes esfuerzos y después de un sinnúmero de negociaciones.

Por lo que los actos realizados en este período de gestación del consentimiento adquieren sobre todo especial relieve jurídico desde el punto de vista del tema de la responsabilidad en los casos siguientes:

- Cuando el contrato se anula por culpa de alguna de las partes, o
- Cuando no llega a la perfección del convenio por haberse retirado de las tratativas alguno de los negociadores y el otro ha sufrido un perjuicio con motivo de la ruptura, o por incapacidad de algunos de los precontratantes de la perfección del acuerdo contractual.

Luego entonces, se han formulado una variedad de posiciones doctrinales de distintos países, que pretenden explicar el juego de la responsabilidad civil durante el período de formación del consentimiento, agrupándolas para su mejor examen en dos

grupos distintos según fuere el fundamento contractual o extracontractual, que proclaman finalmente como base la obligación de indemnizar.

En este orden de ideas, hay que señalar que en el ámbito jurídico mexicano, se debe tener en cuenta de que además de que el tema está aún, en nuestra opinión poco elaborado, carecemos también, de una reglamentación de carácter general sobre la problemática de la responsabilidad precontractual; dado que como podemos observar en el Código Civil vigente sólo se maneja en uno de sus apartados a los contratos preparatorios, teniendo como única figura a la promesa, la cual difiere irrefragablemente de aquella serie de actos, acuerdos o negociaciones que preceden a la formación del contrato y que en ocasiones pueden llegar a dar nacimiento a la responsabilidad precontractual. Asimismo, y en razón a la carencia de las necesarias directrices jurisprudenciales, resulta pues evidente que en nuestro país, la responsabilidad precontractual se manifiesta débilmente.

Por lo tanto, consideramos preciso que se incorpore en nuestro ordenamiento civil la responsabilidad precontractual, para que de esta manera, se pueda dar una solución viable a los problemas que se susciten durante el periodo anterior a la formación del contrato, y por ende haya un justo resarcimiento de los perjuicios ocasionados por parte del sujeto responsable.

Finalmente cabe señalar, que no es nuestra intención repetir los argumentos que se pueden esgrimir para basar una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, puesto que han sido expuestas con anterioridad. Sin embargo la posibilidad de una responsabilidad por ruptura injustificada a nivel doctrinal, cada vez muestra una mayor necesidad de ejercer un control sobre la actividad de las partes en el periodo de formación del contrato y en definitiva de exigir a las partes un comportamiento conforme a la corrección y a la buena fe.

4.3. PROPUESTA CONCRETA EN REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DEL D.F.

En virtud de que las denominadas tratativas forman parte de la etapa anterior a la formación del negocio jurídico, y no al contrato en sí, - como hemos visto -; y en razón de que cuando se rompen injustificadamente las mismas, deviene la responsabilidad precontractual, hemos considerado pertinente incorporar al libro cuarto, primera parte de nuestro código civil, preceptos legales aplicables a dicha materia, para que de esta forma quede incluida en el apartado referente a los tipos de obligaciones que establece el ordenamiento legal en comento. Quedando pues, como sigue:

PRIMERA PARTE

De las obligaciones en general

TITULO PRIMERO

Fuentes de las obligaciones

Artículo 1797-A .- El período precontractual es toda realización de negociaciones o actos tendientes a la formalización de un contrato.

Artículo 1797-B .- Las partes, en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse entre sí, de acuerdo con la buena fe.

Artículo 1797 - C.- Habrá responsabilidad en el período precontractual por ruptura intempestiva de las negociaciones preliminares, cuando en forma unilateral y sin causa justificada por parte de uno de los precontratantes resulte de ella un daño.

CONCLUSIONES

1ª - El contrato puede escindirse en relación a su formación y ejecución en etapas a saber:

- a) contractual o de formación.
- b) de perfeccionamiento y,
- c) de ejecución.

2ª - El término de responsabilidad se entiende como aquella obligación de responder por la conducta que se haya realizado; se traduce en aquella reparación del daño causado a consecuencia de una infracción de deber que un sujeto tuvo que haber observado.

De esta manera en el campo jurídico se conciben dos tipos de responsabilidades: la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

3ª - La responsabilidad contractual es el deber que tiene uno de los contratantes de reparar los daños y perjuicios causados al otro sujeto, debido al incumplimiento de las disposiciones del contrato. En cambio, la responsabilidad extracontractual es originada por la violación de una norma de carácter general que es la de no causar daños a los demás.

4ª - En el contrato pueden aparecer las denominadas tratativas o negociaciones cuando durante dicho período precontractual una de las partes ha dado a pensar que se ha actuado con el ánimo de perfeccionar el negocio jurídico y repentinamente rompe con los tratos realizados; se incurre en una especie de responsabilidad con características muy especiales: la llamada responsabilidad precontractual.

5ª - En esta investigación hemos incluido dicho tipo de obligación que se le ha escapado a la corriente tradicional de las obligaciones; la cual también es conocida en el derecho extranjero como culpa in contrahendo, y se presenta con antelación a la formación del contrato válido englobando específicamente, dos supuestos:

A) Supuestos de no conclusión del contrato o negocio jurídico y,

B) Supuestos de anulación, nulidad o inexistencia de un contrato aparentemente válido.

Es de esta manera como la responsabilidad precontractual busca resarcir los daños y perjuicios ocasionados durante los momentos manifestados en estas hipótesis.

6ª - El fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual lo encontramos en la corriente extracontractual, pues los supuestos de retractación arbitraria de las negociaciones o de la oferta, no pueden actualizarse en el ámbito contractual, ya que para que surja una responsabilidad contractual, forzosamente debe existir un contrato.

7ª - En este orden de ideas se apreció que el artículo 1910 del Código Civil Vigente - fuente de la obligación extracontractual - es aplicable a la responsabilidad precontractual, en razón a que señala que todo sujeto debe obrar lícitamente y conforme a las buenas costumbres, pues si se causa un daño a otro está obligado a repararlo, salvo que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia de la víctima. Es decir en el caso del período precontractual; durante el tiempo en que los precontratantes entablen las negociaciones deben de actuar conforme a la buena fe y en general, lo más honestamente posible.

8ª - En la etapa precontractual se advierte que habrá culpa "in contrahendo" en los siguientes casos:

1. Cuando se ha obrado con la intención de ocasionar un daño al otro contratante.
2. Cuando sin haber obrado dolosamente, se ha causado un perjuicio a la contraparte en circunstancias que presuman culpable la conducta del agente, o sea:
 - a) Cuando alguno de los precontratantes ha violado los deberes de comunicación, explicación y conservación debidos a la contraparte,
 - b) Cuando se ha inducido a la contraparte a efectuar gastos innecesarios haciéndolos aparecer como imprescindibles para el desarrollo de las tratativas y;
 - c) Cuando se ha puesto fin intempestivamente, sin causa justificada, a las tratativas y el daño ha derivado de esa interrupción súbita.

9ª - El resarcimiento de la ruptura intempestiva de las negociaciones comprenderá únicamente el daño emergente, también conocido como gastos provocados, los cuales se originan por el consentimiento del contratante que posteriormente romperá las negociaciones, y que ha autorizado con su incorporación a los tratos, los gastos que puede producir.

10ª - Resulta necesario establecer en nuestro Código Civil la responsabilidad precontractual dada la relevancia que adquiere el período previo a la celebración formal del contrato, donde se realizan los contactos y las tratativas del acuerdo. Proponemos incluir los siguientes artículos en el mismo:

Artículo 1797-A .- El período precontractual, es toda realización de negociaciones, actos o tratativas tendientes a la formalización de un contrato.

Artículo 1797-B .- Las partes, en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse entre sí, de acuerdo

con la buena fe.

Artículo 1797-C .- Habrá responsabilidad en el período precontractual por ruptura intempestiva de las negociaciones preliminares, cuando en forma unilateral y sin causa justificada por parte de uno de los precontratantes resulte de ella un daño.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alessandri Rodríguez, Arturo. "De los contratos". Edit. Jurídica de Chile, Chile 1987.
2. Alonso Pérez, Mariano. "La responsabilidad precontractual." Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Madrid, 1970.
3. Autores varios. "Enciclopedia Jurídica Omeba." XXIV. Obras Magistrales de la Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, 1967.
4. Bejarano Sanchez, Manuel. "Obligaciones Civiles." 3ª edic., Edit. Harla, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, 1984.
5. Benatti, Francesco, "La responsabilit  precontrattuale, Milano", 1963.
6. Bessone, Mario. "Rapporti precontrattuali e doveri de corretteza." Italia, 1975.
7. Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones", 15ª edic., Edit. Porrúa, México, 1962.
8. "Código Civil Vigente para el Distrito Federal." 66ª edic., Edit. Porrúa, México, 1999.
9. "Código Civil, Cuattro Codici (Codice Civile)" Editor Ulrico Hoepli, Milano, 1941-1963.
10. "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal." 48 edic., Edit. Porrúa, México, 1999.
11. Colín Ambrosio y H. Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil. Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo III, traducción por Demófilo de Buen, 4ª edic., Editorial Reus, Madrid, España, 1960.
12. Cossío, Alberto. "El Dolo en el Derecho Civil, Tomo I" Madrid, 1955.
13. Demogue, René, "Traité des obligations en general, Tomo II", núm. 554, (Tratado de las obligaciones en general) Nueva Biblioteca Universal, Madrid, Gongora, 1932.

14. "Diccionario Jurídico Mexicano." pág. 691. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Edit. Porrúa, México D.F., 1987.
15. "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. /P-Z. 2ª edic. Edit. Porrúa, México D. F., 1988.
16. "Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española", Tomo II, 20ª edic., Madrid, 1984.
17. Diez- Picazo, "Fundamentos de derecho patrimonial, Tomo I," 2ª edic., Edit., Tecnos, España, 1972.
18. Diez-Picazo y Guillón, "Sistema de Derecho Civil, II", 2ª edic., Edit. Tecnos, España, 1973.
19. Enneccerus-Kipp-Wolff. "Tratado de derecho civil. Tomo I", vol. II, Barcelona, 1953.
20. Espín, Diego. "Manual de Derecho Civil", vol. III. Obligaciones y contratos. 3ª edic., Edit., Madrid, 1970.
21. Fischer, Hans A. "Los daños civiles y su reparación", Traducción francesa al español de Wenceslao Roces, Madrid, 1928.
22. Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las obligaciones", 8ª edic., Edit. Porrúa, México, 1991.
23. H. Brebbia, Roberto. "Responsabilidad Precontractual", Distribuidor exclusivo Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1957.
24. Hilsenrad, Arthur . "Las obligaciones precontractuales", (Des obligation que peuvent naitre ou cours de la preparation d' un contrat), Librería Arthur Rousseau, Francia - España, 1932.
25. Jossierand – Brun. "Curso de derecho civil", Tomo II, Buenos Aires, 1950.
26. Larenz Karl, "Derecho de obligaciones", tomo I, Italia, 1979.
27. Loi y Tessitore, "Buona fede e responsabilitá precontrattuale", Milano, 1975.
28. López de Zavalía, J. Fernando, "Teoría de los contratos." Tomo I, 2ª edic., Editor Zavalía, Argentina – Buenos Aires, 1985.

29. Manzanares Secades, Alberto. "Anuario de Derecho Civil." Tomo XXXVII, Fascículo III., Edit. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. Julio- Septiembre 1984.
30. Manzanares Secades, Alberto, "Anuario de Derecho Civil."/ Tomo XXXVIII- IV. Responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. Oct. -Dic., Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1984.
31. Mazeaud, Henri y Leon. "Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual", Edit. Colmex, México, 1945.
32. Mazeaud Henri , León y Jean. "Lecciones de Derecho Civil". Parte Segunda, Vol. II. "La Responsabilidad Civil, Los cuasicontratos." Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1978.
33. Moreno Quesada, La oferta del contrato. "Revista de Derecho Notarial", Madrid, 1956.
34. Muñoz, Luis. "Teoría general de contrato." 2ª edic., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1973.
35. Ortiz Urquidí, Raúl. "Derecho Civil. Parte General." 2ª edic., Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.
36. Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas", Mayo Ediciones, México, 1981.
37. Pérez Vives, Alvaro. "Teoría General de las obligaciones". Vol. II 1ª parte: De las fuentes de las obligaciones. Continuación de La responsabilidad Civil de la Ley, 3ª edic., Edit. Temis, Bogotá, 1968.
38. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. "Introducción a la teoría del contrato," 2ª edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1995.
39. Ribó Durán, Luis. "Diccionario de Derecho". Edit. Bosch, S. A. , Barcelona, 1987.
40. Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo V, "Obligaciones". Vol. II, 5ª. edic, Edit. Porrúa S.A., México, 1985.
41. Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil./Introducción, Personas y Familia." Tomo I. 1ª. Edic, Antigua Librería Robredo, México, D.F., 1962.

42. Revue. Trim. Droit Civil. Artículo realizado por Saleilles intitulado: "De la responsabilité précontractuelle á propos d'une nouvelle étude sur la matière", France, 1907.
43. Sánchez Medaí, Ramón. "De los contratos civiles." 10ª edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1989.
44. Von Savigny, Friederich, "Traité de drot romain", TOMO III. 1851-1855, trad. francesa de Genoux, España, 1977.
45. Zamora y Valencia Miguel Angel. "Contratos Civiles", 4ª edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1992.