

La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo

ALBERTO MANZANARES SECADES

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Derecho alemán.—III. Derecho italiano.—IV. Derecho suizo.—V. Derecho francés.—VI. Derecho español.—VII. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo parte de la hipótesis de la existencia de una responsabilidad como consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, responsabilidad que llamaremos «precontractual».

Los argumentos que defienden la existencia de tal responsabilidad están expuestos en otro trabajo del autor publicado en esta misma revista y a él nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

Se puede afirmar 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*

En este apartado se pueden incluir:

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, esta última interrumpe y 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, aunque se discute si se puede considerar también como daño en este caso el lucro cesante constituido por los beneficios dejados de obtener.

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

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 (1) también es cierto que 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 provisiones (2).

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

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.

Esta era en definitiva la hipótesis estudiada por Ihering y que le sirvió de base para elaborar una famosa teoría sobre la culpa in contrahendo (3): la existencia de un contrato aparentemente válido pero que sin embargo deviene ineficaz a consecuencia de causas existentes en el período de formación del contrato y que eran o debían ser conocidas por uno de los contratantes. El otro contratante, que confiaba en que el contrato desplegara sus efectos, sufre un daño con su anulación.

Ihering planteaba el supuesto del negocio jurídico que es invalidado a consecuencia del error esencial sufrido por uno de los contratantes, y pone ya de manifiesto la necesidad de exigir a las partes una diligencia in contrahendo.

(1) ALONSO PÉREZ, Mariano: *La responsabilidad precontractual*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1970, págs 891 y ss.

(2) Un ejemplo de esta última hipótesis podría ser el expuesto por FULLER Y PERDUE: «Un tío promete a un sobrino 1.000 dólares en concepto de donación. El sobrino decide emprender un negocio, y reservándose la suma prometida para pagar el alquiler, invierte una importante cantidad para la adquisición de mercancía. El tío se niega después a cumplir la promesa, con lo que el sobrino tiene que abandonar sus planes y vender las mercancías almacenadas con una pérdida de 2.000 dólares.

FULLER Y PERDUE: *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Bosch, págs. 4 y ss.

(3) IHERING, Rudolph: *De la culpa in contrahendo on des dommages-intérêts en cas de conventions nulles ou restées impartaites*. Oeuvres choisies, tomo II, págs. 1 a 100. Traducción francesa por O. de Meleunaere.

En todos estos casos, la causa de la ineficacia era o debía haber sido conocida por una de las partes en la fase de preparación del contrato: así, por ejemplo, se ha ocultado una causa de invalidez del contrato, que sale a la luz una vez celebrado éste, produciendo su anulación. La otra parte, evidentemente, sufre un daño a consecuencia de la anulación: no podrá cumplir con otros compromisos o contratos que traían causa de aquél, perdiendo así unos beneficios que tenía asegurados; tendrá que soportar los gastos que ha dado lugar la celebración del contrato...

El problema estriba en que la parte que sufre del daño no podrá intentar su resarcimiento con base en el contrato anulado, pues «quod nullum est, nullum effectum producit». El contrato queda, como se ha dicho gráficamente, «aniquilado» (4). Sin embargo, parece claro que esa parte es acreedora de una indemnización que repare el daño ocasionado por la anulación del contrato de la que ha sido causante la otra parte.

Nosotros nos referiremos únicamente a la hipótesis de responsabilidad precontractual en caso de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares.

Y antes de entrar en el estudio del tema objeto de este trabajo, convendría quizá recordar que una parte importante de la doctrina española parece aceptar la idea de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones:

Así, Cossío piensa que: «el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato». Y continúa: «existe la obligación de indemnizar el interés contractual negativo cuando el contrato no llega a su conclusión debido a causa imputable a una de las partes que intervinieron en el trato» (5). En el mismo sentido se manifiesta también Alonso Pérez (6).

Castán también parece admitir la posibilidad de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones cuando dice que «si las conversaciones preliminares fracasan y el contrato no llega a concluirse, es preciso determinar a quién incumbirá pagar los gastos que en el curso de aquéllas se han efectuado o los perjuicios que se hayan producido» (7). Moreno Quesada también parece partidario de esta responsabilidad cuando afirma:

(4) CARBONNIER: *Droit Civil*. Les obligations. Themis, pág. 66.

(5) COSSÍO: *Instituciones de Derecho Civil I*. Ver también del mismo autor «El dolo en el Derecho Civil Español», 1955.

(6) ALONSO PÉREZ: *Op. cit.*, pág. 896: «Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial, implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introducen en el tráfico jurídico».

(7) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español común y foral*, 1974, pág. 530, con cita de varios autores.

«será la ruptura unilateral de los tratos preliminares, con ciertas condiciones y requisitos, lo que dará entrada a la posible responsabilidad en que pueden incurrir los interesados» (8).

Por su parte, Díez-Picazo, aún cuando en un primer momento admitía la existencia de una serie de supuestos en los que se podía engendrar una responsabilidad por daños producidos en la confianza (9), no llegaba a reconocer la responsabilidad por ruptura injustificada; sin embargo, posteriormente se ha mostrado partidario de esta responsabilidad en sus últimas obras.

También Espín está a favor de dicha responsabilidad, al decir que «aunque no se llegue a un acuerdo en la fase previa de aproximación de ambas voluntades, pueden, sin embargo, 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 (10).

En este sentido se manifiesta asimismo Albaladejo, que cuando, tras preguntarse «¿es posible una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares?», contesta afirmativamente con las siguientes palabras:

«Ciertamente que, por sí solo, el desistimiento, justificado o no, no puede perjudicar a la otra parte. Pero puede hacer perjudicial un hecho que no lo hubiese sido si el contrato se hubiera concluido, porque tal conclusión le habría dado su razón de ser (por ejemplo, se hicieron gastos por una parte, viajes, planos de inmuebles, minutas de peritos tasadores, etc., con vistas a celebrar el contrato). Entonces, en el caso de que el conjunto de la actuación de la parte que se retira de los contratos, pueda ser considerada como acto ilícito, está obligado a reparar el daño» (11).

De este muestreo de opiniones en la doctrina española más moderna, pues la doctrina anterior no se ocupó prácticamente del tema (12) parece deducirse la conclusión de una corriente afirmativa de la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos (13), aunque, como tendremos ocasión de estudiar más adelante, se discrepa seriamente en cuanto a su fundamento. Y no resultaría muy aventurado afirmar que tras esas opiniones subyace

(8) MORENO QUESADA: *La oferta de contrato*, págs. 80 y ss.

(9) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*. Tecnos 1972, pág. 190 y en cuanto a sus últimas tesis, ver DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 4.ª edición, Tecnos, págs. 106 y ss.

(10) ESPÍN, *Derecho Civil*, volumen 3.º, pág. 372.

(11) ALBALADEJO: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones II*, págs. 271 y ss.

(12) Así, MENÉNDEZ PIDAL, en el Apéndice sobre el derecho español a la obra de HILSENRAD «Las obligaciones precontractuales» afirma categóricamente: «en la doctrina española está totalmente abandonada la cuestión relativa a los negocios jurídicos precontractuales», tras revisar las obras de autores como Sánchez-Román, Burón, Valverde, Muscius, Scaevola, Falcón, Navarro Amandi, Gómez de la Senra y Montalbán. Manresa, De Buen, Clemente de Diego.

Vid. HILSENRAD, Arthur: *Las obligaciones precontractuales* 1932.

(13) En contra, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, pág. 254.

en definitiva la idea de que es necesario predicar un comportamiento leal, una lealtad recíproca en las relaciones sociales: que desde que dos partes entran en contacto para la celebración de un contrato se establecen entre ellos ciertos deberes de corrección que deben concretarse en un actuar de buena fe.

Aparece como necesario, por tanto, indicar las normas por las que deberá regularse tal responsabilidad precontractual.

Para ello hay que empezar por determinar si la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo se encuadra en las normas de la responsabilidad contractual, artículos 1.101-1.107 de nuestro Código Civil (artículo 1.218 y siguientes del Código italiano), o si por el contrario se trata más bien de una responsabilidad extracontractual o aquiliana regulada en los artículos 1.902 y siguientes (artículos 2.034 y siguientes del Código italiano), o aún, si se trata más bien de un «tertium genus» (14).

Optar por una u otra de las soluciones apuntadas (carácter contractual o extracontractual de la culpa in contrahendo) comporta consecuencias que, más allá del simple ordenamiento sistemático, implican diferencias que no pueden ser consideradas marginales ni ser infravaloradas (15). Dichas diferencias se pueden resumir de la siguiente forma (16):

1.º) Respecto al tema de la carga de la prueba.

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, existe una presunción de culpa en la parte que no ha cumplido con la obli-

(14) Afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que la responsabilidad es contractual siempre que se cumpla este doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual; que el daño sea debido a incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Frente a ella, la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana se caracteriza por la inexistencia de relación contractual entre las partes y por el hecho de que el daño deriva de la infracción de un deber general de conducta, que dimana del principio «alterum non laedere».

Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, pág. 604. En el mismo sentido POLACCO: *Le obbligazioni*, 2.ª ed., p. 394; PACCHIONI: *Diritto civile italiano*, vol. II: Dei contratti in generale, Padova, 1936, página 189 y ss.

Como veremos más adelante, el caballo de batalla de la discusión entre los partidarios de las teorías contractuales, y los de las extracontractuales a propósito de la culpa in contrahendo se centra en decidir si la relación entablada entre las partes en conversaciones preliminares es ya una relación obligatoria o si por el contrario, los deberes precontractuales que pesan sobre las partes en ese período no son más que una consecuencia del genérico deber del «naeminem laedere».

(15) Ver en este sentido COSSO: *Instituciones de Derecho Civil I*, pág. 265.

(16) Para referencias sobre los caracteres distintivos entre responsabilidad contractual y extracontractual, ver ALONSO: *op. cit.*, pág. 896 y ss; CARNELUTTI: *Sulla distinzione fra colpa contrattuale ed extracontrattuale*, en «Riv. dir. comm.», 1912, II, p. 7754; TOSCANO: *Responsabilità civile*, en «Riv. dir. civ.», 1956, pág. 237 y ss.; AZZARITI: *In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, en «Riv. dir. civ.», 1959, II, pág. 469; PLANIOL-RIPERT-ES-

gación impuesta por el contrato, presunción que sólo cede cuando el deudor demuestra que la violación de la obligación no le es imputable (17). En cambio, en la responsabilidad aquiliana tal presunción no existe, y quien pretende el resarcimiento del daño debe demostrar la responsabilidad de aquel que se afirma es el autor del acto ilícito y causa directa del daño, según el principio general de que quien sostiene una pretensión debe aportar la prueba de la misma (18).

Las consecuencias en orden a la responsabilidad precontractual son claras e importantes: si se aboga por la solución contractual la parte que alegue que su contrario ha violado los deberes precontractuales de buena fe en el período de la formación del contrato y reclame por ello una indemnización, no tendrá sino que probar la violación y el daño producido. Mientras que si decidimos su carácter extracontractual, la parte dañada deberá además probar que la violación de la obligación precontractual ha sido producida por dolo o culpa de la otra parte.

2.º) *Respecto al quantum del resarcimiento.*

Si se piensa que la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo es contractual, a la hora de fijar el montante de la indemnización jugará el artículo 1.106 de nuestro Código, así como la limitación impuesta por el 1.107 en cuanto al resarcimiento de los daños imprevisibles, que solamente son indemnizables cuando ha existido dolo en la actuación de la parte que incumple.

Por contra, en el campo de la responsabilidad aquiliana no existe límite alguno para el resarcimiento del daño imprevisible,

MEIN: *Traité pratique de droit civil français*, París, 1952, pág. 154; H. y L. MAZEAUD y TUNC: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, París, 1957, pág. 147 y ss.; RODOTA: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

(17) En derecho español, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia dominante, basadas en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en culpa o negligencia, estima que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de ésta, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del artículo 1.183. Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema*, cit., pág. 248. Y lo mismo ocurre en el ordenamiento italiano, en el que el artículo 1.218 del Código civil establece que «el deudor que no realiza exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso han sido determinados por la imposibilidad objetiva de la prestación derivada de causa que no le es imputable».

(18) En nuestro ordenamiento, y en línea de principio, es el actor o demandante que sufre el daño quien tiene que probar la culpa del demandado. Esto es, para que prospere una demanda de daños y perjuicios, el demandante tendrá que probar que ha sufrido un daño, y que el demandado fue culpable, de manera que si no se puede demostrar con exactitud la producción del daño y la eventual culpabilidad del demandado, la demanda no prosperará. (No obstante, esta idea hay que entenderla con ciertas reservas, puesto que en materia de culpa extracontractual, la legislación y la jurisprudencia han experimentado una importante evolución hacia una responsabilidad más objetiva).

que será debido por tanto, independientemente del dolo o la culpa de quien ha provocado la lesión (19).

(En derecho italiano juegan las mismas reglas para el resarcimiento en virtud de los artículos 1.223 y 1.225).

3.º) Respecto a la prescripción de la acción.

En esta materia, la distinción entre la adopción de una u otra solución se acentúa. Así, en nuestro derecho, el plazo de prescripción de las acciones personales, que es el que correspondería si fuera responsabilidad contractual, sería de quince años (artículo 1.964), mientras que el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad aquiliana es de un año (artículo 1968, 2.º).

(En el derecho italiano, estos plazos son respectivamente de diez y cinco años, artículos 2.946 y 2.947 C. c.).

Veamos a continuación cuál es el estado de esta cuestión sobre la naturaleza de la culpa in contrahendo en la doctrina de los distintos países.

II. DERECHO ALEMÁN

Hay que partir de la obra de Ihering. Fue este autor el que inauguró realmente las tesis contractualistas. (Recordemos que la hipótesis central de Ihering era la de un contrato que devenía nulo por vicios existentes en el período de formación del contrato e imputables a una de las partes). «La circunstancia de que jurídicamente el contrato no desplegara efectos —dice Ihering—, nos llevaría necesariamente al campo del daño extracontractual, por lo que no podríamos sino referir nuestra acción de daños y perjuicios a la actio de dolo o a la actio legis Aquiliae» (20). Pero ni una ni otra tenían una aplicación clara al caso que planteaba Ihering, pues la primera sancionaba una conducta engañosa, y la segunda suponía daño a personas o cosas. «Por ello —continúa Ihering—, si es absolutamente imposible conectar nuestra demanda de daños y perjuicios a los casos citados de daño extracontractual, no queda otra solución sino renunciar completamente a la idea del carácter extracontractual de esta responsabilidad y reconocer que es literalmente imposible justificar esta idea, o bien ver si, a pesar de la nulidad del contrato, existe algún medio de vincular nuestra demanda a la responsabilidad contractual».

E Ihering descubre que determinados textos romanos (21)

(19) SCOGNAMIGLIO: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, en «Noviss. Dig. it.», V, Torino, 1957, pág. 673.

(20) IHERING: *De la culpa in contrahendo*, cit., pág. 23.

(21) Se trata de los casos de venta de una «res extra commercium», de venta de una herencia inexistente: los textos romanos son los siguientes:

L. 62 S 1 de Contr. emt. (18-1) (Modestino): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod inter fuit eius ne deciperetur.

acuerdan una responsabilidad contractual aún en caso de contrato nulo. «La existencia de una *actio empti* en los casos de venta de una *res extra commercium* o de una herencia inexistente significa —dice Ihering—, que la demanda de daños y perjuicios se basa en una solución contractual».

A esta argumentación de Ihering se podría objetar que si «*quod nullum est nullum effectum producit*», y por hipótesis estamos ante un supuesto de contrato nulo, no podrá nunca derivarse de dicho contrato una obligación, siquiera sea de indemnizar daños y perjuicios.

A esto responde Ihering afirmando que aún cuando es cierto que la nulidad de un contrato trae consigo la no producción de efectos, sin embargo, el otorgamiento por los textos romanos de una *actio empti* demuestra que el contrato ha producido «algunos» efectos: «La expresión nulidad, correctamente empleada, no puede tener sino un sentido restringido. Designa no la ausencia de todos los efectos, sino solamente de algunos efectos. El fin de todo contrato es la ejecución. Su efecto, por tanto, consiste en la producción de una obligación de ejecutar. Si ahora, a causa de la falta de una condición necesaria, este efecto queda excluido, si de esta manera el fin verdadero del contrato falta, lo denominamos nulo, y determinamos las nociones de validez y de nulidad según el fin principal del contrato. Pero esto no impide que el contrato no pueda producir obligaciones de otra especie, tanto más cuando éstas no se dirigen a la ejecución sino por ejemplo a la restitución de la cosa donada, las arras, los daños y perjuicios. El hecho de que la cosa tenga la cualidad de *extra commercium* excluye necesariamente la posibilidad de ejecución, pero no la de otra obligación derivada de ese contrato. Las partes han consentido, concurren todas las demás condiciones del contrato a excepción de la capacidad del objeto. ¿Por qué entonces este contrato no puede producir entre las partes una obligación desde el momento en que ésta no tiene por objeto la prestación del objeto mismo? (22).

En definitiva, Ihering defiende el carácter contractual de la

S 5 *Instituta de emt. et venit* (3-23): (*Loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit*) quae tamen si *PRO PROFANIS VEL PRIVATIS deceptus a venditore quis emerit, HABEBIT ACTIONEM EX EMPTO, quod non habere ei liceat, UT CONSEQUATUR quod sua INTEREST DECEPTUM MONESSE*. *Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

En uno de los casos de que se trata, el edicto del Pretor había acordado una acción particular:

L. 8 S 1 de relig. (11-7) (Ulpiano): *Si locus religiosus propuro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in cum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum QUASI EX EMPTO actionem contineat.*

El segundo caso (venta de una herencia inexistente), está tratado en las L. 18 y 9 de hered. vend. (18-4):

L. 8 (Javolenus) ... *si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, pretium dumtaxat et SI QUID IN EAM REM IMPEMPTUM EST, ovitor a venditore consequatur* L. 9 (Paulus) *et si quid emtoris interest.*

(22) IHERING: *Op. cit.*, pág. 28.

culpa in contrahendo, en base a los textos romanos citados, y piensa que la conclusión de un contrato no crea solamente una obligación de ejecutar, sino también, según las circunstancias, una obligación de reparar el daño, cuando la ejecución se ha hecho imposible. La expresión «nulidad» de un contrato, designaría solamente la ausencia de este efecto y no la de todos los efectos en general (23).

Pues bien, así como Ihering inauguró las tesis contractualistas, puede afirmarse que la doctrina contractualista ha sido dominante en Alemania.

Los autores alemanes definen la relación constituida entre los sujetos durante el período de formación del contrato como «relación de fiducia de carácter quasi contractual» (*vertragsähnliches Vertranensverhältnis*), o como «relación obligatoria ex lege» (*gesetzliches Schuldverhältnis*), y por tanto afirman que la violación de una obligación que derive de tal relación da lugar a responsabilidad precontractual (24).

Sin embargo, es curioso constatar que, como señala Piotet (25), inicialmente en Alemania la solución era la contraria: en efecto, la solución adoptada por la doctrina germana en el primer decenio siguiente a la entrada en vigor del BGB consistía en considerar la responsabilidad precontractual como delictual. Pero pronto se pudieron constatar las lagunas que tal solución ofrecía, y ello por-

(23) Es interesante la explicación que da ALONSO al otorgamiento por dos textos romanos de una acción contractual en los casos de venta de una res extra commercium o de una herencia inexistente. Dice este autor que tal otorgamiento de acciones contractuales tiene su origen en los bizantinos, y la explicación sería que aquéllos se propusieron someter la responsabilidad in contrahendo a las reglas de la responsabilidad contractual en homenaje a la idea de que las partes deben observar el imperativo de la buena fe desde el momento en que se relacionan para formar el contrato. Y, ligados formalmente al principio clásico de la tipicidad de acciones, no encuentran otro medio que no sea extender a la responsabilidad precontractual la acción del correspondiente contrato. Vid. ALONSO PÉREZ *op. cit.*, pág. 897, con cita de HELDRICH: *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im Klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, págs. 40 y 57.

En definitiva, de ello lo que parece deducirse es que frente a una necesidad como era la de exigir a las partes la observancia de la buena fe en el período de formación del contrato, el formalismo del derecho clásico, con su sistema tasado de acciones, obligó a acudir a la responsabilidad contractual para justificar la culpa in contrahendo.

(24) BENATTI: *La responsabilità pre contrattuale*, Milano, 1963, con cita de autores alemanes en pág. 122. En este mismo sentido dice ALONSO (*op. cit.*, pág. 897) que es frecuente entre los autores alemanes pensar que las negociaciones preliminares instauran una «relación de confianza semejante a la contractual». Así por ejemplo, HAMBURGER. Por el solo hecho de invitar a las negociaciones, piensa STOLL que surge un acto jurídico unilateral creador de obligaciones contractuales. O se estima que las negociaciones preliminares originan relaciones jurídicas obligatorias ex lege (BLOMEYER). En idéntica dirección, los partidarios de la doctrina del «contacto social».

Para todos, con referencias bibliográficas, ver Alonso, *op. cit.*

(25) PIOTET, *De la culpa in contrahendo en droit privé Suisse*. Berna, 1967, pág. 33 y ss.

que a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los sistemas legislativos europeos, el derecho alemán no conoce una noción amplia del delito civil (correspondiente, por ejemplo, al artículo 1.902 de nuestro Código, o al 2.043 del Código italiano o al 1.382 del francés), sino que se limita únicamente a exponer diversos supuestos de actos ilícitos que obligan a su reparación (por ejemplo, los parágrafos 823 y 826 del BGB). Por ello se puede afirmar que la razón última de que en Alemania sea acogida casi sin reservas la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo es que las normas sobre el ilícito extracontractual contenidas en el código alemán sólo excepcionalmente ofrecerían a la parte que sufre un daño durante las «trattative», la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño: el primer apartado del parágrafo 823 BGB es inutilizable, al establecer que «quien intencionadamente lesiona la integridad física, la vida, la libertad, o cualquier otro derecho de otro está obligado al resarcimiento del daño». Ni se puede recurrir al segundo apartado de la misma disposición, donde se equipara a la violación del derecho de un sujeto la violación de una norma cuyo fin es proteger tal sujeto (26). En el parágrafo 823 BGB están rígidamente tipificadas las fuentes de la responsabilidad civil y entre ellas no se mencionan la inobservancia de los deberes de aviso o información en que se basa el ilícito precontractual (27).

Los pasos que ha seguido la doctrina alemana para llegar a esta construcción, a través de una lenta y fatigosa elaboración, son expuestas por Benatti de la siguiente forma:

1.º Se afirmó primero la teoría según la cual la responsabilidad por violación de un deber precontractual tendría su raíz en el contrato sucesivamente concluido. Máximo exponente de esta teoría fue Franz Leonhard para quien las conversaciones preliminares formaban un todo unitario con la conclusión del contrato, es decir, pertenecían a la «fattispecie» negocial.

(26) Consciente de tales limitaciones, DERNBURG propuso extender el campo de aplicación del 823 a toda la lesión de «cualquier derecho», lo que corresponde al sentido literal de las palabras «o cualquier derecho de otro». Otro método había consistido en interpretar ampliamente la noción de «ley protectora de una persona», del 823-2.º, asimilando a la ley en sentido estricto las reglas formuladas por la jurisprudencia para completarla, lo que permitiría consagrar prácticamente a noción general de «acto ilícito». (Ver DERNBURG: *Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preu Bens*, 1902, I, 130 II).

No obstante, afirma PROTET, ni la doctrina alemana —salvo DERNBURG— ni la jurisprudencia de aquel país tuvieron suficiente «audacia» para adoptar, o al menos considerar uno de esos sistemas, y prefirieron acudir a las soluciones contractuales.

(27) Aparentemente se había podido aplicar el parágrafo 826 BGB, según el cual «quien intencionadamente daña a otros de modo contrario a las buenas costumbres, está obligado respecto a éstos al resarcimiento del daño». Pero puesto que los ilícitos ex 826 BGB se sancionan únicamente en caso de dolo, la responsabilidad precontractual sería admitida solamente en los límites del derecho romano clásico.

Sin embargo, esta teoría no explicaba cómo en caso de que el contrato fuese posteriormente anulado se producía el efecto de la responsabilidad con base precisamente en el contrato nulo.

2.º) Manifiestamente insostenibles son para Benatti las Haftungsgeschäftstheorien. En una primera manifestación se ha afirmado que las «trattative» constituyen una «relación contractual de carácter preparatorio», lo que no deja de ser una ficción. Posteriormente, Stoll defendió una teoría que partía de la calificación de la obligación como «Organismus», que nacería con la invitación a tratar. La conclusión del contrato comportaría una anotación no ya de la relación obligatoria como «Organismus» (que ya estaría creada), sino sólo de los elementos formales que lo componen.

Esta tesis ha sido criticada por no explicar por qué motivos la invitación a tratar debe ser considerada como hecho constitutivo de una relación obligatoria, y no tiene en cuenta que la relación precontractual está encaminada a la preparación del contenido de un contrato, y por eso se extingue en el momento en que se alcanza el acuerdo.

3.º) Actualmente, sostiene Benatti, se acogen, sin ninguna reserva las Rechtstheorien, de acuerdo con las particulares relaciones constituidas entre los sujetos en la fase de las trattative, y que tienen por finalidad la conclusión del contrato, se constituyen en fuente de una relación obligatoria de la que surgen obligaciones de información, custodia y conservación. En las trattative, se dice, las partes no están en la situación de «no» relación que caracteriza la responsabilidad extracontractual, sino que se trata de verdaderas y propias relaciones que se desenvuelven en el ámbito de una normativa privada.

Estas últimas ideas no son para Benatti absolutamente convincentes en cuanto que no puede considerarse decisivo que exista un «contacto» entre dos esferas de intereses para que nazca una relación obligatoria, pues también a efectos de la responsabilidad aquiliana, ligada a la violación del genérico deber de «alterum non laedere» es siempre necesario un contacto que someta la esfera de intereses de un sujeto a la concreta posibilidad de ingerencia por parte de otra parsona (28).

En resumen, podemos afirmar que en la doctrina germana predomina de forma clara la tesis contractual en cuanto a la naturaleza de la culpa in contrahendo. Sin embargo, en nuestra opinión, la doctrina de aquel país se ha visto forzada a esta solución debido a la imposibilidad de acudir a las normas de la responsabilidad extracontractual: en el caso de Ihering, por el rígido formalismo del derecho clásico, que con su tipicidad de acciones (actio legis Aquiliae y actio doli) impedía dar respuesta a los problemas planteados por la exigencia de la buena fe en el período de la formación del contrato, lo que llevó a aquel autor a construir una res-

(28) BENATTI: *Op. cit.*, págs. 123-125.

ponsabilidad basada en el contrato, para solucionar así las necesidades prácticas. En el caso del derecho actual, la ausencia de una noción general de acto ilícito hace que no se puedan encajar en las normas concretas que para la culpa aquiliana dispone el BGB muchos de los supuestos en que puede existir culpa in contrahendo.

III. DERECHO ITALIANO

Veamos a continuación cómo se ha planteado el tema en el derecho italiano.

Bajo la vigencia del Código civil italiano de 1865 examinar el estado de la cuestión parece superfluo (29) pues aquel código carecía de una norma expresa de alcance general a la que pudiese reconducirse el tratamiento de la responsabilidad precontractual. Y ante el silencio de la ley, la prácticamente totalidad de la doctrina hablaba de culpa extracontractual, porque el vínculo jurídico se había demostrado desde el comienzo inexistente entre las partes, «in seguito» a la declaración de nulidad o de anulación del acto (30).

Por su parte, la jurisprudencia de aquel país no deja lugar a dudas, mostrándose decididamente orientada, antes y ahora, a conceder naturaleza aquiliana a la culpa in contrahendo. Así, dicen Loi y Tessitore, es común la afirmación de que: «... la responsabilidad derivada de la violación del deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones preliminares es de índole extracontractual» (31).

Queda totalmente aislada una decisión de la Corte de Apelación de Venecia, que, en clara contraposición a la tesis dominante, afirma que «no es culpa aquiliana la que genera la responsabili-

(29) En este sentido se manifiesta DISTASO: *Op. cit.*, tomo I, pág. 247.

(30) Ver en este sentido VERGA: *Errore e responsabilità nei contratti*, pág. 100 y ss.; PACIFICI MAZZONI: *Istituzioni diritto civile*, 1886, IV, n. 54, pág. 85; POLACCO: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2.ª ed. Roma, 1915, pág. 509 y ss.; DE RUGGIERO: *Istituzioni di diritto civile*, III, Milano, 1931, págs. 125 y 126; BARASSI: *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en *Archivio Giuridico*, LXII (1889), págs. 485-486; BERIO: *La «culpa in contrahendo», l'errore e la invalidità del negozio giuridico*, en *Foro it.*, 1933, I, 1515.

(31) Ver citadas por los referidos autores: Cass., 20 julio 1947, en *Rep. Foro it.*, 1943, V. *Obbl. e contr.*, n. 148. App. Roma, 20 mayo 1955, en *Mass. app. binit. civ.* 1955, p. 72, Cass. 5 mayo 1955, n. 1259, en *Giur. compl. Cass. civ.* 1955, III, p. 492, con nota en contra de MENGONI: «*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*».

Es interesante la sentencia del Trib. Rossano, de 5 de julio 1952, en *Temi*, 1952, p. 467, con comentario a favor de esa tesis de G. GRECCO: *Formazione di contratto nullo e responsabilità precontrattuale*. En dicha sentencia se falló un caso en que habiéndose celebrado entre las partes un contrato verbal era necesario documentarlo por escrito para que el acto fuera válido. Una de las partes, después de haberse comprometido a documentar el acuerdo verbal, se niega a ello, por lo que el contrato no es válido. El tribunal afirma que esta actuación viola el artículo 1.337 del Código italiano, y que tal responsabilidad es de origen extracontractual.

dad en la fase de las negociaciones, sino contractual, porque deriva de la violación específica de los deberes impuestos por la ley en la fase precontractual».

Los argumentos que emplean los defensores de la tesis extracontractual son fundamentalmente los siguientes:

1.º) La violación del principio genérico de la buena fe no es sino una violación del asimismo principio genérico del «alterum non laedere» que encuentra su fundamento «en un contacto de carácter social entre dos esferas contiguas de intereses, independientemente de que se instaure una relación jurídica entre una y otra parte» (32). De hecho, se afirma por estos autores, en el comportamiento de quien lesiona la obligación de corrección están incluidos los caracteres propios del «fatto illecito»: se trata, por tanto, de un comportamiento doloso o culposo, que causa un daño a otro y genera una obligación de resarcimiento (33).

2.º) El artículo 1.337 es una norma desprovista de sanción y, por tanto, debe encontrar su integración en la disposición de carácter general del artículo 2.043, regulador de la culpa extracontractual (34). Señalamos que los artículos 1.337 y 1.338 del Código italiano son los que han servido a la jurisprudencia y doctrina de aquel país para fundamentar en un texto legal la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, ya sea en la hipótesis de una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (artículo 1.337) como en la hipótesis de conclusión de un contrato que luego deviene nulo o inválido (art. 1.338).

Art. 1.337: Las partes, en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe.

Art. 1.338: La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato 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.

3.º) La responsabilidad precontractual se muestra como una manifestación de la culpa aquiliana porque las negociaciones preliminares no son idóneas para hacer surgir entre los sujetos interesados un vínculo jurídico en sentido estricto.

Este argumento ha sido sobre todo mantenido por Calusi, que pensaba que «el concepto de culpa contractual no parece poder aplicarse a cualquier vínculo obligatorio constituido entre las partes, incluso si deriva de la ley o de los quasi-contratos, sino exclusivamente a las obligaciones «ex contractu», como por otra

(32) Así, CALUSI: *In tema di trattive e responsabilità precontrattuale*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1956; VERGA: *op. cit.*, pág. 120.

(33) Vid. Cass. 10 mayo 1950, pág. 1205, Foro it. 1950, I, 1307, en el mismo sentido, MIRABELLI: *Dei contratti in generale*, pág. 80; OSTI: *voce «contratto»* en Noviss. dig. it. IV (1959), págs. 514 y 515.

(34) PUGLIATTI: *Voce Autoresponsabilità*, en Enc. dir. IV, Milano, 1959, pág. 460.

parte la denominación «culpa contractual» induce a pensar (35).

Olvida Calusi, como señala acertadamente Benatti, que la doctrina hace tiempo que llegó a la conclusión de que por responsabilidad contractual se debe entender la responsabilidad conectada al incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea el hecho del que la obligación derive, y no por tanto de una obligación que tiene su fuente en un contrato.

4.º) Si de la violación de la obligación impuesta por el artículo 1.337 se derivase una responsabilidad contractual, correspondería al demandado destruir la presunción de culpa a su cargo: y como en el artículo 1.337 «culpa» equivale a «mala fe», esto querría decir que aquél tendría contra él una presunción de mala fe, lo que constituiría una singular excepción al principio general según el cual la mala fe no se presume nunca (36).

Frente a este argumento, Mengoni ha sostenido que tal interpretación es evidentemente arbitraria. Desde el punto de vista exegético, dice este autor, queda desmentida ya por el artículo 1.338, que constituye una aplicación indiscutible del artículo 1.337. La mala fe puede existir en la hipótesis de conocimiento de la causa de nulidad del contrato, mientras que el artículo 1.338 admite la responsabilidad también en las hipótesis de ignorancia inexcusable de dicha causa de nulidad (37).

Hasta aquí hemos examinado, en líneas generales, los argumentos de la doctrina que sostiene el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual, doctrina que ha venido siendo mayoritaria en Italia, con el apoyo de la jurisprudencia.

Sin embargo, Alonso (38), al estudiar este tema, ha puesto de manifiesto como últimamente se observa un giro importante en algunos autores frente al criterio tradicional (39): existe la opinión de que el principio de la buena fe objetiva consagrado en la fase preliminar por el artículo 1.337 del Código civil italiano presupone en todo caso un vínculo especial obligatorio: hay un deudor y un acreedor. Y se piensa que tal precepto consagra una auténtica responsabilidad contractual. La obligación de comportarse confor-

(35) CALUSI: *op. cit.*, pág. 486. En el mismo sentido, ROTONDI: *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pág. 369.

(36) FORCHIELLI, en *Giur. it.* 1949, I, 1, 297. A esta misma conclusión llega CALUSI cuando escribe que «en el art. 1.337 culpa equivale a mala fe». *Op. cit.*, pág. 487.

(37) MENGONI: «*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*», *cit.*, pág. 363.

(38) ALONSO PÉREZ: *Op. cit.*, pág. 899 y ss.

(39) Defienden la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo en el derecho italiano, entre otros, MOSCO: *Culpa in contrahendo e determinazione del danno risarcibile*, en «*Giur. cass. civ.*», 1947, III, pág. 431 y ss.; LOI y TESSITORE: *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, *cit.*, pág. 107 y ss.; DE CUPIS: *Il danno*, *cit.*, pág. 48 y ss.; BENATTI: *La responsabilità precontrattuale*, *cit.*, pág. 115 y ss.; MENGONI: *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *cit.*, pág. 360 y ss.; SCOGNAMIGLIO: *Contratti in generalità precontrattuale*, *Foro it.*, 1954, I, 1100; DISTASO: *Le obbligazione in generale*, *cit.*, I, pág. 247 y ss.

me a la buena fe tiene su fuente en el hecho de iniciar las conversaciones preliminares, hecho con aptitud, igual que los contratos y los actos ilícitos, para engendrar obligaciones. El daño ocasionado por incumplir tal obligación puede designarse como «contractual» en cuanto dicha denominación comprende cualquier acto lesivo productor del incumplimiento de obligaciones, bien tengan éstas su génesis en el contrato o en otra fuente.

Y en efecto, estudiando la citada corriente doctrinal, se comprueba, como apuntaba acertadamente Alonso, que el punto central para decidir si la responsabilidad precontractual es de carácter aquiliana o de carácter contractual está en considerar si el período de formación del contrato y de negociaciones preliminares es un simple contacto entre los futuros contratantes sin particular relevancia jurídica o si por el contrario hay algo más y se puede considerar dicho período como fuente de una relación obligatoria especial.

Así, Loi y Tessitore afirman que la alternativa entre contractual y extracontractual en la culpa in contrahendo tiene como núcleo la necesidad de dar una precisa calificación jurídica al período de las negociaciones preliminares, por lo que hay que ver si el contacto social que se establece entre los futuros contratantes puede o no ser definido como fuente de una obligación (40). En el mismo sentido, Benatti revisa la exactitud de las opiniones favorables a la naturaleza extracontractual preguntándose si el «contacto social» establecido entre las partes en negociaciones no puede ser considerado como fuente de una relación obligatoria (41). Y Mengoni piensa que para llegar a la conclusión de que la responsabilidad precontractual pertenece al sistema del artículo 2.043 (equivalente a nuestro 1.902), sería necesario demostrar que la relación entre dos o más sujetos dirigida a la formación de un contrato no es considerada por el artículo 1.337 como hecho constitutivo de una relación obligatoria coordinada al específico interés de protección de cada una de las partes en su trato con la otra (42).

En este sentido, es interesante la argumentación que realizan Loi y Tessitore para llegar a la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo, sobre todo porque toman en cuenta principalmente la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones, haciendo hincapié en las nociones de «affidamento» y «justa causa» de ruptura (43).

Estos autores parten de la base de que el contacto social que se instaura entre los sujetos en negociaciones para el contrato, no puede, a priori y globalmente ser definido como fuente de una obligación o de una relación obligatoria en sentido estricto. Y ello en base a que, sin poner en duda la necesaria relevancia jurídica

(40) LOI y TESSITORE: *op. cit.*, pág. 114.

(41) BENATTI: *op. cit.*, pág. 123.

(42) MENGONI: *op. cit.*, pág. 361.

(43) LOI y TESSITORE: *op. cit.*, pág. 107 y ss.

que hay que atribuir a tal contacto social no se puede afirmar, *sic et simpliciter*, que la sola aplicación del principio de buena fe a este período, presuponga la existencia de un vínculo obligatorio (44).

Un atento análisis, por contra, del desenvolvimiento de las relaciones existentes entre los sujetos envueltos en las negociaciones, dicen Loi y Tessitore, pone en evidencia a través de las progresivas modificaciones de las recíprocas posiciones de las «partes», la gradual transformación del simple contacto social en una relación (sui generis, si se quiere), que precisa dos esferas de intereses contiguas y contrapuestas. Después de una fase inmediatamente inicial, en la que de hecho el único elemento cierto viene dado por el encuentro (más o menos casual) de dos esferas de autonomía independientes entre sí —y que, a nuestro juicio sería la fase en la que no intervendría el derecho—, aparece, con el continuo intercambio de propuestas y contrapropuestas, una más intensa especificación de aquel contacto social del que hablábamos.

De esta forma, y a medida que se van desarrollando las negociaciones, la nueva situación, que se va así concretando, adquiere perfiles más netos y precisos que adquieren su máxima expresión en el momento en que, en uno de los futuros contratantes, y por obra de una actitud inequívoca del otro, surge una *razonable confianza* sobre la conclusión del contrato para el que se iniciaron los tratados preliminares.

La estrecha interdependencia que ha actuado, en el plano subjetivo, entre las distintas esferas jurídicas, inicialmente autónomas y distintas, se constituye, por tanto, en presupuesto para que surja, en el plano objetivo, un nuevo y concreto interés a la conclusión del contrato, susceptible de tutela y relevancia jurídica en cuanto motivado y legítimo. Y la existencia de este interés viene a delimitar el ámbito de ejercicio del derecho de la contraparte, en el sentido de que, a aquel que con su comportamiento ha contribuido objetivamente a que naciera en la otra parte la confianza en la conclusión del contrato no le viene ya concedido «suo iure uti» (por ejemplo: ruptura), sin tener en cuenta la relevancia que ha adquirido el interés (tutelable) ajeno.

En resumen: la confianza, en un contexto semejante, se califica como elemento primario, idóneo y suficiente para constituir un vínculo (*ex lege*) entre sujetos determinados cuya inobservancia no puede dejar de encontrar tutela en el ordenamiento jurídico (45).

(44) En contra, MENGONI, que afirma tajantemente que «cuando una norma jurídica somete el desenvolvimiento de una relación social se ha transformado, desde el punto de vista jurídico, en una relación obligatoria».

(45) Para superar legítimamente la nueva situación de hecho aparece como necesario a fin de no incurrir en responsabilidad, la presencia de una justa causa, es decir, en definitiva, la presencia de otro interés legítimamente más tutelable.

En su discurso, LOI y TESSITORE parecen aceptar las ideas de BIGLIAZZI

La confianza y la justa causa de ruptura son pues, para Loi y Tessitore, el fruto de una gradual transformación cualitativa del originario contacto social y aparecen como imprescindibles elementos de juicio para efectuar una valoración global de la nueva relación constituida y al mismo tiempo de la exigencia de tutela de la citada relación. Que dicha relación se pueda calificar de peculiar es algo innegable, pero también es innegable que durante las «trattative» viene a crearse un vínculo entre sujetos determinados «en el cuadro de intereses patrimoniales que son la materia del contrato (eventual) y respecto a la prestación de un contenido relevante para la satisfacción de las pretensiones de la otra parte» (46).

En nuestra opinión, y a los efectos de este trabajo, no cabe duda de que los argumentos de Loi y Tessitore son sugestivos; máxime cuando afrontan directamente la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones.

Creemos, en efecto, que es interesante resaltar cómo el primitivo contacto entre dos personas para concluir un contrato puede ir intensificándose a lo largo de las negociaciones y siempre en base a las actitudes de las partes hasta llegar a un momento en que ya no se puede sostener que por el hecho de que no se haya obtenido un acuerdo contractual no existan unos intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico.

Si algo hubiéramos de alegar a lo expuesto por Loi y Tessitore sería que las consideraciones realizadas sobre «confianza» y «justa causa» son exactas en cuanto al tema del interés protegible, pero pensamos que no son determinantes para concluir si la responsabilidad es contractual o extracontractual. La existencia de una «confianza» (en la conclusión del contrato) y de una «justa causa» (para romper las negociaciones) será necesaria para decidir si hay o no responsabilidad precontractual, pero no aporta ninguna luz para resolver la cuestión de si dicha responsabilidad es contractual o extracontractual. Por lo demás, si afirmáramos que existe una relación obligatoria porque en el período de formación del contrato ha habido «buena fe» y «confianza», estaríamos creando una nueva fuente de las obligaciones, no prevista ni en el artículo 1.173 del Código italiano, ni en el 1.089 del nuestro. Y sólo se puede sostener que existe una relación obligatoria porque la ley, en el artículo 1.337 del Código italiano impone a las partes la obligación de comportarse de buena fe. En definitiva, la justa causa de ruptura y la confianza en la conclusión del contrato son presupuestos de la existencia de una responsabilidad precontractual, y no criterios decisorios sobre la naturaleza de la misma.

Otro autor que defiende la característica de contractual para

GERI sobre el interés más tutelable en el tema de la ruptura de las negociaciones. Vid. LINA BIGLIAZZ GERI: *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo*, pág. 251 y ss., Milano, 1967.

(46) SCOGNAMIGLIO: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., pág. 675. En el mismo sentido, ver DISTASO: *op. cit.*, pág. 217 y ss.

la culpa in contrahendo es Francesco Benatti (47), que expone a favor de su tesis los siguientes argumentos:

1.º) La buena fe en el sentido del artículo 1.337 es una buena fe objetiva, que históricamente surge y se desarrolla en el ámbito de las relaciones obligatorias. Y haciendo suya una idea ya manejada por Mengoni (48), Benatti afirma que «cuando una norma jurídica somete el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, es un índice seguro de que aquella relación se ha transformado, en el plano jurídico, en una relación obligatoria, cuyo contenido «si tratta appunto di specificare a stregua di buona fede».

2.º) El carácter de las obligaciones que encuentran su fuente en el artículo 1.337 impide toda referencia al sistema de la responsabilidad aquiliana. De hecho, las expresiones comunes en la doctrina y en la jurisprudencia «alterum non laedere», «naeminer laedere», «dovere di comportarsi diligentemente», indican, evidentemente, la finalidad negativa de los deberes derivados de la regla del artículo 2.043 (nuestro 1.902). Sin embargo, las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe en el artículo 1.337 tiende a «promuovimento» y al «soddisfamento» de las expectativas de un determinado sujeto, y por tanto se diferencian de las originadas en el artículo 2.043, que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno.

3.º) Los deberes que encuentran su fuente en el artículo 1.337

(47) BENATTI: *op. cit.*, pág. 126 y ss. Antes de exponer sus argumentos sobre la característica contractual de la culpa in contrahendo, este autor hace referencia a otros argumentos «menores» que también se manejan en la doctrina italiana. Así, piensa, no se puede extraer ninguna conclusión del hecho de que el artículo 1.337 esté colocado en la sección relativa al «acuerdo entre las partes», pues tal colocación se debe al hecho de que es en la fase de las «trattative» donde afloran los intereses tutelados por la regla de la buena fe, por lo que en ningún otro sitio la norma estaría mejor colocada.

Tampoco es muy relevante para BENATTI la afirmación de que, interpretada en términos de responsabilidad aquiliana, la norma del 1.337 se reduciría a una repetición del deber de no lesionar los derechos de los demás consagrada por el artículo 2.043.

A favor del carácter contractual de la culpa in contrahendo han afirmado autores como STOLFI y MESSINEO que si la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual es coincidente con la distinción entre violación de deberes absolutos y violación de deberes relativos, la fórmula del artículo 1.337 indicaría que el deber previsto en la mencionada norma es calificado como obligación inter partes, es decir, como obligación relativa. Sin embargo, este argumento no parece decisivo, pues una autorizada doctrina (vid. NATOLI: *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, en «Riv. dir. e proc. civ.», 1958, pág. 26) ha puesto de relieve que la buena fe presidiría el ejercicio de los derechos reales y de los derechos de crédito, abarcando por tanto todo el campo patrimonial, y viniendo así implícitamente a admitir la exigencia de un deber absoluto de comportarse de buena fe en el ejercicio de toda actividad con eficacia en la esfera jurídica de un tercero.

Sobre los argumentos expuestos por BENATTI para mantener el carácter contractual de la culpa in contrahendo, vid. en nuestro derecho ALONSO PÉREZ: *op. cit.*, pág. 901 y ss.

(48) MENGONI: *op. cit.*, en «Riv. dir. comm.», 1956, II, p. 362.

presentan los caracteres típicos de la «obligazione», en la que se da la bipartición de dos correlativas situaciones jurídicas subjetivas: pasiva (deudor) y activa (acreedor). En efecto, dichos deberes impregnan de manera precisa el comportamiento de un sujeto respecto de otro, que a su vez espera de esta conducta una satisfacción de su interés.

4.º) En el derecho italiano, en la venta de una cosa específica, la obligación de comunicar los vicios ex artículo 1.494-2.º surge en la fase anterior a la conclusión del contrato, mientras que en la venta de cosa genérica aquella obligación nace después de la estipulación del negocio y deriva del principio establecido en el artículo 1.175 (49). Por tanto, si la responsabilidad derivada de la inobservancia de un deber precontractual de aviso constituyera una forma de ilícito aquiliano, se determinaría una fractura en el sistema, en cuanto que la violación de un deber de información, ligado al desenvolvimiento de una relación contractual, da ciertamente lugar a responsabilidad derivada del artículo 1.218, y por tanto, contractual (50).

Junto a estos argumentos, Benatti recuerda cómo ha sido una constante entre los escritores conectar la fase de las negociaciones a la disciplina de la buena fe contractual. Así había ocurrido ya en derecho justiniano, cuando la *actio doli* fue sustituida por la *actio ex contractu*. O en el siglo XIX cuando Windscheid afirmaba que el comportamiento desleal in contrahendo constituía una violación del principio de buena fe. O, en fin, los autores alemanes, que faltos de una norma general como el artículo 1.337, aplican a la actividad precedente a la conclusión del contrato la regla del párrafo 242 BGB, prevista para el cumplimiento de las obligaciones (51).

Con argumentos de toda índole ha defendido también la tesis contractualista Mengoni (52). Sostiene este autor que el argumento fundamental para los defensores de la naturaleza contractual de

(49) El artículo 1.494-2.º del Código italiano establece: «el vendedor debe también resarcir al comprador los daños derivados de los vicios de la cosa».

Y el artículo 1.175 dice: «el deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección».

(50) BENATTI compara también el artículo 1.337 con los artículos 1.710-ap. 1.º, 1.768-ap. 2.º y 1.718 in fine para establecer la conexión entre la disciplina de la culpa in contrahendo y el artículo 1.218.

(51) No obstante lo expuesto, BENATTI reconoce que tal dirección doctrinal, derivaba de una inexorable exigencia de lealtad y honestidad en el desenvolvimiento de todas las relaciones sociales, está destinada a seguir siendo letra muerta hasta que los ordenamientos positivos no se adecúen a aquella exigencia. De hecho —y conviene tenerlo muy en cuenta por lo que respecta a nuestro derecho— la buena fe no puede constituirse, en ausencia de una previsión normativa expresa, en fuente de un comportamiento obligatorio. Sobre esta base piensa BENATTI que no resulta muy convincente la concepción según la cual el párrafo 242 BGB tendría también valor para las negociaciones preliminares, cuando, de hecho, su ámbito resulta limitado a la sola fase de cumplimiento de la prestación.

(52) L. MENGONI: *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*. «Rivista dirritto commerciale» 1956, II, pág. 360 y ss.

la responsabilidad por las violaciones cometidas durante las negociaciones preliminares es de orden literal: la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe y en particular la obligación de comunicar la causa de invalidez del contrato están formuladas en el artículo 1.337 como obligaciones inter partes, esto es, impuestos a una o más determinadas personas (una parte) en su relación con otra u otras determinadas personas (otra parte): no se trata por tanto de un deber absoluto, sino de una obligación relativa que, en cuanto responde a los requisitos del artículo 1.174 del Código Civil (53) constituye una relación obligatoria (54).

Junto a ello, Mengoni arguye las siguientes razones en apoyo de su tesis:

1.º) Con la norma del artículo 1.337 el legislador de 1942 ha impuesto el imperativo de la buena fe en la fase de las «trattative» y de la formación del contrato, y esto implica que las obligaciones recíprocas de que habla el artículo 1.175 surgen ya en esta fase en función del específico interés de protección de cada parte frente a la otra, en cuanto que, a través de la relación instaurada en las negociaciones surge la posibilidad de ingerencia dañosa en la esfera jurídica de la contraparte. Además, el principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio: nos indica que estamos ante un deudor y un acreedor (56).

2.º) El segundo argumento, de orden sistemático, surge de la exigencia, impuesta por el dato del ordenamiento positivo, de una construcción unitaria de la responsabilidad por las violaciones cometidas en el desenvolvimiento de las negociaciones o en el período de la formación del contrato. El principio del artículo 1.337 tiene un alcance muy amplio: es cierto que este principio inspira los artículos 1.338 y 1.398, pero también es cierto que al mismo se vinculan las normas de los artículos 168-3.º, 798, 1.578, 1.812 y 1.821, en los cuales la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe en la etapa formativa del contrato se traduce en la obligación de comunicar al destinatario de la entrega de la cosa, objeto de ciertos contratos, los vicios de la misma. Ahora bien, la

(53) El artículo 1.174 del Código italiano establece: «la prestación que forma objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica, y debe corresponder a un interés, incluso no patrimonial, del acreedor».

(54) En este mismo sentido, vid. DE CUPIS, *Il danno*. Milano, 1946, págs. 50 y 51; STOLFI: *In tema de responsabilità precontrattuale*, en «Foro it.» 1954, I, 1101.

(55) Coincide con Mengoni, Benatti, cuando afirma: «que el principio del artículo 1.337 deriva de aquel sancionado en el artículo 1.175 está probado no sólo por los precedentes históricos sino también por la parcial identidad de contenido de las dos normas, y en especial, por su identidad de «ratio»: ambas disposiciones presuponen un contacto entre dos esferas de intereses, que exige de las partes una actitud particularmente cuidadosa y correcta dirigida a evitar eventos dañosos, así como una colaboración para llegar al fin al que tienden: finalidad que en el artículo 1.337 viene dada por la conclusión del contrato, y en el artículo 1.175 por una mejor realización del resultado que se proponen conseguir a través de la relación contractual».

(56) En el mismo sentido, siguiendo a MENGONI, vid. ALONSO PÉREZ, op. cit., pág. 900.

casi unánime doctrina (57) reconoce naturaleza contractual a la responsabilidad conectada a la obligación de declarar los vicios. Y entonces, razona Mengoni, no se comprende por qué la violación de la regla del artículo 1.337 daría lugar a responsabilidad aquiliana en el supuesto de que después no se concluya el contrato, mientras daría lugar a responsabilidad contractual en el caso opuesto: si único es el principio directivo de estas normas, de igual naturaleza debe ser, en todo caso, la responsabilidad conexa. Por ello, añade este autor, todas las obligaciones de comunicación inherentes a la fase de las negociaciones y de la formación del contrato, se conducen a un único principio, el principio de la buena fe precontractual fijado en el artículo 1.337: por tanto, si en relación a la violación de las obligaciones de comunicación de los vicios de la cosa, la ley dispone el tratamiento de la responsabilidad contractual, el mismo tratamiento corresponde también a las obligaciones de comunicación de las causas de invalidez o ineficacia del negocio o de las circunstancias que conducirán a la no conclusión del contrato para el que se desarrollan conversaciones preliminares.

Junto a estos autores citados, no han faltado en derecho italiano quienes piensan que la culpa in contrahendo constituye un *tertium genus* de responsabilidad. Se explica que haya autores que se hayan decantado en esta dirección porque, se ha señalado, que «se puede concluir que el problema relativo a la naturaleza de la culpa in contrahendo no puede todavía considerarse definitivamente resuelto: afirmar con convicción extrema que la introducción del artículo 1.337 del Código en nuestro ordenamiento ha disipado todas las dudas al respecto, determinando de plano el encuadramiento de la citada responsabilidad en el campo de las obligaciones extracontractuales, o por el contrario, optar incondicionadamente por la naturaleza contractual de la misma, significa no dar espacio, ni siquiera a nivel puramente teórico, a un estudio crítico sobre la indudable innovación que supone aquella norma» (58).

Así, Bigliazzi Geri aparece orientada en esta dirección cuando afirma que «la violación del artículo 1.337 puede hacer pensar, entre ciertos límites, en un tipo de responsabilidad del todo particular (59). Esta autora conecta la resolución del problema a la concreción del momento en que viene a crearse la confianza: anteriormente al nacimiento de esta última, la violación del principio de buena fe constituye una «*fattispecie*» típica del ilícito

(57) Con la excepción señalada por MENGONI de PLANIOL-RIPERT (*Traité élémentaire de droit civil*, II, París, 1952, n. 2895), para quienes la obligación de resarcir impuesta al comodante que ha callado los vicios de la cosa conocidos por él, confirmaría una responsabilidad extracontractual basada en el dolo.

(58) LOI y TESSITORE, op. cit., pág. 119 y ss.

(59) BIGLIAZZI GERI: *Contributo ad una teoria del interesse legittimo*, cit. pág. 247 y ss.

extracontractual; surgida la confianza, sin embargo, y en presencia de una relación intersubjetiva, la disciplina de la nueva relación constituida viene a encuadrarse en lo dispuesto en el artículo 1.218 (60).

R. Sacco, en su trabajo «Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza» (61) parece defender la consideración de la culpa in contrahendo como un «tertium genus», cuando afirma que «se ha conectado a los artículos 1.338 y 1.398 del Código la figura, ya perfilada por la doctrina y allí definitivamente reconocida, del ilícito consistente en la conclusión de un contrato inválido: el legislador considera esta figura de ilícito distinta, tanto del ilícito contractual como del aquiliano». En efecto, dice Sacco, el legislador, regulando expresamente los excesos del representante (artículo 1.498 C. c.) dictando disposiciones para los casos tasados en que la revocación o la limitación del mandato no son oponibles al tercero de buena fe (artículo 1.396, 2.206 y 2.207 C. c.), protegiendo al tercero que entra en contacto con el «falsus procurator» a través de la facultad del artículo 1.393 C. c. (facultad de exigir que el representante justifique sus poderes y que entregue una copia de los mismos si son por escrito), y sobre todo, dictando el canon fundamental sobre el conocimiento de las causas de invalidez del negocio jurídico, ha mostrado querer regular el campo de todos los ilícitos consistentes en concluir un contrato inválido mediante disposiciones expresas y escritas, sin dejar un campo demasiado amplio a la iniciativa de los intérpretes.»

Sin embargo, estas opiniones favorables a la consideración de la culpa in contrahendo como un «tertium genus» no han tenido mucho eco, porque se ha puesto de manifiesto por la mejor doctrina que la expresión «responsabilidad contractual» y «responsabilidad extracontractual» no son sino fórmulas que resumen una determinada disciplina normativa, y por tanto, la teoría del «tertium genus» debería llegar a sostener que la culpa in contrahendo está sujeta a normas propias y autónomas, conclusión ciertamente inexacta (62).

(60) Respecto a esta argumentación, que pone el acento en la confianza para decidir si la culpa in contrahendo es contractual o extracontractual, se podrían oponer las razones alegadas anteriormente a LOI y TESSITORE de que el nacimiento de la confianza podrá ser un criterio determinante de la existencia o no de la responsabilidad precontractual, pero nunca de la naturaleza de la misma. Además, con esa construcción, BIGLIAZZI GERI rompe con el criterio unitario sobre la responsabilidad precontractual mantenido por los autores (ver en este sentido MENGONI, op. cit., pág. 362, y BENATTI, op. cit., pág. 15).

Y lo mismo se podría decir respecto a TRIMARCHI (Appunti in tema di responsabilità precontrattuale, Milano, 1958, pág. 209 y ss.), que atribuye doble naturaleza a la responsabilidad precontractual, en cuanto que mientras la violación del artículo 1.337 C. civil conduciría a una responsabilidad aquiliana, dada la generalidad de la obligación en él prevista, la inobservancia de la obligación específica de información sancionada en el artículo 1.338 implicaría responsabilidad precontractual.

(61) R. SACCO, op. cit. en Riv. diritto comm. 1951, pág. 82 y ss.

(62) BENATTI, op. cit., pág. 116; LOI y TESSITORE, op. cit., pág. 109.

Esta opinión parece acertada, a nuestro juicio, pues ya hemos visto antes las importantes consecuencias que tiene la decisión de considerar esta responsabilidad como contractual o extracontractual en orden a la carga de la prueba, extensión del daño resarcible, personas responsables, etc.

Por ello la consideración de un «*tertium genus*» puede ser admisible a nivel dialéctico, o como una expectativa de lege ferenda, pero mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la culpa in contrahendo como contractual o extracontractual.

IV. DERECHO SUIZO

Con relación al derecho suizo, Piotet, en su documentado trabajo, concluye que el carácter de la culpa in contrahendo es el de la responsabilidad aquiliana (61). Este autor piensa fundamentalmente que los deberes precontractuales son deberes generales y no relaciones obligatorias concretas. Y dice que las teorías según las cuales los deberes precontractuales se crean por un acto jurídico son insostenibles y no han tenido nunca apoyo alguno en derecho suizo (64).

Para Piotet el ordenamiento jurídico prohíbe esencialmente dos tipos de actos: los que violan obligaciones nacidas de los contratos o de otros actos jurídicos a cargo de las partes, y los que violan deberes generales, universales, que afectan a toda persona situada en una situación determinada.

Y como la mayor parte de las legislaciones modernas, el derecho suizo conoce una noción general del delito civil, una noción general de acto ilícito: así el artículo 41 CO establece que «*tout acte dommageable fautif oblige à la réparation s'il est contraire au droit*».

Por tanto, continúa Piotet, la responsabilidad contractual es la regla especial, y la aquiliana, la general: así pues, todo acto prohibido que no constituya la violación de una verdadera obligación preexistente es un acto ilícito en el sentido del artículo 41 CO. De ahí deduce Piotet que, puesto que en derecho suizo la responsabilidad precontractual no reposa sobre un acto jurídico (en el sentido de creador de obligaciones), no puede ser sino delictual.

Es interesante el enfoque de este tema en el derecho suizo, pues se aleja tanto del derecho alemán como del derecho italiano,

(63) P. PIOTET: *Culpa in contrahendo en droit civil suisse*. Berne, 1963, pág. 28 y ss.

(64) Ello, al menos con referencia al derecho suizo, es cierto. PIOTET examina la teoría de FAGGELLA (que afirmaba que por el hecho de entrar en negociaciones las partes se obligan a comportarse leal y correctamente la una frente a la otra y de STOLL (para quien la entrada en negociaciones es un acto jurídico unilateral que crea obligaciones de diligencia), para concluir que en ambos casos la existencia de un acto jurídico del que se derivarían relaciones obligatorias no deja de ser una ficción.

que consideran ambos —aunque por distintas vías— a la culpa in contrahendo como un supuesto de responsabilidad contractual.

En efecto, a diferencia del derecho alemán (y de la misma forma que el derecho español) el ordenamiento suizo cuenta con una noción general de ilícito civil, suficientemente amplia como para albergar las diferentes violaciones del deber de «alterum non laedere». Con ello desaparece la razón que llevó a los autores alemanes a forzar los términos de la construcción y entender el ilícito precontractual como una forma de responsabilidad contractual. Y por otro lado, al mismo tiempo el derecho suizo carece de unas normas como las de los artículos 1.337 y 1.338 del Código italiano, que imponen taxativamente la obligación de comportarse de buena fe en el período de formación del contrato, lo que facilita el argumento para demostrar que ahí existe ya una obligación *ex lege*.

Ante esta situación, con una norma como la del artículo 41 CO, y a falta de una regulación expresa de la culpa in contrahendo, no puede extrañar que en el marco del ordenamiento suizo sean reconducidos a la responsabilidad aquiliana los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares y de conclusión de un contrato inválido por vicios existentes en el período de formación del contrato.

V. DERECHO FRANCES

Por lo que respecta al ámbito del derecho francés, hay que señalar que el tema de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo no ha sido nunca objeto de excesiva atención por parte de la doctrina: a consecuencia de ello, el tema de la naturaleza de dicha responsabilidad se encuentra en una absoluta nebulosa, y de los pocos autores que lo han estudiado, la mayoría lo han hecho con referencia al supuesto del contrato que resulta nulo a consecuencia de vicios existentes en el período de su formación (esto es, la hipótesis de Ihering).

Así, Savatier, cuando estudia los deberes existentes entre las partes con ocasión de la celebración de un contrato, niega que exista responsabilidad a consecuencia del «refus injuste» de contratar, y afirma que, en principio, la libertad de no contratar es completa.

Tan sólo se plantea este autor el tema de la responsabilidad en sede de retirada de la oferta —advirtiendo que la jurisprudencia es muy pobre en este sentido—, por ejemplo, en caso de oferta realizada con una duración determinada, y piensa que en este caso, si el tribunal obligara al retractante a pagar una indemnización, tal responsabilidad sería delictual, y basada en el artículo 1.382 del Código civil francés (65).

(65) RENE SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile en droit français*. París, 1951, tomo I, pág. 145 y ss.

Por su parte, Lalou afirma que no puede haber responsabilidad contractual cuando el daño se ha causado en el período precontractual, y considera como casos de culpa extracontractual reconducibles al artículo 1.382 los supuestos de revocación de la oferta y de responsabilidad en caso de contrato nulo (66).

Planiol y Ripert se muestran en principio contrarios a la admisión de una responsabilidad por ruptura de las negociaciones. La necesidad práctica de asegurar a las partes en conversaciones una completa libertad de examen y de decisión hasta el momento de la oferta y la aceptación hace, piensan estos autores, que sólo pueda haber responsabilidad cuando haya existido una «faute». Y habrá «faute», por ejemplo, si el autor de la ruptura había permitido a la otra parte hacer trabajos, gastos, etc., sin tener en realidad intención de contratar (67). Es de señalar que estos autores no hablan para nada de culpa in contrahendo en estas hipótesis, ni se refieren al tema de la naturaleza de esa eventual responsabilidad.

Ripert y Boulanger admiten la teoría de la culpa in contrahendo en supuestos de anulación de contrato (no así en caso de ruptura injustificada de las negociaciones). Piensan que esta responsabilidad es de origen extracontractual, contrariamente a lo que afirmaba Ihering, y señalan que la construcción del autor alemán trataba de remediar la falta de un principio general de responsabilidad en el derecho romano, pero que dicha responsabilidad tiene cabida perfectamente en el derecho francés en el artículo 1.382 (68).

Una opinión igual a la de Ripert y Boulanger sostienen Weill y Terre, que admiten la responsabilidad en caso de nulidad de un contrato, pero rechazan la tesis contractualista de Ihering por considerarla una ficción y encuadran esta responsabilidad en el artículo 1.382.

Tampoco estos autores hacen referencia al caso de ruptura injustificada de las negociaciones (69).

Jean Carbonnier, en cambio, sí se ocupa del tema de las negociaciones preliminares, y se pregunta si las «pourparlers» no crean ya entre las partes una cierta relación jurídica, de la que derivan obligaciones, tendentes no ya a la ejecución del eventual contrato, sino a la conducta a desarrollar en las mismas negociaciones, a lo

(66) HENRI LALOU: *Traité pratique de la responsabilité civile*. París, 1962, pág. 275 y ss.

(67) Así, en el caso de la Sentencia de 4 de enero de 1937 en Rev. des Soc. 1937, 117: una persona que, en un proyecto de creación de sociedad debía ser administrador estatutario, se retira de la operación, obligando a rehacer la publicidad. Cit. por PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de droit civil français*, tomo VI, Obligations. París, 1952, pág. 155.

(68) RIPERT y BOULANGER: *Tratado de Derecho Civil*, tomo IV. «Las obligaciones», parte 1.ª, pág. 454.

(69) ALEX WEILL y FRANÇOIS TERRE: *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, pág. 369. Remarcan estos autores que la jurisprudencia francesa no ha admitido nunca el concepto de interés negativo para medir la extensión del daño.

que contesta afirmativamente, afirmando que existe entre las partes el deber de abstenerse de toda maniobra desleal y de informarse mutuamente de todas las circunstancias determinantes para la conclusión del contrato.

Y, ¿cuál es la fuente de dicha responsabilidad? Carbonnier no lo explica de forma clara, pues sostiene que cuando el contrato ha sido concluido, la ley parece ligar al mismo la responsabilidad por las faltas que hayan podido cometerse en el período preparatorio (por ejemplo, la disimulación o la negligencia precontractual del vendedor que ha vendido una cosa defectuosa está sancionada contractualmente por el sistema de garantía, artículo 1.626).

¿Pero y cuando el contrato no se ha llegado a celebrar? En este caso, dice Carbonnier, se puede justificar también la tesis contractualista de Ihering, suponiendo un antecontrato tácito por el cual las partes se garantizarían mutuamente lealtad y cooperación en las negociaciones; o un quasi-contrato de negociaciones, a menos, dice este autor, que se prefiera reconocer abiertamente la existencia de obligaciones legales y, por tanto, de responsabilidad delictual (70).

Para Saleilles, la responsabilidad en este caso no reposa sobre la idea de culpa, ni sobre la idea de un compromiso tácito, puesto que las partes no están aún vinculadas. Para este autor esta responsabilidad está basada en la idea de garantía, implícita en el hecho de la aquiescencia voluntaria: se trata en suma, de una manifestación unilateral de voluntad que comporta una garantía eventual.

Garantía de que, al haber consentido a las negociaciones, ambas partes se comportarán de acuerdo con la equidad comercial y la buena fe, y garantía de que ese consentimiento implica que las conversaciones deben seguir su curso hasta una oferta definitiva, a no ser que intervenga antes un motivo justo de desacuerdo.

Pero Saleilles es consciente de que esas ideas son a un nivel teórico, y reconoce que «si se quiere plantear la cuestión sobre el terreno del derecho positivo, y no en el de las reformas legislativas, es difícil encontrar en las legislaciones nacidas del Código francés, como el Código italiano de 1865, un fundamento legal a la obligación de comportarse correctamente y de buena fe en el período de formación del contrato. Y no hay otras obligaciones legales que las netamente admitidas por la Ley» (71).

Por su parte Joanna Smichdt señala que las opiniones más recientes critican la tesis contractualista de Ihering y se inclinan por pensar que la conducta contraria a la buena fe en el período de formación del contrato no puede ser considerada sino desde la óptica de una responsabilidad delictual. E igual opinión mantiene la escasa jurisprudencia sobre el tema, que ha dicho por ejemplo:

(70) JEAN CARBONNIER: *Droit civil, Les obligations*, Thémis, pág. 66.

(71) SALEILLES: *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une nouvelle étude sur la matière*, «Rev. Trim. Droit Civil» 1907, pág. 725 y ss.

«La promesa engañosa de celebrar un contrato puede, sin obligar contractualmente al promitente, constituir una «faute» delictual» (72).

Y en el ámbito del derecho belga, Henri de Page rechaza la existencia de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, afirmando que éstas tienen que tener lugar bajo la égida de la libertad. Sí admite, por el contrario, la responsabilidad en las hipótesis de contrato nulo, a las que otorga naturaleza delictual, rechazando la tesis contractualista de Ihering, de quien piensa que se vio obligado a admitir semejante consecuencia por los moldes del derecho común basado en el derecho romano (73).

VI. DERECHO ESPAÑOL

Por lo que al derecho español se refiere, y a falta de una normativa concreta, la doctrina que ha admitido la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones ampara su consagración fundamentalmente —dice Alonso—, en la responsabilidad por hecho ilícito, tal como se recoge en el artículo 1.902 del Código Civil (73 bis).

De esta opinión se muestra, por ejemplo, Moreno Quesada, para quien las ventajas de encuadrar esta responsabilidad en el artículo 1.902 —sobre todo limitar la exigibilidad de indemnización sólo a los casos en que resulte realmente justificada, evitando así desorbitar su verdadera función, pues de otro modo resultaría contraproducente al retraer a los posibles contratantes por temor a incurrir fácilmente en esa responsabilidad— superan a sus inconvenientes, centrados sobre todo en la excesiva extensión de los daños a reparar, aunque esto puede ser paliado por la prudente intervención de los Tribunales que conozcan de los casos planteados (74).

Por su parte, Albaladejo admite con ciertos límites esta responsabilidad, cuando afirma que «ciertamente, que por sí sólo, el desistimiento justificado o no, no puede perjudicar a la otra parte». Pero puede hacer perjudicial un hecho que no lo hubiese sido si el contrato se hubiese concluido, porque tal conclusión le había dado su razón de ser. Entonces, en el caso de que el conjunto de la actuación de la parte que se retira de los tratos pueda ser

(72) JOANNA SCHMIDT: *La sanction de la faute precontractuelle*, «R: Trim. Droit Civil» 1974, pág. 49 y ss.

(73) HENRI DE PAGE: *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles, 1964, pág. 541 y ss. Por su parte, RENE DEKKERS: *Précis de droit belge*, tomo II, pág. 31 y ss., admite que la jurisprudencia belga viene concediendo indemnización en caso de nulidad por error imputable, pero no se pronuncia sobre la culpa «in contrahendo», que afirma que carece de firmeza en aquel país como construcción teórica.

(73 bis) ALONSO PÉREZ, op. cit., pág. 902.

(74) MORENO QUESADA: *La oferta de contrato*, cit., pág. 44.

considerada como acto ilícito, está obligada a reparar el daño, a tenor del artículo 1902. Así pues, para este autor, en nuestro derecho carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es sólo un caso de culpa extracontractual, a regirse por el artículo 1.902 cuando concurren los requisitos de éste (75).

A favor del carácter extracontractual se muestra también Cossío, al decir que «no nos ofrece la menor duda el hecho de que cuando culposa o dolosamente se infieren a otro perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado o de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento. Ninguna duda nos ofrece tampoco que esta responsabilidad nunca podrá ser de carácter contractual, por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal clase ha podido producirse: estamos ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana» (76).

Díez Picazo considera que no es fácil buscar el fundamento de la responsabilidad precontractual ya sea en la culpa contractual, ya sea en la aquiliana. Rechaza este autor la tesis contractualista de Ihering por las dificultades dogmáticas que plantea, y por ser aplicable sólo en los casos en que se llegue a celebrar un contrato, aunque esa nulo, pero no en aquellos casos en que el contrato no llega a celebrarse y en la fase de tratos previos alguna de las partes observa una conducta que es contraria a la buena fe. Por otro lado, la teoría que justifica la responsabilidad precontractual, como responsabilidad aquiliana supone un acto ilícito, es decir, una falta o delito civil, que no siempre puede encontrarse en un terreno en el cual las partes es mueven con libertad. Por todo ello, piensa Díez Picazo, un sector de la doctrina ha buscado el entronque de la responsabilidad precontractual en el principio general de la buena fe, que no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas, sino también en las relaciones derivadas de un simple contacto social. Por el hecho de entrar en contacto y relacionarse entre sí, las partes asumen el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe: y es la violación de este deber lo que constituye la fuente de la obligación legal de resarcimiento (77).

Resultaría excesivamente largo continuar citando autores en este punto concreto. Basten las opiniones aportadas para mantener la idea ya apuntada antes de que, mayoritariamente, la doctrina española que se ha ocupado del tema se decanta por la tesis extracontractual (78).

(75) ALBALADEJO, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Parte general, pág. 272.

(76) COSSIO: *Instituciones de Derecho Civil I*, pág. 265.

(77) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, pág. 191.

(78) ASÍ, DE LOS MOZOS: *El principio de buena fe*, pág. 223; íd. *Anotaciones a Betti, Teoría general de las Obligaciones*, I, cit., pág. 88; SANTOS BRIZ: *La contratación privada*, pág. 99; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común*

Ello no obstante debemos estar de acuerdo con Alonso Pérez cuando señala que no obstante la posibilidad genérica de encuadrar la responsabilidad precontractual en el artículo 1.902, no es aventurado afirmar que parece exigir reglas propias. En efecto, de un lado, nadie ha mantenido en nuestro derecho que pueda ser una responsabilidad contractual: aunque pudiera inducir a esta creencia la necesidad de que las partes den su consentimiento a los tratos para que los gastos que se realicen durante ellos puedan considerarse justificados, no ha de olvidarse que ese consentimiento nunca puede dar lugar a un vínculo contractual entre las partes, sino que será exclusivamente una «*condictio iuris*» para que aparezca la responsabilidad, un requisito indispensable para justificar los gastos y trabajos que se ejecuten, motivados por la decisión de las partes de negociar, y que al ser abandonada arbitrariamente produce un daño al que efectivamente los realizó. De otro lado, la obligación de indemnizar in contrahendo tiene su base en el quebrantamiento de la confianza, en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una relación jurídica contractual.

Y, sin embargo, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad, por hecho ilícito, manifestación genérica del «*alterum non laedere*».

Por ello, piensa Alonso Pérez, sería preferible considerar que la denominada responsabilidad precontractual se resuelve en una «obligación de indemnizar» nacida de una conducta dolosa o cuasidolosa productora de un daño en el iter formativo del contrato (79). Y en la misma línea de pensamiento parece estar Luna Serrano cuando dice que «el presupuesto de la obligación de resarcimiento es, en el caso contemplado, mucho más concreto que el de la

y foral, III, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1978, pág. 574 y ss.; Espín: *Manual de Derecho civil español, III, Obligaciones y contratos*, 3.ª ed., Madrid, 1970, pág. 367.

Algunos autores, fundamentalmente PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus Anotaciones a la obra de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, II-1.º, 227, construyen la responsabilidad precontractual sobre la base de los principios generales del derecho, extraídos de algunos preceptos fragmentarios de nuestro Código, como los artículos 1.725, 1.270-2.º y 1.486-2.º.

Del artículo 1.725 se puede deducir la hipótesis de un «*falsus procurator*», que ocultando su falta de representación quedaría obligado con el tercero con quien contrata. Y el 1.486-2.º plantea un tema de vicios ocultos conocidos por el vendedor. De dichos artículos se puede extraer, en nuestra opinión, la existencia de un deber de información de aquellas causas que puedan dar lugar a la nulidad del contrato (falta de representación en un caso, vicios ocultos en otro) y la obligación de indemnizar en tales supuestos, consecuencias por tanto idénticas a las del artículo 1.338.

Pero intentar basar la responsabilidad precontractual en dichos preceptos parece muy limitado, en cuanto que aquellas normas regularían supuestos de contratos ya celebrados y que pueden devenir nulos, lo que sería una de las hipótesis de culpa «in contrahendo», pero dudamos que de los citados artículos se pudiera extraer algún principio para apoyar una responsabilidad por ruptura de las negociaciones.

(79) ALONSO PÉREZ: op. cit., pág. 903.

exigencia de la genérica observancia del precepto de «naeminem laedere» contenido en el artículo 1.902. Por eso, aunque se reconoce mayoritariamente que no se puede hablar nunca en este caso de una responsabilidad contractual, existe también una clara orientación de afirmar que nos encontramos ante un supuesto de perfiles más delimitados y, en algún sentido, diversos que los de la responsabilidad extracontractual» (80).

VII. CONCLUSION

Después de estudiar el estado de la cuestión en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos se puede afirmar que no existe una respuesta unitaria a la naturaleza de la responsabilidad precontractual. En efecto, hemos visto cómo en Alemania prevalecía la tesis contractualista; Francia, Suiza y España se inclinaban por la extracontractual; y en Italia, si bien la jurisprudencia mayoritaria afirma que la culpa in contrahendo es un supuesto de culpa aquiliana, un importante sector doctrinal ha comenzado a poner en tela de juicio dicha afirmación.

De todo ello se desprende que la solución al problema de la naturaleza de la responsabilidad precontractual viene determinada por los datos del derecho positivo, y en definitiva por la exigencia de dar una respuesta a las necesidades prácticas en función de una normativa concreta.

Así, la adopción en Alemania de la tesis contractual es algo a lo que se ve forzado la doctrina de aquel país por la imposibilidad de solucionar supuestos de culpa in contrahendo si se adoptaba la tesis extracontractual, y ello debido, como se ha dicho antes, a la ausencia en el BGB de una noción general de ilícito civil. Por ello se acude a la solución contractualista, que se intenta justificar luego desde distintas perspectivas teóricas. Es exactamente lo mismo que le había sucedido a Ihering al construir su teoría sobre la culpa in contrahendo: los problemas prácticos que se planteaba sólo podían encontrar solución desde la óptica de la culpa contractual, debido a la tipicidad de acciones del derecho romano: había pues que adoptar la tesis contractual y, a posteriori, buscarle un fundamento.

Sin embargo, en el derecho italiano, donde no existían las dificultades del ordenamiento alemán, el planteamiento era distinto. Bajo la vigencia del Código civil de 1865, aunque ya comenzaba a calar entre la doctrina la idea de que cuando dos personas se ponen en contacto para la conclusión de un negocio jurídico, existe ya entre ellos una cierta relación y una obligación de comportarse de buena fe, se presentaba como superfluo el examen

(80) LUNA SERRANO: en *Lacruz Berdejo, Elementos*, II-2.º, pág. 79.

de la naturaleza de esta responsabilidad, en cuanto que no existía una norma expresa de alcance general a la que pudiera conectarse la afirmación de la responsabilidad precontractual, por lo que, bajo el silencio de la ley, en la doctrina se hablaba de culpa extracontractual al amparo del artículo 1.175 (que sí ofrecía una noción general de ilícito civil, con una redacción similar a la del actual artículo 2.043 del Código italiano), porque el vínculo jurídico entre las partes se había revelado inexistente «fin dall'inizio, in seguito alla dichiarazione di nullità od all'annullamento dell'atto» (81).

Y cuando aparece el artículo 1.337 en el nuevo Código de 1942, la doctrina italiana encuentra la confirmación legislativa de que las «trattative» constituyen un período sometido al derecho, y donde surgen ya derechos y obligaciones impuestas por la ley, y cuya violación acarrea unas consecuencias. Y a partir de ese artículo se intenta construir la culpa in contrahendo como culpa contractual: «la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe, y en particular la obligación de comunicar la causa de invalidez del contrato, está formulada en los artículos 1.337 y 1.338 como obligación «inter partes», esto es, impuesta a una o más determinadas personas (una parte) en su relación con otra u otras determinadas personas (la otra parte): no se trata, pues, de un deber absoluto, sino de una obligación relativa que constituye una relación obligatoria» (82).

Pero en aquellos ordenamientos en los que, existiendo una noción general de ilícito civil, como son el francés y el español, carecen de una norma como la del artículo 1.337 del Código italiano, la respuesta a la naturaleza de la responsabilidad precontractual tiene que ser la de la culpa aquiliana. En nuestro derecho hay que tener en cuenta además que el tema está aún, en nuestra opinión, poco elaborado, y que carecemos de las necesarias directrices jurisprudenciales. La doctrina, aún aceptando el carácter interíocutorio de los tratos, ya ha señalado que la libertad de romper las negociaciones no es absoluta, y que tiene un límite en la legítima confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Se ha hablado incluso de una «relación jurídica precontractual» de las partes en negociaciones, pero la ausencia de una norma de carácter general como la del artículo 1.337 hace que la apoyatura de esa relación sea bastante débil. Podremos hablar de una obligación para las partes de comprometerse de buena fe durante el período de formación del contrato, pero sólo a nivel teórico, postulando la extensión a dicho período de la exigencia de buena fe que establece el artículo 1.258. Y las violaciones de ese deber general de buena fe deberán ser reconducidas al artículo 1.902, a falta de una normativa legal y de unas decisiones jurisprudenciales que permitan clarificar el tema.

(81) DISTASO: op. cit., pág. 247.

(82) MENGONI: op. cit., pág. 361.

