

# LOS TRATOS PRELIMINARES Y SU FRUSTRACIÓN CON RESPONSABILIDAD PARA LOS PROPALANTES

Martín Ubaldo MARISCAL ROJAS\*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Diagnóstico del problema estudiado. 2.1. Lo dispuesto en el texto legal, en su caso. 2.2. Jurisprudencia o cuasi jurisprudencia internacional y de los órganos de tratados en materia de derechos humanos. 2.3. Jurisprudencia nacional. 2.4. Doctrina. 2.4.1. Las obligaciones. 2.4.2 El contrato. 3. Propuesta para resolver el problema estudiado. 4. Preguntas para debatir en el Congreso.

## 1. INTRODUCCIÓN

Inicialmente debe destacarse que, de los actos jurídicos que son fuente, tanto de derechos reales, por una parte, como de derechos personales, de crédito u obligaciones por otra, el de mayor importancia resulta ser el contrato.

El contrato se forma por el curso de la oferta y aceptación que viene a constituir el requisito del consentimiento exigido; así, tenemos que oferta y aceptación son declaraciones de voluntad unilaterales cuya integración determina la perfección del contrato y su existencia en la vida jurídica.

Sin embargo, a oferta y aceptación puede preceder un periodo previo constituido por los denominados tratos preliminares; concepto que constituye la materia del presente ensayo, bajo la premisa de la necesidad de su regulación legal; ahora, para ubicar y analizar la temática relativa a los tratos preliminares, se considera necesario exponer, a grandes rasgos, algunas consideraciones relacionadas con las obligaciones y el contrato.

\* Magistrado titular del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Decimoprimerá.

## 2. DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA ESTUDIADO

### 2.1. Lo dispuesto en el texto legal, en su caso

En la legislación mexicana únicamente encontramos regulada la declaración unilateral de la voluntad, en los Artículos 1,860 a 1,863 del Código Civil del Distrito Federal, en los siguientes términos:

De la declaración unilateral de la voluntad:

**Artículo 1,860.** El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.

**Artículo 1,861.** El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.

**Artículo 1,862.** El que en los términos del artículo anterior ejecutare el servicio perdido llenare la condición señalada, podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida.

**Artículo 1,863.** Antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición, podrá el prominente revocar su oferta, siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento.

En este caso, el que pruebe que ha hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición por la que se había ofrecido recompensa, tiene derecho a que se le reembolse.<sup>1</sup>

Por su parte, el Código de Comercio establece:

**Artículo 78.** En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

**Artículo 80.** Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

**Artículo 81.** Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.

**Artículo 82.** Los contratos en que intervengan corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmen la correspondiente minuta, de la manera prescrita en el título respectivo.

<sup>1</sup> Código Civil del distrito Federal, publicado en la Sección Tercera del *Diario Oficial de la Federación* los días sábado 26 de mayo; sábado 14 de julio, viernes 3 de agosto y viernes 31 de agosto, todos de 1928. (Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*: 20 de junio de 2014.)

**Artículo 88.** En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra.<sup>2</sup>

### 2.2. Jurisprudencia o cuasi jurisprudencia internacional y de los órganos de tratados en materia de derechos humanos

El Artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías dispone textualmente: “el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

A su vez, el Artículo 18, numerales 1° y 3° de la Convención, se puede deducir que la aceptación no necesariamente debe ser una manifestación formal de voluntad, al disponer que toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación; de igual manera si conforme a los usos o prácticas establecidas entre las partes *podiera inferirse que el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto que permita deducirlo*, como por ejemplo, mediante la expedición de las mercaderías o el pago del precio.

Por su parte, en el Artículo 2.1.1 de los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales, expresamente se declara que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo, afirmándose en el comentario oficial a dicho artículo que la conducta de las partes basta para demostrar el acuerdo.

Aún desde antes de la oferta suele presentarse una serie de tratos previos, entendidos como los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada. Éstos buscan permitir a las partes discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio por celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, pues gozan de la característica de no ser obligatorios, igualmente, se les atribuye una función interpretativa del contrato, en caso de llegar a perfeccionarse. No obstante no ser obligatorios, en el sentido de que la negociación previa no debe resultar necesariamente un contrato perfec-

<sup>2</sup> Código de Comercio, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889, última reforma publicada el 13 de junio de 2014.

cionado, en el sistema europeo continental se ha asumido que en los tratos preliminares las partes están obligadas a actuar de buena fe, aun cuando no se llegue a celebrar el contrato y en el caso de causar daños al inobservar este deber, se reconoce la obligación de indemnizar perjuicios.

Igualmente, en el sistema europeo continental se concibe que la importancia de los tratos preliminares radica en el grado de responsabilidad que se puede imputar al sujeto que viola tal obligación que se predica de que comete un daño por la frustración del negocio sobre el cual las partes se intentaban acercar, y por servir para la interpretación del acuerdo que se perfecciona, no sólo para determinar la real y efectiva voluntad de los contratantes en etapa de ejecución del acuerdo negocial, sino también en caso de surgir entre ellos un conflicto posterior a la perfección. Así, los tratados preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes, frente a cualquier discrepancia que pudiera surgir durante la ejecución del contrato que se llegare a perfeccionar.

De esta forma lo ha reconocido la Convención Sobre Compraventa Internacional, cuyo Artículo 8.3 expresa que para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, además de las prácticas establecidas entre ellas, los usos y su comportamiento ulterior. Dicha convención no regula expresamente la fase de tratos precios y, menos aún, el tema referente a la responsabilidad en la etapa precontractual.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esta función interpretativa de los tratos preliminares, en los siguientes términos:

Es obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no solo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas del juego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen de modo expreso o tácito.<sup>3</sup>

Asimismo, en el derecho privado colombiano se reconoce de manera explícita del principio que rige en las etapas de negociación, celebración y ejecución del contrato. El Código Civil, en el Artículo 1603, pareciera que sólo lo acepta en la etapa de ejecución, al decir que los contratos deben ejecutarse

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 12 del 2002, Sala de Casación Civil, exp. núm., 6151, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

de buena fe. Sin embargo, puede afirmarse que en dicho estatuto también se incluye el deber de observar la buena fe en los tratos preliminares (aunque no se haga explícitamente), al reconocer —el código— que quien cause un daño estará obligado a repararlo, lo cual sin duda puede suscitarse en dicha etapa del *iter* contractual.

En este contexto, el Código de Comercio colombiano impone la obligación de actuar de buena fe en el periodo de tratos preliminares de la siguiente manera: Artículo 863. *Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*

Debe indicarse igualmente que, en el derecho anglosajón, el deber de buena fe en la etapa precontractual no ha sido reconocido como en el derecho continental;<sup>4</sup> no obstante que se observa un avance, por lo menos en el caso norteamericano, donde el Código de Comercio Uniforme ha señalado que se impone a los contratantes el deber de buena fe en su cumplimiento. Lo cierto es que las cortes, en Estados Unidos, han reconocido que las partes tienen libertad de negociar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual<sup>5</sup> afirmando, a su vez, que el deber de buena fe o *fair dealing* no se extiende a las negociaciones preliminares. Aunque en los últimos años se observa una tendencia en la jurisprudencia a reconocer responsabilidades precontractuales, concretamente en eventos que constituyen enriquecimiento sin causa, *misrepresentation*, o representaciones o declaraciones falsas o erróneas, promesas específicas hechas en las mismas y un acuerdo para negociar de buena fe.

En los Principios de Derecho Europeo de Contratos también se reconoce, en el Artículo 2301, la libertad de celebrar o no un contrato en virtud de la libertad de negociación, pero señalando en el numeral segundo que: *sin embargo, la parte que hubiera iniciado de las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.*

Se establece, además, en el numeral tercero que: *Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención Real de alcanzar un acuerdo con la otra, repitiendo la fórmula consignada ya en el Artículo 2.1.15 de los Principios de Unidroit.* Igual formulación se contiene en el artículo 6 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

<sup>4</sup> KOZOLCHYK, Boris, *La contratación comercial en el derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 345.

<sup>5</sup> FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts*, 3ª ed., Nueva York, Aspen Law & Business, 1999, p. 194-195.

A nivel de jurisprudencia arbitral internacional, se reconoce el deber de buena fe en los tratos negociales:

cuya violación se sanciona de varias maneras: paralización de las negociaciones, resarcimiento, activación de las cláusulas penales, etc. (...) la jurisprudencia arbitral suele reconocer las siguientes obligaciones a observar durante la etapa precontractual, derivadas del principio de que las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones: 1. Obligación de información recíproca; 2. Obligación de no romper las negociaciones sin justa causa. Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la buena fe precontractual.

### 2.3. Jurisprudencia nacional

Respecto a este tópico, existe un pronunciamiento emitido por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el siguiente sentido:

#### CONTRATOS NEGOCIACIONES O TRATOS PRELIMINARES EN ÉSTOS.

En tratándose de contratos, es de señalar que en ocasiones éstos se forman sin ir precedidos de contactos previos entre las futuras partes, sin embargo, en la realidad el contrato casi nunca se forma instantáneamente, especialmente, cuando presenta relevante interés económico, pues entonces, va precedido de tratos o negociaciones, que en el lenguaje coloquial se denomina contratar, que sólo es una actividad dirigida a conseguir los acuerdos respectivos, más o menos prolongados, durante los cuales las futuras partes contratantes debaten acerca de cuál será o podrá ser el contenido del contrato por realizar y valoran la conveniencia de acceder o no a él. Los tratos o negociaciones preliminares no son vinculantes, en virtud de que el resultado de ellos no es todavía el contrato, sino un mero esquema hipotético, que se convertirá en un futuro contrato, si las partes dan su consentimiento sobre cada una de las cláusulas que lo forman. Sin embargo, tales tratos sí obligan cuando ya han llegado al punto en que haga prever que se podría celebrar el contrato y una de las partes rompe con los tratos sin motivo justo o atendible, porque entonces se da la culpa en el curso de los tratados contractuales y la responsabilidad precontractual y entonces la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, esto es, al denominado interés contractual negativo, en contraposición al llamado interés contractual positivo o interés en el cumplimiento cuando pueda probarse que confiando en el estado de los tratos, ha incurrido en gastos que no habría afrontado si hubiese podido prever que el contrato no se iba a concluir, o bien, que rechazó otra oferta igual o más ventajosa, proveniente de otra persona sufriendo así daños y/o perjuicios..., pero no obstante lo anterior, no hay lugar al resarcimiento

cuando la ruptura de los tratos ha quedado sin consecuencias patrimoniales para la contraparte...<sup>6</sup>

### 2.4. Doctrina

#### 2.4.1. Las obligaciones

La palabra *obligación* contiene la raíz *ligare*, que hace referencia a una atadura, a un vínculo. En la relación obligacional existe un sujeto activo y uno pasivo, el primero es quien cuenta con el derecho de crédito, mientras que el segundo es quien corre a cargo con el deber. Se trata, en síntesis, del acreedor y del deudor, pudiendo en ambos casos ser un sujeto múltiple.

#### 2.4.2. El contrato

El contrato ha sido considerado como la fuente más importante de las obligaciones. La relevancia del contrato se manifiesta en su propia regulación legal, al establecerse imperativamente que las disposiciones que los regulan se hacen extensivas, en su aplicación, a todos los demás actos jurídicos distintos de aquéllos, en los que no se oponga a su naturaleza.

En este contexto, es preciso mencionar que el tratadista mexicano Rojina Villegas define el contrato como:

Un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones o derechos, y otra negativa; modificarlos o extinguirlos... al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Tesis: 1.6o-C.363 C. Tomo XXII, septiembre de 2005. Pág. 1436. Registro: 177,335 (antes IUS). Amparo directo 2826/2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Jorge Chong Gutiérrez. Sesión de 9 de julio de 2004.

<sup>7</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1985, t. VI, vol. I, p. 9.

### 3. PROPUESTA PARA RESOLVER EL PROBLEMA ESTUDIADO

Como se ve, la figura jurídica de tratos preliminares no se encuentra regulada en la Legislación mexicana, pues únicamente se establece lo conducente a la declaración unilateral de la voluntad y lo subsecuente una vez perfeccionado el contrato de que se trate; por lo cual, actualmente, resulta imposible que un incumplimiento injustificado de trato preliminar genere responsabilidad indemnizatoria para quien motive la ruptura del acuerdo. En tal virtud, se estima benéfico para la sociedad llevar a cabo dicha regulación, de conformidad con los siguientes motivos y en los términos que se expondrán al finalizar este ensayo.

En principio, es conveniente manifestar que el contrato se define como el acuerdo de dos o más voluntades cuyo objeto es la creación o transmisión de derechos y obligaciones: de tal manera que para la existencia de los contratos se requiere, indispensablemente, de: 1. Una expresión de voluntad (en tratándose de actos unilaterales) o, bien, la conformación de un consentimiento o acuerdo de dos o más voluntades (cuando participan dos o más sujetos); y 2. Un objeto física y jurídicamente posible.

Se habla de tratos preliminares cuando, previamente a la emisión de la oferta, existe un periodo de tiempo en el cual las partes ante las que se va a celebrar un determinado contrato inician conversaciones, valoran posibilidades y hacen cálculos, con el fin de concretar las condiciones en las que convendría celebrar el contrato. Tratos preliminares de los cuales no nace, al menos en nuestro sistema, una verdadera y real relación jurídica, pues no existe aún una atribución de derechos y deberes entre las partes, sino una primera toma de contacto.

No obstante, se estima que la finalidad perseguida (llegar a concluir el contrato proyectado) comporta que, aun sin existir relación jurídica, pueda exigirse a las partes el cumplimiento de las reglas o principios que rigen en el ejercicio de los derechos patrimoniales; por tanto, jurídicamente no es intrascendente tal relación social, pues, de la puesta en contacto entre los que serán futuros contratantes, con la finalidad de concluir un contrato, se derivan deberes jurídicos, cuya infracción puede ser objeto de sanción.

Por su parte, el deber de veracidad y el de buena fe, de acuerdo con los principios que rigen el ejercicio de los derechos, comportan deberes adicionales para las partes, consecuencia de los mismos; así como el deber de información mutua acerca de las características y condiciones técnicas (no jurídicas, necesariamente) que acompañan al contrato o el de advertencia

(*misse en garde*) respecto a los caracteres del objeto. De Manera tal que, si se llega a celebrar el contrato, su infracción tendrá consecuencias para su mantenimiento.

A su vez, el trato preliminar no obliga a las partes a mantener su postura en la oferta que se emita o en la posterior aceptación; tampoco determina, ni conduce, ni obliga, a la conclusión del futuro contrato; sin embargo, este periodo alcanza una especial importancia cuando el contrato llega, efectivamente, a celebrarse.

En esta tesitura, se estima acertado mencionar la precisión de Messineo en el sentido de que:

... las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato deberla poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño —o sea, el llamado interés contractual negativo...<sup>8</sup>

Resulta importante destacar, como se indicó, que si el acto jurídico es unilateral, es decir, que en el mismo intervenga tan sólo una voluntad, como en el testamento, su elemento esencial o de existencia de carácter subjetivo lo será la manifestación o expresión de dicha voluntad; por otra parte, si en ese acto participan dos o más voluntades, como sucede en los contratos, ese elemento recibe entonces la denominación de acuerdo de voluntades o consentimiento.

En esa virtud, es de mencionarse que, en el acto jurídico unilateral, basta la sola expresión de voluntad de su autor, con las formalidades que exija la ley, para que este elemento esencial se considere perfeccionado; empero, el consentimiento puede concebirse como la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que, procediendo de sujetos diversos, concurren a un fin común y se unen; dirigida una de ellas a prometer y la otra a aceptar.

Así, en atención a que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades encaminadas intencionalmente a producir consecuencias jurídicas, las cuales se pueden traducir en las funciones de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, surge la necesidad de determinar el *momento en que se considera integrado ese acuerdo de voluntades*.

<sup>8</sup> MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, t.1, p. 309.

Al requerir un acuerdo de voluntades, cuando sus autores se encuentran presentes, el consentimiento surge de manera natural y lógica, como consecuencia de una oferta o policitación que uno de los contratantes (denominado oferente o policitante) hace al otro (quien se denomina aceptante), integrándose con la aceptación a los términos propuestos.

En este contexto, para la integración del consentimiento se necesita tanto de la policitación como de su aceptación; de ahí que no hay duda de que *el consentimiento existe hasta una vez que se recibe la aceptación que debe hacer aquel a quien se dirigió la oferta*, por lo cual es inexacto que la simple oferta, como declaración unilateral de voluntad, sea suficiente para que la otra parte quede obligada sin ser necesario el acuerdo de voluntades.

Lo anterior porque no basta con que la voluntad se haya determinado a la consecución de un objeto presentado por la inteligencia (como fase interna del acto), sino que debe ser manifestada, esto es, ha de exteriorizarse. Este hecho de la declaración de la voluntad (por parte, obviamente, de un sujeto capaz) se denomina oferta.

Así, cuando se habla del contrato —el mismo proceso descrito respecto del oferente—, es necesario que se repita en relación a la contraparte. Si ambas voluntades coinciden, se dice que hay consentimiento, es decir, se habla de que las dos voluntades llegan a un común acuerdo.

En otro contexto, se estima trascendente destacar que en la actualidad tienen lugar comúnmente las *prácticas comerciales y de contratación generadas por los medios electrónicos*, en las cuales se practican negociaciones no personales, por lo cual, no se tiene contacto con el oferente, ni con la mercancía de que se trata; por tanto, puede acontecer que, aun cuando se está a punto de concretar el contrato, el deudor decida concretar la adquisición con diferente postor o, a la inversa, que el acreedor determine finalizar la operación con otro interesado que realice una mejor propuesta.

Ahora, dado que a través de los medios de referencia no existe una negociación física, es evidente la imposibilidad de reclamar los daños que, en su caso, pudieran haberse ocasionado con motivo de la frustración injustificada del trato, independientemente de quien sea el responsable, esto es, el acreedor o el deudor.

Por su parte, a través de este tipo de negociaciones es común incurrir en vicios del consentimiento, como puede ser el dolo contractual o el error.

Ciertamente, es válido afirmar que mientras los tratos preliminares tienen lugar, pueden producirse los denominados *vicios del consentimiento*, como son el *dolo contractual*, la *violencia* o *intimidación* y el *error*, que son institu-

ciones del derecho que pueden viciar el consentimiento o, más ampliamente, la voluntad.

En todos estos casos el consentimiento existe, sólo que se encuentra viciado, por no haberse emitido inteligentemente.

El error es una creencia no conforme con la verdad y el dolo, en rigor, es tan sólo el error que sufre un contratante, por artes de otro o de un tercero —en connivencia con éste—, quienes pueden concretarse, además, a mantenerlo en el error en que incurrió por sí mismo.

En efecto, el error como vicio de la voluntad suele definirse como “un falso concepto de la realidad” y se concibe como un estado subjetivo (en el cual un juicio o idea no concuerda con una realidad o verdad objetiva). No debe confundirse con el error como factor determinante de la integración de la voluntad o acuerdo de voluntades, en tanto que el primero no impide la integración de la expresión de voluntad o consentimiento, al recaer en las cualidades del objeto o de las personas por las cuales se realiza un acto jurídico, llega a existir y producir consecuencias de derecho, de tal manera que quien lo sufre no lo hubiera celebrado de haber tenido conocimiento del mismo con anterioridad; por lo que da lugar únicamente a una nulidad. En cambio, el segundo —o sea, el error como factor determinante de la voluntad, no permite la integración del elemento esencial que es la expresión de voluntad o consentimiento, sin llegar a existir el acto jurídico y, consecuentemente, no produce efectos jurídicos.

El error se considera de tres tipos: de derecho, de hecho y de cálculo. Los dos primeros dan lugar a la nulidad relativa del acto jurídico, en tanto que el tercero únicamente da lugar a una rectificación.

Como se ve, el error de hecho o de derecho no impide la formación del consentimiento o acuerdo de voluntades, pues a diferencia del error obstáculo, no recae sobre el objeto ni sobre el contrato, sino sobre las cualidades del objeto o de la persona de algún contratante; cualidades que constituyen el motivo que determinó a contratar. Por tanto, las manifestaciones de voluntad de las partes sí tienen un objeto común y están conscientes del contrato que celebran. En consecuencia, cuando existe este error sí hay consentimiento y el acto jurídico existe, pero el consentimiento está viciado porque un contratante sufrió un error sobre el motivo determinante de su voluntad que, de haberlo conocido, no hubiera contratado o lo hubiese hecho en condiciones diferentes. El motivo determinante puede ser una circunstancia de hecho o de derecho; es decir, puede ser una cualidad física o jurídica del objeto del

contrato o de la persona de alguno de los contratantes y, según el caso, el error será de hecho o de derecho.

Aunado a este vicio de la voluntad que es el error, otra particularidad que debe considerarse es la ignorancia, consistente en la carencia de conocimientos respecto de alguna materia. Se toma en cuenta en el derecho, para atribuirle los mismos efectos que al error; por consiguiente, desde un punto de vista jurídico, el error y la ignorancia, cuando son motivos únicos y determinantes de la voluntad, la vician en igual forma y originan la nulidad relativa del acto jurídico.

Por cuanto al dolo en los contratos, está entendido como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

Según Rojina Villegas, el dolo admite una clasificación: dolo principal y dolo incidental. El dolo principal o determinante es el que motiva la nulidad del acto, porque engendra un error que es, a su vez, la causa única por la cual se celebró. Por su parte, el dolo incidental origina un error de importancia secundaria que, a pesar de haberse conocido, no habría impedido que se celebrara la operación, por lo cual no nulifica el acto jurídico.

Por otro lado, se entiende por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. Al respecto, Rojina Villegas indica que:

... además del error existe la mala fe, que en el derecho se equipara al dolo. Ésta es la disimulación de error por parte de un contratante una vez conocido, para que el otro se obligue, bajo esa falsa creencia; es decir, en la mala fe no se provoca el error, simplemente el contratante se aprovecha del que advierte en la otra parte, y esta actitud pasiva para aprovecharse de la otra parte y obtener ventajas indebidas, se equipara al dolo, por cuanto que también origina la nulidad del contrato, siempre y cuando el error en que incurrió voluntariamente la parte contratante, sea determinante de la voluntad. Es decir, el dolo es activo; implica maquinaciones o artificios para inducir a error. La mala fe es pasiva; simplemente se aprovecha un contratante del error en que la otra parte está incurriendo, y no le advierte de esta circunstancia, con la dañada intención de aprovecharse de ella.<sup>9</sup>

En cuanto a la mala fe, no obstante que se equipara al dolo, no puede existir de parte de tercera persona, pues supone una actitud pasiva en donde una parte se aprovecha del error en que ha caído la otra; así que, sólo cuando es el contratante quien conoce ese error y se aprovecha de él, puede considerarse que hay mala fe. Si es un tercero, se requerirá además que aquél tuviere conocimiento y, por lo tanto, la mala fe ya sería suya.

<sup>9</sup> ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 385

En materia de contratos, este vicio de la voluntad que es la mala fe puede ser sufrido por una de las partes contratantes, caso en el cual es la única facultada para promover su nulidad o, bien, puede suceder que resulte atribuible a ambas partes en perjuicio de terceros, por lo cual, ante dicha situación, son éstos los titulares del ejercicio de la acción de nulidad.

En efecto, las máximas consistentes en vivir honestamente, dar a cada quien lo suyo y no dañar a terceros constituyen el soporte de la necesidad jurídica de responsabilizarse cuando se incumple con ello; constituyen un conjunto de principios que no pueden negarse como base de la conducta deseable en todo sujeto de derechos y tienen acogida legislativa, entre otros, a través del principio de la buena fe, que, en términos generales, jurídico positivos, se traduce en la convicción plena de actuar conforme a derecho.

En materia *contractual*, la buena fe se relaciona con el conocimiento e información que tienen las partes de los hechos ilícitos que pudieran ocultarse detrás de las particularidades del acto jurídico; actúa de buena fe quien, pese a hacerlo incorrectamente, lo hace sin conciencia de tal irregularidad, determinado por elementos de juicio que verosíblemente pudieron haberlo convencido de que su actuación era correcta.

La buena fe se traduce en una regla de conducta que impone a los sujetos de derecho, sean personas físicas o colectivas, una conducta leal y honesta, que excluya toda intención dolosa; regla aplicable en las relaciones jurídicas sustantivas, tanto contractuales como extracontractuales. Se trata, en definitiva, de la honestidad llevada al terreno jurídico (*honeste vivere*).

Por cuanto a la violencia, se concibe como la coacción física o moral ejercida en contra de una persona, de su cónyuge o de sus familiares hasta el segundo grado colateral, con el fin de obtener de aquélla la celebración de un acto jurídico en contra de su voluntad.

Así, se entiende que hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (Artículo 1819 del Código Civil Federal).

De lo anterior se tiene que el vicio de la voluntad que es la violencia reviste dos modalidades: la física y la moral. Cuando el atentado contra los valores consagrados en la disposición aludida se produzca por medio de la fuerza física, la violencia será física y cuando sea como consecuencia de amenazas o intimidaciones, será moral.

Por otro lado, si bien para la formación del consentimiento es indispensable que exista una oferta y sea aceptada, lo cierto es que no en todos los casos se presenta la concordancia, lo cual deriva en una frustración en la formación del consentimiento, que puede adoptar varias formas.

En efecto, si los términos contenidos en la declaración de voluntad que es la oferta no son aceptados por la contraparte, sino que en su lugar se propone en otros términos, debe considerarse que se trata de una nueva oferta, ahora dirigida a la parte originalmente oferente. En este sentido, debe considerarse que, para que la primera oferta precluya y se instaure en su lugar la oferta de la contraparte, la modificación debe ser sustancial.

En cuanto a la existencia de la oferta, todos los criterios jurisprudenciales disponen que para que haya oferta no basta con que se especifiquen los principios generales del contrato, sino que se requiere que se precisen sus elementos esenciales.

En cuanto a la aceptación de la oferta, debe tenerse en cuenta que ésta no puede acompañarse de una modificación sustancial sobre la misma, aunado a que el cumplimiento según modalidades distintas de aquéllas previstas por la oferta es una contrapropuesta. De ahí que existe concordancia entre la oferta y la aceptación cuando ésta última admite lisa y llanamente los términos en los cuales se formuló la oferta.

Otra de las formas que puede adoptar la frustración del consentimiento es la retractación, que puede definirse como la figura por la cual quien lleva a cabo una oferta la retira, siempre que no esté dentro del plazo en el que está obligado a sostenerla.

La retractación no está regulada en la legislación mexicana, sino en el caso en que se haya hecho entre no presentes y la retractación llegue antes de la misma oferta, pues de lo contrario se quedará obligado a sostenerla.

El problema más claro en la retractación es cuando la oferta ha sido entre presentes sin fijación de plazo, pues la aceptación debe ser inmediata, sin que tengamos un concepto de inmediatez, de tal suerte que deberemos estar al criterio judicial en el mayor número de los casos para determinar si estamos frente a un caso de aceptación inmediata o si puede haber retractación.

En otro tenor, es de advertir que para la formación del consentimiento es fundamental estar en plena conciencia, pero existen casos en los cuales no nos encontramos simplemente ante una falta de conciencia sino frontalmente ante una ausencia de voluntad, caso del llamado error obstáculo.

El error cometido por uno de los contratantes puede presentar tres grados de gravedad, según los cuales varían sus efectos: a veces impide la formación

del contrato, a veces simplemente lo hace anulable; otras, carece de influencia sobre él. A estos errores la doctrina los ha llamado error obstáculo, error nulidad y error indiferente, respectivamente.

El error obstáculo constituye un impedimento en la formación del consentimiento y, en consecuencia, vuelve inexistente el contrato al faltar uno de sus tres elementos esenciales, de acuerdo con nuestra legislación. Sin embargo, cabe hacer ciertas precisiones, pues la legislación mexicana no regula de manera expresa esta figura jurídica, sino sólo el que la doctrina denomina error de nulidad.

Respecto del error obstáculo, la doctrina tradicional señala que es aquél que determina una disconformidad entre la voluntad y la declaración (se quiere una cosa, pero, por error, se declara otra distinta).

Según Planiol, solamente dos clases de errores impiden la formación del contrato: el error sobre la naturaleza de la convención y el error sobre la identidad del objeto. Esto se debe a que, según el autor, en ninguno de estos casos se llega a formar un acuerdo, pues debido al error las voluntades de las partes no se encuentran.<sup>10</sup>

No obstante, un problema particular se plantea cuando el proyectado contrato no llega a perfeccionarse al haberse producido una ruptura de los tratos preliminares. Se cuestiona entonces si la falta de perfección del mismo origina o no algún tipo de responsabilidad para aquella parte que se retiró de los mismos, de modo que la otra pueda exigirle algo.

La doctrina alemana del siglo XIX elaboró, en torno a este problema, la tesis de la denominada culpa in contrahendo, conforme a la cual, entre otros supuestos además del ahora examinado, se entendía que cabría exigir responsabilidad a la parte que frustró la conclusión del contrato. Esta doctrina fue recogida en el Código Civil alemán y, con posterioridad, otros códigos civiles más recientes la han admitido (el italiano de 1942 y el portugués de 1966).

Como se ha mencionado, la legislación mexicana no regula este supuesto de forma expresa, separada e independiente de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, pues no conoce una categoría intermedia entre ambas, lo cual plantea problemas de delimitación.

La inexistencia de una relación jurídica comporta, de entrada y aparentemente, la ausencia de responsabilidad. Con todo, esta afirmación no es totalmente cierta en cuanto que, como quedó dicho, existen determinados deberes entre los negociantes que los obligan a llevar un comportamiento leal

<sup>10</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, México, Harla, 1997, t II, p. 839.

y correcto, cuyo incumplimiento puede generar una auténtica obligación: indemnizar los daños causados a la parte que vio frustrada la expectativa de perfeccionar el contrato proyectado.

Varias son las posturas mantenidas para explicar la justificación técnica que comportaría admitir, en nuestro sistema, algún tipo de responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares. En general, a pesar de la escasa regulación y del silencio legal, es común que se entienda que existe obligación de indemnizar a aquel contratante que vio frustrada, injustificadamente, la celebración del contrato en tanto exista un daño que deba repararse y que no tiene por qué soportar aquél que confió en la celebración del contrato.

A la vez, se habla de *culpa in contrahendo* para designar aquella que concurre cuando, de manera injustificada, se produce unilateralmente la ruptura de unos tratos preliminares.

La responsabilidad precontractual, sin embargo, se debe reconducir, en nuestro sistema, a la responsabilidad extracontractual.

Existe ruptura de tratos que *origina responsabilidad*, cuando uno de los tratantes se retira sin una justificación válida de las negociaciones conducidas hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en la conclusión del contrato (García Rubio).

Para que exista responsabilidad precontractual, es decir, para que nazca la obligación, se requiere:

1. Que exista una situación real de negociación, es decir, que se hayan realizado actos cuya finalidad sea la posible celebración de un contrato.
2. Que de los tratos, tal y como se hubieren desarrollado, se haya generado una situación de confianza de la que se puede esperar, razonablemente, la opción de una determinada conducta en la otra parte, tendente a la celebración de contrato. Naturalmente, cada caso concreto habrá de valorarse conforme con los usos del tráfico, según el tipo de contrato del que se trate y el principio de la buena fe contractual.
3. Que la ruptura haya sido injustificada; contraria a la situación esperada conforme con la confianza generada y los usos de los negocios. En cada caso, una vez más, habrán de valorarse las circunstancias particulares que concurran. La falta de justificación, con todo, es objetiva; no se requiere (aunque no se descarta) la prueba de que existiera la intención de producir un daño.

4. Que el daño se haya producido: requisito común, como se sabe, a toda responsabilidad.
5. Que exista una relación de causalidad entre la frustración de la confianza y el daño producido.

El *contenido de la obligación* de indemnizar se ciñe a los daños producidos por la ruptura de los tratos. Alcanza los gastos que se hicieran en vistas a la celebración de un contrato determinado, siempre que sean específicos; no se extiende así a los que igualmente se hubieran tenido por el solo hecho de iniciar una negociación y no comprende, en general, la ganancia dejada de obtener (el lucro cesante).

La violación de los deberes mencionados genera la obligación de reparar los perjuicios cometidos. Frente a ello, se ha generado el principio de la *culpa in contrahendo* —atribuido a Ihering—, de forma tal que quien genera daños en virtud de las negociaciones preliminares será obligado a repararlos.<sup>11</sup>

Ihering pensó en el caso en que el contrato fuere declarado nulo. Como consecuencia de ello, además de la declaración de nulidad, podría "...con apoyo en el propio contrato, exigirse una reparación por los daños sufridos".<sup>12</sup> Igualmente, se atribuye a Saleilles haber formulado como un deber derivado de la buena fe, el no terminar las negociaciones de manera arbitraria e indemnizar los perjuicios causados cuando ello ocurriera.<sup>13</sup>

En principio y sobre el análisis de Ihering, la *culpa in contrahendo* fue pensada para la etapa que surge a partir de la oferta, considerándose que la responsabilidad debía ser considerada como contractual, pues no cabía dentro de la *lex Aquilia*.

Posteriormente, el italiano Gabrielle Faggella sostuvo que la responsabilidad precontractual abarcaría todo el periodo anterior al perfeccionamiento del contrato, incluyendo los tratos preliminares y no sólo a partir de la oferta.

Se debe indicar, siguiendo a Díez Picazo, que dentro de los supuestos que originan la responsabilidad precontractual, cabe el que se origina en el evento en que el contrato celebrado sea declarado nulo posteriormente: "...cuando se ha alcanzado entre las partes un acuerdo verbal, que por imperio de la ley, de la voluntad de las propias partes o de los usos debe quedar documentado, cuando antes de la suscripción del documento una de las partes desiste

<sup>11</sup> Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 1, Introducción teoría del contrato, 6ª. ed., Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 314 y 315.

<sup>12</sup> CABANILLAS-SÁNCHEZ, Antonio, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid, Civitas, 2000, p. 27.

<sup>13</sup> KOZOICHYK, *op. cit.*, p. 338-339.

del contrato”; cuando “...las negociaciones fueron iniciadas de mala fe, sin propósito leal de concluir el contrato en ningún momento, sino buscando un beneficio propio o de un tercero, al tratar de desviar a la otra parte de otras posibilidades de negociaciones”; “...las hipótesis de daños personales o accidentes sufridos en el momento de los tratos” y además “...la ruptura de las negociaciones iniciadas y perseguidas de buena fe...”<sup>14</sup>

En Colombia, puede afirmarse que es el Artículo 863 del Código de Comercio de 1971 el que introduce la culpa *in contrahendo*, al establecer la norma de que la buena fe deberá observarse en la etapa precontractual, la cual abarcaría desde los tratos preliminares, pasando por la oferta y hasta antes de perfeccionarse el contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Cabe anotar que, en el caso colombiano, además de la responsabilidad patrimonial en la cual se incurra en virtud de la violación del deber de buena fe y los deberes derivados de este principio, puede darse lugar a las sanciones pertinentes por la violación de las normas sobre publicidad consagradas en el estatuto de protección al consumidor y, ocasionalmente, a las sanciones por infringir las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y sobre competencia desleal.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad derivada de la mala fe en las negociaciones precontractuales, la doctrina se encuentra dividida: algunos acudiendo a uno de los clásicos criterios estructurados a efectos de diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual (cuál es el momento de surgimiento del contrato), expresan que mientras no haya nacido el mismo, todo daño que se cause deberá ser reparado por las vías de la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual. Otros, por el contrario, piensan que el deber de actuar de buena fe en este periodo se puede equiparar a obligaciones específicas y, por tanto, la responsabilidad originada es contractual.<sup>15</sup>

Betti explica el origen problemático de la figura así:

En el campo del derecho común se había visto, como también en el desarrollo de los tratos preliminares, que era posible una culpa, consistente, por ejemplo, en ser reticente acerca de la materia del negocio, o en mantener ocultas circunstancias que se oponían a la validez del contrato. Por eso se discutió largamente sobre el carácter de esta culpa, designada como culpa *in contrahendo*, que no se podía calificar como

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 320.

<sup>15</sup> MONATERI, Giuseppe, “La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, en: ALPE, Guido; BIANCA, Massimo C.; CORSARO, Luigi, *et al.*, *Estudios sobre el contrato en general: por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*.

culpa contractual (imputable al deudor en cuanto no cumple inexactamente la obligación), porque el contrato no había sido concluido todavía; pero tampoco podía calificarse como culpa extracontractual de una obligación de respeto y de conservación que incumbe a todos los miembros de la comunidad, puesto que era innegable que, entre los contratantes, existía ya una relación social por el solo hecho de haber iniciado las negociaciones.<sup>16</sup>

En la reforma al Código Civil alemán (BGB) de 2002, se reconoce expresamente que de las negociaciones contractuales o actos de preparación en general surgen “relaciones obligatorias”, las cuales, como lo mencionan expresamente dichas normas, implican deberes.

A su vez, puede tenerse en cuenta el comentario de Albiez Dohrmann, quien afirma: “También las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir..., la correspondiente indemnización por lesión del deber...”<sup>17</sup>

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha manifestado que como en esta etapa no están las partes vinculadas por lazo jurídico alguno, “...la responsabilidad en que podrían incurrir las partes de este proceso no era de naturaleza contractual sino extracontractual, y más concretamente precontractual”.<sup>18</sup> Corresponde al criterio adoptado por muchos, según el cual, la responsabilidad contractual solo nace del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato válidamente celebrado.<sup>19</sup>

Por el contrario, como se indicó, otra doctrina considera que la responsabilidad en que se incurre en este periodo es de naturaleza contractual; así, De Cupis señala:

A nuestro entender se está en presencia de una relación obligacional —precedente a la que será establecida en el contrato—, en cuanto el vínculo jurídico referido por el artículo 1337 es un vínculo jurídico que liga a una parte y a otra por el hecho de haber participado en los tratos. Como es sabido, la obligación crea un vínculo jurídico entre sujetos determinados; antes de empezar los tratos no se está obligado a observar un comportamiento que afecte a la no iniciada fase precontractual; la iniciación de tratos es el hecho del que se deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un com-

<sup>16</sup> BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, trad. de José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, t. 1, p. 89-90.

<sup>17</sup> ALBIEZ-DOHRMANN, Klaus Jochen, “Un nuevo derecho de: obligaciones, La Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre (2002), España, p. 1192.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de junio de 1989, Sala de Casación Civil, M.P. Rafael Romero Sierra, en: *Jurisprudencia y doctrina*, n°213, Bogotá, Legis, 1989, pp. 598 y ss.

<sup>19</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, 20 ed., Bogotá, Legis, 2007, t. 1, p. 69.

portamiento concorde a la buena fe... El daño producido por el incumplimiento de tal obligación es un daño que recibe la denominación de “contractual” en tanto y cuanto tal expresión se aplica extensivamente a todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación, bien se derive de un contrato o de otra fuente.<sup>20</sup>

En Colombia, el profesor Santos Ballesteros se ha mostrado partidario de la tesis contractualista, considerando que:

...Por consiguiente, a la luz del artículo 863 del Código de Comercio colombiano, actuar de manera diversa a la buena fe exigida en la etapa preliminar es actuar abusivamente, es desconocer la finalidad de los tratos, es incurrir en la infracción de un deber secundario de conducta, es realizar un comportamiento de mala fe, incurrir en la transgresión de un deber jurídico concreto, efectuar una contravención, cuya sanción específica es la indemnización de perjuicios de llegar a ocasionarse un daño con tal comportamiento que se encuadra por consiguiente en el ámbito de la responsabilidad contractual...<sup>21</sup>

Al calificar la buena fe y los deberes secundarios de conducta como verdaderas obligaciones, inobservarlas significaría incumplir obligaciones específicas que pesan sobre las partes y no tan sólo el deber genérico de conducta de no dañar a otro. En este contexto, puede señalarse con Pizarro y Vallespinos que:

...la responsabilidad contractual deviene cuando el comportamiento del sujeto viola un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente generadora... La expresión “responsabilidad contractual” es —de tal modo— muy estrecha para representar el concepto jurídico que nos ocupa, por lo que resulta preferible hablar de responsabilidad obligacional o por incumplimiento obligacional.<sup>22</sup>

Debe desatarse que esta discusión no es sólo teórica, pues la misma y, por ende, la solución que se escoja tendrán incidencia práctica. Ésta puede ser advertida fácilmente al pensar en las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, entre otras, en lo relacionado con la presunción de culpa que pesará sobre el deudor en caso de las obligaciones derivadas del contrato —o para el caso concreto de los tratos previos—, mientras que tratándose de responsabilidad extracontractual, la regla general informa

<sup>20</sup> DE CUPIS, Adriano, *El dolo. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 21 ed. italiana y estudio preliminar Ángel Martínez-Sarrio, Barcelona, Bosch, 1975, p. 168-169.

<sup>21</sup> SANTOS-BALLESTEROS, Jorge, *Instituciones de responsabilidad civil*, Elógota, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996, t. I, p. 69.

<sup>22</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de derecho privado, obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 469.

que la culpa deberá ser probada por quien pretende la indemnización del daño, tal como sucede de acuerdo con el Código Civil colombiano.<sup>23</sup>

Finalmente, una tercera posibilidad que ha sido sostenida por autores de diferentes latitudes es la de calificar la responsabilidad civil precontractual como autónoma, por oposición a la contractual y extracontractual, la cual todavía no tiene mayor receptividad en la doctrina, e incluso autores como Alterini, Ameal y López Cabana rechazan implícitamente dicha posición afirmando que la responsabilidad precontractual no tiene características ontológicas propias.<sup>24</sup>

Por otro lado, cabe afirmar que no existe unanimidad acerca del reconocimiento de la buena fe en la etapa precontractual, en los contratos regidos por la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; no obstante, deben considerarse las posiciones que la asumen como una obligación de las partes, cuya violación generaría también responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

De todas formas, debe concluirse que la responsabilidad precontractual no es un tema regulado expresamente por la Convención, por lo tanto, deberá encontrarse el derecho que resulte aplicable de acuerdo con las normas conflictivas.

Ahora, podría sostenerse que la violación del deber de buena fe —al cual estarían sometidas las partes desde los tratos previos hasta la finalización del contrato— tendría naturaleza de *incumplimiento de obligaciones contractuales*, por lo que resultarían aplicables las normas de la Convención que regulan las acciones derivadas del incumplimiento, tales como la indemnización de perjuicios. Adicionalmente, en caso de “contractualización” de las negociaciones preliminares —es decir, si las partes decidieren suscribir acuerdos donde, además, por escrito (o como suele llamarse, celebrando “acuerdos de intención”) se comprometen a cualquiera de los denominados “deberes secundarios”—, su incumplimiento generaría, sin discusiones, una responsabilidad de tipo contractual.<sup>25</sup>

Por otra parte, se afirma que los daños indemnizables en la etapa precontractual compensan el *interés negativo*, por oposición al positivo, que se reconoce por el incumplimiento del contrato.

<sup>23</sup> FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*, traducción de Névar Carretos Torres, Lima, Editora Jurídica Grig ley, 2004, pp. 33-34.

<sup>24</sup> ALTERINI, Afilio Anibal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto; *Derecho de obligaciones, civiles y comerciales*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 31 edición, Buenos Aires, 2006, p. 761.

<sup>25</sup> Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 325-326.

El *interés negativo* consiste en la pérdida originada al violar la expectativa que se tenía de no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebra o que es declarado nulo. Por su parte, el interés positivo consiste en el interés en la celebración y ejecución del contrato que conlleva el daño emergente y el lucro cesante.

Se ha entendido que dentro de los daños indemnizables sólo cabe el interés negativo y, por ende, no habría lugar a perseguir una indemnización por las ganancias dejadas de reportar con el contrato frustrado, al afirmar que el interés protegido "...no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada de mala fe por el demandado".<sup>26</sup>

Existe una discusión en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también el lucro cesante. De acuerdo con Aparicio, es unánime la aceptación del daño emergente, que cubre los gastos generados con ocasión de las tratativas frustradas.<sup>27</sup> No obstante, se discute sobre si debería incluir también el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir con el contrato cuya perfección se frustra. El mismo autor sostiene que no se encuentran razones para su exclusión, pues nada impide la indemnización de las ganancias que se habrían obtenido con la ejecución del contrato frustrado.

De todas formas, lo que se propone considerar es que cabría la indemnización del interés positivo sólo en los casos de irrupción de ofertas que, no obstante ser irrevocables, son incumplidas por el oferente.<sup>28</sup>

Adicionalmente, como lo señala Díez Picazo, los casos de responsabilidad precontractual derivada de la nulidad del contrato "...donde la parte que ha violado los deberes de buena fe se encuentra obligada al resarcimiento de la pérdida de la ocasión más ventajosa para quien concluyó el contrato fundado en la confianza de la validez del mismo".<sup>29</sup>

En el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, además de reconocer la indemnización del interés negativo, se reconoce una indemnización por la

<sup>26</sup> BARROS-BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extrecontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 221.

<sup>27</sup> APARICIO, Juan Manuel, *Contratos, I, parte general*, Buenos Aires, I-fammurabi, José Luis Depalma Editor, 1997, p. 391.

<sup>28</sup> BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987, p. 222.

<sup>29</sup> DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 325.

pérdida de ocasiones similares causadas por los tratos, tal como lo dispone el Artículo 6º, numeral 4º.

Independientemente de lo anterior, de conformidad con los Principios de Unidroit, puede considerarse que hay casos en los cuales, por violarse deberes precontractuales —como el de información—, se genere una indemnización de tipo contractual, como es el caso del vendedor que conocía o debió conocer los vicios redhibitorios y no los declaró al momento de perfección del contrato; asimismo, la parte que ha negociado o ha interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. No obstante, los principios no aluden a las reglas aplicables a esta indemnización, por lo cual deberá acudir a las normas nacionales aplicables según el Derecho Internacional Privado, para resolver este tema.

Los Principios de Unidroit contienen normas relativas a la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (Artículo 7.4.1 y siguientes ubicadas en el capítulo 7 sobre incumplimiento), las cuales podrían resultar aplicables en caso de concluir que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza contractual, lo cual llevaría a que, según lo señalado en el Artículo 7.4.2., los rubros que comprenderían la indemnización serían tanto el interés negativo como el positivo, e incluso el daño moral.

En materia de indemnización del interés negativo, por violación del deber de confidencialidad, tanto en los Principios de Unidroit (Artículo 2.1.16) como en los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece que, además de aquella indemnización, la misma podrá incluir "una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte". Se trataría de "...una regla de restitución de beneficios que parece asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados".<sup>30</sup> Adicionalmente, en el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos, se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe sólo incluye en interés negativo:

Las pérdidas de las que responde la persona que actuó de manera contraria a la buena fe incluyen los gastos en que se haya incurrido...; el trabajo realizado... y las pérdidas sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar... En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que se encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato...<sup>31</sup>

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>31</sup> LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.), *Principios de derecho europeo de contratos*, partes I y II, ed. española a cargo de Pilar Barres - Benlloch; José Miguel Embid-Irujo y Fernando Martínez - Sanz, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 268.

De lo expuesto, resulta imperioso reformar tanto el Código Civil Federal como el Código de Comercio, a efecto de regular "los tratos preliminares" y, con ello, prever la responsabilidad indemnizatoria para quien los frustre injustificadamente. Se estima que dicha adición deberá formularse, como en el Código de Comercio Colombiano, en el siguiente sentido: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".