

# La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (\*)

ALBERTO MANZANARES

Doctor en Derecho

Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma

SUMARIO: I) Introducción.—II. La ruptura injustificada de las negociaciones.—III) La protección de la confianza. 1. Los módulos para apreciar la confianza. 2. Supuestos concretos de confianza.—IV El daño en la responsabilidad precontractual: el interés negativo. 1. Antecedentes históricos. 2. El concepto de interés negativo en la doctrina. 3. La crítica al concepto de interés negativo de Ihering. 4. La determinación del «quantum» en el interés negativo. 5. Los elementos que deben integrar el resarcimiento del interés negativo: a) el daño emergente. b) El lucro cesante.

## I) INTRODUCCION

Del estudio de la responsabilidad precontractual en la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares y del análisis del artículo 1.337 del Código civil italiano realizado a la luz de la jurisprudencia de aquel país se deduce una idea (1) que se puede expresar de la siguiente forma: si en el curso de las negociaciones preliminares una parte había hecho surgir en la otra la razonable previsión o confianza en la conclusión del contrato y posteriormente las interrumpe sin motivo justo, está obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por dicha ruptura en el límite del «interés negativo», esto es, los gastos sostenidos en previsión del contrato (2).

---

(\*) El presente trabajo constituye un capítulo de mi tesis doctoral denominada «La ruptura injustificada de las negociaciones preliminares: un supuesto de responsabilidad precontractual», leída en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

(1) La admisión de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares constituye una verdadera norma jurisprudencial elaborada por los tribunales italianos a través de la interpretación y aplicación del art. 1.337 del Código civil, que establece que «las partes, en el desenvolvimiento de las negociaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe».

(2) Esta afirmación es ya un lugar común en la jurisprudencia italiana. Vid a modo de ej.: Cass. 11 de diciembre de 1954, n. 4426 en Giur. compl. Cass. civ. 1954, VI, p. 489; Cass. 12 de agosto de 1963, n. 2307, en Mass. Giust. civ. 1963, p. 1083;

Por tanto, son tres los requisitos que tienen que darse para que se pueda hablar de responsabilidad a causa de la ruptura de las negociaciones preliminares:

- a) Una ruptura injustificada de las conversaciones.
- b) Que la parte que rompe las conversaciones haya creado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato.
- c) Que a raíz de la ruptura se haya producido un daño en el patrimonio de la parte que sufre las consecuencias de aquélla.

A continuación estudiaremos cada uno de estos requisitos en particular, aunque con frecuentes referencias a los otros, pues hay que verlos en su conjunto para configurar la hipótesis de responsabilidad.

## I) LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES

Lo primero que puede llamar nuestra atención al estudiar este punto, es la contradicción que pueda existir entre «la ruptura injustificada» y el término «conversaciones preliminares», pues a simple vista parece que son expresiones que no casan bien: dicho de otra forma, si las conversaciones preliminares no vinculan, si son el terreno donde precisamente las partes discuten y negocian, ¿cómo se puede hablar de ruptura injustificada?

Evidentemente, empezar a distinguir entre ruptura justificada y ruptura injustificada, esto es, entre motivo justo o motivo injusto para interrumpir las negociaciones supone un control del ejercicio de la iniciativa que afecta directamente sin duda alguna, a la libertad contractual. Creemos que la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar no tienen un campo ilimitado, y en una forma que pudiéramos llamar «negativa», encuentran freno, es decir: una persona sólo contratará cuando ella quiera, esto es claro, y en ese sentido la libertad es ilimitada. Pero cuando se trata de «no contratar», la libertad de cada uno encuentra el freno de la confianza y la buena fe de la parte que está enfrente.

En Derecho italiano ese control a que nos referimos se ejercita con base en el citado artículo 1.337. Y realmente la existencia de un precepto jurídico que impone la obligación de comportarse con corrección en las negociaciones preliminares limita la autonomía privada señalando modelos de comportamientos en los que inspirarse en las negociaciones. Es por ello que la doctrina no ha dejado de aclarar el papel y significado de una cláusula general como la inserta en aquella norma en un momento en que las partes no están aún vinculadas, de modo particular cuando surge el problema de determinar si la actuación del sujeto ha infringido los deberes precontractuales (3).

Cass. 26 de junio de 1964, n. 1703 en Mass. Foro it. 1964, C. 444; Cass. 17 de junio de 1974 Giur. it. n.º 1781. Vid. asimismo PRANDI, en comentarios a la Sentencia de 26 de febrero de 1971 (Giur. it. 1972, Parte prima, Sez. II, p. 382).

(3) PRANDI, *op. cit.*, pág. 383.

Por ello, la piedra de toque del problema es precisamente determinar cuándo la ruptura puede calificarse de justa o de injusta.

Problema este particularmente complejo, pues en sede de «trattative» el concepto de «justa causa» asume contornos en especial difusos, ya que no existe un vínculo que se resuelva ni precisas y tuteladas posiciones jurídicas que queden frustradas (4).

En opinión de Loi y Tessitore se trata asimismo de una cuestión difícil no sólo por cuanto se refiere a la definición del momento en que se plantea, sino por el hecho de decidir en concreto si el eventual receso puede calificarse legítimo o no, y si se debe o no proceder al resarcimiento del daño (5).

La mejor solución para resolver nuestro problema sería proceder a un estudio de los criterios que han utilizado los tribunales para resolver los casos concretos que se les han planteado, y de ese estudio extraer unas conclusiones finales. Pero esta tarea tampoco ofrece facilidades, pues de un análisis jurisprudencial (5 bis) se demuestra que no existen para los jueces criterios unívocos de decisión ni se han sentado las pautas para establecer cuáles deben ser con carácter genérico considerados como motivos justos o injustos para interrumpir las negociaciones. No ayuda mucho a clarificar el tema el hecho de que en frecuentes ocasiones el juez tenga únicamente en cuenta para decidir si hay o no responsabilidad la confianza creada en una de las partes y en otras contemple únicamente el caso del motivo injusto para romper.

A pesar de todo, los criterios de valoración para determinar si la interrupción de las «trattative» por parte de uno de los contratantes debe considerarse legítima o no, hay que elaborarlo con base a las soluciones ofrecidas por la práctica.

En este sentido, hay que empezar señalando que en alguna sentencia italiana se ha afirmado que la responsabilidad precontractual por ruptura de las conversaciones surge sólo cuando la interrupción se verifica después que uno de los sujetos hubiera iniciado aquéllas con el malicioso y preordenado intento de no llevarlas a término para causar así un daño a la otra parte (6).

Este supuesto era el que constituía el llamado «recesso intenzionale», que admitían como única hipótesis de esta responsabilidad autores como Benatti y De Cupis. Pero creemos que, en esos casos, el iniciar las conversaciones con un propósito definido de causar daño constituye ya de por sí un acto ilícito que puede ser claramente encuadrado en la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

---

(4) CARRESI, *In tema de responsabilità precontrattuale*, Temi 1965, pág. 444.

(5) LOI y TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; pág. 40.

(5 bis) La jurisprudencia estudiada es mayoritariamente italiana, que es prácticamente la única que se ocupa de este tema.

(6) Así, por ejemplo, Cass. 5 de junio de 1952, n.º 1786, *Giur. compl. Cass. civ.*

(6 bis) En nuestra opinión, en esos casos, el iniciar las conversaciones con un propósito definido de causar daño constituye ya de por sí un acto ilícito que puede ser claramente encuadrado en la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Veamos a continuación una serie de supuestos en los que la jurisprudencia italiana ha admitido la responsabilidad ex artículo 1.337 por considerar que no existía justa causa para la ruptura de las «trattative», es decir, que la ruptura era injustificada (7), aunque antes queremos señalar que, en nuestra opinión, la causa de la ruptura debe ser considerada de forma objetiva, sin que valga como tal una simple consideración del todo subjetiva de la parte que rompe, frente a la cual la otra parte aparece del todo indefensa, y ello porque es obvio que si se generalizase esta última afirmación sería prácticamente imposible hablar de ilegitimidad de la ruptura, porque le bastaría a la parte que rompe alegar en su justificación una revalorización personal de los elementos de las conversaciones, no susceptible por tanto de ningún juicio crítico de objetiva apreciabilidad (8).

Y pasemos ya a los casos concretos:

Así, la Sentencia del Tribunal de Catania de 26 de enero de 1971 recogía el siguiente supuesto: dos sociedades, la «Chaleston» y la «Gran Canyon» (esta última había sido prácticamente creada por la primera para esta operación) presentan al Ministerio de Turismo un proyecto de «Complejo Albergue Turístico Gran Canyon» para obtener una serie de facilidades crediticias, financieras y fiscales. Más adelante, ambas sociedades solicitan un préstamo, también dirigido al proyecto. Los créditos están prácticamente concedidos y éste era prácticamente el único obstáculo para la viabilidad del proyecto. En estas circunstancias, la sociedad Charleston se retira del proyecto sin motivo justificado (9).

El Tribunal declara su responsabilidad, pues afirma que ha violado el artículo 1.337 del Código civil.

En los Considerandos, el Tribunal afirmaba que no podía decirse que el contrato estuviera en los primeros tanteos ni que la «Charleston» se hubiera limitado a una adhesión al proyecto, reservándose manifestar o no su aprobación. Al contrario, según se deducía del proceso, el proyecto estaba suficientemente avanzado, ambas partes lo tenían suficientemente estudiado en cuanto a precio, inversiones, posibles beneficios, etc. Ni siquiera existía la posibilidad de un desacuerdo sobre los puntos aún a concretar.

El Tribunal, tras haber examinado puntualmente todos los aspectos de la controversia, declara que las negociaciones estaban suficientemente avanzadas, y que la estructura económica del contrato estaba claramente evidenciada por lo que la ruptura era injustificada (10).

(7) Vid., entre otras, Sentencia de 23 de julio de 1948 en Rep. Foro it. 1949, voce Obbl. e contr., n. 106; Cass. 28 de marzo de 1966, n. 825, en Div. dir. comm. 1967, II, p. 8; Cass. 17 de junio de 1974, n. 1781, en Giust. civ. 1975, I, p. 470.

(8) Compartimos en este sentido la opinión de LOI y TESSITORE, que piensan que parece más racional una noción rigurosa de justa causa que consienta una valoración objetiva.

Vid. LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pág. 48.

(9) Giur. it., 1972, Parte prima Sez. II, pág. 382.

(10) Para un comentario amplio a la Sentencia, vid. PRANDI, loc. y sent. cit.

La Sentencia de la Corte de Apelación de Venecia de 11 de abril de 1953 plantea el siguiente caso (11):

A y B estaban en contacto porque este último iba a entrar a trabajar para A, que había alentado para ello a B con repetidas promesas e incluso había ampliado esta idea al hermano de B, y así, en una carta dirigida a éste, le decía: «y por tanto si él (el hermano) continúa con la misma idea de venir a mi hacienda en calidad de colaborador, para mí será algo muy grato».

B, que era oficial de Marina, se había decidido en estas circunstancias a solicitar la dispensa del servicio permanente que le correspondía como oficial, con la íntima convicción de que le sería reservada una ventajosa colocación en alguna de las muchas propiedades de A, que le había dado manifestaciones inequívocas de confianza que sería así.

Así las cosas, B abandona la Marina y se pone a disposición de A, del que inicialmente obtiene evasivas sobre el futuro empleo y posteriormente una negativa total.

La Sentencia declara la responsabilidad de A. (Como dato interesante hay que hacer notar que es la primera sentencia que afirma que la responsabilidad precontractual ha de tener naturaleza contractual, y no aquiliana, porque no deriva de la violación de un genérico deber de «naeminem laedere», sino de la obligación específica impuesta por la ley en la fase de los actos dirigidos a la formación del contrato).

Y afirma que A había manifestado insistentemente su intención de querer utilizar los servicios de B. Y con su actitud posterior no respetó las obligaciones que se derivan de la convivencia social por la cual se tiene el deber no sólo moral, sino también jurídico, proveniente de los artículos 1.337 y 1.175 de comportarse con «schiettezza», de manera que no se provoque inútilmente daño a un tercero fuera de los límites de la tutela del interés propio.

Por su parte, Joanna Schmidt (12), acepta para el Derecho francés la tesis de que la responsabilidad precontractual puede consistir en una ruptura injustificada. La «faute», dice, puede consistir no tanto en una conducta anterior cuando en la ruptura misma de las «trattative». De esta forma, la Corte de Rennes sanciona en su Sentencia de 8 de julio de 1929 la negativa a concluir el contrato por «puro capricho», es decir, de manera arbitraria, de mala fe y contrariamente a los usos de la equidad.

Y en este mismo sentido, la Corte de Casación francesa, en Sentencia de 20 de marzo de 1972, sanciona el hecho de haber roto sin razones legítimas, brutalmente y de forma unilateral las negociaciones avanzadas.

Los casos citados hasta aquí son sólo un botón de muestra. Pero todos ellos tienen un denominador común: de su examen se hace difícil elaborar unos criterios generales sobre lo que los tribunales en-

(11) Sentencia aparecida en Riv. dir. comm. 1954, págs. 346 y ss.

(12) JOANNA SCHMIDT, *La sanction de la faute precontractuelle*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1974, pgs. 46 y ss.

tienden por causa injustificada de ruptura (13). En pocos casos el motivo de la ruptura se presenta nítidamente. Mucho más frecuentemente encontramos que no hay en realidad un motivo específico: es tan sólo que a una de las partes no le interesa la conclusión del contrato.

Se puede observar también cómo para determinar la responsabilidad no se realiza tanto un juicio de valor sobre si el motivo por el que la parte se aleja o rompe las negociaciones es justo o injusto, sino que más bien se examina cuidadosamente el desarrollo de aquéllas y se da más importancia a otro factor, que a nuestro juicio, como veremos más adelante, es el decisivo a la hora de determinar si hay o no una ruptura injustificada de las negociaciones: nos referimos a la confianza que se pueda haber suscitado en la parte que sufre las consecuencias de la ruptura.

En definitiva, pensamos que la jurisprudencia no es excesivamente clarificadora a la hora de definir lo que constituye un «injusto motivo», sino que muchas veces las sentencias se reducen a consideraciones acerca de las «trattative» y afirmaciones del tipo de «quien suspende o interrumpe injustamente las «trattative» después de haber hecho surgir en la otra parte la razonable confianza en la construcción del contrato, está obligado a resarcir los gastos realizados en previsión de llegar a un acuerdo y las pérdidas sufridas por otras ocasiones despreciadas» (14).

Fijemos ahora nuestra atención en aquellas decisiones de la jurisprudencia italiana que, en los casos en los que se les ha planteado la posibilidad de una responsabilidad precontractual por ruptura de los tratos, han contestado en sentido negativo.

La Sentencia de la Corte de Casación de 28 de marzo de 1966 planteaba el siguiente supuesto: en una fecha determinada A y B habían concertado un contrato de compraventa en documento privado, con una cláusula en las que las partes se comprometían a elevarlo a

(13) Frecuentemente la jurisprudencia acude a expedientes más generales para determinar la responsabilidad: así, por ejemplo, en la Sentencia de 28 de enero de 1972 de la Corte de Casación (Giur. it. 1972, I, 1316) se planteaba el siguiente supuesto de hecho: la sociedad A había iniciado conversaciones con la sociedad B para la cesión de los derechos de autor, sobre un cierto personaje, que esta última poseía. Se había llegado incluso a fijar un día para la firma del contrato: pero B había rechazado después totalmente firmar el contrato.

B alegaría más tarde que ese contrato, para su efectividad, estaba subordinado a otro contrato de coproducción cuyas conversaciones no se habían iniciado aún. Dicho argumento había sido acogido en la apelación.

Por contra, el Tribunal de Casación decide que en apelación no se habrían debido estudiar las cláusulas del segundo contrato para llegar a la conclusión de que el primer contrato por sí sólo no habría podido hacer conseguir a la sociedad A la utilidad de que se proponía (realización del film) en cuanto dependía de otros factores, por lo que no podía tener aún ninguna confianza, sino que más simplemente, habría debido descender al examen de la seriedad de los intentos que habría puesto la sociedad B en emprender las negociaciones, de la buena fe en continuarla y de la justificación de los motivos por los que lo habría interrumpido bruscamente.

(14) Así, por ejemplo, Sentencia de Casación de 7 de mayo de 1952, n.º 1279, Foro it. 1952 I, 1639; S. C. 28 de marzo de 1955, n.º 923, Foro it. 1955 I, c. 812.

escritura pública, con la misma redacción que el documento privado salvo el caso de modificaciones consensualmente aceptadas.

Antes de elevar el contrato de escritura, B había solicitado de A ciertas aclaraciones respecto a una cláusula ambigua y A se había negado a dar tales explicaciones. B rehúsa formalizar el contrato y A exige responsabilidad. La Corte rechaza la petición de A, y establece que las exigencias de claridad y de una representación documental completa implican que la ambigüedad de las declaraciones, no aclarada a petición del destinatario, en la fase de conclusión de un contrato, puede constituir justa causa de ruptura para dicho destinatario, y por tanto, puede ser justa causa de responsabilidad en el sentido del artículo 1.337 del Código civil para el declarante voluntariamente ambiguo.

Concluido un contrato con el pacto de elevarlo a forma solemne, la obligación jurídica de exigencia de claridad y de «completezza» de las declaraciones negociales deriva ya sea de la fuerza del contrato, ya sea del principio de buena fe en la interpretación del mismo. Las partes, por tanto, no sólo están obligadas a la reproducción literal del contrato originario, sino que tienen la obligación jurídica de prestarse a las aclaraciones que puedan esclarecer el contenido de la declaración (15).

La Sentencia que acabamos de reflejar es importante en cuanto concreta alguna de las obligaciones que pueden derivarse de la exigencia de buena fe en las negociaciones preliminares establecidas en el artículo 1.337. La exigencia de reconocibilidad de las declaraciones contractuales determina de hecho no sólo la obligación de hablar claramente (16), sino también una verdadera y legítima pretensión de la otra parte a ser destinataria de una declaración inteligible sin incertidumbre, esto es, la obligación derivada del artículo 1.337.

En otros supuestos se ha declarado justa la ruptura cuando insistiendo cada una de las partes en sus propias exigencias, pueda razonablemente considerarse inútil la prosecución de las conversaciones (17).

---

(15) Cass. civ 28 de marzo de 1966, Giur. comp. Cass. civ. 1966.

Sin embargo, sí habría ruptura injustificada, en nuestra opinión, en el supuesto en que una persona, después de haber alcanzado con la otra parte un completo acuerdo verbal para la estipulación de un contrato para el que se requiere por ley la forma escrita, rehúsa formalizar la documentación sin alegar ninguna razón para justificar la ruptura, sino actuando en atención a un principio general de libertad.

Este ejemplo es planteado por OSTI, voce «contratto», *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino 1959, págs. 113 y ss., y por DíEZ-PICAZO en nuestro derecho: vid. *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, I, págs. 188-192.

Por contra, la Sentencia de la Corte de Casación de 18 de mayo de 1971 (Giur. it. 1973, I, n. 1499 c. 1486) decidió un supuesto en el que se había considerado justificada la ruptura por el cambio sobrevenido de las condiciones del mercado (aumento de precio de los inmuebles) verificado en el largo intervalo de tiempo transcurrido entre el acuerdo informal alcanzado y la definitiva estipulación del contrato.

(16) Ver para este punto MESSINEO, *Contratto*, Milano 1961, pág. 108; CA RRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo de formazione del contratto*, Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1949, págs. 828.

(17) Cassazione 5 de julio de 1952, n.º 1599, Giur. compl. Cass. cit., 1952,

De la misma forma, se ha considerado que existía justa causa para la ruptura en el siguiente supuesto: A entra en negociaciones con B para alquilar un local propiedad de este último, que se muestra dispuesto a concluir el contrato una vez realizados ciertos trabajos de adaptación en el local. Llevados éstos a cabo, A rompe las negociaciones, alegando haber caído enfermo, por lo que no podrá realizar la actividad proyectada.

Se piensa en este caso que hay motivo justificado y que por tanto no hay lugar al resarcimiento del daño que estaría constituido por los gastos realizados en las modificaciones del local (18).

En este sentido, Carresi plantea el problema de cuando una parte, durante las negociaciones, ha obtenido una mejor oferta de un tercero: se piensa en el caso de un anticuario que (fuera de la hipótesis de oferta irrevocable) había ofrecido en venta a un cliente un cuadro o un mueble y además se lo había dejado en depósito a fin de que pudiera examinarlo con mayor atención, mostrarlo a un experto para tener su opinión..., y antes de que el cliente le hubiera comunicado su decisión otro cliente le ofrece adquirir el mismo objeto en condiciones más ventajosas.

En nuestra opinión, dice Carresi, el anticuario será libre de aceptar la nueva oferta, rompiendo así las anteriores negociaciones.

Y ello porque no se podría, en nombre de la equidad, imponer la renuncia a concluir un negocio seguro en condiciones más ventajosas por correr el riesgo de no celebrar ninguno. Ahora bien, si el nuevo cliente no exige una respuesta inmediata, el anticuario deberá antes de aceptar la oferta comunicárselo a la otra parte a fin de que esté en condiciones de decir si quiere o no celebrar el negocio (19).

*La interpretación tradicional de los motivos justos o injustos de ruptura de las conversaciones preliminares*

La normativa del Código italiano no contiene unas reglas que puedan guiar al juez a la hora de decidir cuándo un motivo es justo o injusto para romper las negociaciones preliminares avanzadas. El único apoyo con que contamos es la existencia de una cláusula general de buena fe en el período de formación del contrato, como la que se deduce del artículo 1.337.

Refiriéndose a esta cláusula general comenta Prandi (20) que el estudio de las normas que puntualizan el artículo 1.337 es interesante y demuestra que en cada uno de esos casos la responsabilidad derivada de la violación de deberes precontractuales es variable, en función del tipo de relación de que se trate, y se diría que el legislador

vol. II. La sentencia, no obstante, subordina la licitud de la ruptura al hecho de que la insistencia de cada una de las partes en sus propias exigencias sea «razonable».

(18) Appello Firenze 29 de marzo de 1950, en *Giur. tosc.* 1950, pág. 104. Ejemplo citado por MARIO BESSONE, *Rapporti precontrattuali e doveri di correttezza*. Rivista de diritto e procedura civile, 1972, pág. 1020.

(19) CARRESI, *In tema de...*, cit., pág. 448.

(20) PRANDI, *Comentarios a Sentencia Tribunal de Catania*, cit.

ha impuesto tantos tipos de comportamiento cuantas formas de responsabilidad precontractual.

Así, en la hipótesis de ruptura del artículo 1.337 un criterio idóneo para verificar la ilegitimidad de la ruptura es ver si las actitudes, declaraciones o silencios han suscitado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato.

Hemos de advertir respecto a esta última opinión de Prandi que, en efecto, es cierto que hay que estudiar si ha existido esa razonable confianza, pero que entonces desplazamos el problema hacia algo anterior, y en definitiva calificaríamos entonces la ruptura de legítima o ilegítima en función de que existiera o no una razonable confianza en la conclusión del contrato, y no en que hubiera o no un justo motivo de ruptura.

El problema verdadero estriba en que partiendo de una cláusula general de buena fe, el juez, sin ningún otro apoyo puesto que la ley no se lo proporciona y la jurisprudencia ha establecido sólo sanciones a los casos concretos, pero no criterios generales—, debe calificar de justo o injusto un motivo de ruptura, para lo que tiene que entrar a valorar razones y actitudes, lo que no deja de parecer algo ciertamente subjetivo o lo que es peor, arbitrario. La utilización de la cláusula general de la buena fe y de nociones como «*correttezza*», dice Prandi, hacen temer una excesiva intervención del juez en un terreno como el de las «*trattative*», lo que hace que preocupen su legitimidad y oportunidad.

De esta manera, se podría incluso decir que se está legitimando la existencia de técnicas de control informadas por criterios de juicio expuestos a todos los inconvenientes de una exploración de orden psicológico (o no adecuadamente racionalizada) que abre una amplia brecha al arbitrio del juez, perjudicando en grave medida la seguridad del tráfico (21).

Por ello y a la luz del estudio de los supuestos prácticos, se está en situación de afirmar que directrices, que en teoría pueden resultar persuasivas, resultan en realidad instrumentos de decisión escasamente operativos, que se agotan en índices de apreciación demasiados indeterminados.

De forma particular, dice Bessone, «es peligrosamente indeterminado y escasamente operativo el criterio de selección de intereses resumido en la fórmula de «*justa causa*» de la ruptura. De hecho, en cualquier caso de la práctica, una argumentación dirigida a valorar la «causa» de la ruptura acaba por resolverse en una tentativa de inspeccionar los motivos de la ruptura de las conversaciones que conducen a un análisis del procedimiento de formación de la decisión de romper, inevitablemente expuesta a los inconvenientes de todo orden sobre la psicología de los operadores. Y también, una vez aislada la razón de la ruptura, persisten graves dificultades de juicio, porque falta por ver cuáles puedan ser los criterios en función de los cuales

---

(21) BESSONE, *op. cit.*, 972.

establecer si la «causa» de la ruptura de las negociaciones es «justa» o no es tal (22).

Tras lo expuesto, parece que habría que coincidir con Bennatti (contrario a la existencia de una responsabilidad en sede de «trattative» por ruptura injustificada) en que «no se ve qué criterio subjetivo podría ser adoptado a la hora de decir cuando un motivo sea justo o injusto» (22 bis).

Sin embargo, creemos que no es ese el enfoque adecuado: el hecho de que haya dificultades en establecer por qué criterios hemos de guiarnos a la hora de decidir si hay un motivo justo o injusto de ruptura no debe significar que renunciemos a establecer esa responsabilidad (23), sino que por el contrario debe estimularnos a seguir la busca de directrices adecuadas. Prandi se muestra consciente de la insuficiencia de las soluciones tradicionales en este tema y piensa que el problema de la ruptura consiste, por tanto, en individuar el exacto tipo de juicio que debe hacerse para verificar si una ruptura es unilateral e injusta: esto es, en la hipótesis de que una de las partes rompa los tratos y la otra haya realizado una serie de gastos, se trata de establecer si los costes soportados deben ser resarcidos por parte de quien rompe los tratos, y había creado la apariencia tal de hacer posible la conclusión del contrato (24).

El problema que se tiene de frente no es por tanto calificar de justa o injusta la ruptura de las conversaciones, sino determinar si los daños por el causador deben ser soportados por uno u otro de los contratantes: en definitiva, tutelar el interés más merecedor de protección, y es claro que más allá de una sanción del comportamiento incorrecto está una distribución de los costes que las conversaciones han suscitado.

Se ha aportado, entonces, una nueva idea que puede resultar esclarecedora en este punto: no es que el juez tenga que ponerse a hacer indagaciones de orden psicológico para averiguar el motivo de la ruptura y calificarlo de justo o de injusto, sino que hay que tener en cuenta todo el desarrollo de las conversaciones para determinar qué interés de entre los que están en juego ha de ser protegido y sobre cuál debe recaer las consecuencias de la ruptura.

En nuestra opinión, lo que significa esto es abandonar los criterios subjetivos de valoración del motivo de ruptura para abordar el problema desde una perspectiva más «objetiva». En este sentido, me-

---

(22) BESSONE, *op. cit.*, pág. 1021. En el mismo sentido de la poca utilidad de los criterios tradicionales para resolver este tema se manifiestan también LOR y TESSITORE, *op. cit.*, 48.

(22 bis) BENATTI, FRANCESCO, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pág. 48.

(23) Así, se ha dicho que una política del derecho que garantice un indiscriminado poder de ruptura de las «trattative» acabaría por favorecer a los que actúan en el mercado de forma desleal o poco racional confiando en poder cargar a la otra parte con las consecuencias de errores tales que conduzcan a unas negociaciones que parezca después oportuno romper.

(24) PRANDI, *op. cit.*, pág. 385.

rece ser destacada la opinión de Bessone, que apunta precisamente a la «progresiva objetivación» de los índices de valoración de la conducta de la parte que rompe las negociaciones, y señala cómo se van dejando de lado las argumentaciones en término de «motivo». De esta manera la clara referencia del artículo 1.337 del Código italiano a la buena fe, que hemos visto anteriormente se debe entender en sentido buena fe, que se debe entender en sentido objetivo, sugieren a la jurisprudencia italiana el recurso al modelo de un «normal operador» (25).

Bessone considera además que esta corriente objetivadora se extiende por los derechos europeos y así funciona la aplicación del parágrafo 242 del BGB o el corriente reenvío de la doctrina francesa a los usos de comercio, o un «arrêt de principe» del Tribunal Federal suizo, según el cual las conversaciones preliminares crean obligaciones de diligencia que obligan al juez a valoraciones de índole rigurosamente objetiva (26).

Así, concluye este autor, una vez evitados los inconvenientes de buscar los motivos de la ruptura, el recurso al modelo del operador «serio y leal» deja de constituir una operación peligrosamente imaginativa y se concreta en la existencia de un sistema de índices de apreciación «tanto articolati quanto sono diversi i processi di contrattazione (e tipi di affare) prospettati dall'esperienza» (27).

Después de haber realizado el examen de la doctrina y jurisprudencia italianas, que constituyen las dos fuentes más avanzadas en este tema, es necesaria una toma de decisión frente al problema.

(25) Así, BESSONE cita, pág. 1024, *op. cit.*, distintas sentencias en las que se habla de un modelo «según el cual valorar si el comportamiento en sí considerado resulta o no contrario a la obligación general de buena fe»; de forma similar «no es necesario indagar un particular comportamiento subjetivo de mala fe de quien rompe, siendo suficiente con que el comportamiento está objetivamente en contraste con el deber general de corrección»; también se ha hablado de «comportamiento de la persona media, consciente de su propia responsabilidad en el seno de la colectividad», etc....

En el mismo sentido, entre muchas, Cass. 24 de marzo de 1958, n. 985 cit.; Cass. 28 de marzo de 1955, n. 923; Cass. 17 de diciembre de 1953, n. 3741, Cass. 5 de septiembre de 1952, n. 2843.

(26) Se trata de la decisión del Tribunal Federal de 6 de junio de 1951 en la causa Meyer contra Ciudad de Neuchâtel, en la que se decía: «Siguiendo a la doctrina alemana y a la jurisprudencia del Tribunal del Imperio Alemán, que han adoptado y desarrollado las ideas expresadas por Ihering, la práctica de los tribunales suizos ha reconocido también la responsabilidad derivada de la culpa «in contrahendo».

Según los principios comunmente admitidos hoy en Alemania y en Suiza, las negociaciones preliminares crean entre las partes, ya antes de la conclusión contrato, una relación jurídica que da nacimiento a ciertas obligaciones de diligencia. La responsabilidad por la actitud adoptada en las negociaciones se aplica no solamente cuando dichas negociaciones han llevado a la conclusión de un contrato, o de un contrato nulo, sino también en los casos en que las partes no han llegado a concluirlo». S. J. 1951, págs. 481 y ss. Sentencia cit. por PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit privé suisse*, Berne, 1953.

(27) LOT y TESSITORE se muestran también de acuerdo en enfocar el problema desde posiciones objetivas, y así, dicen que «parece por tanto más racional una noción rigurosa de justa causa que consienta una valoración objetiva y que sea apreciada de forma general y no solamente por la contraparte», *op. cit.*, pág. 48.

Compartimos las autorizadas opiniones anteriormente expresadas en el sentido de que se revela insuficiente un examen psicológico de los motivos existentes para romper las conversaciones preliminares y creemos también que se debe operar con unos cánones más objetivos para ver cuándo el comportamiento de la persona que rompe es contrario a la buena fe. Pero en nuestra opinión la piedra de toque para aclarar el tema del «justo o injusto motivo» es el de la protección de la confianza.

En efecto, recordemos que la idea base aquí desarrollada consiste en que «la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, cuando la otra parte mantenga una razonable confianza en la conclusión del contrato, puede ser fuente de responsabilidad originando la reparación de los daños causados». De ahí que, como ya hemos dicho, sea necesario que se dé una ruptura injustificada de los tratos y una razonable confianza en la conclusión del contrato para que pueda existir responsabilidad.

Y para nosotros el primer requisito depende del segundo. Esto es así porque, para que podamos hablar de una responsabilidad (aquí y en cualquier caso) es necesario que se haya causado un daño. En nuestro supuesto el daño estaría constituido en principio por los gastos ocasionados a la parte que confiaba en la conclusión del negocio. Pero si ocurre que nada más empezar las «trattative», una de las partes, por su cuenta y riesgo, comienza a realizar gastos, ya sea para atraer a la otra parte al contrato, ya sean los gastos que se han denominado como «riesgo de especulación», estos gastos no podrán ser considerados como daño a los efectos de responsabilidad, ya que para ello es necesario que dichos gastos se hayan realizado en atención a la confianza depositada por una de las partes en la conclusión del contrato (movida a ello por una conducta inequívoca de la otra parte, o porque haya sido inducida a realizarlos. p. ej.).

Y en estrecha relación con esto, se puede decir que cuando no se ha dado, producido o provocado esa confianza, cualquier ruptura es válida, puesto que por hipótesis, no puede haber daño. Así, imaginemos que A y B entablan negociaciones para la celebración del contrato: se tantea, se discute, no haya nada que pueda predecir que el contrato se llevará a cabo: todo está en el aire.

Y al poco tiempo A decide apartarse de las negociaciones. Aquí no puede haber lugar a responsabilidad: sencillamente porque B no puede objetivamente confiar en la conclusión del contrato, pues no existe nada que se lo indique así. En este momento, la libertad de A para contratar o no, para continuar las negociaciones o romperlas es absoluta: no tiene límite alguno.

Llegamos entonces a la conclusión de que mientras no haya confianza, no se podrá hablar de motivo injustificado de ruptura. En el ejemplo que citábamos, A podrá retirarse de las conversaciones por puro capricho, arbitraria, injustamente, pero no habrá responsabilidad.

Con lo cual la determinación de si existe o no justo motivo para romper las negociaciones viene dada por una averiguación anterior:

si existe o no una razonable confianza en la conclusión del contrato. Esta confianza, a nuestro modo de ver, ha de apreciarse de una forma objetiva: esto es, no es que una parte piense que el contrato se va a celebrar, sino que de las conversaciones preliminares deben deducirse signos claros de que el contrato se iba a celebrar: dicho de otra forma, cualquier persona media y normal, en las mismas circunstancias habría confiado igualmente en que el contrato se celebraría.

Lo que ocurre entonces es que, al producirse esa confianza —y a pesar de que las conversaciones preliminares son por excelencia un terreno de discusión en el que las partes no se encuentran vinculadas— la parte que ostenta dicha confianza tiene un interés que hay que calificar de jurídicamente protegible.

Y cuando se produce la ruptura, se produce un conflicto de intereses entre la parte que rompe las negociaciones y la parte que movida por la confianza ha realizado unos gastos.

De esta forma, y como razonaremos inmediatamente, cuando en las conversaciones preliminares, una de las partes haya suscitado con su actuación la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato, el mero arbitrio en la ruptura, por ejemplo, sin otro motivo, determinará responsabilidad, pues en este caso la protección de la confianza aparece como más protegible que la mera arbitrariedad.

Y una vez que se ha engendrado la confianza, para que la ruptura no dé lugar a responsabilidad, es necesario que la ruptura sea justificada, entendiendo el término justificado en el sentido de interés jurídicamente más tutelable que el de la confianza, esto es una exigencia que en cuanto objetivamente apreciable, sea legítimamente prevalente sobre los intereses de la contraparte (27 bis).

## II) LA PROTECCION DE LA CONFIANZA

Hoy en día se puede afirmar casi sin temor a equivocarse que en todas las legislaciones, al tratar de la responsabilidad precontractual (y no sólo en términos de ruptura de las negociaciones) se puede encontrar un punto en común: una obligación de comportamiento conforme a la buena fe, concebida casi en los mismos términos del deber de «correttezza» del artículo 1.337 Código civil italiano. Se habla de esta forma de «deberes generales que imponen las reglas de buena fe

---

(27 bis) Así, constituye en nuestra opinión, causa justa de ruptura de las negociaciones, aunque una de las partes tenga una fundada confianza en la conclusión del contrato, el hecho de que se reciba una oferta más favorable de un tercero (quedando bien entendido que se debe notificar dicha oferta a la contraparte en las negociaciones), pues se debe entender como interés jurídicamente prevalente el de la realización de negocios jurídicos ventajosos.

Como también pensamos que debe ser justa causa de ruptura una alteración sobrevenida de las condiciones que sirvieron de base a las negociaciones, pues lo contrario sería afirmar que hay que realizar negocios gravosos.

en todo lo que respecta al desarrollo de las conversaciones preliminares» (28).

Aunque sólo el Código civil italiano contenga una formulación clara de esta idea en los citados artículos 1.337 y 1.338, la experiencia del gran número de ordenamientos desprovistos de una norma general acaba por concretarse en un repetido esfuerzo en considerar las normas concretas reguladoras de supuestos de este tipo como expresiones de una regla no escrita, que los agrupa y consiente su extensión a las «fattispecie» no codificadas (29).

De esta forma, en la experiencia alemana la evolución de la doctrina y la jurisprudencia ha podido encontrar una norma amplia que permita soslayar los inconvenientes del reenvío a una hipotética intención de los redactores del código, y así la cláusula de la buena fe del párrafo 242 BGB se ha entendido por algunos autores como un principio general de buena fe que sería aplicable también a la relación precontractual (30).

En definitiva, parece clara la existencia de un deber de buena fe que recae sobre las partes en el período de formación del contrato.

Pero se ha repetido también frecuentemente que las negociaciones no vinculan, que son fase de discusión y aproximación, y que en ellas las partes son libres de retirarse en cualquier momento, pues para ello son negociaciones y no contrato definitivo. En este estado, se ha dicho (31) que los deberes precontractuales no crean entre las partes una verdadera situación de obligación recíproca, por lo que parecería más razonable pensar que dichos deberes agotan su contenido en un simple límite negativo que incide sobre el poder de autonomía negocial reconocido a una y otra parte, prohibiéndolas actuaciones que determinen un daño

(28) PIOTET, Paul *Culpa in contrahendo*, en *Droit privé suisse*. Berna 1956, pág. 249.

En este sentido, el artículo 227 del Código portugués de 1966 recoge la «culpa en la formación de los contratos: 1.º) Quien negocia con otro para la formación de un contrato, debe tanto en los preliminares como en su formación, proceder de acuerdo con las reglas de la buena fe, bajo pena de responder por los daños que culposamente causó a la otra parte».

E imponen la obligación resarcir el daño causado por quien ha causado de forma culpable la invalidez del contrato, los párrafos 122, 179, 307 y 309 del BGB, los artículos 26-1.º y 39-1.º del Código suizo de las Obligaciones, el artículo 198 del Código griego de 15 de marzo de 1940 y el artículo 45 del Código checoslovaco de 25 de octubre de 1950.

(29) Así, en Derecho suizo, se toman los artículos 411-2.º Código civil y 29-2.º, 39-2.º, 248 del Código de Obligaciones, como textos a partir de los cuales se puede hablar de una culpa «in contrahendo» o responsabilidad precontractual.

PIOTET, siguiendo a HILDEBRANT, afirma en esta línea que la obligación de declaración es el deber precontractual esencial. Dentro de dicha obligación genérica estarán la obligación de verdad (abstenerse de todo aquello que pueda hacer creer a la otra parte que la situación es diferente a cómo es realmente) y la obligación de información. (Ver autor y obra cit., pág. 121).

(30) Para una amplia reseña de bibliografía y jurisprudencia alemana, vid. MARIO BESSONE, *Rapporti precontrattuali*, cit., pág. 1010.

(31) BIGLIAZZI GERI, pág. 248. *Contributto alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967.

a la contraparte, y siendo así más bien una aplicación concreta del principio general del artículo 1.902

El tema es distinto, sin embargo, cuando el comportamiento de una parte en las negociaciones haya sido tal que haya podido crear en la otra parte una «razonable confianza» en la conclusión del contrato. Porque una vez creada esa confianza la libertad de las partes para romper en cualquier momento las negociaciones queda subordinada al requisito de que exista una «justa causa», pues de otra forma se produciría un daño a la contraparte que hay que calificar como injusto.

Faggella se enfrentaba al tema de la confianza en las negociaciones preliminares de la siguiente forma (32): la elaboración de un proyecto de contrato constituye un trabajo de medio a fin y en el presupuesto por las partes de no asumir obligación alguna, sino cuando su voluntad se encuentra en un punto determinado, momento constitutivo del «vinculum iuris». Así, pues, mientras que la actividad de un contratante se realiza sin ninguna confianza en la actividad del otro, la ruptura aparece como un arte legítimo del poder de la propia voluntad. Pero puede intervenir un hecho que dé un carácter distinto a las negociaciones: éste puede consistir en una autorización tácita a tratar dada por una parte a la otra. Esta autorización genera la razonable confianza de que la otra parte continuará en las negociaciones hasta que intervenga un acuerdo o hasta que por el intercambio de ideas sobre los puntos del contrato y por el resultado del examen y del proyecto, el acuerdo no sea posible. La pura y simple ruptura sin que las conversaciones hayan tenido su desenvolvimiento y su final positivo o negativo, comporta la violación del citado tácito acuerdo precontractual y tal violación hace arbitraria e intempestiva la ruptura misma (32 bis)». Para este autor, la razón por la que se debe resarcir el daño en el supuesto estudiado es la violación de ese acuerdo tácito interpartes (que para nosotros es una ficción) y no una lección de confianza. Tampoco explica cómo se crea o forma dicha confianza, ni qué parámetros hay que adoptar para detectarla.

Nosotros creemos que para tratar de aclarar el tema de la confianza que debe ser protegida en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares se puede acudir a la idea del conflicto de intereses.

En efecto, cuando hablamos de «razonable confianza» en la conclusión de un negocio, estamos poniendo en evidencia la relevancia de un particular interés que, en vista de tal conclusión, ha surgido en una

---

(32) GABRIELLE FAGGELLA, magistrado italiano, fue el primer autor que realizó un estudio en profundidad sobre la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de los tratos preliminares en su trabajo *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, en «Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda», Nápoles, 1906, vol. III, págs. 271 y ss.: Del mismo autor ver también *Fondamento giuridico della responsabilità in tema de trattative contrattuali*, en «Archivio giuridico», 1909, pág. 128, y *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918.

(32 bis) FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali...*, cit., págs. 721 y ss.

de las partes como consecuencia del comportamiento de la otra (33).

Tenemos, de un lado, el interés de una parte en mantener intacta su libertad de contratar y en decidir cuándo le conviene o no retirarse de las negociaciones. Y de otro, un interés contrapuesto: el de la parte que ha confiado en que el contrato se celebraría y (que por ello ha realizado una serie de gastos) sufre un daño cuando se rompen las negociaciones.

El tema del conflicto de intereses lo plantea Bigliuzzi Geri, a nuestro juicio correctamente, cuando afirma que «se puede, de hecho, decir que cuando uno de los sujetos había llevado las «trattative» al punto que nos hemos referido, no puede dejar de tener en cuenta, en cuanto a su determinación de concluir o no las negociaciones, el interés positivo (en la estipulación del contrato) suscitado en el otro sujeto. De esta forma, tal interés se presentará como un límite preciso (extremo), superable (legítimamente) sobre la base de una exigencia (léase justa causa) objetivamente prevalente (34)».

Así, lo que en un principio era un «poder» (de ruptura) puramente arbitrario, que encontraba un límite meramente negativo y genérico en la necesidad de evitar cualquier lesión en la esfera jurídica de la otra parte, se convierte ahora, como consecuencia de la regla de la buena fe, en un poder que no es ya discrecional, sino que está sometido a la exigencia de la satisfacción del interés de la contraparte en la conclusión del contrato.

De esta manera hemos intentado demostrar lo que ocurre en el período de conversaciones preliminares hasta llegar a hablar de una «ruptura injustificada» en función de una «razonable confianza». Pero no hemos explicado por qué en ese conflicto de intereses entre la parte que pretende la ruptura de las negociaciones y la que confiaba en la celebración del contrato, debe esta última ser la protegida.

Para ello vamos a hacer referencia a un tema en el que también tiene su importancia el principio de la confianza. Nos referimos al ya clásico tema de la divergencia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad y su respectivo valor.

Sin entrar a fondo en el tema, que será tratado al estudiar el con-

(33) Es por tanto necesario precisar cuál sea esa relevancia: hay que excluir ciertamente que aquélla valga para imponer a la parte que ha provocado dicha «confianza» una obligación de contratar, pues efectivamente, el contrato es siempre tutelado como un cauce de realización de intereses, en cuanto es una obra libre y espontánea de sus autores. Por consiguiente, en línea de principio, nadie debe quedar vinculado u obligado por un contrato si su voluntad no se ha formado libre y espontáneamente.

Ver en este sentido DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, cit. pág. 109.

(34) BIGLIAZZI GERI, *Contributo a una teoria del interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967 págs. 246 y ss.

En este sentido es evidente que el artículo 1.337 entra en el cuadro de las normas limitativas de la autonomía privada. De la misma opinión es PRANDI, que piensa que realmente la existencia de un precepto jurídico que impone comportarse con corrección limita la autonomía privada, señalando modelos de comportamiento en los que inspirarse en las «trattative».

Vid. PRANDI, comentarios a la Sentencia cit.

cepto de «interés negativo», sí interesa señalar que el problema se plantea cuando, en presencia de una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, existe una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada: entre lo realmente querido y lo realmente declarado. Esta divergencia plantea un conflicto de intereses entre el que declara de manera involuntaria y el destinatario de la declaración, pues mientras aquél intentará que prevalezca su voluntad interna, éste sostendrá el valor de la declaración en la que ha confiado. Se trata, en definitiva, de la confrontación entre el sistema de la voluntad y el de la declaración (35).

El sistema de la voluntad aparece como la consecuencia fundamental del principio de autonomía de la voluntad: ésta es lo único importante y lo único eficaz para que llegue a existir el contrato. La declaración no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora del derecho. Sólo ésta debe ser tomada en consideración: la declaración tiene únicamente un valor instrumental. De esta suerte, en los casos de divergencia entre voluntad y declaración hay una «declaración sin voluntad» y por consiguiente un contrato inválido.

Por contra, según la teoría de la declaración, el destinatario de aquélla debe poder *confiar* en la eficacia y validez de tal declaración sin tener que investigar si corresponde o no a la voluntad real. Por ello, la declaración de voluntad despliega siempre sus efectos en el sentido que objetivamente tiene, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho.

Lo que a nosotros nos interesa resaltar aquí y ahora es cómo en este tema de declaraciones de voluntad y de divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado, y ya se adopta el sistema de la voluntad como el de la declaración, la protección de la confianza es una constante invariable: en efecto, si se adopta el sistema de la voluntad, el declarante no quedará obligado en caso de divergencia entre la voluntad interna y lo realmente declarado. Pero si la voluntad real no es reconocible, la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración no está protegido por el sistema de la voluntad, puesto que la declaración de voluntad no surte ningún efecto, sino que está por el principio de la reparación (36): el destinatario puede sufrir un daño tomando o dejando de tomar ciertas disposiciones porque cree que la voluntad corresponde al sentido declarado y ha tomado sus medidas para ese caso: el declarante responsable de este daño debe re-

(35) Vid. PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit suisse*, págs. 13 y ss.; PIOTER, *La formation du contrat*, págs. 4 y ss.; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid 1956, traducción de José Luis de los Mozos, págs. 52 y ss.

Según el sistema de la voluntad, la declaración no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora de derecho: ésta es la única que hay que tomar en consideración, pero únicamente si y en la medida en que corresponde al sentido declarado o al sentido comprendido. Según el sistema de la declaración, la declaración de voluntad surte siempre sus efectos en el sentido que tiene objetivamente, sin importar la voluntad real del declarante y el sentido de hecho comprendido por el destinatario.

(36) PATRY, *La formation du contrat*, cit, pág. 5.

pararlo colocando al destinatario en la situación en que se encontraría si no hubiera confiado en la apariencia de voluntad (37).

Y por su parte, los partidarios del sistema de la declaración protegen la confianza del destinatario en la declaración, impidiendo preventivamente al destinatario sufrir un daño fiándose del sentido objetivo de la declaración y garantizándole las ventajas que espera de la buena fe de la declaración, para lo que hacen valer ésta en el sentido declarado, sea cual sea la voluntad real del declarante (38).

Por lo tanto, podemos decir que cuando se trata de una divergencia entre lo realmente querido y lo efectivamente declarado, la teoría de la voluntad y la declaración difieren en el valor que haya que concederle a la declaración, pero coinciden (aunque por distintas vías) en proteger a quien de buena fe confió en el sentido objetivo de la declaración.

Y queremos poner de manifiesto la similitud entre la hipótesis que acabamos de estudiar y la que nos ocupa: porque creemos que también puede suscitarse una confianza legítima en la conclusión de un contrato a lo largo de unas conversaciones preliminares. Lo que ocurre es que esta confianza será suscitada en vez de por una declaración de voluntad por unos hechos concluyentes de una de las partes en negociaciones.

---

(37) Esta combinación del mantenimiento del sistema de la voluntad y del principio de la reparación, concediendo una indemnización de daños y perjuicios a quien confía en una declaración de voluntad que luego no surte efectos (o a quien confía en que un negocio desplegará sus efectos y es luego anulado por error imputable a la otra parte), nos dice PROTET que fue adoptada primeramente por GROTIUS (*De iure belli ac pacis*, París 1625, lib. II, cap. XI, ed. de Lausana, 1785 t. II, págs. 595 y ss.), y fue desarrollada más tarde en derecho común por IHERING en su célebre trabajo sobre la culpa «in contrahendo».

(38) Las consecuencias a que lleva a veces el sistema de la declaración han hecho a PARRY (*La protection de la confiance*, cit., pág. 156) hablar de un sistema mixto como es el «sistema de la confianza»: la protección que este sistema otorga a la confianza no está asegurada sino en cierta medida: desaparece cuando esta confianza no es legítima, es decir, que el destinatario ha sabido o podido saber que la apariencia era engañosa, no correspondiendo a la realidad. En el dominio de los actos jurídicos, esta protección no está acordada a la parte que ha sabido o debido saber que la declaración que ha recibido no era correspondiente a la voluntad íntima y real de la parte adversa.

En definitiva, en nuestra opinión, el «sistema de la confianza» hace depender la protección de la confianza de la diligencia empleada por el destinatario de la declaración en conocer la divergencia existente entre lo querido por el declarante y lo realmente declarado.

A una conclusión muy similar llega PROTET cuando habla de principio de la «apariencia eficaz», que podría formularse así: la formación de un contrato está regida por el sistema de la voluntad, valiendo la oferta y la aceptación como toda declaración sometida a recepción, en el sentido querido a condición de que coincida, sea con el sentido declarado, sea con el sentido comprendido; pero si la divergencia entre el sentido declarado y el sentido querido es imputable al declarante, y el destinatario, como consecuencia de una interpretación diligente confía en el sentido declarado, es en este sentido en el que vale la declaración, produciendo sus consecuencias como si el sentido aparentemente querido lo fuera realmente.

Para un mayor desarrollo del principio de la «apariencia eficaz» y de las críticas a él formuladas, vid. PROTET, *La formation du contrat*, cit., págs. 47-80.

Cuando hablamos de razonable confianza en la conclusión del contrato generada en el período de negociaciones preliminares nos referimos a la confianza provocada por actos, actitudes o conductas que con independencia del valor y de los efectos jurídicos que pueden tener por sí mismos, se consideran vinculantes para la persona o decisivos para la configuración de una situación jurídica o para el posterior ejercicio de los derechos dimanantes de tal situación jurídica.

Así, como dice Díez-Picazo, los llamados «*facta concludentia*» o hechos concluyentes son considerados jurídicamente como declaraciones tácitas de voluntad (39). En este mismo sentido este autor habla también de «comportamiento vinculante»: cuando una persona ha adoptado y observado dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta relevante y eficaz que objetivamente debe ser valorada como un anuncio o signo de que un derecho subjetivo o una facultad no será ejercitado o lo será sólo dentro de unos límites, el principio general de la buena fe impone el deber de coherencia del comportamiento y como consecuencia de ello cuando esa misma persona intenta ejercitar el derecho subjetivo o la facultad de forma incompatible o contradictoria con el sentido que según la buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior, la protección se torna inadmisibles.

La exigencia de un comportamiento coherente significa que cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada conforme a la buena fe en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza. De esta forma, concluye Díez-Picazo, todo el que suscita una apariencia jurídica y además una expectativa seria de una conducta futura debe ser consecuente con la expectativa suscitada (40).

Y como más adelante veremos en el estudio de los casos prácticos y decisiones jurisprudenciales, en las conversaciones preliminares, es perfectamente posible que una de las partes con su actitud, correspondencia; conducta haya creado en la otra parte la confianza en la conclusión del futuro contrato.

Volviendo al tema de la confrontación teoría de la voluntad - teoría de la declaración, hay que poner de manifiesto que la teoría de la «apariencia eficaz», que en definitiva consagra las tesis declaracionistas, suele ser rechazada por la mayoría de los autores (41), a causa de

---

(39) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Civitas, 1979, pág. 92, y más ampliamente sobre este tema *La doctrina de los actos propios*, del mismo autor, Bosch.

(40) Díez-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., pág. 142.

(41) En este sentido PIOTET critica esa teoría alegando que es injusta en la medida en que conduce, en detrimento del declarante y en favor del destinatario a resultados notablemente diferentes de los de la aplicación del sistema de la voluntad y del principio de la reparación. Cfr. op. y loc. cit.

En nuestro derecho, Díez-PICAZO (*Fundamentos*, I, pág. 109) tampoco es de

los resultados a que conducen su aplicación estricta (conclusión del contrato en contra de la voluntad real del contratante declarante).

No obstante, la justificación dogmática de la teoría de la apariencia eficaz nos puede aportar unas ideas válidas para tratar de explicar por qué hay que tratar de proteger la «razonable confianza» en la conclusión del contrato durante el período de las negociaciones y por qué dicha confianza parece requisito indispensable a los efectos de determinación de la responsabilidad.

Cuando en presencia de una divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado nos preguntamos que teoría es más conveniente —si la de la voluntad o la de la declaración—, lo que estamos haciendo evidentemente es plantear un conflicto de intereses: si se adopta la teoría de la apariencia eficaz en materia de manifestaciones de voluntad, se lesiona el interés del declarante de no verse obligado contra su voluntad, interés que («a priori») no es menos digno de protección que el interés opuesto del destinatario.

El principio que protege el interés del destinatario es el de «la seguridad dinámica o seguridad de tráfico», el que protege el interés del declarante es el principio de la «seguridad estática o seguridad de derecho». En materia de declaraciones de voluntad, el primero está realizado por la teoría de la apariencia eficaz y el segundo está asegurado por el sistema de voluntad (42).

Decir que el derecho consagra el principio de la seguridad dinámica porque quiere proteger la confianza del beneficiario en la apariencia, es no tomar en consideración más que uno de los intereses en juego y olvidar la justificación de esa elección. Añadir que este principio facilita las transacciones (pues el beneficiario estaría más inclinado a realizar actos jurídicos si sabe que siempre será tratado como si las apariencias en que se fundan corresponden a la realidad) es explicar la teoría de la apariencia eficaz por una de sus consecuencias prácticas: no es darle un fundamento en justicia y equidad.

¿Cuál debe ser la regla que nos lleve a una solución? En opinión de Piotet, lo que va a hacer inclinar la balanza al juez es la imputabilidad, en sentido amplio, a una de las partes del error existente en el eventual beneficiario de la teoría de la apariencia eficaz.

Si, en efecto, la parte protegida por el principio de la seguridad estática es responsable de la apariencia engañosa de la que la otra parte se ha fiado razonablemente, parece justo que sea ella quien soporte los inconvenientes de su comportamiento.

Nosotros creemos que aunque no se acepte la teoría de la apariencia eficaz, ese razonamiento es válido, porque es un razonamiento aplicable a toda situación en la que esté en juego la confianza.

Por ello puede ser ilustrativa su aplicación a nuestra hipótesis: en

---

fensor de esta teoría declaracionista, y dice que el contrato es siempre tutelado como un cauce de realización, de intereses, en cuanto que es obra espontánea de sus autores. Por consiguiente, en línea de principio, nadie debe de quedar vinculado por un contrato si su voluntad no se ha formado libre o espontáneamente.

(42) PATRY, *op. cit.*, pág. 45.

el supuesto de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, confiando una de las partes en la conclusión del contrato, el conflicto de intereses se centra en el de la parte que pretende ejercitar su libertad de contratar, aunque sea de forma negativa (no contratando y rompiendo los tratos), y el interés de la parte que por haber confiado en la celebración del contrato experimenta un daño por causa de la ruptura. Y haciendo aplicación de la idea antes expuesta, pensamos que debe ser protegido este último interés, porque ha sido la parte que pretende romper las negociaciones, la que con su conducta a través de todos los tratos, ha motivado la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Esta apariencia puede incluso ser engañosa, en cuyo caso está más justificado lo que afirmamos.

Este interés sólo dejará de estar protegido y tendrá que ceder ante el interés en la ruptura de los tratos cuando la causa de la ruptura así lo aconseje (interés en que se celebren contratos ventajosos, en el caso de que la causa de la ruptura sea una mejor oferta, interés en que no se celebren contratos en condiciones excesivamente onerosas, en caso de que la causa de la ruptura sea una alteración sobrevinida de las circunstancias), es decir, en presencia de un interés que se muestre jurídicamente tutelable.

Y con más razón aún cuando la confianza no se habría llegado a producir de haber informado la parte que pretende romper de las circunstancias que rodeaban la contratación, y que la otra parte habría estado interesada en conocer (incumplimiento de los deberes de comunicación o de información, por ejemplo).

Siendo la confianza un principio que se protege de forma general en el ordenamiento jurídico (43), su encuadre en el tema que estudiamos en términos de conflicto de intereses pensamos que puede contribuir a facilitar la solución del problema en vez de indagar en la voluntad de las partes en términos psicológicos, lo que significaría carecer de unas directrices, y en definitiva conceder al juzgado unos poderes y un arbitrio que al igual que se decía en sede de ruptura injustificado, quizá no encuentren justificación.

Así lo entiende también Joanna Schmidt, que piensa que «la observación de este período precontractual revela entonces el conflicto experimentado por cada uno de nosotros en la discusión de operaciones importantes entre la necesidad de salvaguardar la libertad de contratar hasta el momento del acuerdo definitivo y asegurar su seguridad en cuanto a las parcelas del contrato ya negociadas. Cada partenaire cuida verdaderamente de preservar su propia libertad, estimando que su contraparte le debe seguridad sobre las condiciones negociadas.

---

(43) En efecto, son múltiples las aplicaciones de este principio en nuestro derecho: así, p. ej., artículo 1.611, que consagra la protección del deudor de buena fe que paga a un acreedor aparente (el que estuviera en posesión de crédito): la protección en este caso consiste en la liberación del deudor. O el artículo 1.527 en materia de cesión, de créditos según el cual el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor quedará libre de la obligación.

Este principio es también clara aplicación en materia posesoria y en materia registral.

El respeto absoluto de la libertad contractual en esta fase preparatoria conduciría a rechazar toda intervención jurídica en este campo, siendo por tanto libres los participantes de llevar la negociación como les parezca conveniente, no estando sancionados por el Derecho sus errores de comportamiento. Por el contrario, la necesidad de seguridad experimentada por los negociadores exige una intervención jurídica que los asegure las posiciones negociadas» (44).

Planteando el tema de esta forma, en nuestra opinión la confianza es un bien o valor que el ordenamiento jurídico debe proteger también en el terreno de las negociaciones preliminares.

Compartimos así la opinión de Alonso Pérez cuando piensa que en la relación precontractual existen dos tipos de elementos:

1) Un elemento objetivo que está constituido por el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etc., que forman la etapa «in contrahendo».

2) Un elemento subjetivo, que estaría integrado por la buena fe «in contrahendo». Dicha buena fe debe presidir el comportamiento de las partes que negocian. Y la buena fe implica, como elemento subjetivo de la relación precontractual, la tutela de la confianza que una persona depositó en las negociaciones, proyectos y comunicación de planes que le hizo la contraparte: protección por haber confiado según los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidas a quien pretenden instaurar una vinculación jurídica.

Y consciente de la ausencia en nuestro ordenamiento de normas como los artículos 1.337 y 1.338 del Código italiano, dice que esta buena fe (en el sentido que estamos dándola de confianza durante las «trattative» en la conclusión del contrato) está protegida por el ordenamiento jurídico ya sea a través de una consagración legislativa, ya sea a través de los «topoi» tradicionales principios generales, abuso del derecho, tutela de confianza, bona fides, etc. (45).

Por ello pensamos que la obligación general de buena fe en la formación del contrato adquiere, en las negociaciones preliminares, un aspecto específico: no obliga a no romper las negociaciones, pero exige no cortarlas cuando se ha suscitado en el «partenaire» la confianza en la conclusión del acuerdo. La búsqueda de una «faute» consistente en engañar la confianza creada deberá tener en cuenta la efectivamente instaurada en cada caso entre las partes (46).

Aparece entonces como necesaria la reparación del daño ocasionado

(44) *La sanction de la faute precontractuelle*, «Revue Trim. Droit Civil», 1974, pág. 118.

En el mismo sentido, BIGIAZZI GERI, *op. cit.*

(45) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, Rev. Crít. Der. Inmobiliario, 1971, pág. 869.

(46) En este sentido, JOANNA SMICHDY, *op. cit.*, pág. 53, piensa que el pequeño número de casos sometidos a los tribunales se explica, sin duda, por el hecho de que la situación creada por las negociaciones no es generalmente tal que como para que las partes puedan contar con seguridad con la conclusión del contrato; la ruptura interviene en general antes de que una situación tal se establezca.

por defraudar injustamente la confianza en la honorabilidad ajena. Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introducen en el tráfico jurídico (47).

En el ámbito del Derecho alemán la idea de la protección de la confianza en el período de la formación del contrato está muy extendida hasta el punto de que, como señala Alonso Pérez, la doctrina de aquel país establece casi unánimemente la ecuación «relación precontractual»-«relación de confianza».

Y es que ya Windscheid afirmaba (aunque con referencia al tema de la revocación de la oferta) que dicha revocación determinaba una obligación frente a la otra parte —que en su ignorancia confió en que se formase un contrato— a restituírle todo el perjuicio que ha experimentado a consecuencia de esa confianza. En cuanto al fundamento de la obligación de resarcimiento se puede establecer la máxima general —dice Windscheid— de que todo contratante debe responder de las consecuencias dañosas ocasionadas por la confianza en la adquisición de un derecho de crédito con base al contrato, generada en la otra parte por su declaración en cuanto que esta adquisición viene excluida por un motivo que la otra parte no conoce ni está obligado a conocer (48).

De una forma más general, Larenz piensa que tanto antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo, cada uno de los que en él intervienen está obligado a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte que es de esperar según la «buena fe» de su futuro compañero en el contrato. Esta idea, que en el BGB ha hallado solamente expresión defectuosa en algunas disposiciones particulares, ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia en un instituto de derecho vigente que actualmente tiene fuerza de norma consuetudinaria a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general.

La consecuencia de la violación de esa buena fe se encuentra en lo que Larenz llama significativamente «daños a la confianza», o lo que es lo mismo, el «interés negativo», admitido por el parágrafo 307 del BGB (49).

---

(47) La idea de la protección a la confianza es ya antigua. En 1899, BARASSI, en una recensión a la obra de MELINGER (Archivo Giuridico, 1899, pág. 594) afirmaba ya «que se debe responder del daño ocasionado a otro al lesionar la confianza en la adquisición de una utilidad prometida». Bien es cierto, no obstante, que la hipótesis de BARASSI no es la de ruptura de las negociaciones, sino la de los casos estudiados por IHERING.

(48) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 1904, pág. 187, pág. 5. Sobre esta misma idea de WINDSCHEID, ver también SALEILLES, *De la responsabilité precontractuelle*, Rev. Trim. Droit. Civil, 1907, pág. 703.

(49) LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, I, pág. 105. El parágrafo 307 del BGB establece que «quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible, conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra por

La preocupación por la protección de la confianza se encuentra también presente en la idea del «interés de confianza», terminología acuñada en la doctrina anglosajona por Fuller y Perdue (50).

Para estos autores pueden ser tres las finalidades que persigue la indemnización de los daños contractuales:

En primer lugar, el demandante ha entregado algo de valor sustancial al demandado por haber confiado en la promesa de éste. Si el demandado no realiza la prestación prometida, el Tribunal puede obligarle a la devolución del valor recibido del demandante. El interés protegido en este caso puede ser calificado de «interés dirigido a la restitución» (restitution interest).

En segundo lugar, podemos tratar de conceder al promisorio el valor de lo que esperaba obtener como resultado de la promesa. Podemos dar lugar, dicen Fuller y Perdue, a una acción dirigida a obligar al demandado a que realice la prestación que prometió al demandante. Así se logrará el resultado de colocar al demandante en una situación tan favorable como la que resultaría del cumplimiento de lo prometido por parte del demandado. Esto es el «interés dirigido a obtener la prestación prometida» (expectation interest).

En tercer lugar puede darse el caso de que el demandante cambie su posición o situación precisamente por la confianza que le inspira la promesa del demandado. Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble, el comprador habrá incurrido en gastos para comprobar el derecho del vendedor, o habrá perdido la oportunidad de celebrar otros contratos. Podemos reconocerle el derecho al resarcimiento de los daños para que desaparezca el perjuicio que ha sufrido al confiar en la promesa del demandado. En tal caso se tratará de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa. El interés protegido en este caso puede ser calificado de «interés a la protección de la confianza» (51).

Tenemos que advertir ya que el término de «interés de confianza» lo manejan Fuller y Perdue tanto cuando se confía en una promesa como cuando se confía en la ejecución y cumplimiento de un contrato válido y perfecto, supuesto este último que por hipótesis queda fuera de nuestro estudio.

Pero resulta interesante ver cómo aplican este «interés de confianza» en una hipótesis similar a la estudiada por Ihering y recogida luego en el parágrafo 307 del BGB. Y así, dicen: «el promitente (léase contratante) que no cumple lo prometido, puede quedar eximido de responsabilidad cuando el contrato resulta de difícil o imposible cumplimiento debido a algún acontecimiento que las partes no hayan previsto (imposibilidad) o cuando su conducta ajustada a lo convenido

---

la circunstancia de que confía en la validez del contrato, no sobrepasando sin embargo la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato».

(50) LON FULLER y WILLIAM R. PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, 1957, traducción española de PUIG BRUTAU.

(51) Op. cit., págs. 9 y ss.

resulta ineficaz de manera imprevista (frustración). Una exención parecida se aplica algunas veces cuando las partes desconocen que desde el principio existe alguna circunstancia que impide o convierte en inútil el cumplimiento del contrato.

Cuando un contrato resulta de imposible cumplimiento o queda frustrada su finalidad, se ha reconocido que la solución más equitativa podría justificar que se eximiera de responsabilidad a la parte obligada al cumplimiento (denegación del interés fundado en la prestación esperada), imponiéndole al mismo tiempo la obligación de devolver los beneficios que hubiese obtenido con la celebración del contrato (protección del interés dirigido a la restitución).

Pero en este terreno en que los casos extremos son un fenómeno normal, parece que el interés de confianza también debería desempeñar un importante papel. Cuando el Tribunal duda acerca de la procedencia de admitir la liberación del obligado, la manera más satisfactoria de resolver la dificultad puede muy bien consistir en declararle efectivamente eximido de la obligación, a cambio no sólo de tener que restituir lo percibido, sino incluso de indemnizar las pérdidas que la otra parte haya experimentado por confiar en el contrato. En Alemania, el Código civil reconoce expresamente la utilidad del «interés de confianza» como un medio de conseguir la más justa distribución de los riesgos que implica la imposibilidad» (52).

Por lo demás, la comprobación de cómo se protege la confianza en ordenamientos como el italiano, que dispone de una normativa como la de los artículos 1.337 y 1.338, no requiere mayores dificultades.

De esta forma Calusi no duda en afirmar que los artículos 1.328, 1.337 y 1.338 son normas directamente dirigidas a la tutela del «affidamento» (53). Como ya se ha señalado, el artículo 1.337 es usado generalmente por los jueces italianos en supuestos de indemnización por ruptura injustificada de las negociaciones cuando la otra parte ha realizado desembolsos patrimoniales confiando en la conclusión del

---

(52) Se refieren FULLER y PERDUE al párrafo 307 del BGB. El caso Krell V. Henry, por ellos citado, proporciona un punto de referencia interesante en relación con este problema: el demandado se había obligado a pagar una elevada renta para poder usar, durante dos días determinados, ciertas habitaciones desde las que esperaba poder presenciar el desfile de la coronación de Eduardo VII. La coronación fue suspendida por enfermedad del rey. El dueño del inmueble trató de obligar al demandado a que pagara el precio prometido, y el Tribunal rechazó la petición. «Es pertinente dudar —dicen FULLER y PERDUE— acerca de si habría recaído la misma decisión en el caso de que el demandante hubiese renunciado generosamente a la renta prometida y sólo hubiese pedido el reembolso de lo gastado en la preparación de las habitaciones para el uso especial del demandado».

Por otra parte, son numerosos los supuestos en los que los Tribunales americanos protegen el «interés de confianza» en casos relativos, por ejemplo, al alquiler de locales para finalidades mercantiles, en los que el futuro arrendatario que no obtiene la posesión del local recibe indemnización por las pérdidas experimentadas al acumular mercancías, al pagar precios de transporte y otros gastos complementarios. Vid. FULLER y PERDUE, *op. cit.*, págs. 66 y ss. y págs. 83 y ss.

(53) CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, Riv. trim. diritte e procedura civile, 1956, pág. 457; en el mismo sentido, DISTASO, *I contratti in generale*, vol I, pág. 245.

contrato. Y el artículo 1.338 protegería la confianza de quien, habiendo celebrado un contrato inicialmente válido, ve cómo posteriormente deviene nulo por causas que la otra parte había silenciado.

Por vía jurisprudencial, los tribunales italianos han consagrado asimismo la vigencia de este principio de la confianza, llegando a afirmar que «en el contraste entre la voluntad real y la voluntad aparente debe prevalecer esta última en un ordenamiento que como el nuestro se inspira en la tutela del «*affidamento*» (53 bis).

### 1. Los módulos para apreciar la confianza

Ya hemos visto cómo la protección de la confianza es en un principio generalmente atendido por los ordenamientos, ya sea mediante su consagración legislativa, ya sea mediante su aceptación por la jurisprudencia apoyada por la doctrina científica.

De las diversas manifestaciones o casos en que puede presentarse el principio de la confianza, uno de ellos pensamos que puede ser el

---

(53 bis) Corte di Appello di Bologna, c. 582. Foro it. 1950.

El supuesto de hecho resulta por esta sentencia había sido el siguiente: La sociedad Tabanelli había encargado ciertos productos, marcando el precio de anteriores envíos a la sociedad Febo; esta última acepta el encargo, pero advierte a Tabanelli que el precio ha variado y que por tanto espera confirmación o anulación, la sociedad Tabanelli no contesta, y Febo, cuatro meses más tarde, envía la mercancía, que Tabanelli recibe. Luego, esta última se niega a pagar el precio alegando que no se considera vinculada por el contrato, por lo que pretende, ya sea la devolución de la mercancía, ya sea la aceptación por Febo del precio antiguo.

Lo primero que se plantea en la sentencia es el tema del valor del silencio que la sala aborda en una doble perspectiva:

1) Considera el silencio como una «manifestación tácita de la voluntad de aceptar los nuevos precios», y por tanto, declara el contrato e inaceptables las pretensiones de Tabanelli. Dice la Sala que el comportamiento de Tabanelli había sido tal que generó en la sociedad Febo la convicción de que se había producido la unión del consentimiento en orden al precio y que por tanto, existía un contrato.

2) Pero, aun en el caso de que se pensase que no debía existir contrato, pues no había habido consentimiento expreso, el comportamiento de la sociedad Tabanelli en ese período de formación del contrato había sido culposo y por tanto había que conceder a la sociedad Febo la indemnización del «interés negativo»: la sociedad Febo había confiado en la conclusión del contrato, visto el silencio de Tabanelli. Esta última podía haber disipado dicha confianza de haber actuado diligentemente, comunicando su verdadera actitud.

Respecto a este tema destaca DEMARTINI en el comentario a esta sentencia, como BETTI (*Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943, págs. 96 y 97), pone acertadamente de manifiesto las dos caras del silencio:

— Eficacia del silencio como negocio jurídico, que podríamos identificar con el primer aspecto antes reseñado de la sentencia.

— Eficacia del silencio como inobservancia de una carga o deber de iniciativa, lo que traducido a conversaciones preliminares implica una obligación de hablar claramente (así, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, pág. 379).

Y la sala distingue bien estos dos aspectos cuando dice que los artículos 1.175 y 1.137 del Cód. civ. han transformado en deberes jurídicos aquellos que antes eran sobre todo deberes sociales, y por tanto en las relaciones de la vida económica el silencio puede equivaler a consentimiento, o en otra forma, ser fuente de obligaciones cuando había dado lugar a una razonable confianza.

del período de la formación del contrato, y más concretamente la confianza depositada por una de las partes en negociaciones en la conclusión del contrato como consecuencia de la actitud o actuación de la otra parte a lo largo de dichas negociaciones.

Dicha «razonable confianza» en la conclusión de un contrato se configura, pues, como un requisito para la existencia de la responsabilidad que defendemos. Y el problema estriba en determinar en base a qué criterios hay que detectar dicha confianza.

Y pensando en este tema se ha dicho que «dificultades diversas y no menos graves que las planteadas al buscar un "motivo justo" para romper las conversaciones surgen cuando se trata de apreciar las expectativas defraudadas para la ruptura, porque la tradicional calificación de la cuestión en términos de "affidamento", una vez más conduce a una indebida simplificación en términos psicológicos que vacía de contenido el juicio sobre la confianza, con la consecuencia de que el análisis en virtud del cual se pretende establecer si los intereses perjudicados por la ruptura de las negociaciones fueran merecedoras de tutela se reduce de nuevo a argumentaciones opinables en términos de "justicia o injusticia" del daño» (54).

En definitiva, los problemas planteados para fijar un criterio con base al cual determinan si ha existido o no esa «razonable confianza», son los mismos que encontrábamos al buscar un modelo de «justa causa» de ruptura. Se trata de no conceder al juez un arbitrio ilimitado para realizar una investigación de orden psicológico de la actitud de las partes en las negociaciones, lo que podría conducir a un juicio de equidad.

En este sentido hay que señalar que en las conversaciones preliminares se confía en la conclusión del contrato porque la actitud de una de las partes ha provocado esa apariencia. De alguna forma confianza y apariencia se muestran aquí como términos interdependientes (55). Y esa apariencia-confianza debe ser en este caso una noción objetiva: es decir, en las conversaciones preliminares una de las partes en tratos puede llegar a confiar en la conclusión del contrato, no porque interiormente se haya formado la convicción de que la otra parte concluiría el contrato, sino porque la conducta de la otra parte objetivamente considerada inducía a pensar efectivamente en tal conclusión. No es que haya confiado, sino que cualquier persona media en situación y circunstancias similares, habría confiado igual, porque la conducta de la otra parte era suficiente para generar la confianza, o dicho de otra forma: «la responsabilidad por ruptura injustificada está específicamente subordinada al hecho de que la confianza, para ser legítima, traiga su origen de elementos inequívocos que hagan fundadamente pensar que las «trattative» son serias y que su contenido está determinado» (56).

---

(54) BESSONE, *Rapporti precontrac...*, pág. 1022.

(55) SACCO, *Enciclopedia del diritto*, voz «affidamento».

(56) J. SCHMIDT, *La sanction...*, cit., pág. 54.

La confianza, se ha dicho también (57), para ser susceptible de tutela no puede configurarse como un nuevo estado psicológico que se concreta en una convicción puramente subjetiva sobre el buen éxito de las «trattative», sino que necesariamente debe traer causa de elementos objetivos y unívocos que sean en cuanto tales, idóneos y suficientes para configurar la confianza como objetiva y razonablemente motivada (58).

Otro dato que nos puede ser de utilidad sobre cuándo se debe o no proteger la confianza en las negociaciones es el del estado en que se encuentran estas últimas. Parece evidente que cuando las conversaciones y tratos están en sus comienzos nadie puede confiar en que éstas desemboquen en el contrato deseado, y si a pesar de ello una de las partes realiza una serie de gastos en previsión del contrato, éstos constituirán un riesgo imputable únicamente a ella y que no debe ser indemnizado.

Así, opina Bessone, es cuando menos esclarecedora la orientación de la doctrina y jurisprudencia alemana que circunscriben el área de las expectativas merecedoras de protección en función del resultado de un análisis de las circunstancias dirigido a determinar si las «trattative» habían llegado a un grado tal de concreción y seriedad que justificaran las previsiones por la parte perjudicada por la ruptura. La jurisprudencia suiza habla así de «despertar la esperanza ilusoria que acaba por llevar a hacer gastos». Y en esta misma línea, la jurisprudencia italiana muestra su tendencia a considerar las expectativas en las «trattative» dignas de tutela en la misma medida en la que la ruptura ponga fin a unas conversaciones llevadas hasta un estado debidamente avanzado hasta el punto de no dejar lugar a dudas sobre la seriedad y concreción de las negociaciones. Por ello, continúa aquel autor, «el juicio sobre el grado de consistencia de las negociaciones acaba de hecho en concentrarse en un análisis de las circunstancias del caso concreto atendida la dinámica de los sectores del mercado (58 bis).

---

(57) LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pág. 32. Esta postura ha sido confirmada también por los tribunales italianos, que afirman que la confianza de una parte en la conclusión de un contrato sólo puede fundarse en elementos objetivos. Vid. LOI, pág. 216, nota 43.

(58) En este mismo sentido, es interesante la puntualización que hace J. SCHIMIDT respecto a la participación de profesionales en las conversaciones preliminares. La confianza creada en un profesional durante las negociaciones ha de ser por fuerza más limitada: la presencia de un daño será a menudo difícil de admitir, puesto que la negociación forma parte de la actividad profesional, constituyendo en cierta medida un «riesgo de empresa» cuyas incidencias están previstas y cubiertas por los «riesgos generales».

Fuera de estos casos la búsqueda de la «faute» en las negociaciones se hará como de costumbre, por la comparación del comportamiento habido respecto al de un hombre normalmente prudente que se encuentre en las mismas circunstancias exteriores.

(58 bis) BESSONE, *op. cit.*, pág. 1020.

## 2. Supuestos concretos de confianza

Creemos haber puesto de relieve cómo es posible generar la confianza en otra persona mediante un comportamiento concluyente. En la práctica el problema se presentará a veces por la dificultad de probar unas manifestaciones o una cierta conducta del demandado, pero por regla general, las conversaciones generales se reflejan en diversa correspondencia, documentos, etc., que pueden tener una importancia probatoria trascendental.

Los ejemplos más claros en la práctica nos los proporciona sin duda la jurisprudencia italiana, que es la que más claramente se ha pronunciado sobre esta hipótesis.

Así, en la Sentencia de la Corte di Cassazione de 17 de junio de 1974 se expresaba que existe responsabilidad precontractual en un caso en que una parte, habiendo hecho surgir en la otra una razonable confianza en la conclusión del contrato, interrumpe las conversaciones sin motivo justificado (59).

Así, el actor había puesto de relieve las circunstancias de hecho decisivas a los fines de la calificación de la demanda: de un lado, una carta en virtud de la cual la destinataria de la oferta invitaba al proponente a efectuar en sus locales una serie de obras destinadas a recibir la máquina comisionada. Este último así lo hizo y al romper la otra parte las negociaciones sin motivo justificado, reclama una indemnización comprensiva de las sumas gastadas para tales obras y para remitir después las cosas a su primitivo estado.

Otro supuesto de legítima confianza despertada en las negociaciones puede ser el de quien después de haber inducido a la otra parte, con la que está en negociaciones para alquilar un local en el que pretende empezar una actividad comercial, a efectuar trabajos de transformación que lo hagan más idóneo para el destino previsto, rompe las negociaciones (59 bis).

En otro caso se había concertado verbalmente la compraventa de un inmueble. La parte vendedora se había comprometido a elevar la venta a escritura pública, pues en Derecho italiano tal venta verbal es nula según el artículo 1.351 de su Código civil. Posteriormente esta parte se niega a cumplir con la obligación asumida.

El Tribunal dice que, efectivamente, la compraventa es nula, y que, por tanto, la responsabilidad del vendedor no puede ser contractual, «pues quien rehúsa ejecutar un negocio jurídico nulo no hace sino obrar de su derecho y, por tanto, no puede haber lugar a responsabilidad. Pero si no puede haber responsabilidad contractual sí hay una patente

---

(59) Ver comentario a esta sentencia de SERGIO FAGGELLA en Temi, 1974, págs. 408 y ss.

(59 bis) CARRESI, *In tema de responsabilità precontrattuale*, cit., p. 445. En este caso no hubo lugar a responsabilidad, porque la causa del receso se consideró justa, ya se habían roto las negociaciones porque el futuro arrendatario había contraído una enfermedad que le impedía ejercitar la actividad para la que pensaba alquilar el local. Appello Firenze, 29 de marzo de 1950, Ciur. Tosc., 1950, 104.

violación del artículo 1.337. En este caso el hecho constitutivo de la confianza en que se elevaría a público el contrato estaba constituido por todas las promesas y seguridades que había dado el vendedor (asegurando que se llevaría a cabo el acto escrito, eligiendo día y notario, rechazo de las arras, dando así prueba de honradez), actos todos ellos que habían hecho surgir en la otra parte el razonable convencimiento de la exacta ejecución de las obligaciones que el vendedor asumía (60).

#### IV) EL BAÑO EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: EL INTERES NEGATIVO

##### 1. *Antecedentes históricos*

Hablar del término «interés negativo» supone hablar de responsabilidad precontractual o «culpa in contrahendo». Y designar esta última expresión significa obligatoriamente hacer referencia a Rudolf von Ihering, creador de la teoría de la culpa «in contrahendo».

Decimos esto porque el «interés negativo» no es sino el corolario o consecuencia de la responsabilidad precontractual o «culpa in contrahendo», en cuanto que se refiere al tema de la reparación del daño causado. Por ello creemos necesario hacer primeramente mención de la obra de Ihering, a fin de situar las coordenadas en que se encuadra el tema del «interés negativo», para posteriormente estudiar los problemas que este concepto ha suscitado.

La teoría de Ihering sobre la «culpa in contrahendo» hay que entenderla, en nuestra opinión, enmarcada en el ambiente de su época (fue escrita en la segunda mitad del siglo XIX, en 1860), y más concretamente en el ambiente de la disputa entre las teorías de la voluntad y las teorías de la declaración, disputa que consistía en decidir si en presencia de una declaración de voluntad (61), y existiendo una divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado, cuál de aquéllas (voluntad o declaración) debía prevalecer.

El planteamiento de este problema, brevemente explicado, podría ser el siguiente: La concordancia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad es, evidentemente, la hipótesis normal; así, el contrato existe desde que hay concurrencia de oferta y aceptación, entendiendo una y otra como manifestaciones de voluntad con un contenido determinado. La falta de coincidencia entre voluntad interna

(60) Ver comentarios a dicha sentencia de GIUSEPPE GRECCO, *Formazione di contratto nullo e responsabilità extracontrattuale*, en Temi, «Rivista giurisprudenza italiana», 1952.

(60) bis) RUDOLF VON IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interdits dans les conventions nulles ou restées imparfaites. Oeuvres divisées*, traducción francesa por O. de Meulenaere 1893, tomo II, págs. 1 a 100.

(61) Entendiendo «declaración de voluntad» en el sentido que le dio SAVIGNY de «aquella clase de hechos jurídicos que no son solamente actos libres, sino que, según la voluntad del agente, tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho». Vid. FRIEDERICH CARL VON SAVIGNY, *Traité de droit romain* t. III, pág. 249.

y voluntad declarada es el supuesto patológico. Ahora bien, la comunicación de la voluntad del declarante al destinatario puede ser imperfecta, sea porque el declarante no se expresa perfectamente, sea porque el destinatario no comprende perfectamente una voluntad correctamente expresada. Por tanto, en presencia del supuesto patológico, ¿cuál de los dos ingredientes del contrato —la voluntad o la declaración— debe ser considerado como decisivo? ¿Es decisiva la voluntad interna y entonces hay que pensar que en caso de divergencia se produce una «declaración sin voluntad» y por consiguiente un acto jurídico sin validez? Por el contrario, ¿es decisiva la declaración, de tal manera que la voluntad interna es irrelevante? Se trata de saber en qué medida conviene tener en cuenta los intereses opuestos, de una parte el interés de quien ha manifestado su voluntad y cree que la declaración que él ha recibido responde a la voluntad íntima de la otra parte y por tanto exige que el contrato sea mantenido y ejecutado de acuerdo con las cláusulas aparentemente convenidas. De otro lado, la parte contraria, que se ha equivocado, tiene todo el interés en desligarse de un contrato que ella no ha querido, es decir, en suma, hacer anular su declaración en la medida en que es contraria a su voluntad.

Para tratar de solucionar este conflicto se propusieron dos teorías principales: el sistema de la voluntad y el sistema de la declaración.

Inspirada en los principios individualistas de la filosofía de los siglos XVII y XVIII, la doctrina de la autonomía de la voluntad propone una primera solución, llamada «sistema de voluntad», que proclama, como su nombre indica, la supremacía de la voluntad sobre la declaración, de forma que, en este sistema, la declaración no es sino el signo exterior de una voluntad, a la que todo se lleva. Así, un ilustre defensor de esta teoría, Friederich Carl von Savigny, afirmaba: sólo la voluntad en sí misma es importante y eficaz. La base de toda declaración de voluntad es la existencia de la voluntad misma» (62).

La declaración, para esta teoría, no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora del derecho: sólo ésta es tomada en consideración, pero únicamente si y en la medida en que corresponde al sentido declarado o al sentido comprendido (63).

De esta forma, se llega a atribuir un papel primordial a la voluntad y un papel meramente instrumental a la declaración. Y por tanto, en los casos en que haya una divergencia entre lo declarado y lo realmente querido, es este último dato el que debe prevalecer: habría una «declaración sin voluntad» y por tanto un contrato inválido (64). Este sistema protege, en suma, el interés del declarante a no estar obligado

---

(62) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. III, pág. 249.

(63) Una consecuencia estricta de la aplicación del sistema general de la voluntad la constituye la existencia en los códigos civiles de influencia francesa de normas dirigidas a regular los vicios de la voluntad en la formación de los contratos, puesto que la voluntad es lo único importante, lógicamente, cuando el consentimiento está viciado, el contrato será anulable. Fruto de esa idea son los artículos 1.109 del Código civil francés y el 1.265 de nuestro Código civil.

(64) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, pág. 107.

por una declaración que no exprese su voluntad real. Por el contrario, si la voluntad real no es reconocible, la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración no está protegido por el sistema de la voluntad, al no tener la declaración ningún efecto (65).

Frente a este sistema se alza la teoría contraria del *sistema de la declaración*: de acuerdo con esta fórmula, la declaración de voluntad (oferta y aceptación sobre todo), surte siempre sus efectos en el sentido que tiene objetivamente, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho por el destinatario.

El sistema de la declaración nació de una reacción contra ciertos rigores o injusticias del dogma de la autonomía de la voluntad, y sobre todo, en base a consideraciones de orden práctico y de seguridad de tráfico jurídico. El destinatario de una declaración debe poder confiar en la validez y eficacia de tal declaración, sin tener que investigar si corresponde a una voluntad seria o no. Como afirma Díez-Picazo, hay algunos casos en que una falta interna de voluntad no permite anular la declaración. El hecho de que el declarante haga la declaración bajo reserva mental no le permite atacar la declaración por falta de una voluntad real, sino que la declaración es válida. Tomando como base supuestos como éste, en que no obstante la divergencia entre voluntad y declaración ésta es eficaz, se formuló la teoría de la declaración (66).

Y como ocurre frecuentemente cuando se trata de una reacción contra los excesos de una doctrina tradicional, el sistema de la declaración de voluntad no se ha construido en una sola etapa, en opinión de Patry (67). Los autores alemanes del siglo XIX han querido tan sólo inicialmente proponer ciertas excepciones, dictadas por un sentimiento de justicia, a la doctrina de la autonomía de la voluntad, que defendían aún. Sin embargo, poco a poco, se han apartado del dogma tradicional para caer en el exceso contrario (68).

La teoría de la declaración, en opinión de Díez-Picazo, tuvo el mérito de reaccionar contra los excesos de la teoría de la voluntad. Sin embargo, al cargar todo el peso sobre la declaración y desconocer el valor de la voluntad interna, llegó a conclusiones inaceptables. No explica por qué en ocasiones una declaración formalmente correcta queda anulada por existir un vicio de la voluntad intensa (por ejemplo, un error excusable, etc.) (69).

Pero lo que nos interesa ahora es que incluso los partidarios del

(65) PAUL PIOTET, *La formation du contrat*, Berne 1956, págs. 4 y ss.

(66) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. cit.

(67) PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit privé suisse*, Berne 1963, pág. 120.

(68) Para ver esa evolución, y hasta qué punto se radicalizaron los partidarios del sistema de la declaración, ver la obra de PATRY, págs. 129 y ss.

(69) Visto el problema de la contraposición de ambos sistemas desde el punto de vista de los intereses en conflicto, el sistema de la voluntad protege evidentemente al destinatario de aquélla, que confiaba en que la declaración surtiría efectos, sin tener que indagar si la declaración concuerda o no con lo realmente querido por la persona que la emitió. Así, pues, este sistema es mucho más interesante para el destinatario, en cuanto protege mejor su posición que el sistema de la voluntad.

dogma de la voluntad habían mostrado ya una preocupación por tratar de encontrar una cierta protección al destinatario de la declaración de voluntad, que podía sufrir un perjuicio en caso de que aquella se viera invalidada en favor de una voluntad interna para él desconocida. En efecto, si la voluntad es lo decisivo en la formación del negocio jurídico, cuando dicha voluntad esté viciada, el negocio será anulable, en detrimento de la otra parte, destinataria de la declaración de la voluntad, ajena al vicio y que, sin embargo, sufre las consecuencias de la anulación del negocio jurídico.

Y fue precisamente Ihering, al formular su teoría de la «culpa in contrahendo» (70), uno de los primeros autores en reparar en este punto.

Patry, en su citado estudio, ha remarcado este hecho esencial: a saber, que Ihering, en el conjunto de su obra, da claramente pruebas de fidelidad al dogma de la autonomía de la voluntad (71). En el «Esprit du Derecho romano», considera la voluntad como el «órgano creador de la personalidad», y define el acto jurídico como «la forma en la cual la voluntad individual despliega su actividad creadora en los límites que le han sido asignados por el derecho» (72).

Por otra parte, Ihering quiere, como Savigny, resolver el problema de la conclusión de los contratos en el marco del dogma tradicional: en su artículo sobre la «culpa in contrahendo» defiende claramente el sistema de la voluntad, escribiendo sobre todo: «es justo que se reconozca el error esencial como motivo de nulidad de los contratos» (73).

Sin embargo, si adoptaba sin dudar esta doctrina tradicional, Ihering se preocupaba también por saber si la aplicación estricta de estos principios no creaba, de hecho, una cierta injusticia respecto a la parte inocente que veía desaparecer el beneficio de un contrato concluido válidamente y posteriormente anulado por error de la otra parte. Y por ello se expresa Ihering de esta forma: «desde hace varios años, cada vez que en mi curso exponía la teoría del error esencial, había un punto que me preocupaba y del que no llegaba a dar una explicación satisfactoria: era la cuestión de saber si la parte que ha cometido el error no responde frente a la otra del daño causado por su culpa». Por ejemplo: «una persona quiere encargar 100 libras de una mercancía, pero al realizar el pedido, confunde el signo de las libras con el de los quintales. Los 100 quintales llegan y la persona los rechaza, alegando haber encargado 100 libras. E imaginemos este otro ejemplo: el representante de una casa comercial, encargado por su principal de solicitar cierta mercancía determinada, se equivoca sobre el nombre de esta última». El contrato es nulo, suponiendo que la equivocación pueda ser realmente demostrada: esto es incontestable: pero ¿quién soportará

---

(70) RUDOLF VON IHERING, *op. cit.*

(71) PATRY, *op. cit.*, pág. 124.

(72) RUDOLF VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, traducción francesa por O. de Meulenaere, t. II pág. 123 y t. IV, pág. 131.

(73) R. IHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., pág. 68.

los gastos de embalaje y de expedición inútilmente hechos, se pregunta Ihering? (74).

Nuestro autor cita también, pues le llamó poderosamente la atención, el caso, célebre en Derecho alemán, del que se ocupó el *Landsgericht* de Colonia en su sentencia de 28 de julio de 1856: «una casa de Colonia había encargado de forma telegráfica, a un banco de Francfort la venta («verkaufen») en su nombre de un número determinado de títulos de un cierto valor de Estado. A consecuencia de un error en la transmisión del encargo, la sílaba «ver» de la palabra «verkaufen» desapareció. Quedó, pues, la palabra «kaufen», que quiere decir comprar, y el encargo así redactado fue enviado al mandatario y ejecutado por éste. Los valores designados habían sufrido inmediatamente después una baja considerable, y la diferencia de valor era muy importante, aproximadamente, cerca de 30.000 florines. ¿Podría el banquero de Francfort reclamar el reembolso de esta cantidad a la casa de Colonia? Esta última sostuvo que no, alegando que el mandato, como cualquier otro contrato, supone el consentimiento, y éste no se había dado en este caso. Sin embargo, la citada casa fue condenada por el Tribunal encargado del asunto (75).

Ante estos ejemplos, Ihering se formulaba la siguiente pregunta: ¿la parte que ha cometido el error no responde frente a la otra de los gastos que le ha causado por su «culpa»? Si hay que concluir que la parte que ha cometido la «faute» queda indemne y la parte inocente se convierte en la víctima de la «faute» de otro, si realmente los principios de Derecho romano conducen a un resultado parecido, se les puede reprochar, concluye Ihering, presentar en esta materia una laguna sensible (76).

Convencido así de la necesidad para el jurista de dar a la víctima de un error esencial el derecho de anular el contrato, pero en contrapartida, de obligarle a responder de daños y perjuicios, Ihering busca entonces la justificación, de hecho y de derecho, de esta acción de daños y perjuicios.

La voluntad se manifiesta en el mundo exterior por una declaración por medio de palabras y de actos. Pero la expresión de la volun-

(74) R. IHERING, *Culpa...*, cit., pág. 3.

(75) R. IHERING, *Culpa...*, cit., págs. 95 y ss.

(76) IHERING opinaba así porque al ser la base de su hipótesis un contrato que no desplegaba sus efectos al devenir nulo (por falta de consentimiento, por ejemplo), no se podía acudir al terreno de la culpa contractual a los efectos de buscar los fundamentos a una posible indemnización. No se podía sino recurrir a la culpa extracontractual, y en este tema, IHERING se encontraba limitado por un ordenamiento basado sustancialmente en el Derecho romano. En efecto, el Derecho romano tan sólo otorgaba para los supuestos de daño extracontractual dos clases de acciones: la «actio doli» y la «actio legis Aquiliae». La aplicación de cualquiera de las dos acciones planteaba serias dificultades: por lo que respecta a la «actio doli», era elemento necesario para que entrara en juego la existencia del dolo, lo que no estaba ni mucho menos claro en los ejemplos de IHERING. Y por lo que toca a la «actio legis Aquiliae», se exigían para el daño los requisitos de visible, material y causado a objetos exteriores (cosas o personas), lo que tampoco ocurría en los supuestos estudiados.

tad y la voluntad pueden ser divergentes. Respecto a esta posibilidad, el derecho puede tomar dos actitudes diferentes. Puede, de hecho, negarle toda influencia jurídica (a la divergencia). Tal es, en esencia, el sistema del antiguo Derecho romano. Tiene a su favor la ventaja de la seguridad absoluta, y en contra la desventaja de un extremo peligro. El nuevo Derecho romano, considerando que el peligro prevalecía, se decidió por el método inverso, y ha reconocido en principio la posibilidad de errores en la expresión de la voluntad. Pero si de esta forma ha cortado una fuente de peligros, parece haber hecho brotar otra, a saber, la *incertidumbre de la posición de la parte adversa*. Esta observación no se aplica a la interpretación lógica, pues supone que la voluntad pueda ser reconocida y haya debido serlo por la parte adversa. La observación se aplica a las excepciones basadas sobre la falta completa de voluntad. Si las circunstancias no son de tal naturaleza que deben quitar al adversario la fe en la certeza de la declaración, éste está completamente en su derecho cuando tiene fe en ella, y no se le puede exigir que, con reiteradas preguntas, se procure la convicción cierta de esta certeza.

Si en esta confianza ha admitido el contrato como concluido y ha tomado sus medidas en consecuencia, si ha ejecutado y dejado pasar otra ocasión de concluirlo favorablemente, su adversario, ¿podrá más tarde sostener que todo ha sido una broma, o que se ha equivocado escribiendo, que se ha equivocado en la persona o en la cosa? ¿Deberá declararse nulo el contrato y deberá la parte inocente soportar los gastos de la imprudencia, de la desatención, de la negligencia del adversario? (77).

Este peligro y esta falta de equidad, que son tan evidentes, dice Ihering, no son tomados en consideración en nuestras fuentes. Poco importa esto, el peligro existe y es necesario por tanto una protección frente a él. Pues bien, dice el autor, el Derecho romano mismo nos ofrece, en el principio de la *diligentia in contrahendo*, el medio de otorgar esta protección.

Y en su labor de investigación, Ihering encuentra en el Derecho romano dos casos en que se concede una acción de daños y perjuicios, lo que le sirve de base a su teoría: se trata de los casos de *venta de una «res extra commercium»* y de *venta de una herencia inexistente*.

Los textos romanos son los siguientes:

L. 62 § 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 interfuit ejus ne deciperetur.

§ 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 emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua

(77) PATRY, *op. cit.*, pág. 126.

*interest deceptum monesse*. Idem iurisset, 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 § 1 de relig. (11-7) (Ulpiano): Si locus religiosus pro puro venisse dicetur. Praetor in factum actionem in cum dat ei, ad quem ea res pertinent, quae actio et in heredem competit, cum *quasi ex empto* actionem contineat.

El segundo caso (venta de una herencia inexistente), está tratado por las L. 8 y 9 de hered. vend (18-4).

L. 8 (Javolenus) ... si nulla est (hereditas), de que actum videatur, pretium dumtaxat et *si quid in eam rem impensum est*, omtor a venditore consequatur L. 9 (Paulus) et si quid emtoris interest.

Del análisis de estos textos Ihering extrae los siguientes elementos.

1.º *Conclusión aparente* del contrato de venta: consentimiento sobre la cosa y el precio.

2.º *Nulidad* de esta venta, a causa de un defecto referente a la cosa vendida. Defecto de *capacidad* en uno de los casos, defecto de *existencia* en el otro.

3.º *Defecto en la persona del vendedor*. Es decir, falta de una condición que el vendedor debía garantizar según el contrato (78).

4.º *Ignorancia del vicio por parte del comprador*. En efecto, la acción por daños y perjuicios otorgada por Ihering en estos casos tiene como presupuesto el hecho de que el comprador ha confiado en la validez del contrato. No se dará tal acción cuando el comprador conoce el vicio y sabe o debe saber que el contrato es nulo.

5.º *Acción derivada del contrato destinada a obtener indemnización de daños y perjuicios*.

Dos de los textos citados dicen expresamente que el comprador puede perseguir sus derechos por medio de la acción del contrato (78 bis).

---

(78) Para IHERING, no es necesario que el vendedor haya incurrido en dolo. Quien ha vendido una herencia inexistente o una «res extra commercium» es responsable de una manera absoluta, sin tener en cuenta el conocimiento que tuviera de ese hecho.

(78 bis) Respecto a esta acción, dice BENATI que la tutela acordada en Derecho romano a la parte que sufre un daño durante el período de formación del contrato a consecuencia de la actitud incorrecta de la otra parte, era limitada y fragmentaria, en cuanto que no se extendía más que a los casos expresamente considerados en las fuentes, es decir, a las hipótesis de imposibilidad originaria de la prestación o a las hipótesis de conducta, dolosa o culposa, dirigida, ya sea a ocultar los vicios de la cosa, ya sea a exagerar cualidades de la cosa vendida o alquilada.

Dicha tutela no experimentó ampliación alguna en el Derecho común porque en aquel tiempo no se sintió la necesidad de una más completa protección de los contratantes. Comenzó, de hecho, a mostrarse inadecuada cuando la intensificación del comercio y del intercambio de bienes exigió a los sujetos del tráfico una mayor lealtad y honestidad en sus relaciones. El mérito de haber reparado en esta exigencia corresponde a IHERING, afirma BENATTI.

Vid. BENATT, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 3.

Interesa en estos momentos subrayar que a nuestro comprador se le concede una acción. ¿Y cuál es el objeto de dicha acción?

Desde luego, es claro que en caso de venta de una herencia existente o de una «res extra commercium», al ser nulo el contrato, el comprador puede reclamar la restitución del precio de venta pagado: esto es algo evidente, de acuerdo con los principios de la «condictio sine causa», pero para eso no era necesaria una «actio empti». No queda, pues, como objeto de la acción sino el «interés» del demandante, y tres de los textos se sirven expresamente de las palabras: «quod eius interest».

Por ello, dice Ihering, en nuestro caso el interés del comprador puede ser considerado bajo un doble aspecto: existe de entrada un *interés al mantenimiento*, y por tanto, a la ejecución del contrato, y en este caso, el comprador obtendría en dinero el equivalente de todo lo que habría obtenido en caso de ejecución del contrato.

Y existe también un *interés a la no conclusión* del contrato. En este caso, obtendría lo que hubiera tenido si el hecho exterior de la conclusión del contrato no hubiera existido.

Para Ihering, el interés al mantenimiento, a la ejecución, es el *interés positivo*. Y el interés en la no conclusión del contrato, el *interés negativo*.

El interés de la primera especie, interés positivo, tiene por base la *validez del contrato*, el de la segunda especie, interés negativo, tiene por base la *nulidad del contrato*. Es claro que el comprador demandante no puede reclamar la ejecución —o lo que es lo mismo, su interés a la ejecución— sino en tanto en cuanto el contrato es válido. El reproche que hará al vendedor demandado, en el segundo caso, no consiste en decir que el contrato es nulo —lo que es imputable a la ley, no al demandante—, sino decir que el vendedor, que ha debido conocer el motivo de nulidad, ha concluido, sin embargo, el contrato y ha causado de esta forma directamente un perjuicio al comprador (79).

Para Ihering, entonces, el objeto de la acción acordada por los textos romanos no podría ser otro que el interés del comprador a la no conclusión del contrato (80), es decir, reclamar la reparación del daño que le ha causado la conclusión del contrato.

Las consecuencias perjudiciales del contrato, continúa este autor, para el comprador, pueden consistir ya sea en el daño inmediatamente causado por la cosa, ya sea en las actuaciones que no habría realizado si no hubiera confiado en la validez del contrato.

El primer caso no presenta para nosotros un interés especial. Son supuestos raros, en los que además de la posibilidad de la retención

(79) Desde el punto de vista del procedimiento, la alegación hecha, en un caso de la validez, en otro de la nulidad del contrato, constituye el fundamento mismo de la acción y debe ser probada por el demandante, a menos que existan presunciones.

(80) Contra esta configuración del objeto de la acción se manifiestan —sin fundamento al decir de IHERING— BURCHARDI y SAVIGNY. Vid. IHERING, *op cit.*, pág. 18.

de la cosa que originó el daño, cabe la aplicación regular de la «*actio legis aquiliae*» (81).

En el segundo caso, las consecuencias perjudiciales de las acciones que el demandante comprador ha realizado con ocasión del contrato pueden consistir en pérdidas positivas o en ganancias perdidas, esto es, acudiendo a la terminología tradicional en tema de daños, en *daño emergente* o en *lucro cesante*.

Dentro del daño emergente se comprenderían los gastos que el comprador ha realizado como consecuencia de la conclusión o de la ejecución del contrato, tales como los gastos de timbre, de notario, de registro, gastos de embalaje, de aduana, de propinas usuales, las mejoras efectuadas por el comprador a la cosa vendida, por el arrendatario a la cosa arrendada, los gastos hechos por el mandatario para la ejecución del mandato...

Desde el punto de vista del lucro cesante, hay que tener en cuenta que la conclusión y posterior nulidad del contrato puede también haber impedido al comprador obtener una ganancia: ya sea que ha rechazado otra ocasión de concluir este contrato, ya sea que no se ha preocupado de buscar una en tiempo útil.

El chófer «retenido» por error un día distinto de aquél que realmente se pensaba, el hotelero al que se le reserva habitaciones equivocadamente, no han sufrido ninguna pérdida positiva como consecuencia de estos errores, pero si ambos, como consecuencia de este hecho, han rechazado otra posibilidad que se les ofrecía de utilizar su coche o sus habitaciones, esto equivale claramente para ellos a una pérdida en dinero.

Así, pues, la indemnización del «interés negativo» tiene la misma finalidad que toda indemnización: restablecer el patrimonio de la persona que ha sufrido el daño al mismo estado en que se encontraría si no se hubiera producido el evento dañoso. En nuestro caso, colocar el patrimonio del comprador en una herencia inexistente o de una «*res extra commercium*» (usando los ejemplos de los textos romanos) en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato que luego sería anulado (82).

---

(81) Un ejemplo de este supuesto podría ser el de la venta de una cabeza de ganado que sufre una enfermedad contagiosa. La res comunica su enfermedad al ganado del comprador.

(82) DOLLE (*Aussergesetzliche Schuldpflichten*, «*Zeitschrift für die gesamte Staats-vissenschaft*», 1942, pág. 86 (citada por M. ALONSO PÉREZ), al hablar de la responsabilidad precontractual, pensaba, en este sentido, que no sólo procedía la indemnización del daño sufrido por la parte que confió en la validez del contrato, sino de todo daño irrogado a consecuencia de la infracción del deber de diligencia, de modo que dicha parte había de ser reintegrada al estado en que se hallaría si el otro contratante hubiese cumplido con su deber de tutela, aclaración y comunicación.

ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 891, considera este criterio indemnizatorio como demasiado amplio, al suponer que se da a la responsabilidad precontractual una amplitud similar o idéntica a la contractual, lo que considera inadmisibile.

## 2. El concepto del interés negativo en la doctrina

Con su artículo sobre la culpa «in contrahendo» y la descripción del interés negativo, Ihering dio un aldabonazo a los tratadistas sobre una serie de problemas que aún no habían sido estudiados. Y si bien no se puede afirmar con rotundidad que la teoría de Ihering tuviera un reflejo en los textos legales de su época, la doctrina sí se ocupó del tema, aunque el concepto del «interés negativo» no sufrió hasta hace poco tiempo modificaciones sustanciales de aquél que formuló Ihering en su día.

Veamos, pues, una serie de opiniones doctrinales sobre el concepto del «interés negativo».

En Derecho alemán, por ejemplo, Fischer, autor de una amplia obra sobre el daño civil y su reparación (83), explica así el «interés negativo»: «cuando la indemnización de daños y perjuicios tiene su causa exteriormente en la celebración de un negocio jurídico, hay que distinguir según que el fundamento esté en la existencia misma del contrato o en su frustración. De ahí la diferencia entre «interés contractual negativo» e «interés contractual positivo». La indemnización del interés positivo no requiere el desistimiento del negocio válido, antes bien, presupone su ejecución, aunque en vez de cumplimiento efectivo —el cual resulta imposible o carece de interés para el declarante— éste exigía otro objeto, subsidiario a la prestación principal: la demanda tiene su base en el contrato o negocio jurídico válido y perfecto. Este sería el supuesto típico de indemnización de daños y perjuicios o consecuencia de un incumplimiento contractual (interés de cumplimiento).

En contraposición a este concepto se conoce el de «interés contractual negativo», es decir, aquél que se irroga a quien confía en la validez de un negocio jurídico que luego resulta nulo, bien por vicio original o por causas posteriores.

Así concebido, el interés contractual negativo presupone por hipótesis un contrato frustrado, un contrato que no produce efectos. Las causas de ella existen con anterioridad a la celebración del contrato».

En opinión de Hedemann, la de interés negativo/interés positivo es una distinción dogmáticamente muy sutil y cuyas normas legales son por su léxico de difícil comprensión. Define el «interés negativo», también llamado «interés de confianza» como el daño que la otra parte sufre porque confía en la validez del negocio; el «interés positivo», también llamado «interés de cumplimiento», está configurado en la ley como el interés que tiene la otra parte en la validez del contrato (se está refiriendo aquí Hedemann a los parágrafos 122 y 307 del Código alemán) (84).

Por su parte, Larenz aborda el tema al estudiar la culpa antes o al

---

(83) HANS A. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, 1928. Traducción al español de Wenceslao Roces, págs. 97 y ss.

(84) HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, pág. 125.

concluir el contrato (85), y dice que según el párrafo 307 del BGB, el que al concluir el contrato conocía o debió conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a indemnizar el daño que por ello haya sufrido la otra parte, en caso de que ésta no hubiera conocido ni podido conocer dicha imposibilidad y confiara en la validez del contrato.

Lo mismo rige, según el párrafo 309, para el caso en que un contrato sea nulo por infracción de una prohibición legal (según el párrafo 134) y una de las partes conociese o debiese conocer la prohibición (86).

Por lo que respecta a la doctrina española, hay que empezar diciendo que el tema ha sido por lo general poco estudiado, y tratadistas clásicos de la talla de García Goyena, Manresa o Mucius Scaevola no se detienen a tratar los puntos que habían suscitado la atención de Ihering. Es la doctrina más moderna la que hace ya referencia al tema, pero aun así sin estudiarlo con profundidad (87).

Así, por ejemplo, Cossío mantiene 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 existe —dice— 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 (88).

(85) KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. I, pág. 106.

(86) ENNECERUS-KIPP WOLFF, en su *Tratado de Derecho Civil* (t. II, 1, «Derecho de Obligaciones», pág. 63), hablando del deber de indemnizar al tratar de las obligaciones afirman que uno de los supuestos en que se pueden plantear este deber es en los supuestos de invalidez de un negocio jurídico. En estos casos, el deber de prestarla se extiende:

1. O bien al llamado interés positivo, o mejor aún, interés de cumplimiento, esto es, a lo que el acreedor tendría si el negocio fuese plenamente válido.

2. O bien sólo al llamado interés negativo, o mejor aún, interés de confianza, o sea, el daño que el acreedor ha experimentado en virtud de haber creído en la validez del negocio, y que, por tanto, no hubiera padecido si hubiese sabido que no era válido.

Para una mayor ampliación del tema en la doctrina alemana. Vid.: BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei beschäftsabschluss durch Stellvertreter*, Arch. Ziv. Pr. 151, 501; ERMANN, *Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen*, Arch. Ziv. Pr., 139, 273; HILDEBRANT, *Erklärungshaftung*, 1931; LEONNARD, *Verschulden beim Vertragsschluss*, 1910; STOLL, *Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, Leipzig 23, 532; el mismo, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, 1936 (autores citados por LARENZ).

(87) Como trabajos importantes en este tema se podrían citar tan sólo el ya mencionado de M. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, «Rev. Crít. Der. Inmobiliario», 1970, y respecto a la hipótesis de interés negativo referido al tema de la ruptura de las negociaciones, el de MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, Revista de Derecho Notarial, 1956.

(88) A. COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, págs. 264 y ss. Vid., del mismo autor, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, págs. 84 y ss. Cossío comienza ya a hablar, quizá por influjo de la doctrina italiana y de la jurisprudencia de ese país, al art. 1.337 de su Código civil, de ciertos deberes que existen entre las partes que entran en contacto para celebrar un negocio jurídico.

Y así, dice, es indudable que quien contrata, pasa de la esfera puramente ne-

Por su parte, Espín parece seguir la línea de Ihering cuando afirma que «también puede ocasionarse una responsabilidad por los tratos precontractuales si una de las partes culposamente oculta a la otra causas que impiden la válida celebración del contrato. Está latente en la responsabilidad precontractual la idea de la buena fe» (89).

Díez-Picazo, al tratar de la responsabilidad precontractual piensa que el daño en este tipo de supuestos es susceptible de ser causado por haber dado lugar un contratante a una causa de nulidad por la que queda posteriormente ineficaz el contrato (p. ej., emplea dolo o violencia) o por ocultar datos o información que evitaría aquél (por ejemplo, se contrata en nombre y representación de otro sin manifestar que no se tiene en representación, por lo que queda sin efectos el contrato (90), o por una ruptura de los tratos preliminares.

El tema del daño resarcible, para este autor, en la responsabilidad precontractual está centrado en el «interés negativo», diferenciado del «interés positivo». El responsable ha de indemnizar no en la medida que le sería debida por el incumplimiento del contrato, sino en la medida correspondiente a la disminución patrimonial que se sufre, y que se hubiera evitado si no se hubiese hecho el contrato o no se hubiesen iniciado los tratos preliminares (interés negativo). Es decir, el otro contratante no tiene derecho a reclamar todas las ventajas que tendría si el contrato hubiera llegado a feliz término. Por eso el perjudicado tiene

---

gativa del tráfico extracontractual a la esfera positiva del tráfico contractual: del campo de la «culpa in faciendo» al de la «culpa in non faciendo», esto es, al de la diligencia positiva, y la primera y más general obligación que con ello asume es emplear en la contratación la necesaria diligencia: no sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que están en formación, deben quedar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, pues en caso contrario cada contratante correría el peligro de ser sacrificado por la negligencia ajena; se impone, pues, como obligación la «diligencia in contrahendo», y de la misma manera que si el contrato llega a feliz término asegura el interés contractual positivo, debe responder del interés contractual negativo cuando el contrato no llega a la perfección por causa a él no imputable. *El dolo en el Derecho civil*, pág. 275.

(89) DIEGO ESPÍN, *Derecho Civil*, vol. III, «Obligaciones y Contratos», página 373. Este autor parece dejar una puerta abierta a la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos cuando dice: «puede ocurrir que en la fase previa de aproximación de ambas voluntades no se llegue a un acuerdo, porque la primera oferta no sea aceptada, ni tampoco la contrapropuesta que formule la otra parte, y en estos casos en que no se llega al consentimiento contractual, 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. Vid. op. cit., pág. 372.

(90) Esta es precisamente la hipótesis que recoge el artículo 1.398 del Código civil italiano, que obliga a aquél que ocultó su defecto o falta de poderes a indemnizar a aquél con quien contrató, que había confiado en que el contrato desplegaría sus efectos.

En este sentido, PÉREZ y ALGUER, en los comentarios a la obra de ENNECERUS—KIPP y WOLFF antes citada apuntaban la posibilidad de encontrar un supuesto de culpa «in contrahendo» en el artículo 1.725 de nuestro Código, que establece que «el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes».

derecho a que se le reembolsen todos los gastos realizados para estar en condiciones de cumplir el contrato o por razón de los tratos iniciados (pago de asesores, desplazamientos, interés del dinero que ha obtenido para el cumplimiento de su prestación contractual, alquiler de almacén para conservar la cosa que hubiera debido entregar, gastos de transporte de la misma, etc.) (91).

Alonso Pérez cuando habla de «interés negativo» se está refiriendo fundamentalmente a las hipótesis de un contrato devenido inválido, por causas imputables a una parte, es decir, los casos estudiados por Ihering, aunque admite como supuesto de culpa «in contrahendo» el de la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares.

Y afirma que el «interés negativo» se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados «daños de la confianza», por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría, de que las negociaciones se llevaban con seriedad y conducirían al resultado apetecido: en definitiva, por haber fiado en la existencia y validez del contrato, si se llegó a celebrar (92).

En una posición aislada merece destacarse la opinión de Puig Brutau, que parece rechazar categóricamente la idea de la «culpa in contrahendo», en efecto, con referencia al Derecho alemán —dice el autor—, Enneccerus y Lehman afirman que el Código civil alemán no reconoce expresamente una responsabilidad por culpa en la conclusión del contrato, esto es, por la llamada «culpa in contrahendo», pero existen una serie de disposiciones aisladas que resuelven casos de responsabilidad por semejante culpa, y que con ellas la doctrina y la jurisprudencia han tratado de construir un principio general.

Y en este sentido se habla de que «del comienzo de unos actos preparatorios de un contrato deriva una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a conservar la diligencia exigible en el tráfico».

Pues bien, frente a esto Puig Brutau piensa que todas esas tesis consisten en racionalizaciones «a posteriori» de unos resultados que se alcanzan con independencia de las construcciones teóricas, que son a su juicio por completo estériles y constitutivas de una ficción innecesaria. ¿Qué añadirá a la eficacia y conveniencia de la solución el hecho de que pueda afirmarse que brota de unos preceptos legislativos cuyo autor jamás pensó en los problemas ahora resueltos? (93).

(91) L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, II, pág. 88, ed. 2.<sup>a</sup>.

Es esta la primera vez que este autor habla de una responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones y de «interés negativo» aplicado a esta hipótesis, pues en sus obras anteriores no lo había hecho así.

(92) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 905.

(93) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, «Doctrina general del contrato», págs. 254 y ss.

En realidad, la opinión de PUIG BRUTAU se muestra aislada en el ámbito de la doctrina española, en la que parece se empieza a despertar un cierto interés por el tema de la culpa «in contrahendo». En este sentido, es normal ya que en los tratados o manuales al uso se incluye el tema de la culpa «in contrahendo». Así, por ejemplo, CASTÁN (*Derecho Civil español, común y foral*, t. III, «Derecho de Obligaciones», pág. 175) bajo la rúbrica «Responsabilidad por los gastos o perjui-

### 3. La crítica al concepto de «interés negativo» de Ihering

Hemos visto hasta aquí cuál es el desarrollo que Ihering hace de su teoría sobre la «culpa in contrahendo», y por tanto, también sobre el concepto de interés negativo. Asimismo ha quedado claro que la doctrina continental coincide esencialmente con el concepto de interés negativo elaborado por Ihering.

Sin embargo, la obra de Ihering ha sido objeto de crítica desde distintos ángulos. En lo que a nosotros respecta, pasaremos a estudiar las críticas realizadas que han significado un cambio cualitativo en el concepto del «interés negativo».

A estos efectos, recordemos esquemáticamente los puntos bases de la obra del autor alemán:

1.º La hipótesis central de la culpa «in contrahendo» es la de un contrato válidamente celebrado y que posteriormente deviene nulo por causas imputables a una de las partes.

2.º Como resultas de la nulidad, la parte contraria sufre un daño a consecuencia de haber confiado sin su culpa en la validez del contrato.

3.º Ese daño está representado en la idea del interés negativo, en contraposición al interés positivo o interés de cumplimiento. El interés negativo tendría así como base un contrato frustrado, mientras que el interés positivo representaría el cumplimiento del contrato.

4.º El interés negativo engloba tanto el daño emergente (gastos realizados en la preparación del contrato) como el lucro cesante (beneficios dejados de obtener por haber confiado en que el contrato anulado desplegaría sus efectos).

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

1. En primer lugar, se ha mantenido por Benatti (94) que no es cierto que la distinción «interés negativo - interés positivo» esté basada en la validez o invalidez del contrato, porque la figura del «inte-

---

cios que puedan producirse en la preparación del contrato», trata el tema de la culpa «in contrahendo», ampliando las hipótesis de IHERING y afirmando: «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». Como se puede apreciar, está latente en este autor la idea de la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

ALBALADEJO (*Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Parte general*, páginas 271 y ss.) se plantea también el mismo supuesto cuando se pregunta: «¿Obliga a indemnizar la ruptura de los tratos?», y contesta: «en conclusión, los tratos, si bien nunca constriñen a celebrar el contrato, debe entenderse que obligan a indemnizar —como todo acto ilícito: art. 1.902— a la otra parte los daños que le hayan ocasionado (gastos de viaje, peritos, planos), si no habiendo una causa que justifique su ruptura (por ejemplo: ruina del que las rompe, que le sea pedido un precio que razonablemente puede no aceptar, etc.), la entrada en ellos y tal ruptura posterior constituyen en conjunto un acto ilícito».

(94) Vid. BENATTI, *op. cit.*, págs. 13 y ss. y 146 y ss.

rés negativo» puede aparecer también en caso de contratos válidos (94 bis).

Benatti basa su afirmación en el artículo 1.337 del Código civil italiano, artículo que con su amplia fórmula permite no limitar el concepto de responsabilidad precontractual a las únicas hipótesis en que se haya estipulado un contrato inválido, sino ampliarlo hasta comprender los casos en que se haya concluido un contrato válido o incluso aunque no se haya llevado a acuerdo alguno por haberse roto las negociaciones.

Para llegar a esta conclusión Benatti, hace dos consideraciones:

A) La doctrina alemana ha puesto de relieve ya cómo diversas normas del BGB prevén una responsabilidad por culpa «in contrahendo» estando en presencia de un contrato válido:

— los parágrafos 523 y 524 del BGB disponen que si el donante calla dolosamente los vicios de la cosa donada, está obligada a resarcir el daño que ha causado al otro contratante;

— el parágrafo 600 del BGB establece que si el comodante no comunica dolosamente los vicios de la cosa, está obligado a resarcir el daño ocasionado a la otra parte;

— según el parágrafo 694 BGB, el depositante está obligado a resarcir el daño provocado por los vicios de la cosa a no ser que no hubiera dado aviso a la otra parte por falta de conocimiento.

En este sentido, la doctrina alemana, intentando sentar sobre nuevas bases la distinción entre los dos tipos de interés, ha definido el interés negativo como «*Vertravensschaden*», esto es, como daño causado por la violación de la confianza de una persona en la seriedad, lealtad y honestidad en el trato de la otra.

En la misma línea que Benatti y la doctrina alemana se muestra también Alonso Pérez en nuestro derecho (95), para quien el problema de la responsabilidad precontractual puede plantearse también en casos de donación. Piensa este autor que junto a la responsabilidad precontractual que nace cuando las negociaciones preliminares no llegan a feliz término porque una parte las interrumpe sin justificación o porque los prolonga innecesariamente, o de cualquier modo defrauda la confianza de la contraria, siempre con el propósito de no celebrar el contrato proyectado, hay otro tipo de responsabilidad precontractual que tiene lugar sin negociaciones previas, y que puede existir tanto en figuras contractuales onerosas como en las de mera liberalidad.

Y así, el problema de la responsabilidad por violación de la buena fe en la formación inmediata del contrato, puede presentarse sin duda en la donación. Dadas las características especiales del acto de la donación, no puede pensarse que sea un negocio jurídico susceptible de negociaciones preliminares, por lo que no es susceptible de ruptura

---

(94 bis) MARIO BESSONE coincide con BENATTI al opinar que la teoría de IHERING aparece como demasiado circunscrita, en la medida en que denuncia una obligación de comportamiento correcto sólo para las hipótesis de conclusión de un contrato inválido. *Op. cit.*, pág. 1012.

(95) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 880 y ss.

injustificada de las negociaciones, pero sí en cambio de otras posibles formas de responsabilidad «in contrahendo» por comportamiento doloso del donante o lesivo para los intereses del donatario. Y cita Alonso expresamente los preceptos del BGB antes mencionados.

Por su parte, Piotet piensa también que existe un supuesto de culpa «in contrahendo» por violación de la obligación de buena fe en el período precontractual en la hipótesis del artículo 248 del Código suizo de las Obligaciones, que dispone :«Le donateur ne répond, envers le donataire, du dommage dérivant de la donation qu' en cas de dol ou de négligence grave. Il n'est tenu que de la garantie promise pour la chose donnée ou de la créance cédée» (96).

B) Por otra parte, piensa Benatti, si se ha observado y parece en efecto cierto que ya en la fase de las «trattative» surgen deberes de denuncia, comunicación, custodia, es evidente que la violación de tales obligaciones es fuente de responsabilidad, independientemente del hecho de que posteriormente se llegue a un acuerdo. No se alcanzaría a comprender por qué motivo, una vez establecido que las partes en negociaciones deben comportarse de acuerdo con la buena fe, se debería después llegar a sostener que el comportamiento incorrecto consiste solamente en la formación de un negocio nulo o anulable.

A nuestro juicio es acertada la observación de Benatti. Los autores que con mayor profundidad han estudiado el tema de la responsabilidad precontractual coinciden en señalar la existencia de una serie de obligaciones y deberes para las partes desde el momento en que entran en contacto a los efectos de intentar concluir un negocio jurídico, y, en este sentido, se han esbozado clasificaciones de dichos deberes en la etapa precontractual. Así, por ejemplo, Piotet ha resaltado que la obligación de «declaración» es el deber precontractual esencial. Esta obligación de declaración comprendería a su vez:

- la obligación de verdad;
- la obligación de información.

Y estas dos obligaciones tendrían por corolario tres deberes secundarios:

a) el de buscar entre los hechos conocidos los que puedan ser esenciales para la parte adversa («Prüfungspflicht»);

b) el de constatar si existen hechos todavía desconocidos del deudor precontractual que puedan ser esenciales para la otra parte («Untersuchungspflicht»);

c) el de abstenerse de todo comportamiento que pueda contribuir a crear un error en la otra parte («verbereitende Jorgfatspflicht») (97).

Tales deberes no los concibe Piotet referidos únicamente a la conclusión de un contrato inválido, pues entre sus hipótesis de culpa «in contrahendo» se incluyen las de «inexistencia del acto jurídico» (pensando en el caso de ruptura de las negociaciones) y la de «otorgamiento

---

(96) Para un comentario amplio de este artículo, vid. P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, Berne 1963, págs. 115 y ss.

(97) PIOTET, *op. cit.*, pág. 121.

de un acto jurídico eficaz pero que puede ser invalidado, resuelto o rescindido».

Lo mismo se puede decir de Alonso Pérez, quien tras establecer ese deber de comportamiento honesto y leal entre las partes en negociaciones habla para esa etapa de «deber de comunicación», «deber de secreto», «deber de custodia y conservación», deberes que refiere a casos que no son sólo el de la conclusión de un contrato inválido (98).

La opinión de Benatti se ve reforzada además por las normas que tratan de responsabilidad precontractual en el Derecho italiano. En efecto, parece claro que el artículo 1.337 es la disposición base en tema de culpa «in contrahendo», mientras que el artículo 1.338 —que sanciona precisamente el que conociendo o debiendo conocer una de las partes la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo comuniqué a la otra parte, supuesto asimilable a los estudiados por Ihering, no es sino una aplicación del principio sancionado en la norma precedente. Y en el artículo 1.337 no se encuentra ninguna mención de la pretendida limitación del concepto de responsabilidad precontractual a los únicos casos de invalidez del contrato (99).

Resumiendo, se podría afirmar que hay una coincidencia generalizada a la hora de afirmar la existencia de una serie de deberes precontractuales que se pueden reflejar en casos de responsabilidad precontractual no estudiados por Ihering (como, por ejemplo, el de culpa «in contrahendo» en caso de conclusión de un contrato válido, v. gr., el supuesto de la donación en Derecho alemán y suizo antes expuesto, o el caso de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (100).

---

(98) ALONSO, *op. cit.*, pág. 909. Otro autor que se ha preocupado de hacer un elenco de los deberes que incumben a las partes en la etapa precontractual ha sido CARRESI vid. *In tema de responsabilità precontrattuale*, Temi 1974, págs. 440-469; *Introduzione ad uno studio sistematico degli sveri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, págs. 822 y ss.

CARRESI enumera los siguientes deberes en la etapa de formación del contrato; deber de no romper injustificadamente las negociaciones; deber de informar a la otra parte de la existencia de causas de invalidez e ineficacia del negocio jurídico (entre las que habría que incluir el deber de comunicar las causas que excluyen o limitan la propia capacidad jurídica o la capacidad de obrar; el deber de comunicar los defectos en la legitimación para contratar); deber de informar a la contraparte de la existencia de circunstancias que excluyen la formación del contrato.

(99) En este sentido, MENGONI apunta que hace ya muchos años, un escritor alemán (HELDRIICH), afirmaba que «la literatura italiana es manifiestamente extraña a la idea de que la circunstancia de la conclusión o no de un contrato válido, no tiene importancia alguna para la construcción de la responsabilidad precontractual». Y dice MENGONI que se puede entender que tal idea no hubiera tomado cuerpo bajo la vigencia del Código italiano de 1865, porque la letra de la ley podía hacer creer, al menos a primera vista, que en las hipótesis de conclusión frustrada de un contrato válido, la única fuente para configurar una eventual responsabilidad de las partes fuese el artículo 1.151. Pero hoy tenemos ya la disposición general del artículo 1.337, donde no hay rastro de la pretendida limitación del concepto de responsabilidad precontractual a las citadas hipótesis. Ver MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, «Riv. Dir. Comm.», 1956, II, págs. 356 y ss.

(100) No obstante, en nuestra opinión, habría que tener en cuenta que IHERING no intentó hacer un estudio de todos los problemas que planteaba la culpa «in contrahendo», sino que buscaba una solución a un caso muy concreto: el de

2. Otro de los comentarios que se pueden hacer a la obra de Ihering, que no crítica, a nuestro juicio, es el de que el autor alemán pasa por alto el tema de la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, que hoy en día se considera como un supuesto más de «culpa in contrahendo», sobre todo por la mayoritaria doctrina italiana.

Y decimos que no se puede lanzar como crítica a Ihering el que no estudiara el supuesto de la ruptura de las negociaciones, porque a nuestro modo de ver ello tiene una explicación muy clara: y es la concepción individualista-liberal en la que en los momentos en que Ihering escribe su obra estaba inspirada la reglamentación de las relaciones económico-sociales (101). La construcción de Ihering debía encuadrarse en el plano de un ordenamiento sustancialmente fundado en el Derecho romano, y sirviéndose de las indicaciones ofrecidas por las fuentes. Junto a esto, debía tener cuidado de evitar que la búsqueda tutela del contratante defraudado en sus expectativas por no haber alcanzado un acuerdo válido contractual debido al comportamiento de la otra parte, no se tradujera en una excesiva invasión de la esfera de «libertad» reconocida al individuo, de modo que sofocase también su natural sentido de la responsabilidad.

Esto explica que, al mismo tiempo, Ihering excluyese toda responsabilidad de la fase antecedente a la conclusión del contrato, en la que ambas partes habrían debido saber que no existía ningún vínculo y prepararse en consecuencia para no sufrir un perjuicio inútil confiando sin razón en la futura conclusión del contrato.

Hecha esta observación, hay que decir que incluso en Italia y durante la vigencia del Código civil de 1865, fueron pocas las veces que reclamaron un control de la actividad de las partes en el período anterior a la formación del contrato (102), porque la mayoría de los autores era de hecho decididamente contraria a considerar la ruptura

---

la anulación de un negocio jurídico por error esencial de una parte, y la posibilidad de reparar el daño que dicha anulación causaba a la otra parte inocente. Por ello es lógico que no tratara otros posibles casos de culpa «in contrahendo».

Por otra parte, es un dato a considerar el de la época en que IHERING escribe su artículo (fuertemente influenciado por el Derecho romano), en la que hablar, por ejemplo, de trabas a la libertad de romper las negociaciones preliminares era algo bastante ilusorio.

(101) Vid. LOI y TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 2 y ss.

(102) En este sentido, ya CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Culpae contrattuale*, Torino 1897, págs. 1 y ss., había hablado de la obligación de las partes de proceder en las «trattative» seriamente y de buena fe. En la misma línea, GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolari riguardo ai contratti*, Padova 1938, pág. 198; PERETTI GRIVA, *Buona fede rei contratti e responsabilità costituente il consenso contrattuale*, en «Dir. e pract. commerciale», 1938, II, pág. 235.

Y BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1921, pág. 142, afirmaba ya que quien se decide a establecer relaciones de «negocio», tiene unos deberes de «correttezza» a los que está obligado por la misma convivencia social, y cuya violación, durante las negociaciones puede conducirle a responder de los daños derivados de su culpa y consistentes en el perjuicio sufrido por la otra parte a consecuencia de la no conclusión del contrato.

injustificada fuente de responsabilidad, en virtud (como ya se ha dicho), de la concepción individualista - liberal que, aplicada al campo económico, se traduciría esencialmente en la absoluta salvaguardia de la libertad de contratación (103).

Fue realmente Faggella, en 1900, con su artículo ya citado anteriormente sobre la responsabilidad precontractual, el primer autor que defendió abiertamente la existencia de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, siendo secundado poco después, en 1907, por Saleilles (104).

Y el punto de inflexión para la admisión de una responsabilidad precontractual a consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones se produce al introducir el Código italiano de 1942 los artículos 1.337 y 1.338. En efecto, el artículo 1.337 ofrece una sólida base para cimentar tal responsabilidad, puesto que, si la norma obliga a las partes a comportarse de buena fe, puede concluirse que, cuando los tratos preliminares llegan a un punto tal que una de las partes confía razonablemente en la conclusión del contrato, la ruptura repentina, sin motivo justificado, no sería leal y honesta, y en consecuencia debería considerarse prohibida (105).

A nivel legislativo, una formulación tan clara como la del artículo 1.337 del Código italiano tan sólo se ha obtenido en el Código portugués de 1966, en su artículo 227: «quien negocia con otro para la conclusión de un contrato, debe, tanto en las conversaciones preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte» (106).

No vamos a repetir aquí los argumentos y razones que se pueden esgrimir para basar una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, puesto que ya han sido expuestas con anterioridad. Señalar tan sólo cómo si a nivel de códigos ya ha plasmado en los ejemplos citados la posibilidad de una responsabilidad por ruptura in-

(103) En este sentido, ver POLACCO, *Le obbligazioni*, pág. 303; COVIELLO, *Della cosiddeta culpa in contrahendo en Il Filangieri*, pág. 721; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, págs. 14 y ss.; PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, II, Padova 1939, pág. 116.

(104) Vid. FAGGELLA, *op. cit.*, págs. 25 y ss.; y SALEILLES, *op. cit.*

(105) Refrendan esta opinión FRAGALI, *Dei contratti in generale*, Firenze 1948, pág. 368; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, pág. 82; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., pág. 119; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, pág. 174. En contra, minoritariamente, JANUZZI, *Buona fede e recesso dalle trattative contrattuali*, in «FORO it.», 1948, I, págs. 667 y ss.; DE CUPIS, *Il danno*, cit., págs. 53 y 54; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 53 y ss.

(106) En este sentido, ha puesto de manifiesto BESSONE, la doctrina y la jurisprudencia italiana gozan de una condición de indiscutible privilegio; una norma como el artículo 1.337 que hace de la «correttezza» el modelo de comportamiento a observar en cualquier momento de la relación precontractual, sugiere sin duda índices de valoración en virtud de los cuales apreciar cada una de las circunstancias que han precedido a la ruptura. Vid. BESSONE, *Rapporti precontrattuali e doveri di correttezza*, cit., pág. 987.

Para un estudio del Derecho comparado en este sentido, vid. BESSONE, *op. cit.*, págs. 984 y ss.

justificada a nivel doctrinal cada vez se siente más la necesidad de ejercer un control sobre la actividad de las partes en el período de formación del contrato y en definitiva de exigir a las partes un comportamiento conforme a la corrección y a la buena fe.

Nuestro derecho no ha sido tampoco ajeno a esta tendencia y se podría decir que la doctrina más moderna ha ido tomando posiciones frente a esta hipótesis de responsabilidad contractual (107).

Así, por ejemplo, Moreno Quesada ha sido de los primeros autores que han adoptado una postura clara frente a la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones (108). Este autor, después de un estudio detenido de este supuesto, considera esta responsabilidad plenamente admisible en nuestro derecho, otorgándola naturaleza extracontractual. Y afirma que para fijar la cuantía de la indemnización a que da lugar el reconocimiento de la responsabilidad preliminar, será preciso establecer unos principios de los que se hagan aplicación en los casos concretos en que se vayan presentando. Estos principios se concretan para Moreno Quesada en la exigencia del llamado «interés negativo del contrato, entendido como los gastos y trabajos efectuados por la parte que sufre la ruptura —esto es, pérdidas materiales— al haber confiado en la conclusión del contrato».

En esta misma línea Alonso Pérez afirma que es opinión difundida que del deber precontractual de lealtad deriva la obligación de no apartarse de los tratos sin justa causa. Y piensa que hay un comportamiento desleal «in contrahendo» cuando los tratos se rompen injustificada o arbitrariamente. La ruptura infundada de las negociaciones preliminares presupone una defraudación de la confianza (109).

Hemos visto antes cómo autores como Albaladejo, Cossio y Espín se mostraban partidarios de esta responsabilidad, e incluso autores como Castán y Díez-Picazo, que en un primer momento admitían como caso genuino de culpa «in contrahendo» la hipótesis estudiada por Ihering de conclusión de un contrato inválido, admiten actualmente como supuesto de responsabilidad precontractual el de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

---

(107) Como un precedente aislado hay que tomar a F. MENÉNDEZ PIDAL, en su Apéndice sobre el Derecho español a la obra de HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, 1932, págs. 165 y ss. MENÉNDEZ PIDAL, tras estudiar la doctrina y jurisprudencia de su época, llega a la conclusión de que ambas son inútiles para intentar abordar el tema de la responsabilidad precontractual, pues prácticamente no le prestan ninguna atención. El autor se muestra, sin embargo, favorable a la existencia de esta responsabilidad, y configura la responsabilidad «in contrahendo» como un supuesto de responsabilidad objetiva basada en la idea de riesgo creada en la etapa formativa del contrato que debe reparar quien lo originó.

Nosotros no creemos, sin embargo, que se pueda considerar la responsabilidad precontractual como una responsabilidad por riesgo, como si las conversaciones preliminares fueran algo potencialmente peligrosas y susceptibles de producir un daño, de la misma forma que lo pueden ser los vehículos de motor para la Ley del Automóvil. Para una crítica a MENÉNDEZ PIDAL, vid. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad...*, cit., pág. 903, y MORENO QUESADA, *La oferta de contrato...*, cit., págs. 43 y ss.

(108) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., págs. 33-58.

(109) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 912.

También Piotet, autor que en el ámbito del Derecho suizo ha estudiado a fondo el tema de la culpa «in contrahendo», se muestra favorable a la admisión de una responsabilidad por interrupción de las negociaciones preliminares. Se refiere así este autor a la existencia de un deber en las «trattative» de expresarse claramente para evitar una falsa interpretación de su comportamiento por la parte adversa, citando una sentencia del Tribunal federal suizo que admite que una parte no puede, por una actitud contraria a sus verdaderas intenciones, despertar en la otra parte la esperanza ilusoria de que el negocio será concluido, llevándola así a realizar una serie de gastos (o al contrario, a abstenerse de realizar otros actos). Asimismo, piensa Piotet que cuando una parte debe saber que un hecho, ignorado por la otra parte y que debe comunicarle según las reglas de la buena fe, puede hacer fracasar las negociaciones, tiene la obligación de informar de él a la otra parte. Si no lo hace y se produce un daño, dicha parte responde contractualmente (110).

En el plano jurisprudencial y aún dentro del Derecho suizo, hay que resaltar la sentencia del Tribunal Federal de 6 de junio de 1951, que afirmaba: «como consecuencia de la doctrina alemana y de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio alemán, que han adoptado y desarrollado las ideas expresadas por Ihering, la práctica de los tribunales suizos ha reconocido también la existencia de responsabilidad derivada de la culpa «in contrahendo». Según los principios comunmente admitidos en Alemania y en Suiza, las negociaciones preliminares crean entre las partes, desde antes de la conclusión del contrato, una relación jurídica que da nacimiento a ciertas obligaciones de diligencia. La responsabilidad por la actitud adoptada en las negociaciones se aplica no solamente cuando éstas han desembocado en la conclusión de un contrato, aunque sea un contrato nulo, sino también en el caso en que las partes no han concluido ningún contrato» (111).

En el ámbito del Derecho francés hay que recordar que Saleilles aceptó con entusiasmo la tesis de Faggella sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos (112). Demogue se mostraba también a favor de esta idea cuando admitía la posibilidad del reembolso de los gastos realizados en los tratos, siempre que existiera una ruptura arbitraria, para no crear una responsabilidad demasiado extensa, siendo preciso, a fin de no menoscabar la libertad que han de disfrutar los contratantes de realizar o no el contrato según les convenga, recurrir a la idea de contrato tácito al construir técnicamente esta responsabi-

(110) PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 320 y ss. Junto a ello afirma este autor el deber de no impedir o de no hacer fracasar las negociaciones que deberían fructificar, y en este sentido señala que el Bundesgerichtshof ha admitido la responsabilidad precontractual de quien permite a la contraparte en las negociaciones creer en la conclusión cierta del contrato proyectado y hacer gastos por razón de tal contrato.

(111) PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit privé suisse*, pág. 128.

(112) SALEILLES, *Sur la responsabilité precontractuelle*, cit., «Rev. Trim. Droit Civil», 1907, págs. 697 y ss.

lidad (113). Y Joanna Smichdt, al estudiar la culpa precontractual afirmaba que la obligación general de buena fe en la formación de los contratos adquiere, en el caso de las negociaciones preliminares, un aspecto específico: no impone la obligación de no romper las negociaciones, pero obliga a no cortarlas cuando se ha suscitado en la contraparte la confianza en la conclusión del acuerdo (114).

#### 4. La determinación del «quantum» en el interés negativo

Afirma Benatti que es opinión pacífica en la doctrina que la violación de un deber precontractual dé lugar tan sólo al resarcimiento del citado «interés negativo» (115). Y en el mismo sentido, Loi y Tessitore piensan que la responsabilidad precontractual en el sentido de los artículos 1.337-1.338 del Código civil italiano comporta a cargo del sujeto culpable el resarcimiento del daño, cuya entidad se suele circunscribir en los límites característicos del «interés negativo» (116).

Aceptando, pues, que la responsabilidad precontractual trae consigo el resarcimiento del daño, esto es, del interés negativo, habrá que intentar llegar a una determinación cuantitativa del citado interés negativo: esto es, determinar qué es lo que debe incluirse en el resarcimiento del daño.

Antes de seguir adelante hay que hacer una advertencia: nosotros distinguimos a efectos de nuestro estudio la hipótesis de culpa «in contrahendo» consistente en la conclusión de un contrato que es posteriormente invalidado por vicios o defectos existentes en el período de la formación del contrato (básicamente, la hipótesis de Ihering) del supuesto de culpa «in contrahendo» consistente en una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. En ambas hipótesis se puede producir un daño. Nosotros estudiaremos a continuación fundamentalmente el resarcimiento del «interés negativo» en el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, tema del que nos venimos ocupando, aunque son inevitables comparaciones y referencias al interés negativo en caso de conclusión de un contrato inválido.

(113) DEMOGUE, *Traité des obligations*, II, núm. 554, págs. 116 y ss.

(114) J. SMICHDT, *La sanction de la faute precontractuelle*, «Rev. Trim. Droit Civil», 1974, págs. 48 y ss.

A favor de esta responsabilidad, ver para doctrina francesa ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Lyon 1911, págs. 57-58; BRUN, *Rapports et domaine de responsabilités contractuelle et delictuelle*, Lyon 1931, págs. 161-162; GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, París 1928, pág. 63; PERRIN, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, París 1931, págs. 50 y ss.; H. MAZEAUD, *Responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle*, en «Rev. Trim. Droit Civil», 1929, pág. 584.

(115) BENATTI, *op. cit.*, pág. 145. En este sentido, vid. en la literatura bajo el viejo Código italiano, VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., págs. 287 y ss., y bajo el nuevo código, DE CUPIS, *Il danno*, cit., págs. 173 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit. págs. 87 y 88.

(116) LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pág. 91.

Y a este respecto hay que señalar ya que en cuanto se intenta profundizar en la determinación del «interés negativo» nos encontramos con un obstáculo importante: y es que, contrariamente a lo que podría creerse, en base a las apariencias, la teoría del interés negativo no ha hecho ningún progreso desde que fue formulada por primera vez y los problemas aún hoy debatidos en la doctrina son los mismos que fueron apuntados por Ihering (117).

Por ello, consideramos necesario conocer en primer lugar la opinión de este autor.

Y respecto a la extensión del interés negativo, Ihering se manifestaba así: «Las consecuencias perjudiciales del contrato (invalidado) para el comprador (defraudado) pueden consistir ya sea en los gastos que el comprador ha llevado a cabo como consecuencia de la conclusión y ejecución del contrato, ya sea en las ocasiones perdidas de concluir un contrato tan ventajoso como el invalidado. Pues bien, en la indemnización de estos daños, el interés negativo puede en algunas circunstancias alcanzar tanto como el interés positivo (esto es, lo que se habría obtenido en caso de haberse ejecutado el contrato) (118).

Y en la misma línea que parecía apuntar Ihering, los párrafos 122 y 179 apartado 2.º del BGB afirman que el resarcimiento del daño causado por la invalidez o ineficacia del contrato no debe ser mayor de cuanto se habría obtenido a través de la ejecución del contrato. Partiendo de estas normas se ha sostenido por parte de la doctrina alemana que dichas normas contemplarían una regla general en materia de responsabilidad precontractual (119).

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

La respuesta de la doctrina que se ha ocupado de este punto parece ser, en general, afirmativa. Así, Benatti piensa con un argumento «a contrario» que si el legislador alemán ha sentido la necesidad de establecer en dos normas la limitación del interés negativo respecto al positivo, «a contrario» se debería concluir la inadmisibilidad de tal limitación en todos los casos distintos de aquéllos expresamente previstos.

Los autores alemanes, conscientes de la insuficiencia del argumento literal de los párrafos 122 y 179-2.º del BGB intentan justificar la limitación del interés negativo al interés positivo con argumentos de carácter equitativo: en efecto, se sostiene, sería injusto que un sujeto consiga por la invalidez del contrato ventajas mayores de las que obtendría si el contrato hubiese sido válido. A esto contesta Benatti afir-

(117) Ni siquiera en el Derecho italiano la determinación específica del daño resarcible en caso de culpa «in contrahendo» ha sido objeto de un estudio sistemático.

(118) IHERING, *op. cit.*, pág. 21.

(119) HUHLENBECK, *Zur lehre vom sogennantem negativen Vestraginteresse*, en «Deutsche Juristen-Zeitung», 1965, pág. 1146; RABEL, *Der sogennante Verbannschaden im schweizerischen Recht*, en «Zeitschrift für schweizerisches Recht 27» (1908), pág. 306. Bibliografía tomada de BENATTI *op. cit.*

mando que puesto que el problema en relación a la valoración del contenido de la obligación de resarcimiento es una cuestión de derecho positivo, su solución no depende de reflexiones de carácter equitativo, sino de un atento análisis de las disposiciones legales. Y en el Derecho italiano, viene a concluir este autor, no existe ninguna norma que justifique la mencionada limitación del interés negativo (120).

Constituye también un apoyo para la tesis afirmativa la experiencia del Derecho suizo. En efecto, los artículos 26-2.º y 39-2.º del Código de las Obligaciones establecen que quien anula un contrato invocando un error culposo, o quien concluye a sabiendas y sin poderes un contrato no ratificado debe reparar el perjuicio que resulta de la invalidez del contrato, pero quizá, si la equidad lo exige, ser condenado a daños y perjuicios más elevados.

La solución que propugnan estas normas es la opuesta a la del BGB. Y Piotet, comentando los citados artículos, ha manifestado que las consecuencias de la limitación son ilógicas e injustas. No se puede objetar a quien ha sufrido un daño que es injusto concederle más de lo que esperaba, puesto que lo que él esperaba era un contrato válido y unas negociaciones correctas. La única regla lógica y equitativa, dice Piotet, es la de que el máximo de la reparación corresponde al total del daño causado por el hecho del que responde su causante. Para derogar esta regla fijando un máximo inferior, son necesarias razones especiales que hagan insuficientes las reglas ordinarias sobre la fijación por el juez de la extensión de la reparación (121).

Así, pues, parece que la regla que se puede deducir de los párrafos 122 y 139-2.º del BGB no ha encontrado reflejo en la doctrina que se ha ocupado de este tema, que piensa que la indemnización del daño producido por culpa «in contrahendo», esto es, interés negativo, puede superar la medida del interés positivo, es decir, lo que la parte que sufre el daño habría obtenido si el contrato hubiera surtido sus efectos.

Ahora bien, las opiniones y normas que acabamos de reflejar se planteaban el tema de la limitación del interés negativo al interés positivo en relación con la hipótesis del daño producido por la conclusión de un contrato que posteriormente resulta invalidado (hipótesis de Ihering). Pero ¿qué ocurre con esta limitación en los casos de daño por una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares?

Lo primero que hay que señalar es que en aquellos ordenamientos como el italiano que han recogido la responsabilidad precontractual no existe norma alguna que se refiera, ni siquiera indirectamente, a la medida del daño en dicha responsabilidad. Sin embargo, en la jurisprudencia italiana, late la idea de que hay que atribuir al interés negativo una extensión limitada. Así, se ha dicho que «la responsabilidad precontractual no comporta el resarcimiento de todos los daños sufridos, sino sólo

(120) Vid. BENATTI, *op. cit.*, pág. 151. En sentido conforme, DE CUPIS, *El daño, traducción española*, cit., pág. 356; G. STOLFI, *Negoziio giuridico*, cit., página 91.

(121) Vid. PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 88 y ss., con un estudio en profundidad sobre este tema en el ámbito del Derecho suizo.

aquel resarcimiento que encaje en el interés negativo» (122). O bien, que «la obligación de resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las negociaciones está contenida en el límite del interés negativo» (123). Y en este mismo sentido se ha sostenido que «el resarcimiento del daño en los casos del artículo 1.337 del Código civil está limitado al interés negativo, porque si se concediese el interés contractual positivo no habría diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual» (124).

Las sentencias citadas se referían a casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, y a nuestro juicio deben ser interpretadas en el sentido de que en dichas hipótesis el «quantum» del interés negativo no puede superar la medida del interés positivo, esto es, lo que se habría obtenido en caso de que el contrato hubiera sido concluido y ejecutado (125).

No debe ocultarse, a nuestro juicio, que esta solución encuentra la dificultad de determinar con exactitud no tanto el interés negativo sino el límite que éste no puede superar, esto es, la cuantía del interés positivo, pues no habiéndose llegado a concluir el contrato, será difícil saber en ocasiones qué habría obtenido la parte en el caso de que las «trattative» hubieran seguido su curso normal y se hubiera concluido el contrato.

Por lo demás, la solución parece justa, pues si no se admitiera este límite se llegaría a la conclusión ilógica de que, en ocasiones, la parte que sufre la ruptura obtendría un beneficio mayor a consecuencia de ésta que el que habría conseguido de haberse desarrollado normalmente las negociaciones y haber concluido el contrato.

---

(122) App. Napoli 21 de mayo de 1957, en Foro nap. 1957, I, pág. 319.

(123) Cass. 28 de marzo de 1955, núm. 923, Rep. foro it. 1955. Voz «Obb. e contr.», núm. 101.

(124) App. Venezia 6 de febrero de 1957. Mass. app. Giust. civ. 1957, página 1716.

(125) Esta idea de la jurisprudencia italiana ha suscitado perplejidad en algunos autores de dichos países. En efecto, hay que aclarar que la mayoría de la jurisprudencia italiana admite la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante en la responsabilidad precontractual (en los supuestos de conclusión de un contrato que después deviene inválido por vicios existentes anteriormente y ocultados por una de las partes —caso del artículo 1.338—, y también en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones —encontrable en el 1.337—). Si esto es así, se preguntan autores como PIETROBON, LOI y TESSITORE o VISINTINI, ¿qué sentido tiene hablar de una limitación en la indemnización del interés negativo?

A nuestro juicio sería que dicha limitación jugaría tan sólo en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones por los argumentos antes expuestos) pero no así en los otros supuestos de culpa «in contrahendo» que entrarían en el artículo 1.338, y en los que la medida del interés negativo sí podría superar la del interés positivo.

5. *Los elementos que deben integrar el resarcimiento del «interés negativo».*

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

Pasemos a continuación al estudio de ambos elementos:

A) *El daño emergente*

Al decir de Loi y Tessitore, la concreta cuantificación de este último no presenta particular dificultad. Así, la parte que no ha abandonado las negociaciones ha realizado durante ellas unas actividades que le han ocasionado gastos, que ha efectuado con la esperanza de poder resarcirse al concluir el contrato, pero que, debido a la brusca interrupción de los tratos quedan exclusivamente a su cargo, sin que por otra parte tengan compensación, ya que se frustra el negocio en el que esperaba hallarla (126). Siendo de hecho susceptibles estos gastos de individualización y valoración inmediata, resultan directamente computables, por lo que —siempre que sean certificados por el juez como necesarios para seguir adelante con las negociaciones iniciadas—, constituirán de lleno el objeto de la suma resarcible (127).

Sin embargo, no todos los gastos o daños que se produzcan en el período de formación del contrato por las negociaciones preliminares son indemnizables. Veamos en primer lugar aquéllos casos en que no habrá lugar a indemnización:

1. En el curso de la preparación de un contrato, los interesados están obligados a efectuar unos gastos o a asumir unos riesgos considerables, pues la actividad económica comporta siempre riesgos. En este sentido, aparecen en la formación del contrato una serie de gastos que podríamos llamar con Hilsenrad «riesgo especulativo», y que aún en el caso de no celebración del contrato, no serían indemnizables. Así, por ejemplo, los gastos de publicidad: las casas de comercio invierten frecuentemente importantes sumas en publicidad esperando fundamentalmente que esos gastos sean productivos. Esta publicidad exige a su vez trabajos importantes, un equipo entero de técnicos. Los gastos de publicidad entran en el concepto de gastos generales, efectuados únicamente en interés de la persona que por este medio propone los contratos, quien, por tanto, nada podrá reclamar por este concepto, aun en caso de que no llegue a realizarse el negocio, o de que, habiéndose realizado, resulta luego anulado.

Compartimos, por tanto, la opinión de Hilsenrad, para quien los

---

(126) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, pág. 54.

(127) LOI y TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, cit., página 104.

gastos que persiguen un fin de publicidad quedan siempre a cargo de la persona que de ellos se puede beneficiar (128).

La misma convicción parece tener Moreno Quesada cuando califica como «gastos espontáneos» y por tanto no indemnizables todos aquéllos que una persona realiza en vista de la conclusión de un contrato sin contar con el asentimiento de la persona con la que va a contratar; suelen estar encaminados a atraer la atención de los posibles contratantes, a presentarlos del modo más sugerente posible, a hacerles demostraciones de su conveniencia y, en general, a inclinar su ánimo a contratar en las condiciones que se pretenden: son los gastos de propaganda que se efectúan en provecho exclusivo de quien los hace (129).

2. Aparte de la publicidad, existen otros gastos ocasionados con motivo de la preparación de los contratos. Las empresas de cualquier orden desean dar a su posible clientela todas las indicaciones útiles que juzguen necesarias para impulsar las operaciones del tráfico a que se dedican. Por esto, someten a la consideración de distintas personas, que creen interesadas en sus negocios, los planos y proyectos preliminares, con el fin de llegar cuanto antes a la conclusión del mayor número y volumen de contratos.

Las sociedades financieras, que se ocupan de poner en circulación las acciones de las nuevas sociedades, o que se ocupan también de su creación, en muchas ocasiones se ven obligados a enviar especialistas a países lejanos, para estudiar el objeto de la explotación propuesta. Los contratistas de los trabajos de construcción, deben a su vez efectuar estudios detallados sobre el terreno donde creen poder construir, con el fin de ofrecer sus servicios en las condiciones más económicas y rápidas, para lo cual tendrán que aprovisionarse por adelantado de un considerable «stock» de materiales.

Pues bien, parece que ninguno de estos gastos tienen el carácter de indemnizable, en el sentido aquí empleado, porque constituyen una actividad comercial que como tal, lleva implícita su dosis de riesgo. En efecto, nadie obliga a quien hizo los desembolsos a que realice los estudios y proyectos preliminares. Si empleó en ellos un tiempo y un dinero, fue tan sólo con un fin lucrativo, en espera de obtener los pedidos de la presunta clientela y de ofrecer condiciones más beneficiosas que las de la concurrencia (130).

3. Un nuevo ejemplo de gastos producidos en el período de formación del contrato y que no serían indemnizables estaría constituido por los producidos por un fracaso normal de las conversaciones preliminares. En efecto, las negociaciones pueden terminar de mutuo acuerdo porque los interesados no se pongan de acuerdo sobre los elementos

---

(128) HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, cit., pág. 16. No obstante, afirma este autor, puede ocurrir que la parte que rompió las conversaciones preliminares se aproveche directamente de la publicidad efectuada por la otra, en cuyo caso, la jurisprudencia francesa reconoce el derecho a percibir una indemnización, lo que no es sino una excepción a la regla general.

(129) MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 55.

(130) HILSENRAD, *op. cit.*, pág. 17.

esenciales del negocio; también pueden acabar porque una de las partes desista unilateralmente de los tratos cuando de su desarrollo puede colegirse la infructuosidad de los mismos. Las partes son conscientes del carácter interlocutorio de las conversaciones preliminares, y saben que dichas conversaciones no son vinculantes (131), y que siendo un paso más en el iter contractual, lo mismo pueden acabar con la celebración del contrato como por un fracaso.

Consideremos, por ejemplo, el siguiente caso, expuesto por Hilsenrad: una empresa industrial hace proposiciones a determinado banco para emitir un fuerte empréstito en dinero. El banquero, que espera obtener un gran beneficio con ese negocio, a su vez pide un préstamo a otro banco para tener luego el dinero a disposición de la empresa industrial en cuanto se cierre el trato. Sin embargo, fracasan las negociaciones, el empréstito no se lleva a cabo y el banquero debe pagar los intereses de la cantidad que pidió prestada (132). Nuevamente nos encontramos en presencia de unos gastos que no son indemnizables, pues se deben a un final normal de las negociaciones preliminares, como es la ruptura de éstas por no existir los elementos necesarios para un acuerdo.

4. Hasta aquí hemos venido viendo una serie de gastos, que aunque hemos afirmado que no los consideramos indemnizables, estaban unidos por un «hilo conductor»: se producían en el período de formación del contrato y en alguna manera se derivaban de la actividad realizada por las partes que celebran el contrato. Pero en ese tiempo en que las partes están en relación para contratar, pueden también producirse unos daños que esta vez no se derivan de la actividad para contratar. El único nexo de causalidad que les une con dicha actividad es un nexo de causalidad puramente física: el que el daño se produce cuando las partes van a contratar. Un ejemplo clásico es el de los accidentes ocurridos durante los trabajos preparatorios del contrato. Y este daño sí es indemnizable, pero es un daño típicamente extracontractual, aquiliano, y su indemnización responde a otros criterios distintos de los aquí manejados.

Haciendo referencia a este tema, Hilsenrad pone estos ejemplos:

a) una habitación se anuncia para alquilar, y se presenta una persona interesada en arrendarla. El propietario le muestra la habitación y al salir de ella, el cliente cae por la escalera, mal alumbrada, produciéndose lesiones de consideración;

b) un maestro tapicero, antes de poner la tapicería en la habitación de una persona, ordena el montaje de escaleras especiales, con objeto de que el carpintero pueda comenzar su trabajo. Durante la instalación de dichas escaleras, se rompe un espejo de gran valor.

En los dos supuestos se ha producido un daño. Sin embargo, este daño, para nosotros, es un supuesto típico de responsabilidad extra-

---

(131) En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia española del Tribunal Supremo en las Sentencias de 9 de marzo de 1929 y 18 de enero de 1964, por ejemplo.

(132) HILSENRAD, cit., pág. 28.

contractual que encajaría sin discusión en el artículo 1.902 de nuestro Código. Los supuestos mencionados no tendrían más relación con el tema que venimos tratando que el de haberse producido cronológicamente en el período de formación del contrato. Pero el daño que nos interesa es aquél que se produce en el curso de las conversaciones preliminares, y que consiste precisamente en que no se celebra o se frustra el contrato celebrado. Se produce de esta forma una lesión de la confianza, que queda defraudada. Esta es la razón última a la que responde la indemnización en estos casos. Mientras que en los ejemplos citados anteriormente, y que Hilsenrad toma del alemán Fisbach, el daño producido no tiene ninguna relación con el interés de las partes en la celebración del contrato.

¿Por qué entonces le hemos dedicado estas líneas a este tema de los accidentes ocurridos en el período preparatorio del contrato? La respuesta es sencilla: porque algunos autores como Fisbach, Hilsenrad y más modernamente Piotet, y alguna importante sentencia, como la del Tribunal del Imperio Alemán en el famoso caso del «Linoleum», han venido a considerar estos accidentes como supuestos de responsabilidad precontractual (133).

El caso del «Linoleum» era el siguiente: una mujer entra en una tienda de tejidos pidiendo linoleum. El vendedor le muestra varias piezas de este género y se retira para buscar otras nuevas, apartando a un lado las piezas ya vistas y examinadas por el cliente. Entonces, una de esas piezas pierde el equilibrio y cae, con tan mala fortuna que viene a tropezar con la compradora, produciéndola algunas lesiones.

Comentando el caso del «Linoleum» escribe Hilsenrad que «es indudable que en este caso la persona herida podrá ejercitar la acción de culpa extracontractual contra el propietario del establecimiento; pero este camino obliga a probar la falta delictual cometida por el demandado, según dispone el parágrafo 164 del BGB. Para evitar los inconvenientes y dificultades de la prueba, pretendió la lesionada que se declarase que el accidente se había producido con ocasión de realizar un acto preparatorio del contrato y que en consecuencia, era responsable el dueño en virtud de culpa contractual y no extracontractual. Esta tesis es aceptada por el Tribunal del Imperio Alemán, declarando la existencia de un negocio jurídico preparatorio por los motivos siguientes: el dependiente de comercio representante del vendedor demandado, con objeto de facilitar la conclusión de la compraventa entra en conversaciones preliminares con la demandante; la cliente manifestó su deseo de ver piezas de linoleum para comprar. El vendedor respondió a este deseo mostrando la mercancía. Aquí no puede verse un acto puramente gracioso, pues existe, desde luego, un serio acuerdo de voluntades para alcanzar un contrato de compraventa. De este acuerdo nace un negocio preparatorio que obliga a las partes, igual que el contrato mismo, a observar las mayores precauciones y, singularmente, a

---

(133) FISBACH, *Vorbereitende Rechtsverhältnisse*, en Arch. fuer buergertliches Recht, tomo XLI, Berlín 1915, pág. 160; HILSENRAD, *op. cit.*, págs. 21 y ss.; PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit.

velar porque la presentación de la mercancía no cause perjuicio alguno al comprador eventual» (134).

Por su parte, Fisbach considera estos hechos y accidentes como negocios preparatorios: los accidentes son el resultado de la preparación del contrato y, por tanto, engendran una responsabilidad que debe asentarse sobre la base de dicho contrato, aunque efectivamente aún no se haya concluido. Lo que importa para este autor es que el acto ocurra cuando se pretendía llegar a la conclusión del contrato. La presentación de la mercancía para realizar la venta es un acto de este género, porque las partes están ya puestas en relación para contratar (135).

Nosotros disintimos de estas opiniones y de la sentencia del tribunal alemán en el caso del «Linoleum». Es cierto que tanto en el caso citado del «Linoleum» como en los ejemplos hasta aquí aducidos de culpa «in contrahendo» o responsabilidad precontractual, el daño se produce en el período de formación del contrato. Pero se podría decir que aunque la letra es la misma la música es distinta, como distinta es la posición de las partes en cada caso ante la indemnización: en los supuestos de culpa «in contrahendo», la parte que sufre el daño ha visto lesionada y defraudada su confianza en la celebración del contrato. Y eso es lo que la indemnización tiende a reparar.

Mas en el caso del «Linoleum» no haya nada de eso. Diríamos más bien que se trata de un caso de responsabilidad aquiliana en el que se sanciona la falta de diligencia del dependiente por no ocuparse debidamente de la colocación de los rollos, o un caso de culpa «in vigilando» o «in eligendo» del dueño de los almacenes.

Por otra parte, afirmar, como hace el tribunal alemán, que el hecho de que el cliente solicite la exhibición de las mercancías implica un acuerdo entre las partes para velar porque la presentación de la demanda no cause daño al eventual comprador, no deja de ser una mera ficción, en nuestra opinión, al margen de la realidad.

Hasta aquí hemos estudiado aquellos gastos que no serían indemnizables, o por lo menos, que no lo serían de acuerdo con los criterios e intereses en juego en la responsabilidad precontractual.

Por el contrario, serán gastos indemnizables, y por tanto constitutivos del daño emergente, aquellos que Moreno Quesada califica como «gastos provocados»: es decir, aquéllos cuya realización encuentra su razón de ser en el consentimiento del contratante que posteriormente romperá las negociaciones, que ha autorizado con su incorporación a los tratos los gastos que pueden producir. Estarán en este grupo, a juicio de este autor, los que tengan lugar durante el desarrollo de las negociaciones y sean necesarios en la preparación del proyecto contractual, como son los viajes, ensayos, planos, honorarios de peritos, etc., siempre que estén justificados con la aquiescencia del otro y dentro de los límites de la misma: es decir, es preciso que los gastos a cubrir

---

(134) HILSENRAD, *op. cit.*, pág. 19.

(135) FISBACH, *Verbereitende Rechtsverhaltrisse*, cit. (citado por HILSENRAD)

no hayan sido realizados más que en razón de la aquiescencia dada por la otra parte (136).

Por su parte, Alonso Pérez enmarca estos gastos bajo la denominación de «gastos de la confianza», y pone como ejemplo el de quien confiando en que se va a construir una sociedad, uno de los posibles socios, fundamentalmente fiado en la honestidad de los demás, alquila un local, organiza una campaña de publicidad, adquiere maquinaria, etcétera, y después no se lleva a efecto el contrato.

O, por ejemplo, quien desea construir un hotel en terreno de su propiedad y convoca a diversos contratistas para encomendar la obra a quien le ofrezca mejores condiciones, responde si prolongó las conversaciones preliminares con el seleccionado y más tarde desiste del proyecto de edificar (137).

### B) *El lucro cesante*

Así como respecto al daño emergente hay acuerdo en cuanto a su carácter de indemnizable, no ocurre lo mismo respecto al lucro cesante. La jurisprudencia italiana que se ha ocupado del tema no sigue una línea uniforme. Así, argumentando a favor de la indemnización del lucro cesante se ha afirmado que «el daño resarcible por la ruptura injustificada de las negociaciones se reduce al solo interés a que no se hubieran iniciado las «trattative», y se traduce, bajo el perfil del daño emergente, en los gastos realizados en vista del contrato no concluido, y en cuanto al lucro cesante, en las ventajas que se habrían podido conseguir si, en la razonable previsión de que el contrato sería concluido, no se hubieran rechazado otras ocasiones presentadas en el curso de las negociaciones de concluir con otro un contrato idéntico o similar al no concluido» (138).

En este mismo sentido, afirma la jurisprudencia que «la obligación del resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las «trattative» está contenida en los límites del interés negativo, y está por tanto limitada a los gastos que la contraparte ha sostenido en previsión a la conclusión del contrato y a las pérdidas sufridas por otras ocasiones de contratos que han sido rechazadas, siempre que, naturalmente, una y otra sean dependientes de las negociaciones que no han tenido éxito» (139).

Y «la responsabilidad precontractual presupone el verificarse un «eventus damni» consistente en el llamado interés negativo, que comprende ya sea el daño emergente para la disminución patrimonial sufrida, ya sea el lucro cesante para las ventajas fallidas» (140).

(136) MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 55.

(137) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 914.

(138) Cass. 13 de abril de 1973, núm. 1057 Mass Girt. civ. 1973, pág. 562.

(139) Cass. 28 de marzo de 1955, núm. 923 Rep. Foro it. 1955. Voce Obbl. e contr. núm. 101.

(140) App. Cagliari 21 de marzo de 1959, en Mass. app. Giust. civ. 1959, pág. 107; en sentido conforme, Cass. 5 de mayo de 1955, núm. 1259, en «Riv. dir. comm.», 1956, II, pág. 360.

Siempre en esa línea, se mantiene que «la responsabilidad precontractual no comporta el resarcimiento de todos los daños sufridos, sino sólo aquel resarcimiento que encaje en el «interés negativo», esto es, en el interés en no haber iniciado las negociaciones; tal resarcimiento comprende los gastos sostenidos por la contraparte en vista de la conclusión del contrato, así como las pérdidas sufridas por no haber aprovechado las otras ocasiones que se han presentado en el curso de las «trattative» y por tanto no haber concluido con otro un contrato idéntico o similar a aquél para el que fueron iniciadas las negociaciones posteriormente interrumpidas sin justa causa» (141).

Y también se ha manifestado que «la parte obligada al resarcimiento del daño por responsabilidad precontractual, debe a la otra, que había confiado sería y razonablemente en la conclusión del contrato, no la utilidad expresada del mismo, sino el perjuicio derivado de las eventuales ocasiones perdidas y el reembolso de los gastos realizados» (142).

De esta forma, parece deducirse que hay una tendencia en la jurisprudencia italiana a conceder indemnización por el lucro cesante en los supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones.

Sin embargo, este criterio tampoco es unánime, pues hay sentencias que mantienen la opinión contraria. Por ejemplo, se ha sostenido que «el resarcimiento del daño en el sentido del artículo 1.337 (del Código italiano), está limitado al interés negativo, porque si se concediese el interés contractual positivo no habría diferencia entre culpa contractual y extracontractual. Son por tanto resarcibles solamente los gastos que dependen directamente de las «trattative», y no los daños derivados de las ocasiones perdidas de ganancia» (143).

Y también se excluye el resarcimiento del lucro cesante por violación de lo dispuesto en el artículo 1.337 cuando se afirma que «mientras en el caso de culpa contractual el resarcimiento comprende también el daño causado por las ocasiones perdidas, en la hipótesis de responsabilidad precontractual el resarcimiento de los daños está limitado a las pérdidas estrictamente inherentes a las negociaciones» (144).

Nosotros nos encontramos más en línea con estas últimas sentencias, y por tanto pensamos que en los supuestos de responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones no cabe indemnización del lucro cesante. Y ello por las siguientes razones:

1.º) Si estando las partes en negociaciones, una de ellas recibe

---

(141) App. Napoli 21 de mayo de 1957, en Foro Nap., 1957, I, pág. 319.

(142) App. Catania 25 de enero de 1956, en Mass. app. Giust. civ. 1956, pág. 333.

(143) App. Venezia 6 de febrero de 1957, en Mass. app. Giust. civ. 1957, pág. 1716.

(144) Cass. 15 de febrero de 1971, núm. 372 en Mass. Giust. civ. 1971, página 211.

En sentido conforme, v. App. Triento 21 de septiembre de 1955 en Mass. app. Giust. civ., 1955, pág. 1374; Cass. 9 de abril de 1954, núm. 1118, en Giur. compl. Cass. civ., 1954, II, pág. 640.

una proposición más ventajosa de un tercero, y no la acepta, en caso de que la otra parte desista injustificadamente de los tratos, no se le podrá exigir responsabilidad por las ocasiones perdidas por la parte que sufre la ruptura, pues ésta pudo haber aceptado la nueva proposición, rompiendo justificadamente las negociaciones ya iniciadas, dado que es un interés protegible el de concluir los negocios en las condiciones más ventajosas posibles.

2.º) Para llegar a determinar de hecho cuáles habrían sido las «otras» posibles ofertas, que la parte habría tomado o podido tomar en consideración, si no hubiese estado inmersa en las «trattative» después interrumpidas, y qué otras «ventajas» mayores o menores (que las del contrato no concluido) habría obtenido, sería necesario tener en cuenta numerosos factores de carácter general (condiciones de mercado, variaciones de precio, devaluación monetaria), que no siempre se presentan como fácilmente controlables o determinables.

3.º) Habría que considerar y valorar concretamente las efectivas posibilidades que la parte tenía de concluir con un tercero un contrato idéntico o similar a aquél no concluido, desde el momento en que no podría lamentar un eventual y genérico daño, determinado vagamente por una pérdida ocasión de obtener un beneficio (145).

Del mismo criterio parece ser Moreno Quesada, que afirma que no se puede propugnar en estos casos la indemnización de las posibles ventajas desaprovechadas, porque no se justifica plenamente en el desarrollo de los tratos el que renunciara al intento de conseguir aquellas ventajas, y es que si las posibilidades de la ocasión presentada, estando en negociaciones, eran notablemente más ventajosas de las que en éstas se le ofrecían y el contratante no accedía a ofrecerle ventajas semejantes, tuvo un motivo justificado de desistimiento que le permitía retirarse sin incurrir en responsabilidad para iniciarlas con el que mejores perspectivas le ofrecía, y si no lo hizo, no puede más tarde, al romperse los tratos por la otra parte, invocar esa oportunidad perdida para incluir el daño negativo entre las partidas a indemnizar por atribuirse el daño en la retirada arbitraria (146).

---

(145) LOI y TESSITORE, *Buona fede*, cit., pág. 104.

(146) MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 57.