

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL: GARANTÍA DE LA CONCURRENCIA
DE CONTRATANTES DE BUENA FE EN TODA NEGOCIACIÓN**

DANILO ISRAEL DE LEÓN RAMÍREZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL: GARANTÍA DE LA
CONCURRENCIA DE CONTRATANTES DE BUENA FE EN TODA NEGOCIACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DANILO ISRAEL DE LEÓN RAMÍREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus
Vocal: Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza
Secretario: Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Pacheco
Vocal: Lic. Jaime Castro Galindo
Secretario: Lic. Carlos Humberto de León Velasco

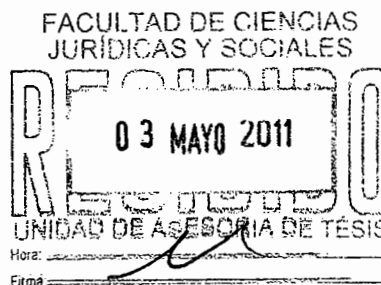
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Javier Alexander Romero del Valle
Abogado y Notario

Guatemala 11 de abril de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Hago de su conocimiento que de conformidad con el nombramiento de fecha veintidós de febrero del año dos mil once, asesoré la tesis del bachiller Danilo Israel de León Ramírez, quien se identifica con el carné estudiantil 200311575 y elaboró el trabajo de tesis intitulado: **“RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL: GARANTÍA DE LA CONCURRENCIA DE CONTRATANTES DE BUENA FE EN TODA NEGOCIACIÓN”**; manifestándole lo siguiente:

1. La tesis abarca un amplio contenido científico y técnico, relacionado con la importancia de que se analice de conformidad con la legislación civil, las principales causas y soluciones al elevado número de negociaciones que se interrumpen de forma injustificada.
2. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció la responsabilidad civil precontractual; el sintético, dio a conocer su importancia; el inductivo, señaló sus características y el deductivo, indicó la problemática existente. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, mediante las cuales se obtuvo la información legal y doctrinaria relacionada con el tema investigado.
3. La redacción empleada durante el desarrollo de la tesis es la apropiada y el trabajo de tesis constituye un aporte de interés para estudiantes y profesionales.
4. La tesis es constitutiva de una contribución científica para la sociedad guatemalteca, siendo el desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, de importancia y valederas dentro de la asesoría prestada.
5. Las conclusiones y recomendaciones son acordes al desarrollo de los capítulos. Al sustentante le sugerí modificar sus márgenes e introducción. Los objetivos generales y específicos se alcanzaron al indicar los mismos la problemática actual.

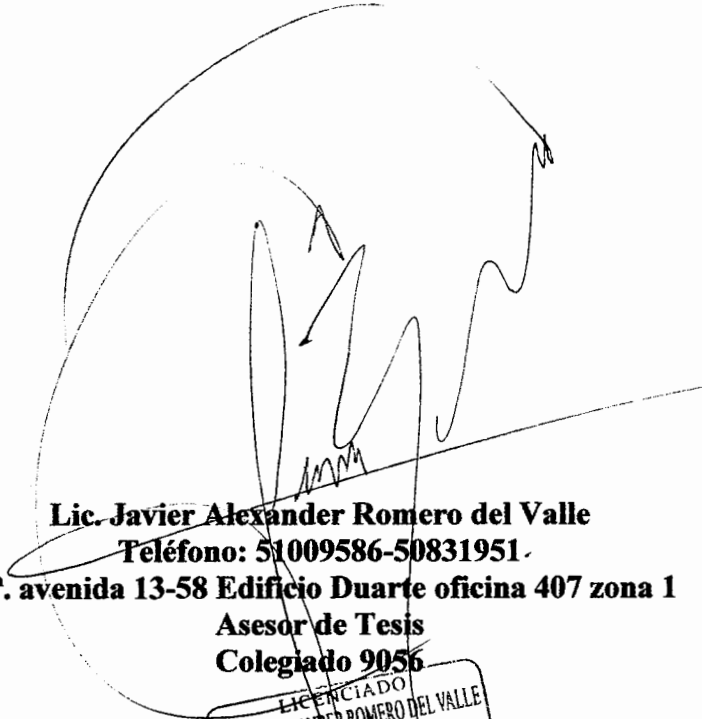
Licenciado Javier Alexander Romero del Valle
Abogado y Notario



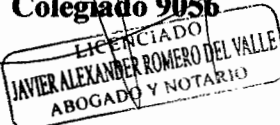
6. Por el contenido objeto de desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, la tesis se califica de importancia y valedera dentro de la asesoría prestada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y que permiten la comprobación de la hipótesis formulada, relacionada con la responsabilidad civil precontractual.
7. La bibliografía utilizada tiene relación con las citas bibliográficas y con el desarrollo de los capítulos de la tesis.

La tesis efectivamente reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.



Lic. Javier Alexander Romero del Valle
Teléfono: 51009586-50831951.
10ª. avenida 13-58 Edificio Duarte oficina 407 zona 1
Asesor de Tesis
Colegiado 9056



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, tres de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **OSCAR MÉRIDA HERNÁNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DANILO ISRAEL DE LEÓN RAMÍREZ**, Intitulado: **“RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL; GARANTÍA DE LA CONCURRENCIA DE CONTRATANTES DE BUENA FE EN TODA NEGOCIACIÓN”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

Lic. Oscar Mérida Hernández
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 26 de mayo de 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

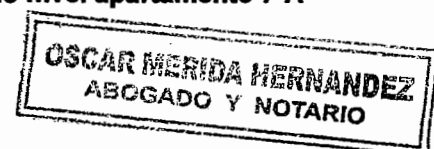


Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Le doy a conocer que procedí a la revisión de tesis del bachiller Danilo Israel de León Ramírez, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha tres de mayo del año dos mil once; intitulada: **“RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL: GARANTÍA DE LA CONCURRENCIA DE CONTRATANTES DE BUENA FE EN TODA NEGOCIACIÓN”**. Después de la revisión prestada, hago de su conocimiento:

- 1) En relación al contenido científico y técnico de la tesis, la misma es de importancia debido a que analiza y estudia jurídicamente las causas que originan el rompimiento injustificado de las tratativas preliminares y sus posibles soluciones o remedios jurídicos.
- 2) Al desarrollar la tesis se utilizaron los métodos y las técnicas de investigación adecuados. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer la importancia de la responsabilidad civil precontractual; el sintético, estableció sus consecuencias legales; el inductivo, dio a conocer sus características; y el deductivo, indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental.
- 3) En cuanto a la redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje apropiado. Los objetivos señalaron los motivos de fondo del rompimiento injustificado de las tratativas preliminares.

Avenida Reforma 10-00 zona 9 Condominio Reforma, séptimo nivel apartamento 7-A
Teléfono: 23317796



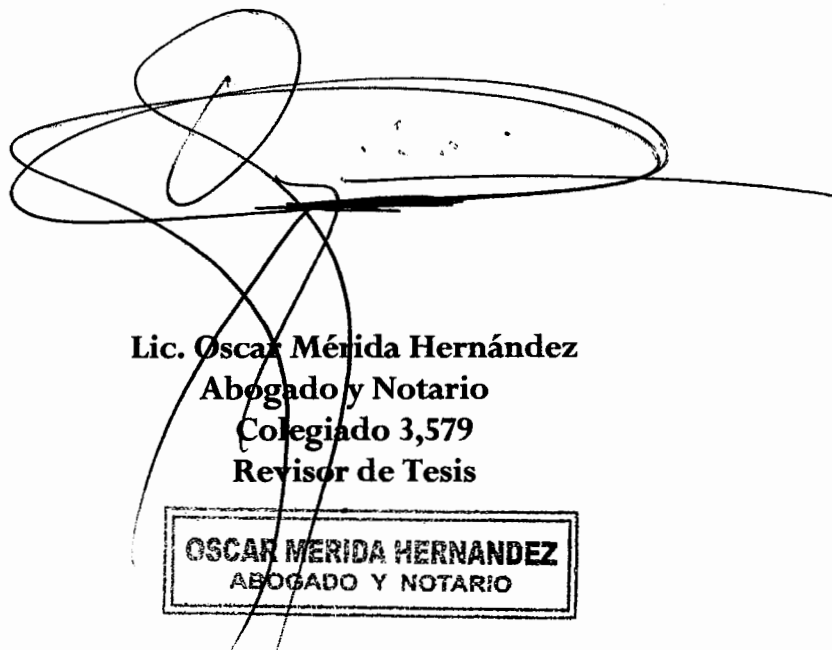


Lic. Oscar Mérida Hernández
ABOGADO Y NOTARIO

- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante, es fundamental para Guatemala, debido a que señala la responsabilidad civil precontractual.
- 5) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a señalar la importancia de la concurrencia de contratantes de buena fe en toda negociación.
- 6) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. Oscar Mérida Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3,579
Revisor de Tesis

OSCAR MERIDA HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **DANILO ISRAEL DE LEÓN RAMÍREZ**, Titulado **RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL: GARANTÍA DE LA CONCURRENCIA DE CONTRATANTES DE BUENA FE EN TODA NEGOCIACIÓN** Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

290611 PR

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Por su amor y misericordia conmigo.
- A MI PADRE: Por darme la vida y educarme.
- A MI MADRE: Por darme la vida, guiarme y protegerme, por su apoyo incondicional, sincero y por ser la fuente de inspiración principal que me permitió cumplir este sueño.
- A MIS HERMANOS: Ilsy y Ervin, por apoyarme siempre en mis sueños y acompañarme en mi vida, los quiero mucho.
- A MI ESPOSA: Leticia, por todo su amor y comprensión y por el apoyo que me ha dado en todo momento, te amo.
- A MIS SOBRINOS: Bryan y Kevin, por su compañía, paciencia y amor, los quiero mucho.
- A LAS FAMILIAS: Ramírez Urbina, Mesías Ramírez, Rosales Álvarez, Villagrán Álvarez, López Vásquez,



Peralta Ramírez, Urbina Gómez; por ayudarme a conseguir este logro y compartir esta alegría conmigo.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS: Julio Mendoza, Oscar Rubio, Miguel Ajanel, Alexis Pineda, Aroldo Barquero, Jessica Lutín, Claudia del Cid, Johan Pérez, Mirna Marroquín, Telma Cayax, Francisco Ical, Fernando Reyes, Jessica Tereque, Melisa García, Joseph Berducido, Luis Ramírez, Carlos Yoque, Vinicio Calderón, por su compañía, amistad y apoyo incondicional y creer en mí.

A LOS LICENCIADOS: Rafael Humberto Garavito Gordillo, Javier Alexander Romero del Valle y Oscar Mérida Hernández, por ser un ejemplo de honradez, trabajo, sabiduría y una fuente de apoyo y conocimientos ilimitados.

A MI PATRIA: Por darme el orgullo de ser guatemalteco.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme el honor de haber estudiado en ella y egresar con orgullo, valor y sabiduría.



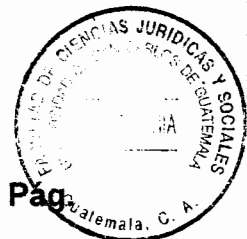
A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
por permitirme realizar mi sueño y enseñarme
todo lo necesario para desarrollarme como
profesional, con ética y honradez.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Origen y evolución de la responsabilidad civil.....	1
1.1. Época antigua.....	1
1.2. El derecho romano.....	5
1.3. El sistema francés.....	9
1.4. El common law.....	12
1.5. El Código Civil alemán.....	19
1.6. Tendencias modernas de la responsabilidad civil.....	20
1.7. Definición de responsabilidad civil.....	23
CAPÍTULO II	
2. Evolución de la responsabilidad civil precontractual y su regulación jurídica en otros ordenamientos jurídicos.....	25
2.1. Contratos.....	26
2.2. La teoría de Caspar Rudolf Von Ihering.....	29
2.3. La culpa.....	34
2.4. Las tratativas preliminares.....	37
2.5. La responsabilidad precontractual.....	41
2.6. Definición.....	44
2.7. Naturaleza jurídica.....	45



Pág.

2.8. El precontrato.....	46
--------------------------	----

CAPÍTULO III

3. El negocio jurídico.....	53
3.1. Límites a la autonomía de la voluntad.....	54
3.2. Clases de negocios jurídicos.....	55
3.3. Elementos.....	57
3.4. Ineficacia del negocio jurídico.....	60
3.5. Principios legales del negocio jurídico guatemalteco.....	65
3.6. Incumplimiento de las obligaciones en Guatemala.....	66
3.7. El contrato en la legislación guatemalteca.....	67

CAPÍTULO IV

4. La responsabilidad civil precontractual en Guatemala.....	69
4.1. Alcance del principio de buena fe dentro de las negociaciones.....	73
4.2. La responsabilidad civil precontractual y su constitución o no de una violación al principio jurídico de autonomía de la voluntad.....	76
4.3. Deberes, supuestos y remedios de la responsabilidad civil precontractual.....	77
4.4. Las tratativas preliminares no son una oferta de contrato.....	84
4.5. Las tratativas preliminares no son un precontrato.....	87



Pag.

CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

La presente tesis, surgió con la finalidad de especificar una de las principales motivaciones y la posible solución al elevado número de negociaciones que se interrumpen de manera injustificada, provocando con ello además de no lograr el perfeccionamiento del negocio jurídico pretendido, también el daño al patrimonio de la parte inculpable; que incurre en gastos en la creencia de que existen posibilidades reales de concretar el negocio.

Los objetivos, dieron a evidenciar la necesidad de regular la responsabilidad civil precontractual, procurando con ello que las entidades con iniciativa de ley y más concretamente la Universidad de San Carlos de Guatemala, en ejercicio de dicha facultad constitucional, promuevan y presenten ante el Congreso de la República de Guatemala; el proyecto de ley que proponga la creación de la responsabilidad civil precontractual. Además, la creación de esta norma jurídica tiene que reducir en forma considerable la ruptura injustificada de las negociaciones y garantizar que toda persona que inicie una negociación lo haga de buena fe y actúe durante el desarrollo de la misma, de forma que si se interrumpe, sea debido a que no existió un acuerdo real y no por que una de las partes; con su actuar irresponsable no posibilitó su concreción.

En la actualidad, no existe en Guatemala una norma jurídica encargada de la regulación o sanción del actuar de los contratantes, durante las tratativas preliminares.



La hipótesis formulada, comprobó que la creación de la responsabilidad civil precontractual, supone una disminución considerable en la ruptura injustificada de las tratativas preliminares; promoviendo que toda persona que inicie una investigación tiene que actuar de buena fe.

El primer capítulo, es referente al origen y desarrollo de la responsabilidad civil; el segundo, trata acerca del origen y la evolución de la responsabilidad civil precontractual; el tercero, señala el negocio jurídico y la autonomía de la voluntad de las partes y el cuarto, indica la responsabilidad civil precontractual en Guatemala.

Los métodos utilizados fueron: analítico, sintético, inductivo y deductivo, y los mismos se encargaron del análisis de las leyes generales y especiales que se refieren a materia del derecho civil. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, mediante las cuales se recolectó la suficiente información doctrinaria y jurídica.

Con la tesis, se busca dar un panorama más amplio de las personas que pretenden iniciar una negociación; que se dirijan dentro de la misma de buena fe y procuren en todo momento concretizar el negocio jurídico.



CAPÍTULO I

1. Origen y evolución de la responsabilidad civil

Es fundamental, el estudio del origen de la responsabilidad civil y para ello a continuación se estudia su evolución a través de la historia.

1.1. Época antigua

En el estado actual de la evolución de la historia del hombre, la responsabilidad civil y la penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Pero no siempre, el ilícito penal fue distinto del civil y las consecuencias de los hechos dañosos; fueron muy distintas según el tiempo.

En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, quizás hasta sea impropio hablar de derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas ya el ser humano, gregario por naturaleza, vivía en primitivos clanes; con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba.

El imperio de la fuerza, debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más que probable que las primeras discusiones, terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios.



Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo; y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que luego fue usado, aunque parezca extraño; para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes.

“La venganza no se nutre, como se suele decir en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la que ocurrir”.¹

La venganza como sistema, tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad. Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio.

Posteriormente, se produce un gran avance jurídico, en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado.

Se conoce como la Ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las Leyes de Manú y la Ley de Moisés y se resume en la conocida frase de ojo por ojo,

¹ López Herrera, Edgardo. **Introducción a la responsabilidad civil**, pág. 4.

diente por diente. La Ley del Tali3n establecía, que no podía devolverse al ofensor o delincuente un mal mayor que el inferido a su victima.²

El Tali3n fue tan importante que se dice que: "Ha significado para el mundo jurídicoo, una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad; el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños, es igual a limitar la venganza a una pieza concreta del organismo social vulnerador, sustraída a la elección del vengador, por cuanto está determinada por su acción; y conlleva a reconocer una madurez intelectual y una valoración trascendente del hombre."³

Así por ejemplo, en el Código de Hammurabi se exigía que si un hombre robaba una oveja, o un cerdo de un templo o palacio pagaría treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor, o por ejemplo si un mercader era engañado por su agente, quien le negaba haber recibido la mercadería enviada; sería indemnizado con seis veces el valor de los bienes.

En la Biblia en el libro del Éxodo 21:37, se encuentra un ejemplo de la Ley de Tali3n, ya que se establece lo siguiente: "Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja". Asimismo en el libro de Deuteronomio 24:16, establece: "No serán ejecutados los padres por las culpas

² De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**, pág. 15.

³ Martínez Sarri3n, Angel. **La evolución del derecho de daños**, pág. 23.



de los hijos ni los hijos por las culpas de los padres; cada uno será ejecutado por su propio pecado.”

Tiempo más tarde, los hombres advirtieron que el sistema del talión no era el mejor; sobre todo porque a la víctima de nada le servía devolver el mismo mal al ofensor. Si había quedado ciego, al cegar al ofensor seguía estando ciego; y en ese momento se pensó que en algunos casos debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes.

En el primitivo derecho germano, también sucedió lo mismo aunque en el medio se legislaron ciertas penas degradantes, como cortar el cabello o marcar señales de fuego en la frente; someter a burlas o arrojar al causante al río cargado con piedras o con un perro a sus espaldas. Como estas penas debían ejercer una gran presión social, se permitía redimir las con dinero.

Luego la autoridad fijó los valores y se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglada, no permitiéndose ya la opción. El *quantum*, de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes; sino que era fijado por un órgano superior. Así, fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado, debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados.



1.2. El derecho romano

El principal aporte del Imperio Romano a la humanidad en materia jurídica, es el derecho romano, esto porque se considera que la identidad cultural de Occidente; se estructura en tres pilares básicos: la filosofía griega, la religión judeocristiana y el derecho romano.

En el primitivo derecho romano, en la Ley de las XII Tablas, también se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: por ejemplo, el incumplimiento de una parte de su promesa; obligaba a quién incumplía a pagar el doble.

Una víctima de usura, podía recibir de un individuo el cuádruple de la cantidad del interés usurario en la medida del exceso permitido. En el caso del depositario infiel, debía indemnizarse el doble del valor depositado.

La Ley Aquilia, es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana, como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual, debiendo su nombre al tribuno Aquilio; quien realizó el plebiscito.

La misma, era una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer un derecho; para causar al responsable los mismos daños



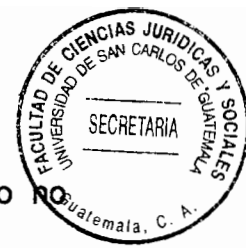
económicos sufridos. En otras palabras era un talión económico, lo cual también era un gran avance.

Esta ley constaba de tres capítulos, siendo los más importantes el primero y el tercero, ya que el segundo; cayó pronto en desuso. El primer capítulo, establecía: que quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o a una res, fuera condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año. El tercer capítulo establecía: respecto de las demás cosas, fuera del esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiese quemado, quebrado o roto injustamente, fuera condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta días próximos. Tanto en el primer capítulo, como en el tercero la palabra que se destaca es injusto o injusticia.

Por injusticia; se debe entender: "No como cualquier clase de ofensa, como respecto a la acción de injurias sino lo que se hizo en desacuerdo con el derecho, esto es contra el derecho, es decir, si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones, pero habrá dos estimaciones, una la del daño; otra la de la ofensa. De ahí que se entiende por injuria, el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar."⁴

Las vías procesales de hacer valer los derechos de la Ley Aquilia, eran las acciones útiles y las acciones *in factum*. Esta última acción, la concedía el pretor en ejercicio de

⁴ López. **Ob. Cit**, pág. 7.



su *imperium* o poder, aunque no se encontraran garantizadas en su edicto o ~~NO~~ coincidieran con las palabras exactas de la ley; pero correspondían en vista a las particularidades del caso. Por medio de las acciones útiles, se extendió la acción a personas ajenas al propietario. Se observa, salvando las distancias, una similitud en la concesión de las acciones *in factum*; con la concesión de acciones de equidad.

“El panorama de los tipos de daños intencionales, que reconocía el derecho romano puede ser resumido del siguiente modo: 1. *Damnum iniuria datum*: comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debían suceder por un hecho contrario a derecho. Si bien en un principio se admitía únicamente para daños intencionales, luego se amplió para hechos culposos; 2. Lesiones corporales y muerte de una persona: el Digesto en un texto de Ulpiano, dice que se reconoce acción a la persona libre, y no sólo al esclavo como en un principio, porque nadie es dueño de sus miembros; 3. Daños causados por animales: los daños que causaban los animales, no estaban reconocidos únicamente por la ley Aquilia. Ya la ley de las Doce Tablas, que se deroga casualmente por la ley Aquilia, regulaba los daños causados por los cuadrúpedos, ordenando entregar el animal que causó el daño u ofreciendo la estimación del daño; 4. Dolo: como la ley Aquilia sólo concedía acción en los casos de daños al cuerpo, los demás perjuicios sólo obligaban al autor del daño en caso de dolo, aunque tampoco se fijó con carácter general el principio de que todo daño causado con dolo debe ser reparado; 5. Injuria: esta acción tenía por objeto una pena privada, para un gran número de casos como en



algunos ataques al honor o la personalidad; pena que se medía en relación con el perjuicio experimentado.”⁵

Sin embargo y pese a todo el bagaje legislativo y doctrinario heredado del Imperio Romano, no puede decirse con propiedad; que los romanos hayan establecido un principio general de responsabilidad.

Los casos particulares que surgían se trataban uno a uno, decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño, podría exigir ésta o aquella suma, es decir se trataba de un sistema de tipicidad de daños. En lo que interesa destacar a los romanos, quienes también delinearón los conceptos de acto ilícito y reparación integral.

Cuando tiene lugar la caída de Roma y se produce en Europa lo que se conoce como el oscurantismo de los textos romanos, se pierden durante siglos y son redescubiertos en el siglo XI, en que comienzan a ser estudiados; coincidiendo este descubrimiento con la fundación de la primera universidad en Bolonia en 1088; desde donde se empieza a interpretar y comentar estos textos.

Los primeros comentaristas, además de realizar las correspondientes anotaciones a los casos que discutían, comenzaron a sintetizar sus discusiones en frases cortas, que son conocidas como glosas, de ahí el nombre de estos primeros comentaristas como glosadores; siendo los más conocidos Bartolo y Baldo.

⁵ Díez Picazo, Luis. **Derecho de daños**, pág. 66.



Uno de los puntos más interesantes de este período es el intento por reelaborar la Ley Aquilia, despojándola de su carácter penal; también se comienza a limitar la indemnización de los daños al perjuicio o mal efectivamente sufrido.

En la Edad Media, también se nota la influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico y en lo tocante a la responsabilidad civil, se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado; por lo que la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante.

Así, con posterioridad a los glosadores hace su aparición la escuela del derecho natural, que produce una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses; quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa.

1.3. El sistema francés

El gran mérito de los juristas franceses, fue haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, por lo tanto, estuvieron en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil, apoyándose en las teorías de los jurisconsultos romanos consiguieron; así consiguieron un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar. A partir de ese momento, ha surgido la responsabilidad civil; con existencia propia.



“A su vez el derecho francés, otorga a la culpa el lugar de elemento de la responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano; en el que la injuria implicaba la culpa.”⁶

Este lugar preeminente que ocupa la culpa hasta nuestros días, se justificó en ese momento en dos hechos. En primer lugar, la culpa es la expresión jurídica del principio económico del *laissez faire*, que consistía en la idea de que el Estado no debía intervenir en la actividad económica y además cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento; el dogma de la libertad contractual y de los absolutos poderes del propietario. En segundo lugar, el acogimiento que con especial delectación ha dispensado la sociedad a la culpa; se ha debido a que ha constituido una noción arrebatada por el derecho a la moral. Culpa significa en el ámbito social, lo que traduce el pecado en el moral. La culpa es, por consiguiente: “Un acto configurado como una mancha, que justifica la sanción y crea una responsabilidad.”⁷

La Revolución Francesa no sólo marca el fin de la monarquía, no es un mero cambio de sistema, sino también constituye el triunfo del Iluminismo, es decir el triunfo de la razón por sobre todas las cosas; y la ilusión del hombre de poder dominar y conocer todo. Esta corriente de pensamiento, tuvo en la enciclopedia su correlato científico y en la codificación el jurídico y no hace falta decir, que entre los códigos dictados por la Revolución Francesa; el Código Civil es el más importante. El Código Civil Francés

⁶ Bustamante, Jorge Eduardo. **Análisis económico de la responsabilidad civil**, pág. 45.

⁷ Martínez. **Ob. Cit.**, pág. 41.

tiene las siguientes características en cuanto a la responsabilidad extracontractual, en los Artículos 1382 al 1386, se establece entre otras cosas lo siguiente:

- a) La obligación general de responder por el daño causado a otro.
- b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa, no hay responsabilidad sin culpa.
- c) La culpa tanto puede ser intencional, como por simple negligencia o imprudencia.
- d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones.
- e) Sin daño no hay responsabilidad civil.
- f) La obligación de responder, es una sanción resarcitoria y no represiva del daño causado.

En cuanto a la responsabilidad contractual, el Código Civil Francés en los Artículos 1137, 1147 y 1148, establece cuales son los principios que la regulan; siendo estos:

- a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios, que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación.



- b) El incumplimiento de la obligación, importa la presunción de culpa del deudor.
- c) La culpa se juzga en abstracto.
- d) No existe graduación de la culpa, en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor.

A la enumeración anterior, cabe recalcar que el Código Civil Francés, no menciona la posibilidad de reparar el daño moral; ni en forma extracontractual ni contractual. También se tiene que resaltar que en la ley citada, no se menciona a la ilicitud como requisito para la responsabilidad. Al definir el Código Civil Francés, se puede señalar que es un sistema de atipicidad del ilícito o con cláusula abierta; centrado en la culpa y con dualidad de regímenes contractual y extracontractual.

1.4. El common law

Al igual que el derecho romano, el primitivo derecho inglés estaba lleno de formalismos. Una persona que tuviera derecho, denominada acción de causa, debía obtener por parte del rey, algo parecido a la acción que solicitaba al pretor años atrás; en el derecho romano.

El writ en los primeros tiempos consistía, previo pago de una suma de dinero en la cancillería, en una orden del rey a un funcionario local; para que hiciera respetar el derecho de la persona que había solicitado el writ. En un primer tiempo, el derecho se



establecía con una causa de acción y el remedio con un writ, lo cual cambió más adelante cuando por la lucha entre el parlamento y la corona; los writs se restringieron. Los principales, que se desarrollan en el Siglo XIII son dos: trespass y case. El trespass, equivalía probablemente al concepto romano de injuria. En ambos casos se trataba de figuras netamente penales, porque se requería que la conducta fuese directa e intencional; las conductas culposas todavía no tenían cabida en el sistema. Ambas tenían por objeto restablecer la paz del Rey, impidiendo todo comportamiento que pudiera provocar venganza.

El trespass u ofensa, era el remedio para todos los daños directos, inmediatos y causados por la fuerza a la víctima ya sea en su persona, que luego se subdivide en assault y battery.

“El trespass to persons se subdividió en tres clases:

1. Battery: que era el uso de la fuerza contra otra persona, cualquiera fuera el instrumento.
2. Assault: que consistía en la acción destinada a cometer battery, figura muy parecida a la amenaza.



3. False imprisonment: encuadran en esta figura, cualquier situación por la que se priva de la libertad a una persona; aunque sea temporalmente sin tener una causa válida.”⁸

“El *trespass to land* consistía en la injustificada intrusión en la propiedad de otra persona, aunque no se causara daño. El *case* o *trespass on the case*, fue una figura que se desarrolló como un remedio para aquellas situaciones que no entraran en la peyorativa categoría del *trespass*; pero que al haber sufrido un daño debiera encontrarse una solución justa.”⁹

La primitiva distinción fue que constituía *trespass*, si el acto era consecuencia directa de la fuerza del demandado; y *case* si era el resultado de una omisión o de un acto que no fuera la inmediata consecuencia del acto.

La principal distinción que existía entre las dos figuras era que el *trespass*, no requería prueba del daño; porque éstos se presumían como consecuencia necesaria y directa del ilícito. En cambio para que procediera el *case*, era necesaria la prueba de los daños reales, la razón de esta no es su exigencia sino el carácter penal del *trespass*, ya que se pensaba que la fuerza aplicada en las intrusiones aunque no causaran un daño real o demostrable; sí podían generar un resentimiento que era socialmente más conveniente evitar.

⁸ Fleming, Juan. *La ley*, pág. 33.

⁹ *Ibid*, pág. 21.



La segunda gran distinción, relacionada con el anterior párrafo es que en el *trespass* la intrusión o turbación se consideraba ilegítima, estando a cargo del demandado probar una causa de justificación; como podía ser la defensa propia o el estado de necesidad. En otras palabras, existía una presunción de ilegalidad que facilitaba las cosas al actor.

El *case*, en cambio, imponía al actor la prueba de la intención ilegal o la negligencia de parte del demandado. Más tarde, tiene lugar un proceso de asociación de actos intencionales con el *trespass* y actos negligentes con el *case*. También, en un estadio posterior y en virtud de un refinamiento de la sensibilidad jurídica; el *common law* comienza a distinguir entre tutela penal y civil.

Cuando hacen su aparición las felonies para delitos intencionales y las misdemeanors para delitos menores y culposos, estas figuras netamente penales desplazan al *trespass* que se convierte en un *tort* civil.

Sin embargo la separación nunca fue total y aún hasta la época actual, algunos *torts* también subsisten como delitos penales como la conspiración. También, hay *torts* que no siempre requieren prueba efectiva del daño; como la difamación.

Al igual que en el *civil law*, en el *common law*, derecho penal y derecho civil no estuvieron separados al principio, el proceso de separación fue lento y en el *common law*, crea una rama llamada *the law of torts*, y en el *civil law* nace la responsabilidad civil o como lo dice una expresión más moderna; el derecho de daños.



Sin embargo: "La relación entre responsabilidad civil y penal, en una expresión que vale para ambos sistemas jurídicos, era casi edípica, porque requería la comisión de un hecho ilícito para que procediera la responsabilidad civil; que en un primer momento tenía la indisimulada función de castigar a quien cometía un ilícito civil."¹⁰

- a) El concepto de tort, es el que en sentido amplio the law of torts designa en el common law, a una rama del derecho que sería equivalente al derecho de daños; aunque con la salvedad de que no incluye los daños contractuales. Etimológicamente tort deriva del latín tortus, que vendría a significar algo así como torcido y que tiene una raíz parecida a la palabra castellana entuerto; que no se usa prácticamente en el lenguaje jurídico. Primero, esta palabra pasó al francés y de ahí al inglés llevada por los normandos que conquistaron Inglaterra.

Los autores norteamericanos, todavía no se han puesto de acuerdo en una definición comprensiva de todo lo que es un tort. Algunos, por ejemplo luego de expresar lo difícil que es llegar a una definición dicen: "En sentido amplio, un tort es un ilícito civil (civil wrong), distinto del incumplimiento contractual, para el cual el tribunal proveerá un remedio en la forma de una acción para el pago de daños."¹¹

La definición incluye otra palabra, que también presenta sus problemas a la hora de encontrar un equivalente en lenguaje jurídico como es wrong; equivocado o erróneo. Es

¹⁰ *Ibid*, pág. 61.

¹¹ *Ibid*, pág. 3.



decir, que los torts tienen un carácter residual muy grande en el que no se incluyen los daños causados por incumplimiento contractual.

Los torts se dividen en tres grandes grupos, los intentional torts, que son la categoría primigenia; los negligence torts, de notable expansión; y los strict liability torts, también de muy importante crecimiento.

Sobre los primeros, los intentional torts, es importante señalar la existencia de que se requiere intención de dañar; llamada normalmente malicia. Por ahora basta decir que estos torts, son los que normalmente dan nacimiento a las condenas por daños punitivos.

El tort de negligence, cuyo antecedente más inmediato es el case, alcanzó una notable expansión sobre todo después de la revolución industrial, en que facilitó el desarrollo del maquinismo; la urbanización y el tráfico en las rutas y autopistas. Los nuevos riesgos que aparecían, era imposible confrontarlos con los arcaicos remedios de los viejos torts. La forma de no impedir el desarrollo y brindar una respuesta adecuada, la encontraron los jueces en el ajuste de la negligence, y con el axioma no hay responsabilidad sin culpa; al igual que lo que había sucedido en Francia.



La regla de la responsabilidad por culpa: “Es la que mejor servía a la hipocresía de la sociedad victoriana, porque protegía a las industrias nacientes con un débil mercado asegurador.”¹²

La regla de la culpa tuvo un doble significado, no sólo significaba que si se incurría en culpa se debía pagar, era también entendido que si no se incurría en culpa no se pagara.

En Inglaterra la negligencia como principio general de daños, fue reconocida con el famoso fallo del juicio de la House of Lords Donoghue contra Stevenson. Antes de ese fallo, la responsabilidad civil por negligencia sólo tenía lugar en muy aislados casos.

Finalmente, es importante señalar aquí la regla de responsabilidad que se conoce como strict liability; y que se traduce como responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. La regla surge, de la teoría de que una persona, es responsable si en el uso no natural de su tierra, acumula cualquier cosa factible de causar daño si se produce un escape. La aplicación del nuevo factor, no fue bien recibida de inmediato por los tribunales, pero al final terminó por imponerse y es que en la individualista y liberal sociedad de la época no sonaba bien que se debiera responder aunque se fuera inocente; como había sido siempre hasta el advenimiento de la regla no hay responsabilidad sin culpa.

¹² Martínez. *Ob.Cit.*, pág. 504.



1.5. El Código Civil alemán

“El Código Civil alemán siguió una evolución distinta, frente al Código Civil Francés porque sus juristas, primero con la escuela histórica y luego con la pandectística, discuten en nombre de una rigurosa interpretación de los textos romanos y de un rechazo de las deformaciones que en ellos había introducido el derecho común, la generalización de la responsabilidad por culpa que el iusnaturalismo había llevado a sus consecuencias más extremas.”¹³.

Lo más sobresaliente del Código Civil alemán en lo tocante a la reparación de actos ilícitos Es: 1. No existe una cláusula general de responsabilidad por culpa como en el sistema francés. De acuerdo al Artículo 823, se deben indemnizar aquellos daños causados en forma antijurídica, con dolo o culpa, pero que afecten la vida, el cuerpo, la salud, la libertad; la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona. Es un sistema muy cercano a la tipicidad, los derechos mencionados son los que se entienden como absolutos, es decir existe una gran restricción; a pesar de que jurisprudencialmente se haya atenuado el rigor primitivo del código; 2. Existe de acuerdo al Artículo 826 un principio de responsabilidad general por dolo, tal como ya habían descubierto los romanos y que establece que quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres; está obligado para con él a la indemnización del daño. No sólo el daño debe ser doloso, sino además atentatorio contra las buenas costumbres; 3. El daño moral también es muy limitado. Según el

¹³ Díez Picazo, Luis. *Ob. Cit.* Pág. 88.



Artículo 847, en el caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en el caso de privación de libertad, el perjudicado puede exigir también una indemnización equitativa en dinero; a causa del daño que no sea daño patrimonial. La pretensión, no es transmisible y no pasa a los herederos; a no ser que haya sido reconocida por contrato o que se haya convertido ya en litis.

Las razones de esta reglamentación fuertemente individualista y restrictiva con la víctima, no sólo se explican por razones jurídicas, sino porque al igual que en el common law, y en el derecho francés; el objetivo: "Era impedir que resultara extraordinariamente gravoso para el capitalismo, todavía incipiente en Alemania en el final del siglo, un sistema de responsabilidad que fuera especialmente riguroso."¹⁴

Otros autores también coinciden en que el liberalismo político y económico, ejercieron fuerte influencia en la redacción del código y que la protección de la propiedad y la del patrimonio predominó ampliamente sobre la idea de la reparación; de la compensación y de la intimidación.

1.6. Tendencias modernas de la responsabilidad civil

Pueden distinguirse en Occidente, tres sistemas o tres etapas de responsabilidad civil. El punto de partida de esta clasificación es la codificación civil francesa, que en el

¹⁴ *Ibid*, pág. 31.



Artículo 1382 sienta el principio de que no hay responsabilidad sin culpa; y hace surgir el primer modelo.

En este primer modelo lo que predomina es la culpa, la responsabilidad individual, con el acento puesto en el sujeto dañador y no en la víctima: “La responsabilidad civil, no logra desembarazarse todavía de su dependencia del derecho penal, y es vista como subsidiaria de aquella en una relación edípica.”¹⁵

Las características de esta etapa, fueron el predominio de la función punitiva de la responsabilidad civil porque el acento no está puesto ni en la compensación de la víctima ni en la prevención de los ilícitos; por eso también la preeminencia de la culpa es casi absoluta. Hay asimismo una marcada tipicidad, sobre todo en el common law y en el derecho alemán, porque solo se responde si se ha cometido un ilícito; requisito que con el tiempo se fue mitigando hasta desaparecer.

El daño moral al igual que la responsabilidad objetiva prácticamente no existen, se reparan casi exclusivamente los daños patrimoniales. La noción del consumidor y del productor de bienes masivos con sus respectivos derechos y obligaciones, es completamente desconocida y cuando existe; es considerada como una responsabilidad derivada del contrato entre vendedor y comprador.

¹⁵ **Ibid**, pág. 61.



El surgimiento del segundo modelo, se da alrededor de 1920 y se considera que finaliza aproximadamente en 1970. Tres fallos de jueces del common law, son los hitos de esta etapa, produciendo que la responsabilidad del productor se extienda aún a favor de aquellos con quienes no hubiere contratado y el factor de atribución; deja de ser la culpa y pasa a ser la responsabilidad objetiva.

El acento en este segundo modelo, ya no está puesto en el victimario a quien hay que encontrar culpable, sino en la facilitación de la indemnización a la víctima a quien se considera inocente. La doctrina de la responsabilidad objetiva surge precisamente, para que quien está en mejores condiciones de prevenir el daño y de indemnizar así lo haga. De la tipicidad del primer modelo, se pasa a una interpretación flexible de la ilicitud. Así surge en Italia el concepto del daño injusto y de las situaciones merecedoras de tutela que ensanchan el campo de lo resarcible, reconociendo nuevos derechos a ser tenidos en cuenta a la hora de reparar.

El imperio monopólico que tenía la responsabilidad subjetiva, cede gran parte de su terreno a la responsabilidad objetiva. Culpa y responsabilidad objetiva, pasan a convivir en un sistema que cobija a ambas según sea el tipo de actividad que cause los daños. Al no estar tan puesto el énfasis en la búsqueda de culpables, sino de responsables que indemnicen a sus víctimas, la función compensatoria pasa a primer plano al igual que la función disuasoria.

El tercer modelo, está en construcción todavía y sus primeras manifestaciones conviven con el primero y el segundo. Esta nueva etapa, se caracteriza por que surgen intentos



de superación de las reglas de responsabilidad subjetiva con la traslación de los costos a la sociedad o a los propios usuarios mediante un seguro, lo que se llamaría fraccionamiento de riesgos o la creación de fondos específicos; que en algunos casos son financiados por impuestos o por tasas de los usuarios.

Esta técnica de dispersión de riesgos sucede de varias maneras, con la seguridad social cubre la indemnización de casi todos los accidentes de la vida cotidiana; o en cambio, mediante una tasa que se fija por habitante el estado ha tomado a su cargo la indemnización de ciertos daños. Otro caso de un fondo creado en otros países y que da muestra de esta nueva tendencia es el daño criminal; de Inglaterra que prevé indemnizaciones tarifadas para víctimas de delitos violentos mediante un procedimiento administrativo. Es un sistema que ante todo pretende reducir los litigios mediante la indemnización, con fuertes sanciones disuasorias a las compañías; sin excusas prácticamente a las víctimas.

1.7. Definición de responsabilidad civil

“La responsabilidad civil es el deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado. Cuando dicha reparación consiste en una indemnización o resarcimiento de carácter económico, existe responsabilidad civil. La responsabilidad civil no tiene la finalidad de sancionar a nadie, sino simplemente determinar si la persona demandada debe compensar económicamente a quién haya sufrido algún tipo de daño”.¹⁶

¹⁶ Bustamante. **Ob. Cit.**, pág. 58.



“Es la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que lo excuse de ello”.¹⁷

¹⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 193.



CAPÍTULO II

2. Evolución de la responsabilidad civil precontractual y su regulación jurídica en otros ordenamientos jurídicos

Para encontrar el origen de la responsabilidad civil precontractual, es importante remontarse a la época clásica del derecho romano, en la cual se le denominó responsabilidad del delito, sancionada por la acción por dolo, que consistía en conceder a la parte cumplidora, acción para reclamar a la otra parte el resarcimiento del daño; causado por el cumplimiento tardío o incumplimiento de la contraprestación a su cargo.

Posteriormente durante la época de Justiniano, se reemplaza la *actio doli* extracontractual, por la *actio bonae fidei* contractual o acción de buena fe contractual, a causa de una extensión del *iudicium bonae fidei* o juicio de buena fe, a la etapa preparatoria del contrato, efecto propio de una época en que estas interpretaciones tendieron a un abandono del derecho adjetivo; para ampliar su interpretación a la esfera sustantiva de las relaciones jurídicas.

La jurisprudencia clásica procedió a amplificar la acción sobre el contrato, del juicio de buena fe, a quién hubiese sufrido un daño por conducta desleal en los tratos preliminares. Para los juristas clásicos, si se trataba de un venta de *res extra commercium*, otorgaba protección al comprador de buena fe que hubiese pagado el precio mediante una serie de remedios: acción de enriquecimiento o el expediente en las acciones de hecho.

La motivación real de los romanos, era tutelar el procedimiento recto de contratación, encaminando las citadas acciones a restaurar el equilibrio patrimonial; perdido al celebrarse una compra venta con objeto de ilícito comercio.

Así, para la mayoría de la doctrina actual el requisito de la buena fe precontractual, es algo exigible desde Roma con similar solidez que en un contrato y posterior a él.

La jurisprudencia romana paulatinamente fue tipificando aplicaciones concretas de las *bona fides*, hasta crear un régimen jurídico permanente aplicable a todas estas relaciones; sin perjuicio de la libertad del juez para apreciar el caso concreto.

Es decir, que todo comportamiento precontractual y contractual de las partes cumplido desde luego con dolo o con culpa, era considerado contrario a la buena fe; y el responsable podía ser condenado por dicha acción.

2.1. Contratos

Paralelamente con los primeros indicios de responsabilidad civil precontractual, el derecho romano inicio con la regularización de los contratos, también denominados pactos, configurándolos como un acuerdo de voluntades, pero ellos no generaban ningún efecto inmediato, ellos no producían obligación ni daban acción para cumplir lo pactado, en cambio la defensa era sólo por vía de excepción; el demandado sólo podía oponer la existencia del pacto.



Posteriormente los pactos lograron llegar a tener acción, es el caso de los pactos añadidos a un contrato como complementarios al mismo, los *pacta pretoria* o pactos tipificados por el pretor y los *pacta legitima* o pacto a los cuales los emperadores concedieron acción especial.

No hay, entonces, una clara identificación histórica entre el acuerdo de voluntades y el contrato. El pacto, que puede ser verbal o escrito, cumple la función de que las partes puedan desarrollar sus intenciones y los tratos preliminares; sin temor a conflictos acerca del momento de conclusión del contrato y de la naturaleza de sus relaciones. Así, el pacto opera en un campo de intereses comunes a ambas partes, o a una de ellas; como en el caso de que se tenga escasa confianza en la palabra de la otra persona.

Su función, entonces, está profundamente relacionada con la cuestión del nacimiento del contrato. La precisión de común acuerdo de un requisito formal, para la conclusión de un determinado contrato o acto futuro que beneficia a las partes; sobre todo cuanto el acuerdo puede ser alcanzado sólo después de largos tratos.

“El contrato pasa a ser entonces, y sólo luego de una larga evolución, la piedra angular del derecho hasta el punto que se llegó a afirmar que donde acaba el contrato; acaba también el derecho y comienza la arbitrariedad. Es tanto el respeto que se tiene al contrato, que se entenderá todo atentado al mismo como uno a la libertad de las

personas.”¹⁸



Este respeto por el contrato, no incide en la actualidad de manera dramática.

Así, todavía conforme al principio de autonomía de la voluntad para negociar y fijar el contenido del contrato, se encuentra esa voluntad individual presente tanto en los principios europeos de los contratos, elaborados por el grupo de trabajo dirigido por el profesor danés Ole Lando y en el Anteproyecto del código europeo de contratos, efectuado en la academia de iusprivatistas europeos de Pavía.

En dichos cuerpos normativos, se considera que las partes son libres para iniciar sus negociaciones con el fin de celebrar un contrato; sin que concurra por ello la obligación de conseguir un acuerdo.

En los principios europeos de los contratos, este principio de negociar de buena fe aparece hoy como generalmente admitido y tiene una consagración expresa en el Artículo 2301, el cual establece: “Cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad”, y complementado por el Artículo 1201 del mismo cuerpo normativo, en los cuales se expresa que las partes son libres para negociar y no llegar a un acuerdo, pero consideran contrario a la buena fe y a la lealtad de los tratos el que una de las partes inicie o continúe unas negociaciones sin intención real de llegar a un acuerdo; cualquiera que hayan sido las motivaciones que les hayan impulsado a iniciar

¹⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo. **Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato**, pág. 13.



esas aparentes negociaciones o a continuarlas.

2.2. La teoría de Caspar Rudolf Von Ihering

“Las tratativas estarían compuestas de actos, diálogos, reuniones, y otros, que en conjunto integran la etapa *in contrahendo*. La doctrina alemana llama a estas manifestaciones de negociación preliminar contrato social”.¹⁹

Se ha señalado también, que al comenzar a negociar un contrato las partes consienten en implicarse en una efectiva relación de confianza. Sin embargo, es importante preguntarse de dónde ha nacido esta idea de los deberes precontractuales y cómo es que su infracción puede llevar a indemnización de daños.

“Es desde esta doctrina que se reconoce la existencia de deberes precontractuales que derivan de una relación obligatoria de carácter legal, cuya infracción se sanciona según las normas contractuales, reconociéndoseles el carácter de costumbre jurídica y en cuyo planteamiento resultó decisivo el trabajo de Ihering de 1861”.²⁰

“Ihering sin embargo, gracias a su brillante fantasía, tan intuitiva como constructora y su sentido para la concreción de las soluciones jurídicas, enriqueció primeramente la dogmática con descubrimientos decisivos como la culpa *in contrahendo* y al mismo

¹⁹ *Ibid*, pág. 15.

²⁰ *Ibid*, pág. 19.



tiempo describió y elogió el arte de la construcción jurídica como la jurisprudencia más elevada; una descripción que ha sido igualmente fecunda tanto por la ingenuidad como por la productividad del método histórico-natural del positivismo científico. Con el mismo talento describió de modo sumamente sugestivo en los primeros volúmenes e impresiones del espíritu del derecho romano, el sistema de los juristas romanos”.²¹

Ihering en su obra *Culpa in Contrahendo* de 1861, analizó el caso en el que una persona solicitó el envío de cien libras de un producto determinado y que al confundir el signo de libra con el de quintal, recibió una cantidad muy superior a la que deseaba solicitar. El contrato era por lo tanto, nulo, por adolecer de error esencial, pero Ihering planteaba la interrogante de quién debía afrontar los gastos de embalaje y expedición generados.

La doctrina alemana tradicional no encontraba una respuesta para el problema planteado, pues el vendedor dañado que había confiado en la validez del contrato, veía defraudados sus intereses y carecía de acción contractual para hacer la reclamación, ya que el contrato era nulo y de acción extracontractual por que el caso no encajaba en ningún supuesto de la Ley Aquilia, que regulaba las acciones que tenían las partes derivadas de los contratos y su incumplimiento. “Concluyó, que dado que había una culpa cometida en el período previo al perfeccionamiento del contrato y puesto que ésta era generadora de un daño, podía denominarse a esta situación como culpa in

²¹ *Ibid*, pág. 409.



contrahendo”.²²

Encontró apoyo para tal afirmación en determinados casos particulares del *corpus iuris civilis*, en los que se contemplaba la venta de res extra commercium y de una herencia inexistente, cuando el vendedor no informaba al comprador de la imposibilidad de la enajenación por la inexistencia del objeto. En estos casos, dado el régimen clásico de tipicidad de acciones, se consideraba que el contratante perjudicado disponía de una acción contractual, la *actio empti*, era la acción que tenía el comprador, contra quien conocía o pudo conocer las circunstancias que imposibilitaban la validez del contrato para reclamarle.

En consecuencia, el autor alemán, afirmaba que quien incurría en la culpa susceptible de provocar la nulidad del contrato, debía indemnizar a la contraparte los daños sufridos; hallándose el fundamento de tal responsabilidad en el propio contrato.

Esta tesis de Ihering, se podría rebatir señalando que si existe un pretendido contrato nulo que no ha nacido a la vida del derecho y en consecuencia; no ha nacido obligación alguna y menos la de indemnizar daños y perjuicios. A esto responde Jhering, afirmando que aun cuando es cierto que la nulidad de un contrato trae consigo la no producción de efectos, el otorgamiento por los textos romanos de una *actio empti* demuestra que el contrato ha producido algunos efectos, es decir la expresión nulidad, correctamente empleada, no puede tener sino un sentido restringido, que no designa la

²² *Ibid*, pág. 112.



ausencia de todos los efectos; sino solamente de algunos. El fin de todo contrato es la ejecución, su efecto, por tanto, consiste en la producción de una obligación de ejecutar, pero si a causa de la falta de una condición necesaria, este efecto queda excluido, es decir el fin verdadero del contrato falta, este contrato es nulo, por lo que se determinan las nociones de validez y de nulidad según el fin principal del contrato. Pero esto, no impide que el contrato no pueda producir obligaciones de otra especie, tanto más cuando éstas no se dirigen a la ejecución sino por ejemplo a la restitución de la cosa donada, las arras; los daños y perjuicios.

El hecho de que la cosa, tenga la cualidad de extra commercium excluye necesariamente la posibilidad de ejecución; pero no la de otra obligación derivada de este contrato. Las partes han consentido concurriendo a todas las demás condiciones del contrato a excepción de la capacidad del objeto, y entonces surge la interrogante del motivo por el cual este contrato no puede producir entre las partes una obligación; desde el momento en que ésta no tiene por objeto la prestación del objeto mismo. La respuesta a esta pregunta, se produce gracias a esta influencia, ya que si una parte da a la otra posibilidad de incidir sobre sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o se los fía, con el propósito de crear una relación contractual, puede surgir una obligación. La relación obligatoria puede, en función de su contenido, obligar a cada parte a la consideración de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte.

Además el Artículo 284 del Código Prusiano de 1794 establece entre otras cosas, que tanto en las conversaciones preliminares y al concluir el contrato, cada uno de los que en él interviene está obligado a conducirse con aquella diligencia, consideración y

buena fe, a la otra parte. Esta idea jurídica que en la ley ha hallado sólo defectuosa expresión en algunas disposiciones particulares, ha ido desarrollándose en la doctrina y en la 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.

El Código Civil Alemán de 1900, tras la reforma introducida por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, del 16 de noviembre de 2001, consagra la normativa de *culpa in contrahendo*.

La relación precontractual implica, sin duda alguna, deberes que de acuerdo a la normativa del Código Civil Alemán, son una relación obligatoria entre los futuros contratantes. Es por esa razón que la ordenación legislativa alemana, regula la culpa in contrahendo en forma separada del contrato.

El legislador alemán distingue así las dos figuras, una cosa es el contrato y otra la responsabilidad originada por quiebre injustificado o intempestivo de los tratos, habiéndose incurrido por la parte dañada en gastos o desembolsos de distinta naturaleza.

La solución adoptada por la doctrina germana, en el primer decenio siguiente a la entrada en vigor del Código Civil Alemán de 1900, consistía en considerar la responsabilidad precontractual como delictual o extracontractual, pero pronto se pudieron constatar las lagunas que tal solución ofrecía y ello porque a diferencia de lo



que ocurría en la mayoría de los sistemas legislativos europeos, el derecho alemán no conocía una noción amplia del delito civil; sino que se limitaba únicamente a exponer diversos supuestos de actos ilícitos que obligan a su reparación.

En un primer momento se afirmó la teoría según la cual la responsabilidad por violación de un deber precontractual, tendría su raíz en el contrato sucesivamente concluido. Esta tesis encontró su mayor defensor en Franz Leonhard para quien las conversaciones preliminares constituían un todo unitario con la conclusión del contrato, es decir; pertenecían a lo que se denominó como supuesto negocial. Así, si el contrato fue ulteriormente anulado, se causaba el efecto de la responsabilidad con base en el contrato anulado.

2.3. La culpa

Hasta antes de la reforma de 2001, se seguía la teoría que partía de la calificación de la obligación surgida de la etapa *in contrahendo como organismus*, que nacería con la invitación a mantener las tratativas pero sin contratar.

El perfeccionamiento del contrato permitiría una ampliación, no de la relación obligatoria como organismus, la que gracias a la mantención de las tratativas ya estaba creada; sino sólo de los elementos formales que la integraban. Esta tesis fue criticada por no explicar los motivos de la invitación a mantener las tratativas, que debe ser considerada como hecho constitutivo de una relación obligatoria, además que la relación precontractual está encaminada a la preparación del contenido de un contrato y



por eso se extingue en el momento en que se alcanza el acuerdo y negocio jurídico.

Actuar en forma culposa en la etapa precontractual, puede dar origen a indemnizaciones por daños. A partir de la reforma del año 2001, se consagra la cláusula general de buena fe, surge entre las partes una relación de confianza que da lugar a deberes precontractuales idénticos a los de un contrato, debido a que ahora existe una norma expresa en el derecho civil alemán que consagra la culpa *in contrahendo*, norma que encuentra plena acogida en el sistema general de los contratos alemán donde éstos; en cualquiera de sus etapas requieren obligatoriamente fidelidad y buena fe.

Al describirse genéricamente en el Código Civil Alemán la lesión de deberes contractuales, se está haciendo alusión a todo tipo de lesión, sea esta por incumplimiento, cumplimiento defectuoso, negativa al cumplimiento, cumplimiento tardío o cumplimiento parcial de todos ellos perfectamente posibles en la tratativas y que pueden llegar a producir una lesión positiva de la pretensión contractual a la que estaría llamada toda negociación precontractual.

De acuerdo a la reforma, queda claro que el comportamiento negligente del deudor puede darse en cualquier tipo de deber, sea este principal, accesorio, genérico o de protección. En definitiva, cualquier imposibilidad de la prestación por culpa del deudor es subsumible. En el ordenamiento alemán, además de los deberes típicos de un contrato bilateral específico, pueden existir otros deberes cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato.



Se configura así la relación preparatoria, como una de confianza mutua entre los que llevan adelante los tratos preliminares. Esta relación supone que el que se halla en situación in contrayendo, confía en que la otra parte no violará ninguno de los deberes precontractuales que le corresponden; deberes que en cada caso concreto se determinarán según las exigencias de la buena fe.

Para establecer si se ha vulnerado el principio general de la buena fe, los paradigmas son las conductas de los sujetos y no sus creencias. Esta *bona fides* en sentido objetivo es extraña al sujeto y le impone un catálogo de pautas de comportamiento, a diferencia de la buena fe en sentido subjetivo, que se refiere a un estado psicológico del individuo; que está configurada por la opinión de que actúa en base a su propio derecho o que ignora que está lesionando un derecho ajeno.

En resumen, el impacto de la doctrina de la culpa in contrahendo ha tenido gran alcance, superando las fronteras del derecho contractual alemán; incluso mucho antes de que fuera una norma expresa. Esta doctrina ha tenido gran influencia en el derecho contractual de Austria, Italia y Suiza, además de haber sido ampliamente discutida entre la doctrina francesa, e incluso, se ha empleado en el common law. En efecto, en los países de civil law se emplea la doctrina de la culpa *in contrahendo*, en gran medida, para mitigar la teoría de la voluntad, mientras que en el common law, que parte del otro extremo, se ha empleado para suavizar el rigor de la teoría objetiva de los contratos.

No parece discutible en la actualidad, que la codificación de la culpa in contrahendo en el sistema alemán sea una muestra del interesante diálogo entre la doctrina y el



legislador que ha existido en dicho sistema.

Sin embargo, es también necesario señalar que el reconocimiento jurisprudencial de esta doctrina prácticamente se inició con el propio Código Civil Alemán de 1900. La ley alemana posterior a la reforma de 2001, en todo caso; facilita las cosas al exigir unos requisitos claros con demandas de racionalidad y seguridad jurídica en casos de ser invocados en estrados en este tipo de responsabilidad. Esto ayudará a una de las mayores críticas recibidas por la aplicación de este instituto, ya que en efecto siempre se le critica su desbordamiento y la ausencia de criterios de delimitación.

No son pocas las críticas que ha tenido la culpa in contrahendo, ya que se le señala como propia de la responsabilidad contractual y extracontractual a veces, verdadero vicio del consentimiento e incluso parte de la estructura jurídica; del saneamiento por vicios redhibitorios u ocultos.

2.4. Las tratativas preliminares

En el derecho italiano y portugués, se consagra expresamente en esta etapa la buena fe objetiva y subjetiva, Artículos 1337 y 227 respectivamente. Para los citados ordenamientos jurídicos, si bien las partes no son todavía deudoras y acreedoras; están en camino de serlo y se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses.

“Sin duda alguna, una norma jurídica que consagre las tratativas preliminares impone la obligación de comportarse con corrección en las negociaciones preliminares, limita la



autonomía privada; señalando modelos de comportamientos en los cuales deben inspirarse 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.”²³

La actividad que en el ordenamiento jurídico italiano y portugués se exige, podría calificarse de lealtad en los hechos, desengañando a la otra parte de eventuales errores, es decir tener el hábito de hablar claro, que a su vez exige poner de manifiesto y con verdad, a la otra parte la situación real, absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta y dolo pasivo; que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte.

La confianza precontractual entre las partes, surge de hechos concluyentes de ellas en las negociaciones; pues es provocada por actos o actitudes que se consideran vinculantes para la persona que los lleva a cabo.

Así, 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 la tratativa y existe la obligación de indemnizar el interés contractual negativo cuando

²³ Manzanares, Secades. **La responsabilidad precontractual**, pág. 688.



el contrato no llega a su conclusión debida; a causa imputable a una de las partes que intervinieron en el trato.

Es así, como cada una de las partes se ve obligada a restituir a la otra, los gastos incurridos y causados por su intempestiva y deliberada retirada de las negociaciones; sin causa aparente para hacerlo.

Se consideraba que la confianza en las negociaciones preliminares podía deducirse de la elaboración de un proyecto de contrato, pero si posteriormente se produce un quiebre que origina la pérdida de la confianza ya creada, asentada en la relación precontractual ya entablada; cabría desde ese mismo momento una responsabilidad precontractual. Se señaló que podía hablarse de relación precontractual, desde el momento en que se diera alguna de las siguientes actividades: conversaciones y tratos conducentes a la elaboración de la oferta, perfección y conformación definitiva de la oferta y momento dinámico de la oferta.

No cabe la menor duda, que estos momentos del iter formativo de la responsabilidad in contrayendo, tienen una explicación económica, porque si se fijara como regla que de las negociaciones puede surgir para las partes la obligación de contratar, al margen incluso de su voluntad de hacerlo, ello es simplemente equivalente a subir de manera excesiva el costo de negociar y por lo mismo; representa un desincentivo a la contratación.

Sobre el ordenamiento italiano, cabe decir solamente un par de ideas: si se considera,



que por el inicio de las tratativas se abre un contrato, se estará en presencia de la responsabilidad contractual; en caso de su quiebre intempestivo e injustificado por uno de los negociantes. Si por el contrario, se opina que se produce por negociar o tratar sólo un contacto social, en caso de mediar un quiebre intempestivo e injustificado se violaría el principio genérico de no dañar a otro y por lo tanto; los perjuicios que tal conducta suponga deberán ser materia de responsabilidad extracontractual.

La infracción del principio genérico de la buena fe, es para la jurisprudencia italiana una violación del principio de no dañar al otro que halla su cimiento en un contacto de carácter social entre dos esferas contiguas de intereses; independientemente de que se instaure una relación jurídica entre una y otra parte.

El Artículo 1337 del actual Código Civil italiano, es una norma que enuncia y señala un principio que debe regir a los contratantes, al establecer que: “Las partes, en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe”.

No hay en los tratos preliminares contrato aún, no existe un deudor y acreedor, lo que no impida que sí haya legítimo, necesario; imprescindible y recíproco interés de converger en un negocio jurídico determinado. Se está entonces, en el ordenamiento italiano ante situaciones en las que el ordenamiento jurídico espera de parte de los futuros y eventuales contratantes lealtad, la que supone un deber en el actuar que se encuentre liberado de toda forma que pudiera inducir al otro a una falsa apariencia de querer contratar finalmente.

Hay en los tratos preliminares claramente un deber subjetivo de conducta por quien contratará y participa de la etapa precontractual, ésta se produce gracias a la confianza que una persona puso en las tratativas, es decir; en las comunicaciones de propósitos que le hizo a la contraparte.

2.5. La responsabilidad precontractual

En Francia, el Código Civil no contiene ninguna sección específica que se refiera a la buena fe durante la fase precontractual de las negociaciones, sin embargo jurisprudencialmente los tribunales franceses reconocen que los contratantes en la etapa precontractual han de seguir indudables obligaciones de honestidad y buena fe.

La responsabilidad en estos casos es extracontractual, basada en la doctrina del delito civil; a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán o el norteamericano. Lo anterior es absolutamente comprensible, toda vez que el ordenamiento francés dispone de una norma que regula expresamente la responsabilidad extracontractual; de forma amplia.

La jurisprudencia francesa, no ha permanecido impasible frente a determinados casos conflictivos en los que se producían daños a alguno de los intervinientes; durante el período anterior a la perfección de todo contrato.

Estos daños que en muchas ocasiones, son más bien consecuencia de una defectuosa o ausente información relevante provocada por uno de los partícipes en la negociación



previa, son indemnizables.

En la doctrina y jurisprudencia francesa, tienen plena aceptación ciertos deberes de conducta. Estos comprenden básicamente el deber de informar, aconsejar, conservar, entre otros; a la persona o personas con las que se negocia.

Los deberes de conducta se imponen a los participantes en la etapa precontractual no por efecto del contrato que se hubiere perfeccionado, sino como una aplicación del deber de buena fe o de prudencia; que pesa sobre toda persona en sus relaciones con los demás en sociedad.

En Francia, pese a no existir una norma expresa que consagre la buen fe como conducta general durante las tratativas preliminares, la doctrina y la jurisprudencia han fundado estos deberes gracias al tenor del Artículo 1134 inciso tercero del Código Civil Francés, que señala que los contratos: "Deben cumplirse de buena fe". Ha sido, específicamente la jurisprudencia francesa, quien ha distinguido algunas causales de justificación de la ruptura de las tratativas tales como: la permanencia de un estado de incertidumbre en la conclusión del contrato, el bloqueo de la negociación sin motivo aparente y cuya dilación supone un costo y la modificación cierta de la condiciones, bajo las cuales se iniciaron las conversaciones.

En todos los fallos de los tribunales franceses, existe una constante preocupación por resguardar la libertad contractual, buscándose que la acogida de la responsabilidad in contrahendo no restrinja la misma, circunscribiendo la responsabilidad por retiro



intempestivo de los tratos preliminares a escenarios que manifiesten que la confianza generada por las tratativas fue defraudada y que no debió recibir tal conducta quien como contrapartida actuó de manera legítima y seria. De las situaciones analizadas, se deduce que los deberes de conducta son elementos ideales, que sirven para determinar si un comportamiento podría ser considerado racionalmente previsible; si resulta contrario o no a la buena fe.

Es claro que en el derecho francés, la acción que corresponde entablar no es la contractual sino la extracontractual en el caso de ruptura injustificada de las negociaciones; teniendo su origen en actos cometidos con dolo o culpa en el curso de las tratativas preliminares. Este dolo o culpa en el actuar, surge del comportamiento que un hombre normal y prudente hubiera tenido comparado con el actuar de la persona que ha llevado adelante los tratos y los ha interrumpido injustificada e intempestivamente; atropellando la buena fe a su paso y traicionando lo que ella impone a los negociantes en la etapa precontractual. También, se toma en cuenta en otros casos, para considerar responsabilidades por ilícitos civiles en las tratativas, el comportamiento esperado de alguien que; en razón de su profesión u oficio, sería dable que procediera de una determinada manera.

Evidentemente se recepcionan de manera amplia en tribunales, las acciones que buscan perseguir civilmente las responsabilidades in contrahendo en actividades relacionadas con el comercio y la industria, ello pese a que ha de estimarse un estándar de conducta más elevado en un profesional, no sólo debido a la actividad de que se trata, sino también; por los niveles de confianza que suponen las actividades lucrativas



entre comerciantes o profesionales.

El estándar de conducta, se eleva en estos casos requiriéndose probar una culpa evidente o discutible; similar a la de un hombre racional. Diferente situación se observa en la jurisprudencia francesa, en el evento de que como propios de su giro; se generen gastos de promoción que busquen concretar las ofertas realizadas en el negocio.

Es gracias a ello, que estas erogaciones hechas con vistas a un negocio durante los tratos, se consideran como costos generales y su riesgo de pérdida ha de ser tomado por el profesional como un verdadero costo de promoción, independientemente de concretarse el negocio jurídico; salvo que la parte no profesional actuara con dolo o culpa grave y evidente.

2.6. Definición

La responsabilidad civil precontractual, se puede definir como aquella originada por la conducta irresponsable que conlleva la ruptura injustificada de una negociación, por parte de uno o más de los futuros contratantes de la misma, siempre que la causa de dicha conducta y ruptura no ha sido originada por el desavenimiento de las partes sobre alguno de los puntos de la negociación; de tal manera que la conducta dañosa ha sido provocada únicamente por la irresponsabilidad del contratante culposos.



2.7. Naturaleza jurídica

La doctrina y la jurisprudencia mundial, han atribuido alternativamente a la responsabilidad precontractual, los caracteres propios de la responsabilidad contractual y aquiliana; existiendo también una postura que afirma el tercer género. Desde luego que de una u otra postura, se siguen consecuencias prácticas.

Asimilar la responsabilidad precontractual a la contractual, llevará a limitar la responsabilidad a las consecuencias inmediatas y a aplicar un plazo de prescripción determinado; en el supuesto de admitirse teorías extracontractualistas se reduciría.

Por fin existe la posibilidad de que los distintos tipos de responsabilidad precontractual, respondan a diferentes naturalezas. El supuesto de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones y sus variantes y el de nulidad de contrato celebrado, responden a criterios propios de la naturaleza extracontractual.

En cambio, responden a pautas de naturaleza contractual, los que tienen su origen en vicisitudes de la oferta y la aceptación, y en la ruptura del consentimiento ya logrado; en los contratos reales no perfeccionados por falta de tradición. En las vicisitudes de la oferta y la aceptación, se trata de actos jurídicos unilaterales o de hechos que los afectan. En el caso de los contratos reales no perfeccionados, aunque no son contratos sí son convenciones por lo que resulta natural aplicarles el sistema contractual, en consideración a que la convención guarda una gran analogía con el contrato; mayor aún que la que éste tiene con el acto jurídico unilateral.



2.8. El precontrato

La doctrina científica, ha mantenido una discusión sobre la naturaleza jurídica y esencia del precontrato, considerando que en principio, el precontrato o contrato preliminar se concibe como un contrato perfecto y obligatorio; que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro.

Sin embargo, frente a esta tesis que señala como objeto del mismo una obligación de hacer, la de celebrar un contrato futuro, se dio posteriormente otro enfoque a la institución. Primero, se consideró que en el precontrato no se trata de un contrato que promete otro contrato, sino de un contrato base, en el cual las partes prometen su actividad; dirigida al desenvolvimiento necesario para su conclusión definitiva. En el precontrato se convienen, de momento, unas bases contractuales; dejando para después su desarrollo.

Paralelamente otros juristas, llegaron a conclusiones semejantes y consideraron que hacer un nuevo contrato cuando ha sido ya convenido al quedar obligado por el contrato proyectado, consideran que es inexacto hablar de una obligación de contratar, la promesa de contrato es una etapa de un *iter negocial*.

En la relación jurídica, que puede desembocar en la relación contractual definitiva, hay que distinguir dos momentos: la promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con cierta independencia, en cuanto tiene su propia causa; y la exigencia de cumplimiento de la promesa, que origina



la vigencia del contrato que fuera proyectado.

Existen otros pronunciamientos en lo tocante a la definición de precontrato y se declara que la doctrina científica, viene estudiando la figura del contrato preliminar bajo dos puntos de vistas, el que pudiera calificar de tradicional, entendiendo que el precontrato es un contrato en sí mismo, por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar un nuevo contrato; esta obligación de contratar cuyo objeto consiste en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, en esencia es una obligación de hacer, o más concretamente una prestación de emitir en el futuro una declaración coercible directamente; debiendo su incumplimiento traducirse en una indemnización de daños y perjuicios.

La otra posición doctrinal más moderna, entiende que el precontrato es ya un contrato completo, y al no tratarse de una obligación de contratar en el futuro, se contrae más bien una obligación de colaborar para establecer las líneas directrices o unos criterios básicos, que las partes deban desarrollar y desenvolver en un momento posterior; se afirma por los defensores de esta teoría que en el precontrato existe ya todo el contrato principal o definitivo.

Luego se llegó a considerar, que el precontrato es la relación jurídica que deja sentadas las pautas para llevar a vía de efecto el contrato definitivo por lo que como toda relación jurídica crea derechos y obligaciones entre las partes y su ruptura sin fundamento, ofrece la posibilidad a la parte afectada de establecer las acciones que permitan obligar al cumplimiento del precontrato; o reclamar los daños y perjuicios que se deriven de



este.

Por ejemplo la empresa A dedicada a la comercialización de productos turísticos en Guatemala, se dirige a la empresa B que igualmente se dedica a la comercialización de productos turísticos y establecen las pautas para realizar la contratación de la temporada y sobre esa base se comienzan a ejecutar los primeros pasos, para garantizar una vez firmado el contrato brindar los servicios turísticos. Acordándose en el acto los precios, y servicios a ofrecer, así como los derechos y obligaciones de las partes. Transcurrido un mes antes de ejecutar la firma del contrato definitivo, la empresa guatemalteca decide cancelar la operación que comenzaría a regir el contrato una vez firmado; sin alegar causa alguna. Pero entonces, se tiene que señalar que ha existido una ruptura injustificada.

Otro ejemplo sería, aquel en el cual forestal bío-bío y Madesal, S.A durante más de un año sostuvieron frecuentes conversaciones destinadas a la celebración de un contrato de compraventa de un conjunto de más de veinte predios forestales por un valor de decenas de millones de dólares.

Para ello, intercambiaron títulos de propiedad, realizaron largos y costosos estudios de los mismos, realizaron varias observaciones a los trabajos, elaboraron borradores de promesas de compraventa, mandatos e incluso se fijó de común acuerdo, un día para la suscripción del contrato de promesa de compraventa; que había tardado más de un año para su celebración final.



Sin embargo, el mismo día en que se debía suscribir el acuerdo preparatorio, el grupo vendedor comunicó al grupo comprador que se retiraba de las negociaciones, porque acababa de vender los predios a una tercera persona en razón que ésta había pagado una suma superior a aquella; sobre la cual se convendría la promesa.

Frente a esta situación, la empresa que iba a comprar los predios, estimó que se le había perjudicado ostensiblemente, por lo que decidió demandar a la empresa que se retiró de las negociaciones y solicitó que se le indemnizara todos los perjuicios ocasionados.

En este caso, el tribunal de primera instancia y la Corte de Apelaciones, que conoció del asunto, estimaron que bajo tales supuestos, el retiro de las tratativas ha sido abusivo y culpable, desde que no hubo previa comunicación a la contraparte de que simultáneamente estaba llevando otras tratativas y visto el tenor de los acuerdos y conversaciones, era legítimo que la parte afectada creyera que se conversaba en vista de un cierto y futuro contrato; lo que justificaba los numerosos gastos efectuados para los estudios de los títulos y situación de los predios.

El retiro, por tanto, de una de las empresas es calificado de culpable y dañoso y obliga a reparar el daño causado por esos gastos, que han de ser restituidos a quien los hizo. Cabe señalar que finalmente la corte estimó que se debía indemnizar lo que se ha denominado el interés negativo, es decir los gastos efectivamente causados; y no la



ganancia esperada con el negocio que se proponía celebrar”.²⁴

En virtud del ejemplo anterior, se puede asegurar que existen dos empresas que por largo tiempo se vincularon a través de un sin número de negociaciones en vista a celebrar un contrato de compraventa. Parece claro a luz de los hechos, que una de ellas no se comportó de manera correcta y leal, es decir, no observó una conducta acorde con la buena fe que se debe apreciar en los tratos preliminares de todo contrato.

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella; toda la doctrina esta de acuerdo en que la buena fe en materia contractual es una directriz que deben observar los contratantes en todo el íter contractual.

Este deber de rectitud y lealtad en las tratativas preliminares exige ciertas conductas, como por ejemplo que los negociadores deben hablar claro; abstenerse de hacer afirmaciones inexactas o falsas y evitar el silencio o la reticencia que pueda conducir a errores.

En el Artículo la buena fe en el derecho editado del jurista Fabian Díaz Robledo, se expresa que la inobservancia del deber de comportarse según el principio de buena fe, se aprecia en la responsabilidad de naturaleza precontractual a que da lugar la

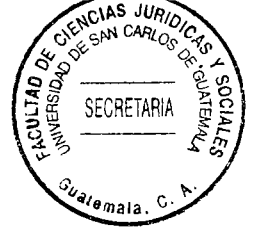
²⁴ *ibid*, pág. 5.



culpa in contrayendo, cuando una parte por su comportamiento dio a la otra fundadas razones; para confiar en la conclusión del contrato y repentinamente rompe las negociaciones sin justo motivo.

El trasgresor, debe resarcir los daños que se concretan con certeza, en los gastos a que razonablemente se ha inducido a realizar a su contraparte en miras al contrato futuro y conducción de las negociaciones. Además, el interés negativo cubre también el daño que le sigue a la parte lesionada; por haber perdido la posibilidad de concluir con otros el mismo contrato malogrado.

Resulta dable en ese sentido puntualizar que la ruptura arbitraria de las tratativas se identifican con el obrar contrario a la buena fe, de lo cual se deduce que se exige que en la fase preliminar las partes se ajusten a este principio, en caso contrario responderá quien así no haya actuado con las daños y perjuicios ocasionados a la otra parte.





CAPÍTULO III

3. El negocio jurídico

El negocio jurídico ha sido definido de diversas maneras, pero siempre manteniendo sus elementos, por lo que a continuación se enunciarán las definiciones hechas por algunos juristas.

“Acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”.²⁵

“Declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quién la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica”.²⁶

“Todo acto voluntario y lícito, realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar; transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado”.²⁷

²⁵ Cabanellas. **Ob. Cit**, pág. 535.

²⁶ **Ibid.**

²⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 483.



De las definiciones anteriores, se puede decir con certeza que el negocio jurídico es un acto humano de manifestación de voluntad, que produce dentro de los requisitos fijados por el derecho; los efectos jurídicos buscados por quién los realiza. Por lo tanto, el negocio jurídico es una manifestación de la autonomía privada, es decir de la autonomía de la voluntad de las partes; que a su vez se puede definir como la capacidad del individuo para establecer relaciones jurídicas; acordes a su voluntad dentro de los límites legales.

“En virtud de tal principio, las personas capaces de obrar pueden obligarse en la medida que lo consideren pertinente y con las modalidades que convengan entre sí”.²⁸

“Potestad que tiene los individuos, para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de un libre arbitrio, representada en convenciones o contratos que los obligue como la ley misma y siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral; al orden público o a las buenas costumbres”.²⁹

3.1. Límites a la autonomía de la voluntad

En derecho existen dos tipos de normas, las normas dispositivas y las imperativas. En el caso de las primeras, son normas que sirven para suplir la autonomía de la voluntad en aquellos sitios en dónde la autonomía no haya establecido algo expresamente, por

²⁸ Cabanellas, **Ob. Cit**, pág. 423.

²⁹ Ossorio, **Ob. Cit**, pág. 75.



ejemplo; en el caso de sucesión intestada. La norma imperativa o impositiva, sin embargo, actúa en todo caso; como norma de cumplimiento obligatorio. Es un límite a la autonomía de la voluntad. Las partes en un negocio jurídico, pueden pactar libremente sobre todos aquellos aspectos que sean de su interés, siempre y cuando estos pactos o condiciones no sean contrarios a la ley, a la moral; al orden público o a las buenas costumbres.

3.2. Clases de negocios jurídicos

El negocio jurídico puede clasificarse de distintas maneras:

- a) En función del número de declaraciones de voluntad puede ser:
 - 1. Unilaterales: son los que surgen por la manifestación de voluntad de un solo sujeto.
 - 2. Bilaterales: son los que requieren la manifestación de voluntad de dos o más sujetos.

- b) Por razón de la causa del negocio:
 - 1. Causales: son aquellos para cuya existencia la ley exige junto con otros requisitos una causa, si esta causa no existe, no hay negocio.



2. **Abstractos:** son aquellos en los que solo se requiere la realización de la forma prescrita para su existencia.

c) **Por razón de la causa de enriquecimiento:**

1. **Onerosos:** son aquellos en los que se adquiere un derecho o una ventaja económica mediante una contraprestación.

2. **Gratuitos:** son aquellos en los que se adquiere una ventaja económica, sin una contraprestación.

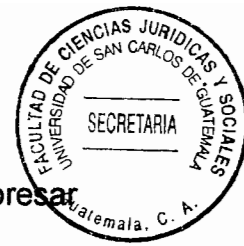
d) **Por el momento de producir sus efectos:**

1. **Entre vivos:** son aquellos que producen sus efectos durante la vida de su autor.

2. **Mortis causa:** son aquellos que van a producir sus efectos, después de la muerte de su autor y sirven para regular el destino de su patrimonio.

e) **Por razón de la forma:**

1. **Formales o solemnes:** Son aquellos en los que la ley prescribe una forma precisa y taxativa en la cual deben constar, encontrándose estos regulados en Guatemala, en los artículos 1574 y 1575 del Código Civil.



2. No formales o no solemnes: son aquellos, en los que las partes puede expresar su voluntad en cualquier forma siempre que quede clara y manifiesta, para lo cual el Código Civil guatemalteco, establece en su Artículo 1256, lo siguiente: “Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”.

3.3. Elementos

- a) Esenciales: son aquellos, sin los cuales el negocio jurídico no nace a la vida jurídica, adolece de nulidad absoluta y no produce efectos jurídicos, encontrándose regulados en el Artículo 1251 del Código Civil guatemalteco y siendo los siguientes:
- Capacidad legal: es aquella que consiste en que, la persona que declara su voluntad, debe encontrarse en pleno goce de sus derechos civiles y no haber sido declarado previamente en estado de interdicción. “La cualidad determinada por las leyes para ejercer toda clase de derechos civiles, políticos y sociales”.³⁰
 - Consentimiento que no adolezca de vicio. “Es el acuerdo deliberado, consciente y libre de la voluntad, respecto a un acto externo, libre, deseado y espontáneo, sin vicios que anulen o destruyan la voluntad”.³¹

³⁰ Cabanellas. **Ob. Cit**, pág. 52.

³¹ **Ibid**, pág. 308.



- Objeto lícito: se refiere a que el objeto del negocio jurídico, no debe ser contrario a las normas prohibitivas del país al orden público o al bien común.

b) Accidentales: son aquellos que las partes voluntariamente pueden añadir y pasan a ser parte del negocio jurídico, encontrándose entre ellos:

- La condición: que es un hecho futuro y objetivamente incierto, del cual las partes hacen depender los efectos del negocio jurídico. Hasta que no se verifique esa condición, los efectos del negocio quedan suspendidos. El Artículo 1269 del Código Civil guatemalteco establece: "En los negocios jurídicos condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependen del acontecimiento que constituye la condición".

Así mismo puede constituirse como condición, cualquiera que no sea contraria a la ley, a la moral, ni a las buenas costumbres.

Clases de condiciones:

1. Positivas: los sujetos, hacen depender los efectos del negocio de un hecho positivo.
2. Negativos: los sujetos hacen depender los efectos del negocio de un hecho negativo.



3. **Causales:** se dan cuando la realización de la condición, no depende de la voluntad del sujeto sino del azar.
4. **Potestativas:** cuando dependen de la voluntad de una de las partes.
5. **Mixtas:** la realización depende en parte de la voluntad de una de las partes.
6. **Suspensivas:** son aquellas en las que la producción de los efectos del negocio se hace depender del cumplimiento de la condición.
7. **Resolutorias:** son aquellas, en las que el cumplimiento de la condición, se hace depender del cese de los efectos del negocio.

Fases de la condición:

1. **Pendiente de cumplimiento:** son aquellas que a pesar de haberse celebrado el negocio se desconoce si la condición se cumplirá o no.
2. **Condición existente:** se da cuando la condición se verifica. En este caso, el negocio es considerado puro como si nunca hubiera estado sometido a condición.
3. **Condición deficiente:** se produce, cuando se sabe con certeza que la condición no se verificará. El negocio no despierta ninguna eficacia y extinguen todos los



efectos que hubiera podido producir por anticipado.

- **Término:** es un acontecimiento futuro y cierto a partir del cual un determinado negocio jurídico comenzará a producir sus efectos o cesarán los mismos. El término es un acontecimiento futuro, pero con certeza de que el acontecimiento se producirá. Puede tenerse la certeza de que el acontecimiento se producirá y cuando va a producirse, o bien tener la seguridad de que el acontecimiento se producirá; aunque sea incierto. El término puede ser, suspensivo o inicial o resolutorio o final, según se trate de que el negocio comience a desplegar sus efectos o cese de producirlos; a partir de un momento determinado. La virtualidad del término es aplazar los efectos del negocio, de ahí que cualquier relación jurídica exista ya desde su constitución; aunque el día cierto no ha llegado aún.
- **Modo:** es una cláusula del negocio jurídico por la que se impone al destinatario de un acto de liberalidad, de una conducta determinada.

3.4. Ineficacia del negocio jurídico

El negocio jurídico es ineficaz, cuando no se ha cumplido con todos los requisitos que establece la ley para su celebración y otorgamiento o bien cuando el consentimiento ha sido obtenido en forma arbitraria e ilegal. "Nulidad de pleno derecho, por celebrarse el



acto violando un precepto o una prohibición legal”³²

- a) **Nulidad:** hay nulidad del negocio jurídico, cuando hace falta uno de los requisitos esenciales para su validez, o bien es contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas de cada país; cesando todos sus efectos y debiendo regresar las cosas a su estado original. En congruencia con lo anterior el Artículo 1301, del Código Civil guatemalteco, establece: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia”.

Doctrinalmente se ha definido a la nulidad como: “Ineficacia de un acto jurídico, como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma; o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico y que se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto; sin necesidad de que se haya declarado o juzgado.”

- b) **Anulabilidad:** el negocio jurídico es anulable, cuando produce sus efectos pero está amenazado de impugnación por parte del interesado, ya que al momento de hacerse la declaración de voluntad, esta fue otorgada por medio de error, dolo, simulación o violencia, tal como lo establece el Artículo 1257 del Código Civil

³² Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 377.



guatemalteco. También se entiende por anulabilidad aquella: “Condición de los actos o negocios jurídicos, que pueden ser declarados nulos e ineficaces por existir en la constitución de los mismos un vicio o defecto capaz de producir tal resultado.”³³

La invalidez del negocio jurídico, se complica en el derecho romano por el dualismo entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, que ofrece una tipificación de los supuestos de nulidad y *anulabilidad*; ya que un acto que es válido para *ius civile* puede no serlo para el *ius honorarium* y viceversa.

Aunque el formalismo exagerado del *ius civile*, determina la nulidad de actos jurídicos sometidos a él, ofrece también casos de anulabilidad, siendo el más conocido la querella *inefficiosi testamenti*, por la que el heredero forzoso puede impugnar el testamento. En el derecho honorario la nulidad y anulabilidad, se encauzaban a través de la *denegatio actionis*, la *restitutio in integrum* y *exceptio*.

c) Vicios del consentimiento: regulados en los Artículos del 1257 al 1268 del Código Civil guatemalteco, se pueden definir los vicios del consentimiento de la siguiente manera:

- Error: “En lo jurídico se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto cuando versa sobre

³³ *Ibíd.* Pág. 59.



el objeto o la esencia el mismo”.³⁴

“Concepto equivocado o juicio falso. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico, si afecta a lo esencial de él o de su objeto”.³⁵

El rígido formalismo del *ius civile*, determinaba que no se pudiera tomar en cuenta el error. En vez de separar el error que recae sobre la voluntad, llamado error propio, y el que recae sobre la declaración, conocido como error impropio; clasificaron el error según su objeto.

El punto de partida lo constituyó el dualismo entre el objeto y el nombre con que se designa el objeto, separando el error in corpore del error in nomine, según el error recayera sobre el objeto o sobre su designación: el error in nomine, era irrelevante con tal que resultara establecida la identidad de la cosa; el error in corpore determina la nulidad del negocio al afectar a la identidad del objeto.

El error en la sustancia de la cosa, era irrelevante. Cuando tal error implicaba una falsa identificación de la naturaleza del objeto, se consideraba que el negocio era nulo. En el error in quantitate el tratamiento era diverso, según se tratara de negocio de derecho estricto o de buena fe. El error en la cantidad, invalidaba el consentimiento por falta de congruencia en la pregunta y la respuesta. Se estimó la nulidad, cuando las partes erraban sobre la naturaleza del propio negocio, cuando se entrega una cantidad como

³⁴ Cabanellas. **Ob. Cit**, pág. 500.

³⁵ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 641.



para donarla y otra parte la recibe en préstamo; no hay ni donación ni mutuo.

- El dolo: es cualquier maquinación engañosa, capaz de inducir a la otra parte a celebrar un negocio jurídico que de otra manera no hubiera realizado. “Toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo que es verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee”.³⁶
- Violencia o intimidación: la intimidación se da cuando una persona que se ve forzada a no concluir un negocio jurídico por miedo, debido a amenazas recibidas por parte de terceros.

Violencia, es la coacción o amenaza ejercitada injustamente contra una persona para forzarle a concluir un negocio jurídico o celebrarlo en condiciones adversas a sus intereses.

El *ius civile* no tomó en cuenta el dolo, el miedo o la violencia para la validez de los negocios jurídicos, pero desde finales de la República los pretores crearon una variedad de remedios; que permitiera la impugnación de estos vicios de la voluntad.

La víctima de un vicio podía defenderse con una *exceptio* y si no se encontraba en la posición de demandado, disponía de una *restitutio in integrum* para volver las cosas a su estado original. Todo ello sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

³⁶ Ossorio, **Ob. Cit**, pág. 264.



- La simulación: es la alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdaderos de un acto o contrato. La simulación de los actos jurídicos, tiene lugar cuando se encubre uno con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas; que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Entraña una divergencia entre una apariencia de negocio que crean las partes para engañar a terceros y la realidad, que es la existencia de negocio o la existencia de otro distinto del negocio simulado.

La simulación absoluta, es el negocio situado encubre la inexistencia del negocio.

La simulación relativa, es el negocio simulado sirve para encubrir otro distinto.

3.5. Principios legales del negocio jurídico guatemalteco

El comercio guatemalteco, gira en base a dos principios fundamentales de la contratación mercantil, que se encuentran regulados en el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala, el cual establece: "Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales."



Asimismo el Artículo 1519 del Código Civil establece: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes.”

De los artículos citados, se puede deducir que el legislador guatemalteco pretendió en todo momento que la buena fe de los contratantes, fuera un requisito indispensable de todo negocio jurídico, tanto en los momentos previos al perfeccionamiento del mismo; como durante su ejecución y cumplimiento.

3.6. Incumplimiento de las obligaciones en Guatemala

El incumplimiento de las obligaciones, es el retraso injustificado en el cumplimiento de una obligación, en el que puede incurrir tanto el deudor como el acreedor de la misma, ya sea por incumplimiento de la prestación debida; o por no permitir que la prestación se cumpla o negarse a recibirla.

- a) **Mora:** “Es el retraso culpable, en el cumplimiento de una obligación que, debido a su naturaleza o por virtud del requerimiento del acreedor, debe ser ya satisfecha, siempre que la tardanza no sea obstáculo para que aquella pueda cumplirse después del vencimiento; con interés y utilidad para aquél.”³⁷

³⁷ De Castro y Bravo, Federico. **La promesa de contrato**, pág. 151.

La mora puede ser activa, que se da cuando el acreedor de una obligación, sin motivo legal, no acepta la prestación, impidiendo que el deudor cumpla con su obligación. La mora es pasiva cuando el deudor de la obligación ha sido requerido por el acreedor y sin motivo legal; se rehúsa a cumplirla.

- b) Daños y perjuicios: el Código Civil guatemalteco, define en su Artículo 1434 a los daños como: “Las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio.” Y a los perjuicios como: “Las ganancias lícitas que se dejan de percibir.” En ambos casos, deben ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de una obligación contractual, por lo que el resarcimiento derivado de la ruptura de las tratativas preliminares; no encuentra cabida en la legislación guatemalteca actual.

3.7. El contrato en la legislación guatemalteca

En Guatemala, según el Artículo 1517 del Código Civil el contrato se define de la siguiente manera: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

“Es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.”³⁸

³⁸ *Ibíd*, pág. 329.



El contrato parecía ser un concepto definitivo en la doctrina, sin embargo la evolución económica en los últimos tiempos impactó con fuerza en la estructura clásica del contrato, este cambio obedeció a numerosas causas, siendo las principales, la expansión tecnológica y productiva; aumento de operaciones comerciales y ampliación de las áreas geográficas para la celebración de negocios.

Como consecuencia de estos cambios, se introducen otros principios además de la autonomía de la voluntad, como lo son la libertad de contratar y valores prácticos como la celeridad, la eficiencia y la seguridad en el tráfico jurídico, a esta etapa se le conoce como crisis del contrato, pero ni la llamada crisis, ni las otras modificaciones implicaron su desaparición como tal sino su cambio o evolución; logrando adaptarse a las nuevas implicaciones y necesidades comerciales.



CAPÍTULO IV

4. La responsabilidad civil precontractual en Guatemala

Actualmente en el libro quinto del Código Civil guatemalteco, no existe norma alguna que regule la responsabilidad civil derivada del rompimiento intempestivo e injustificado de las tratativas preliminares, circunscribiéndose dicho cuerpo legal únicamente a regular la responsabilidad que deriva de la infracción o incumplimiento de un negocio jurídico.

Antes de la perfección del negocio jurídico, las partes llevan a cabo tratos preliminares o acuerdos previos, que se suscitan en un marco precontractual, sin embargo el Código Civil guatemalteco no regula la trascendencia de la ruptura de tales pactos o el incumplimiento de los mismos y en consecuencia no hay acción que ejercer en aquellos casos en los cuales una persona ve dañados sus intereses por la conducta irresponsable de su contraparte, el cual sin causa aparente o justificada para terminar la relación que pretendía perfeccionar y celebrar un negocio jurídico futuro; abandona la misma.

En Guatemala, existen en el Código Civil, rasgos o antecedentes de la responsabilidad civil precontractual, como puede observarse en el Artículo 1525, de dicho cuerpo legal, el cual literalmente establece: "Si por alguna circunstancia la aceptación llegare tardíamente a conocimiento del oferente, éste lo comunicará sin dilación al aceptante bajo pena de responder por los daños y perjuicios".



En el Artículo anterior, el legislador guatemalteco creó indirectamente una forma de responsabilidad civil precontractual, toda vez que condena al oferente culpable a responder ante el aceptante por los daños y perjuicios; causados a este por su irresponsabilidad.

Asimismo en el Artículo 1317 del mismo código se establece literalmente: "Si una de las partes le fuere imposible la restitución de la cosa, cumplirá entregando otra de igual especie, calidad y valor, o devolviendo el precio que tenía en el momento de la celebración del negocio; y si la nulidad de la obligación o la imposibilidad de la entrega provienen de mala fe, pagará además los daños y perjuicios que correspondan."

Aún, cuando no se encuentra regulado el fenómeno precontractual, doctrinalmente si se ha hecho referencia a toda clase de documentos precontractuales, dentro de los cuales se pueden mencionar las cartas de intención o pactos de intenciones y los acuerdos preliminares; entre otros.

En el common law se habla de dos posibles figuras: los acuerdos precontractuales, que son aquellos que obligan a negociar un futuro contrato, el cual es una mera formalidad y por otra parte los pactos de intenciones, los cuales indican que el asunto está en fase de negociación y por lo tanto; es incompleto e inejecutable.

A pesar de lo controvertido que puede resultar la definición de tales términos doctrinales, sí es preciso enfatizar que antes del nacimiento del futuro contrato las partes durante la negociación, como fase preparatoria, elaboran según su interés la



materia negocial y es precisamente en esta etapa en la que las partes plantean propuestas parciales; discuten cláusulas y precisan puntos litigiosos.

Estas negociaciones, pueden desembocar en el contrato definitivo o bien pueden dar lugar a acuerdos preliminares o a la suspensión o interrupción de los mismos. Sus ofertas pueden ser o no aceptadas, en estos casos el elemento subjetivo adquiere la mayor importancia puesto que si no se produce una auténtica voluntad o no se alcanza un acuerdo suficiente, no hay obligación de contratar.

Entonces al quedar condicionada a la apreciación de un elemento subjetivo, la intención de obligarse cae en el campo de analizar si el incumplimiento de tales pactos; genera una responsabilidad o no.

El fenómeno contractual se desarrolla temporalmente, tiene así una etapa inicial, un desarrollo constituido por la ejecución de las obligaciones que genera y finalmente se extingue por el acaecimiento de algunas de las diversas causales; contempladas en el propio cuerpo del contrato.

En cualquiera de esas etapas pueden suscitarse cuestiones, que den lugar a la responsabilidad civil, las que se han denominado clásicamente contractual, precontractual y postcontractual; atendiendo al tema de interés.

Dentro de la fase de negociación, las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas preliminares, pues si bien los sujetos contratantes no

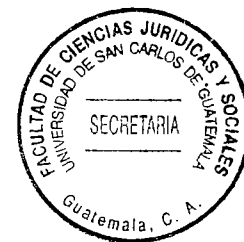
están obligados a llevar las negociaciones hasta su fin y concluirlo, tampoco la ruptura puede ser injustificadamente y en caso de serlo; entra a jugar su papel la responsabilidad civil precontractual.

No cabe duda alguna de que cualquiera de las partes en uso de su libertad de contratación tiene, en principio, un verdadero derecho de apartarse de las tratativas en cualquier momento, puesto que cada una es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que dicho contrato no sea celebrado, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe, pero cuando esta facultad es ejercida injustificadamente; cabe responsabilizar al sujeto y quien invoque la mala fe o el abuso deberá demostrarlo.

La buena fe, se puede definir como la opinión o creencia en que uno está, de que posee legítimamente alguna cosa o bien en sentido general se define como: "El modo sincero y justo con que en los contratos proceden uno, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra."³⁹

En consecuencia se puede definir a la mala fe, como la convicción íntima en que uno se haya de no poseer legítimamente alguna cosa, por haberla tomado sin derecho o adquirido de persona que no podía enajenarla, o bien en sentido general se define como: "Malicia o temeridad con que se hace una cosa o se posee o detenta algún

³⁹ Cabanellas. **Ob. Cit**, pág. 521.



bien.⁴⁰

En el derecho romano, el concepto de buena fe se utilizó de modo conexo con el desarrollo del comercio internacional, este concepto revestía particular importancia llegando a constituir un principio rector en los negocios jurídicos; quien obrara de buena fe, es decir, con rectitud, honradez, lealtad y fidelidad; gozaba de toda la protección que pudiera brindarle el ordenamiento jurídico.

De acuerdo al Artículo 669, del Código de Comercio de Guatemala, toda relación jurídica se presume sobre la base del principio de la buena fe; aspecto subjetivo que resulta difícil demostrar.

Algo similar, ocurre con la ruptura injustificada de las tratativas preliminares y para comenzar, se tiene que definir qué se entiende por injustificada. No existe un criterio unánime, que determine el concepto de injustificado pero se parte del criterio que corresponde a la intención; de llevar a vía de hecho la relación contractual.

4.1. Alcance del principio de buena fe dentro de las negociaciones

El tráfico jurídico es dinámico, cambian los alcances de las instituciones rápidamente y así también ocurre con todo lo relativo a la etapa precontractual. Se discute el fundamento de ella y un problema mayor, es determinar si cabe, en los códigos civiles

⁴⁰ *Ibid*, pág. 1265.



que no la sujetan a una norma especial, así como el alcance y delimitaciones de las hipótesis que, dentro de tal regla no especialmente consagrada en las leyes; pueden entenderse incluidas.

Las dificultades expresadas anteriormente, tienen que ver con el concepto de la buena fe y su ardua, dificultosa y compleja definición y delimitación. Es la buena fe, la que coloca una serie de deberes a los tratantes de una relación precontractual, se puede confundir entonces que en un caso ha habido ruptura injustificada de la relación precontractual si no se define y comprende que se ha hecho llegar a esa conclusión; es decir cuál sería el atentado contra la buena fe precontractual.

La buena fe posee una misma naturaleza jurídica y siempre reviste ésta, un carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un ideal de conducta social; al que deben buscar ajustarse en su comportamiento. La buena fe objetiva, como se señaló anteriormente, es externa al sujeto y le impone una serie de deberes como la honradez; información y diligencia entre otros.

Es precisamente a través de los deberes señalados en el epígrafe anterior, que el juez puede someter a análisis crítico y calificar la conducta de las partes en las tratativas preliminares. Con esto resulta fundamental la correcta configuración y delimitación de determinados deberes de conducta, emanados de la buena fe y aplicables a la etapa precontractual.

La buena fe en la etapa *in contrahendo* requiere hablar claro, evitar hacer afirmaciones



inexactas o guardar silencio sobre ciertas informaciones que puedan conducir a la otra parte a una errada representación de los elementos del contrato.

La información entregada ha de ser la necesaria, para puntualizar los términos del futuro contrato y se debe orientar en su entrega por quién negocia bajo los criterios de la corrección y la lealtad.

Entre los deberes típicos de la fase previa a la celebración y que se reconocen como dependientes de la buena fe precontractual se encuentran los deberes de información, lealtad y protección; ellos se manifiestan en los diversos supuestos que dan lugar a la responsabilidad in contrahendo.

En todo esquema de respuesta por una infracción al principio de la buena fe, debe haber necesariamente un daño que en este caso es representado por una ruptura que haya producido un perjuicio en el patrimonio de la parte que sobre lleva las consecuencias de la misma.

No son sólo los deberes los que se violan en definitiva, como tampoco todos y cada uno de los perjuicios que pudieran haber surgido al que se sienta defraudado por la frustración, pueden o han de ser indemnizados.

Muy por el contrario, esta responsabilidad se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios como lo establece el Artículo 1434 del Código Civil. Es así que en estos casos al no haber vínculo jurídico o negocio jurídico patrimonial



alguno, no concurre sino una relación particular; donde a las partes no puede obligárseles a contratar.

4.2. La responsabilidad civil precontractual y su constitución o no de una violación al principio jurídico de autonomía de la voluntad

Partiendo de la idea de que la autonomía de la voluntad consiste en la capacidad del individuo para establecer relaciones jurídicas acorde a su voluntad, dentro de los límites legales, y que dicha capacidad y libertad de contratación es la base del sistema económico mundial, resultaría contradictorio y poco conveniente promover en la actualidad la creación de una norma jurídica; que tienda a reducir el derecho de las partes para obligarse libremente.

La responsabilidad civil precontractual, tiene como único objeto garantizar la concurrencia de contratantes de buena fe, en toda negociación e imponer al infractor de dicho principio la sanción indemnizatoria correspondiente; de acuerdo a los daños causados a su contraparte como consecuencia de su conducta irresponsable.

La responsabilidad civil precontractual, no constituye una violación al principio de autonomía de la voluntad de las partes, toda vez, que el futuro contratante no se encuentra obligado a continuar o finalizar una negociación en contra de su voluntad e interés. Lo que se busca y exige, es que el futuro contratante se dirija durante toda la negociación de buena fe, procurando siempre consensuar las posturas y perfeccionar el negocio jurídico.



Sin embargo, es necesario aclarar, que la responsabilidad civil precontractual, no debe entenderse como una forma de coacción dirigida a todos los contratantes; con el objeto de que este finalice una negociación aun en contra de sus intereses.

Queda claro que toda persona tiene el derecho de separarse de una negociación, cuando las condiciones no le sean favorables o cuando no se logren consensuar los aspectos esenciales de la misma. Este derecho es irrenunciable y no puede ser restringido.

Consecuentemente, la creación de la responsabilidad civil precontractual no constituye, violación alguna a la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no se obliga a las personas a celebrar un negocio jurídico en contra de su voluntad, por el contrario, se les impone la obligación de dirigirse dentro de la negociación de buena fe y en forma responsable y honesta. Es decir, los contratantes pueden finalizar en cualquier momento las tratativas, ya que ello constituye un derecho elemental e irrenunciable, lo que se promueve es que dicha ruptura no sea consecuencia inmediata y directa de su mala fe o de su conducta irresponsable y en caso de ser así, se sancionará y obligará al contratante culpable a indemnizar los daños causados a su contraparte por su conducta.

4.3. Deberes, supuestos y remedios de la responsabilidad civil precontractual

Los deberes de la responsabilidad contractual son los siguientes:

a) **Deberes de conducta durante las tratativas preliminares o precontractuales** durante el iter negocial, deben existir deberes de conducta, que los futuros contratantes, deben de tomar en cuenta y respetar, durante el desarrollo de las tratativas preliminares, encaminadas al perfeccionamiento de una negociación. Los principales deberes de conducta, que deben observar las partes dentro de las tratativas preliminares son:

b) **Deber de cooperación:** consiste en definitiva, en colaborar con la otra parte en la celebración del contrato asumiendo conductas activas, una de cuyas manifestaciones más frecuentes es el de proporcionar información; y evitar la realización de gastos innecesarios por la otra parte.

c) **Deber de información:** este deber, consiste en intercambiar información sobre los aspectos conducentes e importantes del futuro negocio jurídico. Este deber de informar debe de satisfacerse bajo diversos aspectos:

- El negociante, debe informar sin reticencia sobre lo que conoce y todas las cualidades o defectos del objeto o negocio.

- El negociante tiene el deber de adquirir la información que ignora.

d) **Deber de custodia:** es frecuente que una de las partes del futuro contrato, envíe a la otra la cosa a fin de que la examine o pruebe. Si incumple el deber de custodia de la cosa o de conservación, la responsabilidad que se le imputará será de



orden precontractual, debiendo restituir el responsable, el bien o en caso de no ser posible su restitución, deberá restituir el valor real del objeto en un plazo prudencial; de manera que se reduzca los perjuicios ocasionados a su contraparte.

Los supuestos de la responsabilidad precontractual son los siguientes:

- Ruptura intempestiva de las negociaciones: si bien, no existe deber de seguir las tratativas preliminares, en algunos supuestos su ruptura genera responsabilidad civil. En particular, considero que se pueden configurar cuatro casos, al menos, en los que la ruptura intempestiva de las negociaciones precontractuales generan responsabilidad:
 - a) Responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones preliminares, originada por no respetarse acuerdos parciales ya logrados: suele existir un iter negocial, en el que se avanza de las prestaciones principales a las accesorias. Y si bien no existe contrato hasta que exista un acuerdo sobre todos sus elementos constitutivos, es razonable entender que los temas tratados y acordados no pueden volver a tratarse unilateralmente.

Si se vuelven a tratar y eso ocasiona el quiebre de la negociación, el negociante que planteó la revisión de lo acordado deberá responder; ante su contraparte por los daños y perjuicios que la ruptura de las tratativas pueda ocasionarle.



- b) **Responsabilidad precontractual por dolo:** en este caso una de las partes del futuro contrato adultera la realidad o la oculta a la otra parte dolo negativo, de manera que la otra parte en caso de haber conocido la realidad del objeto o contrato; no lo hubiera celebrado o lo hubiera celebrado bajo otras condiciones.
- c) **Iniciar o continuar las tratativas contractuales sin seriedad:** también se incurre en responsabilidad civil precontractual por iniciar tratativas preliminares, con conocimiento de que no se culminará el contrato aun cuando las condiciones puestas por la otra parte sean totalmente convenientes y justas.

En este caso, la parte culpable puede incurrir en responsabilidad cuando previamente, ha tomado la decisión de no celebrar el contrato, no importando la oferta y aun así ha iniciado o continuado la negociación o bien por que teniendo conocimiento de una causa que impida la celebración el negocio, inicia o continua con las tratativas preliminares; en este caso la causa puede ser incluso ajena a las partes.

- d) **Nulidad de contrato celebrado:** la nulidad, puede originarse de acuerdo al Artículo 1301 del Código Civil, cuando el objeto sea contrario al orden público, contrario a las leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su naturaleza.

Como la nulidad declarada priva retroactivamente al contrato del efecto querido por las partes, obligando a las partes a devolverse recíprocamente lo recibido, el contratante que provocó la nulidad debe, de acuerdo al Artículo 1317 del Código Civil, responder



por los daños y perjuicios causados. Siendo este un nuevo caso de la responsabilidad civil precontractual indirecta que regula la legislación guatemalteca.

En relación a los remedios de la responsabilidad civil precontractual, es necesario señalar que es sabido que el análisis jurídico no puede detenerse en el mero establecimiento de una regla legal sustantiva.

El derecho, sólo puede funcionar adecuadamente cuando el legislador y los órganos jurisdiccionales, son capaces de configurar y aplicar remedios adecuados para motivar el cumplimiento de las normas. Un sistema en el que se declara que los contratos deben cumplirse pero en el que los órganos jurisdiccionales tienden a subcompensar a las víctimas, es poco diferente de un ordenamiento en el que las normas no garantizan en modo alguno la exigibilidad de los pactos contractuales. Esto es también cierto respecto de la responsabilidad civil precontractual.

En la doctrina romano germánica, se acepta pacíficamente que el remedio adecuado en supuestos de responsabilidad civil precontractual es el otorgamiento de una indemnización. Como quiera que el contrato todavía no se ha celebrado y no ha nacido obligación alguna en sentido estricto, parece inadmisibles que se ordene la ejecución forzada o la ejecución por tercero.

En la doctrina se asevera también que en el caso, de la responsabilidad civil precontractual, el remedio debe limitarse al resarcimiento del interés negativo. El interés negativo, también llamado interés de confianza, constituye desde esa



perspectiva; el nivel de los daños generados por la confianza depositada por una de las partes en la celebración del contrato. Asimismo el interés positivo, es la medida que se utiliza o debería utilizarse para establecer indemnizaciones por inejecución de obligaciones; es decir los perjuicios causados al contratante que actuó de buena fe.

Es decir, que lo que la indemnización del interés negativo intenta hacer es colocar al afectado con la ruptura maliciosa de las negociaciones preliminares en aquella posición en la que se encontraba antes de que se produjera el evento que lo indujo a depositar su confianza en la celebración del contrato. La indemnización de interés positivo, en cambio, lo colocaría en la posición en que estaría si el contrato se hubiera celebrado y cumplido en los términos convenidos.

Cuando se reconoce las diferencias entre uno y otro concepto se descubre las razones por las que por regla general, resulta inadecuado imponer una indemnización del interés positivo o indemnización de las expectativas o perjuicios, como medida de resarcimiento en el área de la responsabilidad civil precontractual. Para empezar, en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones es poco probable que el acuerdo contractual se haya configurado en sus términos esenciales; de modo que resulta poco menos que imposible estimar el nivel de perjuicios causados.

Por si esto fuera poco, otorgar una indemnización del interés positivo implicaría que los órganos jurisdiccionales reconocieran a una de las partes, el derecho a percibir la ganancia esperada de un contrato que todavía no se ha celebrado y perfeccionado; lo que sería una violación inaceptable del principio de autonomía de la voluntad y



concensualismo. Finalmente, una regla de este tipo sería susceptible de generar mayores costos administrativos, forzados a indemnizar el interés positivo derivado de contratos inexistentes, los órganos jurisdiccionales se verían obligados a diligenciar un gran número de pruebas dirigidas a estimar lo que la parte afectada podría haber esperado ganar en el caso que el contrato se hubiera celebrado.

Sin perjuicio de que la indemnización del interés negativo parece un remedio adecuado para resarcir los daños a la confianza durante las tratativas preliminares, no existe coincidencia en la doctrina romano-germánica respecto de los conceptos que se hallan comprendidos dentro de tal interés, en ese sentido existen diversas definiciones de lo que comprende el interés negativo. “El interés negativo, sólo puede comprender el reembolso de los gastos realizados en contemplación del contrato proyectado, pero nunca el lucro cesante o para ser más precisos, las ventajas que la parte perjudicada hubiera podido obtener por haber perdido otro negocio”.⁴¹

En Italia, en cambio, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia aceptan pacíficamente que el interés negativo comprende los gastos inútilmente sostenidos, la ocasión perdida de celebrar otro contrato, la actividad empleada en las tratativas y sustraída de otras útiles ocupaciones y otros conceptos similares.

El interés negativo, comprende los gastos incurridos en la preparación y desarrollo de las tratativas preliminares, incluyendo dentro de ellos, los gastos profesionales y

⁴¹ Díez Picazo, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 166.



administrativos realizados con ocasión de ellas. La indemnización hecha como consecuencia de la responsabilidad civil precontractual, debe responder únicamente al interés negativo; que son los gastos que efectivamente se realizaron con ocasión de las tratativas preliminares.

Aun, cuando no es posible prever todos los supuestos imaginables, es bastante evidente que nadie tiene razón para comportarse maliciosamente; si no espera obtener un beneficio correlativo. Si realmente se desea desincentivar este tipo de comportamientos, la única forma de hacerlo es trasladando al responsable el monto total de los costos ocasionados por su conducta.

4.4. Las tratativas preliminares no son una oferta de contrato

Es importante detenerse en este punto un momento, más para destacar otro aspecto en la relación a las tratativas preliminares. Las tratativas preliminares son lo que los autores del derecho común denominaron tractatus, dentro de este concepto encerraban las proposiciones anteriores a la convención, hechas sin intención de obligarse, no concurriendo en ellos consentimiento deliberado; más bien disposición a él.

Es precisamente, por todos estos rasgos destacados de las tratativas preliminares, que la fase precontractual no es necesariamente identificable con la oferta. La oferta está claramente orientada a la formación del consentimiento y es un elemento esencial de él, mientras que los tratos se encaminan a preparar la enunciación de una oferta, no son



esenciales en ella; pueden o no estar presentes antes que ella se formule.

En la oferta se comprende, la declaración de voluntad de una de las partes, expresada con el propósito de originar un efecto jurídico claro; como lo es la conclusión del contrato o negocio jurídico de ser aceptada.

“Por otro lado, en los tratos preliminares no es así forzosamente, porque no hay voluntad propia de un contrato sino más bien de la negociación, antesala del futuro contrato y que acarrea una determinada responsabilidad al buscar negociar sobre elementos fragmentados del hipotético contrato”.⁴²

No hay por último, en los tratos preliminares necesariamente una visión global del contrato; la que por cierto no puede faltar nunca en una oferta. Ante los problemas en la práctica jurídica comparada sobre cuándo existe una oferta y cuándo un trato preliminar, la jurisprudencia ha señalado tres requisitos que son seguidos en general por la doctrina comparada y que son:

1. Atender a la voluntad de las partes.
2. Considerar que el acuerdo sobre todos los puntos que han de regularse, tanto principales como secundarios, debe ser necesarios y suficientes para la conclusión del contrato.

⁴² *Ibid*, pág. 239.



3. Estimar que la fijación por las partes de los puntos esenciales es suficiente para juzgar concluido el contrato.

Está claro, en doctrina y jurisprudencia, que en los tratos preliminares se intenta discutir y proyectar para llegar al consentimiento. Es vista esta etapa como instrumental y programática por esencia. Cuando dos personas entablan conversaciones con el propósito de contratar, no se hallan obligadas a lograr un acuerdo definitivo, si así fuera, nadie se decidiría a comenzar una negociación; salvo cuando se tuviera la completa seguridad que el contrato o negocio jurídico va a perfeccionarse.

Por ello, durante este proceso de formación del contrato; los precontratantes no están forzados a su celebración. El objetivo de la fase preparatoria es, justamente, aproximar las posiciones de los intervinientes con la finalidad de llegar a la conclusión del contrato previsto, pero nunca, en ningún supuesto; se puede asegurar que los intereses de las partes vayan a converger al fin en un concreto acuerdo.

Esta etapa puede ser además, muy onerosa o gravosa en términos monetarios debido a su eventual prolongación en el tiempo, es por ello que se ha señalado que hay una relación jurídica precontractual que es menester configurar adecuadamente; porque no es gratis. Queda en evidencia, que la importancia de la responsabilidad civil precontractual, será creciente cada vez más en el tráfico jurídico contemporáneo; tan preocupado de los costos y las pérdidas de oportunidades.



4.5. Las tratativas preliminares no son un precontrato

“Algunas corrientes doctrinales han intentado identificar a la responsabilidad civil precontractual como un precontrato, teorías que son incorrectas, toda vez que un precontrato es en sí mismo un contrato perfecto y las tratativas preliminares, no constituyen en ningún sentido un contrato; ya que son todas aquellas diligencias previas y dirigidas al perfeccionamiento de un contrato futuro”.⁴³

Consecuentemente configurar a las tratativas preliminares como un precontrato, es erróneo toda vez que de ser así, ninguna de las partes podría contemplar la posibilidad de separarse de la negociación y el elemento de la buena fe, no sería un punto de discusión, ya que el cumplimiento del precontrato sería obligatorio para ambas partes y no se estaría en posición de decidirse; si se quiere o no cumplir con lo pactado o retirarse de la negociación. El precontrato es de cumplimiento obligatorio, no permite a las partes separarse de una negociación y consiste en un contrato perfecto y obligatorio; que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro.

“Tres cosas pueden resultar útiles, para caracterizar las negociaciones preliminares de un contrato: la primera, es que se trata de una relación en que las partes que concurren lo hacen sabiendo que su contraparte está allí para obtener beneficios; la segunda, es que asumen que para obtener esos beneficios pueden incurrir en conductas que sería reprobables si tuvieran lugar en otros escenarios y la tercera; es que ciertas conductas

⁴³ *Ibid*, pág. 256.



son ilegítimas porque frustran la consecución del objetivo de las negociaciones”.⁴⁴

⁴⁴ Barrientos. **Ob. Cit**, pág. 33.



CONCLUSIONES

1. La mayoría de tratativas preliminares o negociaciones, que se interrumpen en forma injustificada o intempestiva, es debido a que alguna de las partes actúa dentro de las mismas de mala fe, provocando en su contraparte una falsa creencia de la posibilidad de lograr algún tipo de consensualismo.
2. La actitud dolosa de los negociantes, se ve fomentada por la falta de legislación existente, que no permite la determinación de si una persona incurre en algún tipo de responsabilidad civil y se encuentra obligada a resarcimiento de su contraparte, como consecuencia del inicio, interrupción o finalización en forma irresponsable o injustificada las tratativas preliminares.
3. El principio filosófico y legal de la buena fe, contenido en la legislación guatemalteca, por la forma en que se encuentra regulado actualmente, no obliga concretamente a los futuros contratantes a actuar o dirigirse en forma honesta y sincera dentro de las tratativas preliminares, lo cual implica que cualquiera de ellos pueda iniciar o continuar una negociación aun sin intención real de concretarla.
4. La responsabilidad civil precontractual no constituye una violación al principio de autonomía de la voluntad de las partes, ya que no obliga a la celebración de un negocio jurídico en condiciones adversas o desfavorables para el contratante, sino únicamente lo condiciona u obliga a dirigirse dentro de las tratativas



preliminares en forma responsable, honesta y de buena fe; absteniéndose de retirarse o iniciarlas en forma injustificada o irresponsable.

5. No existe una delimitación clara para la correcta aplicación y funcionamiento de la responsabilidad civil precontractual, y del alcance del resarcimiento que cubra al responsable de dicha responsabilidad, a favor de su contraparte, así como para el establecimiento de los parámetros que ayuden o faciliten al juez; la calificación y encuadramiento de una conducta dentro de la responsabilidad civil precontractual.



RECOMENDACIONES

1. La Universidad de San Carlos de Guatemala, en ejercicio de su facultad para presentar una iniciativa de ley, debe proponer ante el Congreso de la República de Guatemala, la creación normas jurídicas que estipulen la responsabilidad civil precontractual y sus consecuencias jurídicas en el país.
2. El Gobierno de Guatemala, debe señalar la actitud dolosa de los negociantes, debido a la inexistencia de una regulación legal para poder determinar cuando una persona incurre en algún tipo de responsabilidad civil y esté obligada a resarcir su contraparte como consecuencia de su inicio; interrupción o finalización injustificada.
3. Como consecuencia de la creación de la responsabilidad civil precontractual, se tiene que promover la creación o modificación de los artículos que resulten necesarios, con el fin de ampliar el campo de aplicación del principio filosófico y legal de la buena fe, extendiéndose este, hasta aquellos momentos previos al perfeccionamiento del negocio jurídico; es decir a las tratativas preliminares.
4. Se tiene que aclarar legislativamente, al momento de crear la responsabilidad civil precontractual, que el principio de autonomía de la voluntad de las partes, no se encuentra condicionado ni supeditado a la responsabilidad civil precontractual y que es un derecho irrenunciable de todo futuro contratante el retirarse de una negociación; cuando las condiciones de la misma no le sean favorables.



5. El Congreso de la República de Guatemala debe, establecer que el resarcimiento que debe pagar el contratante culpable se extiende únicamente a la esfera del interés negativo, que consiste en la indemnización de los daños causados a su contraparte como consecuencia de su comportamiento doloso y se procure la inserción de determinados parámetros, que permitan al juzgador determinar cuando una conducta puede encuadrarse dentro de la esfera de la responsabilidad civil precontractual.



BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. **Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato.** Santiago, Chile: Ed. Legal, 2008.
- BUSTAMENTE, Jorge Eduardo. **Análisis económico de la responsabilidad civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ariel, 1990.
- CALABRESI, Guido. **Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1984.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Madrid, España: Ed. Heliasta, 2001.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Fénix, 2005.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **La promesa de contrato.** Ed. Ariel, 1980.
- DÍEZ PICAZO, Luis. **Derecho de daños.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.
- FAGELLA, Guliani. **Del período precontractual y su construcción científica verdadera y exacta.** Italia: Ed. Andrex, 1989.
- FLEMING, Juan. **La ley.** Australia. Ed. Sydney, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. **Derecho privado romano.** Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1996.
- JHERING, Gaspar. **Culpa.** Jena, Alemania: Ed. Edición, 2006.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo. **Introducción a la responsabilidad civil.** México, D.F., 2006.



MANZANARES, Secades. **La responsabilidad precontractual.** Madrid, España: Ed. Reus, 1985.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel. **La evolución del derecho de daños.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1992.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1989.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Código Civil. Jefe del Gobierno de la República, Decreto ley 106 de la República de Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 107 de la República de Guatemala, 1964.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 1970.