

Culpa in contrahendo. La necesidad de regularla en México

Culpa in contrahendo. *The Need to Regulate it in Mexico*

María Audry Luer*

RDP

Resumen

Se divide tradicionalmente la responsabilidad civil en dos grandes ámbitos: el contractual y el extracontractual, obviando la existencia de la responsabilidad precontractual. Una de las regulaciones más interesantes al respecto es la llamada *culpa in contrahendo*, cuyo fundamento es la buena fe objetiva que debe imperar entre las partes desde antes de la celebración del contrato. Institución de origen alemán, en Latinoamérica, en países como Argentina, Chile, Perú, Uruguay, Colombia y Venezuela, ha sido la doctrina primero y luego tímidamente la jurisprudencia, las que han reconocido la existencia de la responsabilidad precontractual.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, buena fe, Von Ihering, obligaciones precontractuales, error, mala fe, dolo.

Abstract

Civil liability is traditionally divided into two fundamental areas, contractual and non-contractual, ignoring the existence of pre-contractual

* Maestra en derecho por la Humboldt-Universität zu Berlin.

MARÍA AUDRY LUER

liability. One of the most interesting regulations in this regard is the so-called *culpa in contrahendo*, whose foundation is the objective good faith that must prevail between the parties before the contract is concluded. Institution of German origin, in Latin America, in countries such as Argentina, Chile, Peru, Uruguay, Colombia and Venezuela, it has been the doctrine first and then timidly the jurisprudence, which have recognized the existence of pre-contractual liability.

KEYWORDS: Civil Liability, Good Faith, Von Ihering, Pre-contractual Obligations, Error, Bad Faith, Fraud.

Sumario:

1. Introducción.
2. Derecho comparado.
3. Diagnóstico del problema: ausencia de regulación en México.
4. Propuesta de solución y conclusión: necesidad de legislar la *culpa in contrahendo*.
5. Bibliografía.

1. Introducción

Tradicionalmente se divide la responsabilidad civil en dos grandes ámbitos: el contractual y el extracontractual, obviando la existencia de un campo que abarca un sinnúmero de hipótesis, cual es el de la responsabilidad precontractual. Cuando ocurren problemas en la fase de preparación, formación o de generación del contrato, en la cual las partes están ligadas por una especial relación jurídica de carácter precontractual, cobra gran importancia una regulación clara y estructurada para resolverlos con rapidez y justicia. Una de las regulaciones más interesantes al respecto es la llamada *culpa in contrahendo* (en adelante c.i.c.) o responsabilidad precontractual, cuyo fundamento es la buena fe objetiva que debe imperar entre las partes desde antes de la celebración del contrato.¹

¹ Existe una amplia literatura jurídica sobre el tema, así: Tomás Martínez, Gema, "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea", *Revista de Derecho*, Colombia, año 17, núm. 1, 2010, pp. 187-

La creciente importancia de la c.i.c. en otros países, así como su regulación en las legislaciones más avanzadas —en concreto Italia y Alemania—, hace imperioso su estudio.

Abordaremos la presencia de la c.i.c. en otras jurisdicciones para, posteriormente, en un ejercicio de derecho comparado, hacer una revisión analítica del orden jurídico mexicano que no conoce dicha institución de derecho. Concluye con una propuesta de legislación de la c.i.c.

Regular la *culpa in contrahendo* en México, como lo han hecho varias legislaciones evolucionadas, permitiría amparar diversas hipótesis que en la actualidad quedan desprotegidas y ello conllevaría seguridad jurídica tanto para la inversión nacional como para la extranjera, principalmente en las negociaciones preliminares que preceden al perfeccionamiento de los contratos.

2. Derecho comparado

A. Derecho alemán

a. Extracto

La c.i.c. tuvo su cuna en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX, posteriormente se desarrolló en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, y finalmente ha sido codificada sistemáticamente en el *Código Civil Alemán* (BGB) en 2002. En efecto, el BGB originalmente incluyó la teoría de la c.i.c. sólo en algunos artículos dispersos, pero no la reguló de manera sistemática. Actualmente la c.i.c. abarca los siguientes supuestos: (i) la responsabilidad en el caso de celebración de un contrato inválido; (ii) la ruptura injustificada de las tratativas precontractuales; (iii) los casos en que se responde cuando una parte, antes de la celebración del

210. Asimismo, Domingo Monforte, José, “Responsabilidad precontractual. La culpa in contrahendo”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 28 de abril de 2021, disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/05/20/responsabilidad-precontractual-la-culpa-in-contrahendo>; y Mendieta, Jaime, “La culpa in contrahendo: historia, evolución y estado actual de la cuestión”, *Revista e-mercatoria*, vol. 10, núm. 2, diciembre 2011, pp. 40-74.

MARÍA AUDRY LUER

contrato, ocasiona un daño a la otra y/o a los bienes jurídicos de ésta, y (iv) los casos en que el contrato se celebra en condiciones desfavorables para la otra parte. Luego, con la reforma, se ha reconocido legislativamente que un vínculo obligatorio, con las obligaciones que implica, puede surgir de las tratativas precontractuales.

b. Desarrollo histórico

Lo que actualmente la doctrina denomina responsabilidad precontractual se originó en la teoría de la *culpa in contrahendo* elaborada por el jurista alemán Rudolf von Ihering en 1861. Von Ihering² reflexionó sobre los daños que pueden ocasionarse en el periodo anterior a la celebración del contrato y sobre la necesidad de su resarcimiento. En su disertación, von Ihering, se ocupó sólo de un área parcial de los casos que hoy abarca la c.i.c., en concreto:

- a) *Celebración de un contrato nulo por error o por falsa declaración una de las partes.* La parte que contrató confiando en la validez del negocio jurídico y sin que le sea imputable la causal de invalidez de éste, no debe soportar los daños y perjuicios que le fueron causados, por lo que su contraparte debe indemnizarla.
- b) *No perfeccionamiento de un contrato por revocación de la oferta y por caducidad de la oferta por muerte o incapacidad del oferente.* Según Von Ihering, la c.i.c. es consecuencia del incumplimiento de la obligación de la *diligentia in contrahendo*, la cual impone a toda persona que pretende celebrar un contrato la obligación de asegurarse de que nada, en ella misma o en el objeto de la prestación, se oponga a la existencia y validez del contrato de que se trata. Esto es, la parte contratante debe estar en condiciones de celebrar un contrato válido y eficaz.

² Von Ihering, R., “*Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*”, en *Gesammelte Aufsätze*, t. I, Jena, 1881, pp. 341 y ss. Véase asimismo Schanze, Erich, “*Culpa in contrahendo bei Jhering*”, en *IUS COMMUNE*, Frankfurt am Main, Alemania, núm. 7, Vittorio Klostermann, 1978.

Aun cuando aquello de lo que actualmente trata la c.i.c. se encuentra en su mayor parte fuera de la ruta del pensamiento original de von Ihering, fue él quien señaló el camino hacia una evaluación justa y sensata de numerosos supuestos.

c. Desarrollo jurisprudencial y doctrinal

Los redactores del BGB de 1900 no incluyeron una reglamentación general de la c.i.c. Sólo se dispuso una obligación de indemnización del daño en determinados supuestos que correspondían al material analizado por von Ihering.³

La culpa en la etapa precontractual como institución de derecho fue reconocida por la doctrina que generalizó las disposiciones citadas del BGB en la siguiente regla: el inicio de negociaciones contractuales obliga a las partes a obrar con la mayor diligencia, lo que, en consecuencia, crea una relación especial. La infracción culpable de dichas obligaciones conlleva la obligación de indemnizar.

Dado que el BGB no incluyó una regla general expresa para la c.i.c., ésta se desarrolló consuetudinariamente, con apoyo en la jurisprudencia y en la doctrina, como una institución jurídica central del derecho civil alemán.

Las peculiaridades del sistema de responsabilidad extracontractual alemán fueron determinantes en la evolución de la c.i.c. Ello porque el régimen de responsabilidad aquiliana no contempla la indemnización de daños en los que el único bien lesionado es el patrimonio, ni contempla un principio general de responsabilidad extracontractual.⁴ Luego entonces, el patrimonio como tal no se encuentra tutelado, a menos que la lesión patrimonial sea consecuencia del daño causado a uno de los bienes jurídicos expresamente protegidos.

³ Se trata de normas que contemplan supuestos de responsabilidad por invalidez contractual y obligan a indemnizar los daños causados en atención al criterio del interés negativo o interés de confianza, pues en todas ellas se hace referencia a la confianza que se tenía en la validez del contrato o en las facultades de representación, misma que resulta defraudada.

⁴ Como sí lo contienen otras legislaciones, entre ellas, la francesa en el artículo 1382 del Código Civil francés, la chilena en el artículo 2329 del Código Civil chileno y la mexicana en el artículo 1910 del Código Civil Federal.

MARÍA AUDRY LUER

Así pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia recurrieron a la teoría de la c.i.c. para establecer indemnizaciones en supuestos no contemplados expresamente en el BGB, que no cabían en los supuestos de responsabilidad contractual por no existir un contrato celebrado y que tampoco tenían cabida en el régimen de responsabilidad extracontractual por tratarse de daños fundamentalmente patrimoniales.

Luego, del planteamiento inicial de von Ihering, la doctrina y la jurisprudencia ampliaron la teoría de la responsabilidad por c.i.c. para cubrir no sólo supuestos de contratos inválidos, sino también supuestos en los que no llega a celebrarse ningún contrato e, incluso, hipótesis en las que se celebra un contrato válido. Así, la responsabilidad por c.i.c. llegó a constituir un principio general que permite reclamar indemnización por daños experimentados como consecuencia de comportamientos precontractuales.

En el curso de los años, la jurisprudencia desarrolló algunos supuestos no limitativos de la c.i.c., por ejemplo, la ruptura de negociaciones contractuales, la infracción de deberes de tutela y protección, así como la infracción de obligaciones de información.⁵ Fueron múltiples las direcciones de desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia, entre los grupos de casos más significativos se encuentran:

- a. Daños y perjuicios corporales y patrimoniales en las negociaciones preliminares del contrato y obligaciones de garantizar la circulación segura

Se planteó la necesidad de cubrir supuestos en los que aún no se ha iniciado ningún tipo de negociación, como ocurre en los casos de lesiones físicas o en el patrimonio sufridas por potenciales clientes en almacenes, supermercados, etcétera.

⁵ En sentencia del 26 de abril de 1912 se estableció la responsabilidad por incumplimiento del deber de información de una empresa que cedió a otra la distribución de un producto respecto del cual existía una acusación por parte de una empresa competidora de estar violando el derecho de patente, acusación que llevó a la paralización de la venta del producto. El tribunal estimó que dicha información debió haber sido proporcionada por el cedente al distribuidor.

b. Responsabilidad por la causación
de un contrato perjudicial

Circunstancias especiales pueden justificar la obligación precontractual de una de las partes de informar y explicar correcta e íntegramente a la otra parte determinados hechos y riesgos.⁶ Cuando el contrato surte sus efectos en estos casos, el perjuicio originado por la c.i.c. consiste precisamente en este contrato desventajoso. Por ello, aquél que lesiona en forma culpable las obligaciones contractuales de información y esclarecimiento para inducir a error a su contraparte o para sostenerla en él, debe responsabilizarse por dicho perjuicio. El contrato debe ser rescindido.

c. Responsabilidad por ruptura de negociaciones
contractuales

En tanto que un contrato no ha sido celebrado, no existe entre las partes fundamentalmente ningún vínculo jurídico, y cada parte tiene el derecho de interrumpir las negociaciones y suspender el contrato. Cuando una de las partes hubiera realizado determinados gastos en la esperanza de que el contrato llegaría a celebrarse, debe asumir la pérdida si el contrato no llegara finalmente a perfeccionarse. Sin embargo, una de las partes puede incurrir en la obligación de indemnizar a la contraparte cuando hubiera despertado en ésta, a través de declaraciones o de comportamiento, la expectativa de que el contrato llegaría con seguridad a celebrarse, y posteriormente rompiera las negociaciones sin causa justificada.⁷ La obligación de señalar la incertidumbre con respecto a la celebración del contrato puede surgir cuando la contra-

⁶ Por ello el vendedor de una participación empresarial no tiene permitido transmitir una imagen falsa de la situación de ingresos de la empresa; al vendedor de mercancía de importación tampoco se le permite afirmar falsamente acerca de la exención de impuestos de importación sobre ciertas mercancías.

⁷ Un patrón quería contratar un trabajador nuevo e informó al solicitante que podía contar en firme con el empleo, por lo que el solicitante renunció a su empleo de entonces, sin embargo, no se llegó a la celebración del contrato y el tribunal obligó al empleador a compensar al solicitante el daño resultante.

MARÍA AUDRY LUER

parte incurre en gastos con miras a la celebración del contrato y la otra se percata de ello.⁸

d. Responsabilidad por la nulidad de un contrato

La parte que hubiera acarreado en forma culposa la nulidad del contrato, sin que la otra parte lo hubiera advertido o hubiera podido preverlo, debe responsabilizarse por culpabilidad. Sin embargo, el derecho a indemnización sólo abarca aquellos gastos que hubiera hecho una de las partes en un momento en que era dable que aún confiara en la validez del contrato.

e. Responsabilidad por la actuación de los auxiliares

Con respecto a la responsabilidad por negligencia en negociaciones contractuales, no hace diferencia que la respectiva contraparte haya conducido las negociaciones personalmente o a través tercero. La parte contractual se responsabiliza por la negligencia de la persona a la que delega como su auxiliar antes y durante el cierre del contrato.

d. Codificación en el BGB

La *Ley para la Modernización del Derecho de las Obligaciones* de 2002 codificó en el BGB la c.i.c., hasta entonces prácticamente no reglamentada y preponderantemente desarrollada a partir de la jurisprudencia. A partir de entonces, el § 311 del BGB contiene el fundamento legal de la responsabilidad derivada de c.i.c. La codificación no pretendió modificar la jurisprudencia existente, la cual sigue siendo aplicable a la nueva reglamentación.

⁸ Una empresa dedicada a la planeación había colaborado durante un prolongado período con la comunidad y era dable que confiara en la afirmación de los representantes de la comunidad de que se produciría un nuevo contrato. Este contrato no fue posteriormente celebrado, situación que pudo prever la comunidad, en tanto que la empresa de planeación no tenía modo de saberlo. El tribunal obligó a la comunidad a indemnizar a la empresa los gastos de planeación que realizó con miras a este siguiente contrato.

El sistema de c.i.c. se sintetizó con base a una serie de remisiones en los §§ 311,⁹ 241 (2)¹⁰ y 280¹¹ BGB, conforme a los cuales puede presentarse un vínculo obligatorio con deberes de protección inclusive desde el estadio precontractual. La c.i.c. abarca toda infracción de deberes: al inicio de las negociaciones contractuales, en las fases de iniciación de un contrato o en ocasión de contactos de negocios jurídicos para los que no existe una regulación legal especial.¹²

⁹ § 311 BGB: Vínculos obligatorios derivados de negocios jurídicos y similares.

(1) Para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de un vínculo obligatorio, se requiere de un contrato entre las partes, salvo disposición en contrario.

(2) Se establece un vínculo obligatorio con deberes de conformidad con §241 párrafo 2, también a través de:

1. La iniciación de tratativas contractuales;
2. Los tratos preliminares de un contrato en los que una de las partes, con miras a una posible relación de negocios, permite a la otra la posibilidad de influir sobre sus derechos, bienes e intereses o se los confía, o;
3. Contactos similares a los de negocios.

(3) Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el §241 párrafo 2, puede surgir también entre terceros que no vayan a convertirse en partes contractuales por sí mismos. Una relación obligatoria de este tipo se produce, particularmente, cuando el tercero exige para sí mismo el depósito de una confianza extraordinaria y, a través de ésta, influye notablemente en las tratativas contractuales o en la celebración del contrato.

¹⁰ § 241 párrafo 2 BGB: El vínculo obligatorio puede, tomando en cuenta su naturaleza, obligar a cada parte a respetar de manera especial los derechos y bienes jurídicos de la otra parte. A esto puede limitarse el vínculo obligatorio.

¹¹ § 241 párrafo 1 BGB: Si el deudor infringe una obligación del vínculo obligatorio, puede el acreedor demandar la indemnización del daño surgido por esta causa. Esto no aplica cuando el deudor no sea responsable de la infracción de la obligación.

¹² El sistema alemán funciona a base de remisiones, pues la consecuencia jurídica directa del § 311 párrafo 2 y 3 BGB es el fundamento de un nexo obligatorio con las obligaciones del § 241 párrafo 2 BGB. La infracción de las obligaciones derivada de un vínculo obligatorio semejante resulta en una responsabilidad por daños, pues en el supuesto del §241 párrafo 2 BGB el obligado es responsable por indemnización de conformidad con el § 280 párrafo 1 BGB. Por lo tanto, el acreedor no tiene derecho alguno a la prestación, sino sólo derecho a indemnización en el caso de una infracción de la obligación correspondiente derivada del vínculo obligatorio precontractual. Una infracción culpable de estas obligaciones desencadena derechos de indemnización, sin embargo, ni el §241 BGB ni el § 311 BGB constituyen el fundamento de la reclamación. El derecho a indemnización por inobservancia de las obligaciones precontractuales se desprende del § 280 párrafo 1 BGB; sin embargo, deben cumplimentarse las premisas

MARÍA AUDRY LUER

Las obligaciones precontractuales existen independientemente de que finalmente se llegue a la celebración de un contrato o no. Dentro del marco de las obligaciones citadas se permite a cada una de las partes contractuales perseguir sus propios intereses. Entre las obligaciones precontractuales se encuentran las siguientes:

- a) Obligaciones de protección, cuidado y conservación de los derechos, bienes jurídicos e intereses de terceros. Su infracción fundamenta los casos de responsabilidad por c.i.c. en los casos de lesiones físicas o daños al patrimonio con ocasión de la preparación del contrato.
- b) Obligaciones de información, comunicación y esclarecimiento con respecto a las circunstancias importantes para la decisión de celebrar el contrato.
- c) Obligación de no interrumpir, sin motivo justificado, las negociaciones contractuales.

El parámetro para determinar la inobservancia de la obligación en el caso concreto es en qué medida resulta admisible que cada parte, habida consideración del objeto del contrato a celebrar, hubiera podido confiar conforme a los usos y costumbres y al *Treu und Glauben*,¹³ en que su contraparte iba a comportarse de un modo determinado.

Todos los intereses y bienes de las partes contractuales gozan de protección.

Actualmente, en derecho alemán las hipótesis de c.i.c. pueden ser muy variadas:

- a) Uno de los contratantes recurre a una sugerencia, a un artificio, a un disimulo, al uso de violencia, etcétera, que resultan ser la causa determinante del contrato, lo cual determina su nulidad relativa por vicios del consentimiento;

antes citadas de la c.i.c. Por esta razón, la responsabilidad de indemnización deriva en todos los casos invariablemente del § 280 BGB.

¹³ El imperativo de no defraudar la confianza dispensada tiene su expresión en el BGB en la exigencia de observar el principio *Treu und Glauben*, término traduce al español como buena fe. En Alemania, la responsabilidad precontractual siempre deriva, en última instancia, de la infracción del principio *Treu und Glauben*.

- b) Uno de los contratantes, sin ningún propósito de cumplir las prestaciones contractuales, celebra un contrato;
- c) Después de celebrar un acuerdo verbal que requiere de alguna formalidad para su validez, una de las partes decide, sin causa justificada, no darle dicha formalidad al acuerdo;
- d) Sin ningún propósito de contratar, buscando sólo obtener determinada información y/o ganar tiempo, una persona mantiene con otros tratos, consecuencia de lo cual, la otra parte pierde la oportunidad de celebrar el contrato con una tercera persona;
- e) Una de las partes, después de hacer surgir en la otra razonable confianza de que el contrato será concluido, interrumpe o cesa arbitraria e injustificadamente las conversaciones;
- f) Con ocasión de los tratos preliminares, una de las partes ocasiona daños o lesiones a la otra parte o a sus bienes.

En los supuestos de c.i.c. la parte perjudicada tiene una acción para demandar el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios ocasionados. Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad por c.i.c. son:

- a) *Resarcimiento del interés de la confianza o interés negativo*: ha de colocarse al perjudicado como si la obligación precontractual hubiera sido cumplida correctamente, es decir, como si no se hubiera producido la infracción de la obligación. Debe resarcirse el daño que sufrió la parte perjudicada por haber confiado fundada y razonablemente en la seriedad, lealtad y honestidad del otro tratante. Esta indemnización abarca: el daño emergente (gastos realizados con motivo de las tratativas) y el lucro cesante (ganancia que el perjudicado dejó de obtener).
- b) *Interés positivo en el cumplimiento del contrato*: el derecho a indemnización puede también referirse al interés en el cumplimiento, por lo tanto, en algunos casos el perjudicado debe ser colocado en condición tal como si el contrato hubiera sido debidamente cumplido. Esto aplica cuando sin la c.i.c. el contrato hubiera llegado a celebrarse con el autor del perjuicio en condiciones más favorables para el perjudicado.

MARÍA AUDRY LUER

- c) *Revocación de un contrato ya celebrado*: en caso de que como resultado de la inobservancia de las obligaciones precontractuales de una de las partes se hubiera celebrado un contrato, la parte perjudicada tiene derecho a liberarse del contrato.
- d) *Adecuación del contrato*: en caso de que debido a c.i.c. el contrato hubiera sido celebrado en condiciones desfavorables y el perjudicado decida continuarlo, tiene derecho a su adecuación.
- e) *Indemnización por daño personal*. El plazo de prescripción normal para el derecho a indemnización de c.i.c. es de tres años a partir del fin del año en el que el acreedor, sin negligencia extrema, debió tener conocimiento del surgimiento del derecho a indemnización.

B. Otras jurisdicciones

La responsabilidad precontractual se originó en la doctrina y después fue acogida por la jurisprudencia del derecho continental europeo. Sin embargo, salvo por el BGB, no ha sido codificada de manera orgánica por las demás legislaciones. Por su parte, el Código Civil italiano establece expresamente el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe en las tratativas preliminares. El hecho de que las demás legislaciones sean omisas al respecto se explica, en parte, por la disparidad de las hipótesis que es posible encuadrar en la responsabilidad precontractual, la mayoría de las cuales sólo tienen en común una violación de la buena fe objetiva que causa un daño.

En Latinoamérica, en países como Argentina, Chile, Perú, Uruguay, Colombia y Venezuela, ha sido también la doctrina primero y luego tímidamente la jurisprudencia las que han reconocido la existencia de la responsabilidad precontractual. Ahora bien, salvo por el Código Civil peruano de 1984, ninguna de las demás legislaciones civiles ha codificado el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones contractuales. La explicación más obvia es que éstas siguen rigiéndose por códigos inspirados en el derecho francés que justamente ha sido uno de los derechos europeos en los que menos ha penetrado

la teoría de la c.i.c. y, en la medida en que lo ha hecho, ha sido muy alejada de sus orígenes alemanes.

a. *Derecho italiano*

El Código Civil establece expresamente el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe en las tratativas preliminares.¹⁴ En torno a esta norma gira la teoría de la responsabilidad precontractual en el derecho italiano. El que el legislador haya establecido una obligación de comportamiento en el período precontractual, es unánimemente interpretado como que se ha querido consagrar que quien vulnera la obligación precontractual de buena fe y causa un daño a otro, debe repararlo.

El derecho italiano reconoce la responsabilidad precontractual fundándola en la violación de la buena fe objetiva.¹⁵ Ahora bien, la vulneración del deber de buena fe en la etapa precontractual que acarrea daños implica un resultado lesivo injusto que permite configurar un ilícito civil y pedir la correspondiente reparación vía extracontractual. En este sentido se ha inclinado la jurisprudencia italiana de manera prácticamente unánime.¹⁶

¹⁴ Artículo 1337: "Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe."

¹⁵ Véase Procchi, Federico, *Licet emptio non teneat: alle origini delle moderne teoriche sulla CD: culpa in contrahendo*, Milano, Italia, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012. Del mismo autor: Procchi, Federico, "'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico", en *La Compravendita e L'Interdipendenza delle Obbligazioni nel Diritto Romano*, t. I, 2007, pp. 181-246; y Vitucci, Paolo, "Responsabilità precontrattuale e inadempimento (Verso un'interpretazione giurisprudenziale più ampia delle norme sulla culpa in contrahendo, per l'applicazione di esse anche alle ipotesi di contratto concluso validamente), *Nozione formazione é interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, vol. IV, 1997, pp. 521 y 532.

¹⁶ Sobre el tema véase Sillani, Chiara Tenella, "Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte", en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, Italia: Edizioni Scientifiche Italiane, volumen XXXVI, núm. 4, 2015; asimismo Turco, Claudio, "L'interesse negativo nella culpa in contrahendo", *Rivista Di Diritto Civile*, Italia, año LIII, núm. 2, marzo-abril, 2007.

MARÍA AUDRY LUER

b. *Derecho español*

A pesar de que el Código Civil en su artículo 1258¹⁷ no sujeta expresamente la fase de preparación del contrato al mandato de la buena fe, la doctrina ha sostenido su vigencia en dicha etapa por la aplicación analógica de esta norma y por lo dispuesto en el artículo 7o. inciso 1 del Código Civil,¹⁸ que consagra la buena fe como principio general de derecho.

Entonces, en España la buena fe objetiva es la fuente de deberes precontractuales, cuya violación acarrea una obligación de indemnización del daño causado. Ahora bien, un importante sector de la doctrina opina que la base normativa de la responsabilidad precontractual es la responsabilidad aquiliana que se encuentra en el artículo 1902 del Código Civil,¹⁹ el cual contiene una fórmula general en materia de hechos ilícitos que permite incluir cualquier tipo de daño producido por un comportamiento antijurídico, incluso el que tenga lugar en la fase precontractual.

La jurisprudencia española no ha sido unánime, pues ha fallado tanto a favor de la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual como de la extracontractual.

c. *Derecho francés*

Desde el siglo XVIII los autores franceses han fundado la responsabilidad precontractual en la culpa aquiliana. Así, Pothier estimó que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en la etapa precontractual nace de la regla de equidad de que nadie debe sufrir por el hecho de otro. Los autores clásicos del derecho francés, siguiendo

¹⁷ La redacción del artículo 1258 del Código Civil español es casi idéntico al artículo 1796 Código Civil mexicano y dice así: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

¹⁸ Artículo 7o. inciso 1 del Código Civil español: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

¹⁹ Artículo 1902 del Código Civil español: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

las enseñanzas de Pothier, encontraron el fundamento de la indemnización de la responsabilidad precontractual en las normas que establecen la culpa aquiliana dentro del marco de un principio general de responsabilidad extracontractual. Según estos autores, la responsabilidad contractual es de excepción, ya que procede sólo cuando se ha celebrado un contrato válido, en tanto que la responsabilidad delictual o cuasidelictual constituye la responsabilidad de derecho común.

La naturaleza aquiliana de la responsabilidad precontractual también es sostenida por la jurisprudencia francesa, basándose fundamentalmente en que no se ha celebrado un contrato que permita aplicar las normas sobre incumplimiento de las obligaciones.

Cabe destacar que respecto de la responsabilidad precontractual se ha producido un movimiento pendular en Francia, pues la exigencia de buena fe en los tratos preliminares ha pasado a ser un tema estrella en los últimos años.

d. *Derecho peruano*

El Código Civil de 1984 también reconoce expresamente la vigencia de la buena fe en la negociación y celebración de los contratos.²⁰

e. *Derecho argentino*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, siguiendo la tendencia francesa, se han mostrado partidarias de la culpa aquiliana como fundamento de la responsabilidad precontractual. Así pues, en el sistema legal argentino la responsabilidad precontractual se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual, las cuales se encuentran en los artículos 1056²¹ y 1109²² del Código Civil

²⁰ Artículo 1362: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

²¹ Artículo 1056 del Código Civil argentino: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas".

²² Artículo 1109 inciso 1 del Código Civil argentino: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del

MARÍA AUDRY LUER

Ahora bien, cabe destacar que el artículo 1198 inciso 1 del Código Civil²³ establece el deber de obrar de buena fe en la celebración y ejecución del contrato. A su vez, el artículo 920²⁴ del Proyecto de unificación civil y comercial de 1998 postula el deber de comportarse de buena fe en las tratativas contractuales, el incumplimiento de dicho deber genera responsabilidad por daño al interés negativo. Esta normativa ha influido en que parte de la doctrina recurra al principio de la buena fe para explicar el deber de las partes de comportarse de manera leal y honesta durante la etapa precontractual.

f. *Derecho chileno*

El artículo 1546 del Código Civil chileno²⁵ consagra la buena fe en la ejecución del contrato, omitiendo referencia alguna a la etapa precontractual y de celebración de este. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina chilena opina que la normativa de la buena fe debe proyectarse a todo el *íter* contractual. Prevalece la opinión de que la buena fe es el fundamento de la responsabilidad civil en la etapa preliminar de los tratos: sea porque se aplica el principio de la buena fe subjetiva que establece el artículo 706 inciso 1 del Código Civil,²⁶ mismo que en el período precontractual se traduce en un comportamiento leal, honesto y veraz (buena fe objetiva) y/o porque se interpreta de manera amplia o analógica el artículo 1546 del Código Civil.

perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

²³ Artículo 1198 inciso 1 del Código Civil argentino: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

²⁴ Artículo 920 PUCyC: “Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo.

²⁵ Artículo 1546 del Código Civil chileno: “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 emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

²⁶ Artículo 706 inciso 1 del Código Civil chileno: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”.

Ahora bien, la doctrina se ha inclinado por considerar que la responsabilidad precontractual se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual, en virtud de que los supuestos de la primera encuadran en el principio general de no causar daño a otro, consagrado en materia delictual. Esta opinión se basa en una de las pocas sentencias²⁷ dictadas en Chile a propósito de la responsabilidad precontractual, la cual establece que la misma debe regirse por las normas de los delitos y cuasidelitos civiles.

3. Diagnóstico del problema: ausencia de regulación en México

El orden jurídico mexicano no prevé la c.i.c., esto es, en México no existe reconocida legislativamente responsabilidad por infracción de obligaciones precontractuales. Con excepción de las obligaciones que derivan del principio de *alterum non laedere* las partes no tienen obligaciones precontractuales. Por su parte, la jurisprudencia mexicana no ha abordado casos en el que se discuta una responsabilidad precontractual.

Las consecuencias que derivan de la falta de regulación de la c.i.c. son diversas, y entre las más importantes se cuentan:

A. Obligaciones de información y protección de la información

a. Obligaciones de información

En México existen tan sólo algunas normas específicas que prevén la obligación de dar información precontractual, la cual constituye parte importante del contenido del principio de buena fe en los tra-

²⁷ La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 5 de junio de 1996, en la causa “Forestal Bío-Bío, S. A. y otra con Madesal y otra” declaró aplicable la normativa de la responsabilidad extracontractual al supuesto del retiro arbitrario de las tratativas preliminares. Véase asimismo Banfi del Río, Cristián, “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, Chile, núm. 8, 2007, pp. 9-57.

MARÍA AUDRY LUER

tos preliminares. Tal es el caso de la Ley del Contrato de Seguro, de diversas leyes en materia de intermediarios financieros y bursátiles, y de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Sin embargo, la inobservancia de estas obligaciones de información no conlleva como consecuencia jurídica un derecho a indemnización. Así pues, una infracción de este tipo sólo permite la anulabilidad del contrato por engaño doloso.

Ahora bien, en todos los casos de venta de una cosa defectuosa se encuentran previstos derechos de saneamiento. Empero, el espíritu de este artículo es más bien el de evitar la entrega de objetos con defectos ocultos y no el de establecer una obligación precontractual de informar a la otra parte sobre dichos defectos.

b. Protección de la información

No existen normas tendientes a proteger la información de las partes. Es por ello por lo que, en cada caso, es necesaria la celebración de un contrato de confidencialidad entre las partes. Sin embargo, aun existiendo un contrato de confidencialidad resulta difícil hacer valer derechos a indemnización por daños y perjuicios por infracción de la obligación de protección de la información, ya que la información no es objeto de protección legal en calidad de bien jurídico. En general, la eficacia de los contratos de confidencialidad es restringida ya que la protección de la información confidencial se relativiza merced a que no siempre es asible la determinación del objeto del contrato (identificación de la información protegida), una vez que hay un incumplimiento a la obligación de no hacer, no hay un instrumento jurídico eficaz que impida la utilización de la información y, por último, el resarcimiento o indemnización por la infracción acaba siendo insatisfactoria para el titular de la información, ya que la reparación consiste en daños y perjuicios contractuales que, por lo demás, están sujetos a prueba (salvo que las partes hayan establecido una pena convencional o cláusula penal en caso de violación de la confidencialidad).

B. *Garantías de la seguridad del tráfico*

No existen obligaciones jurídicas y concretas de protección al tráfico y, en consecuencia, carecen de protección tanto la persona como las cosas de las partes durante la etapa precontractual. La reclamación por infracción de la obligación a la protección del tráfico sólo puede derivar en una responsabilidad por manejo indebido. Sin embargo, en México no existe un desarrollo avanzado del derecho delictual.

C. *Responsabilidad por ruptura arbitraria de negociaciones contractuales*

Cabe destacar que las negociaciones preliminares no obligan a celebrar el contrato; en este sentido, es posible afirmar que las tratativas no son vinculantes, pero sí obligan a evitar la causación de daños a la otra parte y, en su caso, a indemnizar los daños y perjuicios que la ruptura injustificada hubiera ocasionado. Es pertinente subrayar que la responsabilidad precontractual en las tratativas no implica poner fin a la libertad de las partes para retirarse de manera unilateral de las mismas, es decir, el derecho a retiro se mantiene, sólo que, si no se funda en un desacuerdo en los intereses económicos es injusto, y, por lo tanto, acarrea la obligación de indemnizar a la contraparte.

En el derecho mexicano, no existe obligación de indemnizar a la contraparte cuando se ha despertado en ésta la confianza de la seguridad en la celebración del contrato y después se interrumpen las negociaciones sin motivo justificado. Esto resulta inequitativo, pues la contraparte que, en dicha expectativa, ha incurrido en determinados gastos debe asumir por cuenta propia la pérdida.

D. *Anulabilidad de los contratos por vicios del consentimiento*

El error, la mala fe, el dolo que constituyan la causa determinante del contrato, así como la violencia son vicios del consentimiento, cuya única consecuencia es la nulidad relativa del contrato y es prerrogativa

MARÍA AUDRY LUER

exclusiva del afectado pretender la anulación o ineficacia del acto. Así, la anulabilidad no desencadena ninguna obligación de indemnización del daño sufrido a causa de ésta. Todas estas hipótesis forman parte de la c.i.c., ya que en el seno de los tratos que preceden a la perfección del contrato resultan indebidos:

- I) El disimulo del error de la contraparte, constitutivo de la mala fe;
- II) El empleo de sugerencias o artificios para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, constitutivo del dolo;
- III) El empleo de fuerza física o amenazas para inducir a la otra parte a inclinar su voluntad en determinado sentido, constitutivo de la violencia.

Sin embargo, en México la única consecuencia jurídica que deriva de viciar el consentimiento de la contraparte es la nulidad relativa del contrato y no se le otorga a ésta ningún derecho a indemnización.²⁸

4. Propuesta de solución: necesidad de legislar la c.i.c.

Como ha quedado establecido, la responsabilidad precontractual implica la existencia de unos especiales deberes de conducta en las relaciones que preceden a la perfección del contrato. Sin embargo, en las relaciones precontractuales no existe una vinculación jurídica propiamente dicha, así pues, es necesario analizar en qué se basan los mencionados deberes especiales de conducta. Es posible afirmar que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico del hombre: por el hecho de entrar en contacto y de relacionarse, los sujetos tienen el deber de ajustar su comportamiento a las exigencias de la buena fe objetiva, principio que debe regir todos los tratos entre las partes.²⁹ Así, cabe fundar la responsabi-

²⁸ Sobre el tema: Mancini, Alberto Mario, "La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso", *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, Italia, núm. 1, 2007.

²⁹ La buena fe es un principio general del derecho y, por lo tanto, debe permear todos los ordenamientos jurídicos, sea que se encuentre o no expresamente reconocido por la legislación.

alidad precontractual en los deberes dimanantes de la buena fe, la cual impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas desde el inicio de los tratos preliminares y hasta la terminación o consumación del contrato. Por lo tanto, se crea una “vinculación jurídica especial”,³⁰ en el seno de la cual es indebida toda trasgresión intencional de la buena fe que debe caracterizar las relaciones que preceden a la perfección del contrato. Dicha trasgresión fundamenta la responsabilidad precontractual que da lugar a la obligación de indemnizar.

En aras de la justicia y de la seguridad jurídica debiera existir en derecho mexicano una responsabilidad por inobservancia de las obligaciones precontractuales.

A. *Premisas de la responsabilidad precontractual*

En este punto se impone fijar una posición con respecto a algunas premisas fundamentales de la responsabilidad precontractual, éstas son su fundamento y naturaleza, mismos que condicionan y determinan su regulación.

a. *Fundamento*

La doctrina discute cuál es la fuente de la c.i.c.; se han elaborado diversas teorías que intentan explicar su fundamento, entre las que destacan aquellas que lo fincan en los conceptos como la culpa —que puede ser contractual, cuasicontractual, aquiliana o incluso una culpa que no corresponde a un criterio subjetivo de imputación—, el abuso del derecho, la ley, una declaración unilateral de la voluntad, una obligación de garantía, un pacto tácito, la costumbre, la seguridad creada, la confianza, la buena fe, o la equidad. Cabe señalar que algunas de estas posturas no son incompatibles entre sí y pueden coexistir, por ejemplo, la buena fe, la equidad y la confianza.

³⁰ Los alemanes la llaman “contacto negocial”.

MARÍA AUDRY LUER

Considero que es necesario distinguir entre el fundamento mediato y el inmediato de la responsabilidad precontractual. El fundamento mediato es invariable, pues siempre se encuentra en la violación de la buena fe objetiva, en cuanto regla de conducta que impone a las partes en la relación jurídica precontractual ciertas obligaciones, mismas que se dividen en:

- a) Obligación genérica de comportarse de manera correcta, leal y honesta.
- b) Obligaciones específicas de información, confidencialidad, seguridad y custodia.

En cambio, el fundamento inmediato es variable. Puede estar ligado a la culpa o dolo, dependiendo de cada supuesto y de las circunstancias del caso concreto; en caso de existir culpa o dolo, éstos constituirán el factor subjetivo de atribución de la responsabilidad. Ahora bien, aún de no ser posible configurar culpa o dolo, ello no impide la procedencia de la responsabilidad precontractual, pues la sola violación de la buena fe precontractual basta como factor de atribución de responsabilidad objetivo y autónomo.

b. *Naturaleza*

Con respecto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual, la doctrina se ha agrupado en teorías contractualistas, extracontractualistas y las que se inclinan por una naturaleza autónoma, constitutiva de un tercer género dentro de la responsabilidad civil.

En los países, excepto Alemania, que de alguna manera han acogido la idea de la responsabilidad precontractual, ésta tiene un fundamento extracontractual, en virtud de que se trata de ordenamientos jurídicos que contemplan una fórmula general de responsabilidad extracontractual, ausente en el derecho alemán. Cabe recordar que tal ausencia fue en gran medida el detonante del desarrollo de la teoría de la c.i.c. para lograr abarcar hipótesis que quedaban fuera del ámbito contractual y del extracontractual.³¹

³¹ Véase arriba punto 1. Derecho comparado.

Ahora bien, es claro que la responsabilidad no puede ser contractual, ya que, justamente por tratarse de una etapa preparatoria del vínculo convencional no existe todavía relación jurídica de dicha naturaleza. Por otra parte, si no se trata de una responsabilidad derivada de un vínculo contractual se trataría entonces de una responsabilidad extracontractual. Sin embargo, los factores de atribución de la responsabilidad por c.i.c. varían levemente de aquéllos en los que se fundamenta la responsabilidad aquiliana. En esta última, la culpa juega un papel de gran importancia, pues se requiere haber actuado con culpa o negligencia para que el agente incurra en responsabilidad y consecuentemente quede obligado a indemnizar. A su vez, la responsabilidad precontractual tiene características muy específicas que la convierten en una categoría de responsabilidad especial, que se sitúa en una posición intermedia entre la responsabilidad extracontractual y la contractual. Las peculiaridades que presenta este tipo de responsabilidad, denominada “de tercer género” por la doctrina, consisten particularmente en que:

- a) Existen obligaciones específicas, nacidas de la buena fe objetiva, que las partes deben cumplir dentro del marco de la relación jurídica especial de carácter precontractual.
- b) La sola violación de la buena fe objetiva opera como factor objetivo de atribución de responsabilidad, por lo que hace presumir la culpa, es decir, la antijuridicidad implica la culpabilidad. Así, la infracción de la buena fe objetiva lleva al principio de inversión de la carga de la prueba, el cual consiste en que corresponde al imputado probar la ausencia de culpa. Por su parte, el perjudicado sólo debe probar el daño, la vulneración del deber precontractual y la relación de causalidad.
- c) El alcance de la responsabilidad se limita a reestablecer la situación que existiría de no haberse vulnerado la confianza o la credibilidad en que se celebraría un contrato válido, en algunos casos importa la liberación del contrato celebrado y/o la indemnización en caso de la celebración de un contrato nulo.
- d) El monto de la indemnización no debe rebasar o exceder del valor del interés que el perjudicado tuviera en la validez del contrato.

MARÍA AUDRY LUER

- e) Al tratarse de una responsabilidad de tercer género y, por tanto, diferente de la contractual y de la extracontractual, nada impide que, en su caso, se busque el resarcimiento por la vía contractual, además de la indemnización por responsabilidad precontractual.
- f) El régimen de prescripción de la obligación de indemnización se encuentra estrechamente ligado al del vínculo contractual.

B. *Aplicación a derecho mexicano*

Para hablar de una responsabilidad jurídica es indispensable hallar la infracción a una obligación en el sentido jurídico de la palabra. Si bien ya se ha hablado anteriormente de la existencia de deberes de conducta en la etapa precontractual, es requisito indispensable insertar en el ordenamiento jurídico dichos deberes para configurarlos como obligaciones legales que las partes estén compelidas a cumplir. Sólo así es posible establecer una relación jurídica prenegocial sobre la cual cimentar la responsabilidad jurídica. En este sentido, los sistemas jurídicos que han desarrollado el régimen de responsabilidad precontractual han ampliado el orden jurídico para basar en el deber general de comportamiento de buena fe una obligación jurídica en la etapa previa a la celebración de un contrato. Inicialmente esta ampliación del espectro de lo jurídico se dio a partir de la jurisprudencia, la cual determinó que el deber de conducirse de buena fe en el tráfico es exigible jurídicamente. A efectos de darle mayor rigor a este deber, es necesario legislarlo como obligación legal.³²

Por lo tanto, la reforma propuesta debe contemplar el establecimiento claro de una obligación general de buena fe, que, si bien inspira como principio general todo el ordenamiento mexicano, no está consagrado de manera expresa. En consecuencia, se propone la adición de dos preceptos que consignent expresamente el deber jurídico de buena fe con la que deben conducirse los sujetos en el tráfico: uno de carácter

³² Tal es el caso de la legislación alemana en el § 311 BGB y del Código Civil italiano en el artículo 1337.

general que imbuya a todo el ordenamiento civil y otro, también general, pero específicamente orientado al ámbito negocial y en concreto al período precontractual:

Artículo 6o. (primer párrafo). Los derechos deberán ejercitarse y las obligaciones cumplirse conforme a las exigencias de la buena fe.

Artículo 1803 (primer párrafo). Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe.

Con esto se establece categóricamente la buena fe no sólo como un principio que rige a todo el ordenamiento y como un deber general de conducta, sino que se estatuye como una obligación concreta que debe cumplirse, específicamente en la etapa previa a la celebración de un contrato.

Ahora bien, en el régimen de c.i.c. han de establecerse en primera instancia los supuestos en los que se incurre en responsabilidad precontractual:

Artículo 1910 bis. De conformidad con el primer párrafo del artículo 1803, surgen obligaciones de buena fe para las partes desde la preparación de un contrato. Por ello, aquél que establece contacto con otro, para celebrar con él un acto jurídico tiene para con esa otra parte la obligación de actuar con la debida consideración con respecto a los bienes jurídicos e intereses de aquél y se responsabiliza de indemnizarlo por la inobservancia de esta obligación, en los siguientes o análogos supuestos:

- I) Buena fe en las negociaciones contractuales. Desde el inicio de las negociaciones contractuales cada una de las partes está obligada a proporcionar información amplia y precisa y explicar a la otra las circunstancias importantes de la celebración del contrato y, en su caso, responder en forma correcta y veraz las preguntas que le fueren hechas. Las partes están obligadas a no impedir la celebración del acto ni causar a los bienes de la otra parte ningún daño.
- II) Responsabilidad durante los tratos preliminares. Quedan comprendidos en esta obligación los tratos preliminares, esto es,

MARÍA AUDRY LUER

aquellos contactos negociales en los que aún sin existir negociaciones, existe la posibilidad para las partes de celebrar un acto jurídico. Los tratos preliminares deben interpretarse en forma amplia con miras a una posible relación jurídica. Para ello, basta con la apertura de establecimientos de cualquier índole para ofrecer a potenciales clientes la posibilidad de celebrar un contrato. La protección inicia al ingresar al establecimiento y se prolonga hasta su abandono; y se extiende también a los acompañantes.

- III) Interrupción sin motivo justificado de las negociaciones contractuales, después de haber despertado la confianza de la otra parte en la seguridad de la celebración del contrato.

La misma obligación surge entre terceros que no vayan a convertirse en partes contractuales por sí mismas, pero que actúen por cuenta de las partes contractuales.

Procede ahora regular la consecuencia de la infracción a las obligaciones establecidas. La obligación de indemnización que surge por dicha infracción tiene ciertos visos comunes con la responsabilidad aquiliana, pero se agregan un par de consecuencias adicionales que la particularizan merced a su peculiaridad precontractual:

Artículo 1915 bis. El incumplimiento a las obligaciones establecidas en el artículo 1910 bis dará lugar a la responsabilidad precontractual. La lesión de los derechos, bienes o intereses de la parte agraviada presume la culpa del infractor, salvo prueba en contrario. El resarcimiento derivado de la responsabilidad precontractual otorga al agraviado:

- I) Derecho de restitución. El derecho de reclamar en cualquier caso la indemnización consistente en restituir las cosas al estado que prevalecería de no haberse incumplido la obligación prevista en el artículo 1910 bis, en los términos del artículo 1915.
- II) Nulidad de un contrato ya celebrado. Si ya se hubiera celebrado el contrato, la parte perjudicada tiene derecho a reclamar la rescisión o nulidad del contrato, según el caso.
- III) Adecuación del contrato. El agraviado puede, asimismo, exigir ser colocado en condición tal que sin la responsabilidad precon-

- tractual el contrato hubiera llegado a celebrarse en condiciones más favorables para él. La adecuación de las prestaciones del contrato puede consistir en la reducción de su prestación a la medida correspondiente y el reintegro de la cantidad excedente.
- IV) Daños y perjuicios. Para la estimación de la indemnización se ponderará, entre otras cosas, lo siguiente:
- a. Que el demandado haya hecho incurrir al perjudicado en gastos inútiles al truncarse las negociaciones contractuales o debido a la nulidad del contrato.
 - b. Que el demandante haya perdido la oportunidad de celebrar un acto distinto por haber confiado en el éxito de las negociaciones contractuales que finalmente fracasaron.
 - c. Que se haya celebrado el acto confiando en la información inexacta proporcionada por la otra parte.
- V) Acumulación de reclamaciones. El acreedor podrá exigir una o varias de estas prestaciones siempre que sean compatibles unas con otras.

La obligación de indemnización y el alcance de esta se ajustarán proporcionalmente, dependiendo de las circunstancias, en aquellos casos en los que la parte perjudicada haya contribuido a causar el daño.

Por último, cabe establecer el plazo de prescripción de esta nueva responsabilidad. Al efecto, se propone adicionar el artículo 1161 con la siguiente fracción:

Artículo 1161. Prescriben en dos años:

- VI) La responsabilidad precontractual. La prescripción se cuenta desde que el perjudicado debió haberse percatado del incumplimiento de la obligación. Sin embargo, a falta de dicho conocimiento, la responsabilidad ya no podrá ser exigible después de cinco años de sucedido el hecho.

MARÍA AUDRY LUER

5. Bibliografía

- BANFI DEL RÍO, Cristián, “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Chile, núm. 8, 2007.
- DOMINGO MONFORTE, José, “Responsabilidad precontractual. La culpa in contrahendo”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 28 de abril de 2021, disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/05/20/responsabilidad-precontractual-la-culpa-in-contrahendo>.
- ERP, Sief van, “A european “culpa in contrahendo” doctrine? towards a model of contract as a legal relationship and situation-specific duties to inform,” *Bases de un Derecho Contractual Europeo*.
- LAMBRINI, Paola, “La culpa in contrahendo e l’actio de dolo malo”, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di Roberto Fiori, 2011.
- MANCINI, Alberto Mario, “La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso”, *Rassegna di Diritto Civile*, Italia, núm. 1, 2007.
- MENDIETA, Jaime, “La Culpa In contrahendo: historia, evolución y estado actual de la cuestión”, *Revista e-mercatoria*, año 10, núm. 2.
- PROCCHI, Federico, “‘Dolus’ e ‘culpa in contrahendo’ nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico”, *La Compravendita e L’Interdipendenza delle Obbligazioni nel Diritto Romano*, t. I, 2007.
- PROCCHI, Federico, *Licet emptio non teneat: alle origini delle moderne teoriche sulla CD: culpa in contrahendo*, Milano, Italia, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012.
- SCHANZE, Erich, “Culpa in contrahendo bei Jhering”, en *Ius Commune*, Frankfurt am Main, Alemania, núm. 7, 1978.
- SILLANI, Chiara Tenella, “Culpa in contrahendo, contatto sociale e «incoerenze» della Suprema Corte”, *Rassegna di diritto civile*, Italia, vol. XXXVI, núm. 4, 2015.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho*, Colombia, año 17, núm. 1, 2010.

- TURCO, Claudio, “L’interesse negativo nella culpa in contrahendo”, *Rivista Di Diritto Civile*, Italia, año LIII, núm. 2, marzo-abril, 2007.
- VITUCCI, Paolo, “Responsabilità precontrattuale e inadempimento (Verso un’interpretazione giurisprudenziale più ampia delle norme sulla culpa in contrahendo, per l’applicazione di esse anche alle ipotesi di contratto concluso validamente)”, *Nozione Formazione é Interpretazione del Diritto Dall’Etá Romana alle Esperienze Moderne*, vol. IV, 1997.
- VON IHERING, Rudolph, “Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”, *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1881, t. I.