

Responsabilidad Civil por la Anulación de Contratos Imperfectos

Abdiel Algis Ábrego. LL.M.

Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Privado. Panamá
abdielabrego@gmail.com

Recepción: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

RESUMEN

La Responsabilidad Civil por la anulación de contratos imperfectos surge de la obra del jurista alemán Rudolph Von Ihering (1818-1892) publicada por primera vez en una monografía que data del año 1860, basándola en a culpa *in contrahendo*. Esta responsabilidad es la que surge por hechos ocurridos mientras el contrato aún no está concluido, o sea que se encuentra en fase de tratativas o formación, estando pendiente del hecho del perfeccionamiento.

Palabras clave: responsabilidad civil – contrato – negocio – indemnizaciones – tratativas – daños civiles – buena fe

ABSTRACT

The guilt in contrahendo, theory arises from the work of the German jurist Rudolph von Ihering (1818-1892), dating from 1860 on pre-contractual liability. This is the responsibility that arises from events that occurred while the business is in talk or training stages, the fat of pending development.

Keywords: *responsibility – business – contract- agreement – compensation – liability – negotiation – civil laws – fair dealing*

INTRODUCCIÓN

La fase *In contrahendo* corre desde la invitación a conversar, aunque no incluya oferta formal, hasta la recepción de la aceptación. Se entiende por fase de tratativas o formación la etapa de la negociación que corre desde la oferta formal, hasta la recepción de la aceptación. Si en el periodo de tratativas o negociaciones, que puede ser anterior a la oferta, una de las partes sufre un daño como consecuencia del accionar de la otra, que no le permite concluir válidamente el contrato -y aunque se concluya- pero se concluya con daños causados en el *impasse*, cabe que se le reparen los perjuicios.

La doctrina de Ihering denominada “*La culpa in contrahendo*” o doctrina de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o imperfectas, producida por el citado autor a mediados del siglo XIX, tiene su fundamento en el derecho romano que reconocía dos casos en que la parte perjudicada podía resarcirse aunque el contrato fuera nulo o anulable: 1. Al vendedor de *res extracomercium* y 2. Al de una herencia inexistente se les podían perseguir por los daños a pesar de la nulidad o anulabilidad del contrato. (V. IHERING, R., “*De la culpa in contrahendo ou des dommages-interdid dans les convention ou restées imparfaites*”, Traducción francesa por DE MEULENAERE, Ouvres choisis de R. VON IHERING, T. II, Maresq, Paris) (Su titulación original fue “*Culpa in contrahendo oder Schadersatz bei nichtingen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”) (Ihering se ocupa del tema producto de su obra más famosa “*Geist des römischen recht auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung*”) (El espíritu del derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo)

La responsabilidad por culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual tiene precedentes legislativos, y no solamente en base a los preceptos romanos citados, sino que, también al amparo de aquello principio de derecho romano que ordena reparar cualquier daño causado otro culposa o dolosamente. (v. FAGELLA, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*) La responsabilidad resultante ¿se considerará contractual o extracontractual?

Al estudiar el instituto de la responsabilidad culpable en el periodo *in contrahendo* es forzoso referirse a lo que hayan sido las negociaciones preparatorias (tratativas) del contrato en referencia, se haya o no concluido éste, pues en caso de que así hubiera sucedido no encontraríamos frente a un evento de imposible ejecución por hallarse dicha convención atacada por vicios derivados del periodo preparatorio, sería preciso averiguar quién es el responsable de los gastos realizados *in contrahendo* o de los perjuicios causados en dicho período temporal.

Las conversaciones preliminares a la formación del contrato no generan per se ningún tipo de responsabilidad. Es necesario para ello que ocurra que se produzcan daños a la esfera de interés de una de las partes y que éstos hayan acaecido por la culpa o negligencia de la otra parte, siendo necesaria aquí también la concurrencia de la relación causa-efecto.

Sin embargo, los sujetos de dichas conversaciones asumen deberes de comportamientos mientras negocian, que son los de actuar correctamente en relación con la otra parte de la negociación, observando pautas que configuren el más estricto apego a la Buena Fe. V. FAGELLA, Op. cit.)

Vistas las cosas tal y como se han dejado expuestas –hasta ahora- cabe plantearse si el mero hecho de entrar en conversaciones con una determinada persona con la finalidad de preparar la perfección de un contrato ha de conllevar forzosamente incurrir en responsabilidad cuando dichos tratos se abandonen de forma que se malogre el negocio que se quería realizar. Pensamos que sí.

Analicemos este ejemplo: Primus es presidente de una conocida corporación de seguros. Ha sido demandado por su familia para que sea inhabilitado por senilidad. En una reunión de inversionistas conoce a Segundo, quien es gerente de una empresa de alquiler y leasing de maquinaria pesada. Conversando sobre diversos temas Segundo pregunta a Primus por las nuevas tarifas de su empresa para el equipo que él regenta, y concretan cita para una entrevista de negocios. Después de varias reuniones llegan a acordar las condiciones para un contrato, y fijan fecha para la firma del mismo. Segunda cancela todas las pólizas de sus equipos para aprovechar las nuevas tarifas. Antes de la fecha fijada queda en firme la sentencia que declara interdicto a Primus y lo inhabilita para la administración. El contrato se cae, obviamente. Posterior a esa fecha un valioso equipo de Segundo sufre un grave percance antes de que haya podido negociar otras pólizas. ¿Habría o no responsabilidad para la empresa de Primus?

I. DELIMITACIÓN DEL PERÍODO IN CONTRAHENDO

Es necesario un acotamiento o delimitación de las fronteras dentro de las cuales han de moverse o tener lugar los contactos sociales para la formación de la voluntad contractual.

En definitiva, que se señalen los límites dentro de los cuales han de acontecer las conversaciones preparatorias de un contrato y todo ello, naturalmente, para que pueda establecerse sin dificultad una eventual responsabilidad en el periodo *in contrahendo*, que devendrá en realidad cuando el comportamiento culpable de una de las partes en los tratos preliminares para la formación de un negocio haya producido daños a la otra parte de la relación.

Los contratos que se concluyen eficazmente, y por ende producen efectos, aquellos negocios que se perfeccionan con toda una apariencia de legalidad, e incluso aquellos contratos que tienden a la formación de la voluntad contractual y se interrumpen justificada o injustificadamente, todos dichos supuestos se iniciaron, con independencia de como terminaron, en virtud de una invitación o una oferta de una persona a otra con la finalidad de comenzar unos tratos que si llegan a buen término concluirán en un contrato.

Se trata, pues, de entablar una serie de conversaciones tendientes a la formación de la necesaria voluntad de contratar. Ese es el momento en que se inicia el periodo temporal llamado *in*

contrahendo. Las indicadas conversaciones preliminares de un negocio jurídico duran hasta que éstas se interrumpen justificada o injustificadamente.

En el segundo de los casos anteriores –interrupción injustificada– si produjeron perjuicio a aquella ora persona de la relación que tenía puesta la esperanza en que el contrato se celebraría, se trata de daños a la confianza por culpa *in contrahendo*.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPA IN CONTRAHENDO

La doctrina y la jurisprudencia han atribuido alternativamente la responsabilidad precontractual los caracteres propios de la responsabilidad contractual y la aquiliana. También existe la postura que aboga por el reconocimiento de un tercer género.

Desde luego que de una u otra postura se siguen consecuencias prácticas. Asimilar la responsabilidad precontractual

Distintas doctrinas pretenden explicar el fundamento de la responsabilidad civil durante el periodo de formación de consentimiento. Algunas de ellas tienen una base contractualista y otros sitúan la cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Asimilar la responsabilidad precontractual llevará a limitar la responsabilidad a las consecuencias inmediatas y a aplicar un plazo de prescripción determinado que en el supuesto de admitirse teorías extracontractualistas se reduciría considerablemente. Una tercera posición propone que 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 del contrato celebrado responden a criterios propios de naturaleza extracontractual.

En cambio, responden a pautas de naturaleza contractual los que se originan 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 si son convenciones por lo que resulta natural aplicarles el sistema contractual en consideración a que la convención guarda una analogía mayor con el contrato que la que éste tiene con el acto jurídico unilateral.

III. FUNDAMENTOS DE LAS DIVERSAS DOCTRINAS

Distintas doctrinas pretenden explicar el fundamento de la responsabilidad civil durante el periodo de formación del consentimiento. Algunas de ellas tienen una base contractualista y otras sitúan la cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

1.- Doctrinas contractualistas.

a) Culpa in contrahendo.

Entiéndase como la consecuencia de la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato sino en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo y se fundamenta en los principios de la Buena Fe contractual. Ese deber de diligencia nace con la oferta, por ello las tratativas anteriores no originan responsabilidad alguna según los contractualistas.

Para estos doctrinantes la responsabilidad por culpa *in contrahendo* es de naturaleza contractual, aunque nace en el periodo previo a la formación del contrato: se ha violado el deber de diligencia que debe observarse tanto en la ejecución del contrato como en el periodo previo a su formación.

En relación con la culpa *in contrahendo* nos dicen que debe resarcirse el “interés negativo” o de confianza consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio, y que no hubiera sufrido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio fallido o nulo.

b) Responsabilidad Pre contractual.

El fundamento de esta responsabilidad se halla, según la corriente contractualista, no en la culpa sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Puede no haber culpa o dolo, basta una separación arbitraria de las conversaciones sin justificación suficiente.

El tema visto desde el punto de vista del jurista italiano Gabriel Fagella, replanteando lo expuesto por el jurista alemán Von Ihering, nos manifiesta que la formalización se compone de dos etapas: La primera comprende las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta, y la segunda la que comienza con la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones.

2.- Doctrinas extracontractualistas.

Deberán considerarse extracontractuales los actos cumplidos en las tratativas independientemente de que existiese o no la oferta, a fin de establecer las recíprocas expectativas y el grado de confianza que se ha despertado en la conclusión del contrato, pues de todo ello dependerá la existencia de la culpa en la conducta del que motivó la interrupción de la gestión o la nulidad del acto.

Con respecto al resarcimiento alcanzaría a aquellos daños que sean consecuencias mediatas e inmediatas de la conducta culposa del responsable. En este sentido habrá que determinar en cada caso la mayor o menor responsabilidad de ganancia con el criterio con que se juzga la pérdida de una oportunidad (pérdida del chance).

a) Enriquecimiento sin causa.

El deber de restituir los beneficios obtenidos durante las negociaciones es quizá el mejor fundamento para establecer la responsabilidad precontractual. Una de las partes de las negociaciones no puede adjudicarse de manera injusta beneficios para provecho propio.

Para prevenir tal enriquecimiento sin causa se impone que haya responsabilidad medida a partir de los intereses de restitución de la parte afectada.

Los casos más claros al respecto son aquellos que involucran la apropiación de ideas de manera indebida y uno de los supuestos más usuales para designar tal responsabilidad es cuando la idea es considerada como “propiedad” del dueño del negocio. Cuando se trata de apropiación indebida el propietario de la idea tiene derecho a daños por responsabilidad y a un *equitable relief* (alivio justo).

Pero a la vez debeos tomar en cuenta otro supuesto aceptado por algunas cortes, en torno a la apropiación indebida, al considerar estos supuestos como una violación de una relación confidencial.

b) Misrepresentation (Falsa representación).

Una parte no puede presentar fraudulentamente intenciones de llegar a un acuerdo y quedar impune. Esta acción será fraudulenta tan solo cuando la promesa sea hecha sin cuidado o cuando no se sabe si va a ser cumplida.

Se aplica, aun en ausencia de cualquier representación explícita, si una de las partes entra en la negociación sin la más mínima intención de llegar a un acuerdo. También se aplica si una de las partes, habiendo perdido esa intención, continua en negociaciones o retarda en dar a la otra parte pronta notificación de su cambio de opinión.

Así entonces una parte que estuvo involucrada en negociaciones fallidas puede demandar basándose en el presupuesto de *misrepresentation*, incluyendo el ocultamiento de información, que al ser descubierta ocasionó que las negociaciones fracasaran.

Y cuando se utilice este tipo de *misrepresentation*, puede que la parte afectada, se vea desalentada de demandar por la dificultad de probar el intento fraudulento o ignore la posibilidad de cuantificar la pérdida sustancial que ha sufrido.

c) Promesa específica.

Se establece que una parte le hace a la otra una promesa específica de tal manera que esta última se interese en las negociaciones, por lo cual se puede atribuir responsabilidad sobre la base de este tipo de promesas; una parte no puede impunemente romper una promesa efectuada durante las negociaciones si la otra ha contado con esta.

Este tipo de responsabilidad se ha desarrollado en gran medida por los casos surgidos de las negociaciones entre los franquiciantes y los potenciales franquiciados, quienes han sido en muchos casos indemnizados por daños a la confianza.

d) Obligación general.

Algunos autores han llegado a sostener que una obligación general de *fair dealing* surge de las negociaciones en sí mismas, al menos si la parte afectada ha sido llevada a creer que llegará a un acuerdo final.

Las partes que han entrado en una negociación deben actuar de buena fe y no pueden romper las negociaciones arbitrariamente sin compensar al otro por daños a la confianza.

Las partes negociantes deben acelerar el proceso de la negociación para alcanzar el acuerdo final tan rápido como sea posible. Esto dará a las partes la protección que cada contrato ofrece con respecto al enriquecimiento sin causa y a la confianza.

IV. LA TEORÍA EN EUROPA Y ALGUNOS PAISES DEL COMMON LAW.

Lo anteriormente expuesto ¿es válido para los países de la comunidad europea y los del *common law*? V

1. INGLATERRA.

Un estudioso inglés resume el estado de la cuestión en su país:

“Jamás hemos adoptado el principio jheringniano de la culpa in contrahendo. No reconocemos, pues, que la iniciación de negociaciones para un contrato pueda crear, por sí misma, ninguna especie de deber. Nosotros creemos que las partes asumen un riesgo mientras el contrato no se ha formado realmente. No vemos nada de malo, por lo tanto, en que una parte que desarrolla negociaciones se aparte arbitrariamente de ellas, aunque solo faltara la firma de la otra para finiquitarlas. Tampoco vemos nada de malo en que una parte realice negociaciones en paralelo con varios tratantes, sin decir a nadie que está negociando con otros.” (<http://www.responsabilidadprecontractual.html>)

Esta singularidad del *common law* inglés representa uno de los puntos críticos en los actuales intentos de los académicos empeñados en encontrar una forma de uniformar el derecho contractual europeo.

2. ESTADOS UNIDOS.

En Estados Unidos la buena fe contractual tampoco es considerada como un deber general en la negociación de los contratos. Aunque se habla del *fair deal* como una buena costumbre, en forma alguna es considerada una obligación generadora de responsabilidades.

Es importante tener en cuenta que, aunque en el mundo del *common law* se desconozca la existencia de un deber de buena fe en la negociación, ello no quiere decir que la responsabilidad bajo examen sea ignorada. Lo cierto es que para darle sustento entran a desarrollar otros conceptos.

3. LA EXPERIENCIA FRANCESA.

En Francia no existe una regulación específica del supuesto en examen, no obstante, lo cual ha sido ampliamente reconocido a nivel jurisprudencial y doctrinal. Existen sentencias francesas relativas a la ruptura injustificada de las tratativas, a la pérdida de manuscritos enviados con el fin de iniciar las tratativas, y el viaje largo, efectuado inútilmente, a causa de la revocación injustificada de la oferta, que se remontan hasta inicios del siglo XX, inclusive.

Para su planteamiento, las explicaciones se centran en el artículo 1382 del *Code* Napoleón, que impone la obligación general de reparar el daño ocasionado con dolo culpa, tal cual señala entre nosotros el artículo 1644 del Código Civil vigente.

En el ordenamiento jurídico francés, la ruptura maliciosa de las tratativas (*pourparles*) es considerada como un acto ilícito, generador de responsabilidad “delictual” (*délictuelle*), o extracontractual (*extracontractuelle*), y es la víctima del perjuicio la que tiene que probar la culpa (*faute*) de la parte a la que se imputa la frustración de la operación.

4. EN BÉLGICA.

También en Bélgica rige el *Code* Napoleón. En este país tampoco existen prescripciones que sirvan de sostén directo a los perjudicados con el rompimiento de las tratativas, pero la Buena Fe si ha sido utilizada en la argumentación judicial.

También en ese país se reconoce la naturaleza extracontractual de la especie de responsabilidad que nos ocupa.

El criterio jurisprudencial establecido fue que “el periodo precontractual se rige por el principio de la libertad de contratar o no contratar. Sin embargo, este principio debe ser atenuado, por un lado, con la obligación de buena fe que recae sobre las partes durante la fase preparatoria, y por otro, con las reglas de responsabilidad delictual.

En caso de tratativas truncas se tiene que brindar la prueba de una culpa atribuible a la parte que se aparte de ellas, para obtener la indemnización.

La víctima de la ruptura debe abstenerse de todo comportamiento prepotente o que denote falta de seriedad y rigor de su parte.

5. ESPAÑA.

En España existe una norma que regula la materia de la culpa *in contrahendo*, y propiamente es en el Derecho Público, donde se contempla la responsabilidad precontractual en el reglamento general de contratación del Estado aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, en el artículo 47, con referencia a los actos previos al contrato.

Impone esta norma a la parte que haya sido culpable de la anulación el deber de indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido la otra. Esto en lo referente a los tratos preliminares, y los casos generales de responsabilidad originados en la fase de formación contractual se acude a la norma general del código civil, artículo 1902, y al artículo 7.1:

Art. 1902: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado. (Igual al art. 1644 del CC de Panamá).

Art. 7.1: Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Como queda visto, en los casos de España, Francia y Bélgica se aborda el tema de las rupturas precontractuales desde la fórmula general de la responsabilidad aquiliana, por su postulado general. Se reconoce la responsabilidad de indemnizar los detrimentos causados en las negociaciones o actos precontractuales, ya que al no existir preceptos concretos hace que el problema se plantee con presupuestos muy distintos a los que se dan en Alemania, Italia, Portugal y Suiza.

6. LA EXPERIENCIA ALEMANA.

En Alemania, como se suele afirmar, donde se descubrió o reinventó la responsabilidad precontractual, la especie tampoco contaba con un reconocimiento expreso.

La **Buena Fe** constituye un principio, no solo fundamental, sino caracterizador del derecho civil alemán.

Es de destacar, de igual forma, que la ley alemana sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (AGB-Gesetz) de 9 de diciembre de 1976, reconoce con carácter general la existencia de una responsabilidad surgida de la violación de deberes contractuales, considerando

ineficaz la cláusula que excluya o limite la responsabilidad derivada de los daños producidos si concurre culpa grave.

En Alemania, pese a que existe una norma como la que se contempla en el 823 del B.G.B., según la cual está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, o cualquier otro derecho ajeno o bien jurídico, para el caso de los tratos preliminares no se acudía a esta por tratarse de daños primariamente patrimoniales o económicos.

Y conforme a esa aplicación legal múltiples estudiosos rechazaban la aplicabilidad de la teoría de la culpa *in contrahendo* dentro de los diferentes ordenamientos legales europeos. Debate que en la actualidad queda superado con la novísima reforma del Código Civil Alemán (BGB), ya que al incluirse una norma concreta y armonizadora con la naturaleza contractual de la teoría, no da lugar a aplicaciones extensivas de una responsabilidad, criterio que era la cuestión debatida por la mayoría de los opositores, cuyos pensamientos estaban influenciados por las doctrinas más clásicas y conservadoras del derecho civil europeo e incluso llegaron a defender a ultranza las cláusulas generales de indemnización, que en el derecho alemán no existían y de cuya ausencia se percatan aun en la actualidad.

En una sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia) del 11 de mayo de 1979, se llegó a definir la culpa *in contrahendo* como “una costumbre reconocida por todos”, con lo cual quedaba reafirmado que se trataba de una “hipótesis de responsabilidad de derivación jurisprudencial”, cuya identificación contribuía al recubrimiento de las lagunas del ordenamiento jurídico.

7. MODELO ITALIANO.

Del Código Civil italiano de 1942 hay que saber, ante todo, que dio origen a una diversidad de soluciones al problema que nos ocupa: mientras la jurisprudencia se pronuncia mayoritaria y tradicionalmente por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo*, la tesis contractualista, eco de la obra de los autores germanos es consistentemente defendida por la doctrina.

Y se caracteriza por otro lado porque el criterio jurisprudencial italiano ha establecido como presupuestos de la responsabilidad precontractual 1) el estado avanzado de las tratativas, 2) la confianza razonable puesta en la celebración del contrato, 3) la ausencia de una justa causa del apartamiento de las tratativas y 4) la violación del deber de buena fe.

En Italia se considera que la buena fe a la que se refieren las normas es la buena fe “objetiva”, es decir la realización de un comportamiento con arreglo a la lealtad.

Para mayor confusión la referencia al “principio de la buena fe” se incluye en el libro dedicado a la regulación del negocio jurídico, es decir al contrato.

8. TRATAMIENTO COMUNITARIO DEL TEMA.

La Unión Europea ha realizado varios intentos por unificar la legislación sobre los contratos mediante la creación de un Código Europeo de los Contratos, desde los proyectos de Ole Lando hasta los trabajos del grupo de Pisa, pero no se ha llegado a un borrador definitivo sobre ello. Existen varias directivas del Consejo Europeo sobre diversos temas legales, entre ellos la materia de los contratos.

Es importante resaltar que en los reglamentos unificadores sobre normas en conflicto en relación con los daños contractuales y extracontractuales Roma I y Roma II, se trató de esclarecer el panorama sobre uno de los puntos de más controversia es la materia de la culpa in contrahendo, y cuyos resultados por desgracia resultaron siendo totalmente opuestos. Basta revisar el reglamento Roma I (sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales) en donde se intentó resolver el debate así:

“obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) No. 864/2007, por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

Al remitirnos al Reglamento Roma II encontramos que el artículo 12 manifiesta:

Art. 12. Culpa In Contrahendo: *La Ley aplicable a una obligación extracontractual que se origine de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse, será la ley aplicable al contrato o la que habría aplicado al contrato si este se hubiere celebrado”.*

V. LA TEORÍA FUERA DEL CONTEXTO EUROPEO.

1. EN LATINOAMÉRICA.

En Latinoamérica hay varias corrientes del Derecho Civil. La del norte, la del centro y las del sur. Corresponden a los códigos que citaremos:

Código Civil Mexicano, art 1910 cc:

El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Código Civil Chileno, Art. 2314. *El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.*

Código Civil Argentino: ARTÍCULO 1716. - *Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.*

ARTICULO 1717.- *Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.*

Colombiano, Artículo 2341. *Responsabilidad extracontractual*

El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Todas coinciden en reconocer carácter extracontractual a toda actividad y daño que temporalmente se ubique antes del perfeccionamiento del contrato, resolviendo a través de la culpa aquiliana la aplicación de cualquier solución.

2. EN ISRAEL

Podemos mencionar a la ley israelí sobre contratos (Ley del Knesset, 1973-5733) contentiva de una norma muy acorde al panorama ya estudiado. Consignó una norma específica sobre el comportamiento en la fase de formación contractual. El precepto dice:

Art. 12.- a) Los sujetos que adelantan las negociaciones de un contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe (*tom lev*) y de conformidad con los usos (*bederech mekubélet*)

b) La parte que no se comporte de acuerdo a la buena fe y a los usos está obligada a compensar a la otra parte de los daños causados en virtud de las negociaciones.

VI. SUPUESTOS DOCTRINALES DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

1. Ruptura Intempestiva de las Negociaciones.

Si bien no existe deber de seguir tratativas precontractuales, en algunos supuestos su ruptura genera responsabilidad. En particular se configuran cinco (5) casos al menos en los que la ruptura intempestiva de las negociaciones precontractuales genera responsabilidad. A saber:

a) Responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones originada en 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 acuerdo sobre todos sus elementos constitutivos, es razonable entender que los temas tratados y acordados no pueden volver a tratarse unilateralmente. Si se vuelve en a tratar y eso ocasiona el quiebre de la negociación, el negociante que planteó la revisión de lo acordado deberá responder.

b) Responsabilidad precontractual por dolo.

En este caso una de las partes del futuro contrato adultera la realidad (dolo positivo) o la oculta a la otra parte (dolo negativo) de suerte que la ignorancia de la falso o el conocimiento de lo verdadero hubieran llevado a otra decisión a la hora de celebrar el contrato.

c) Iniciar o continuar las tratativas contractuales sin seriedad.

También se incurre en responsabilidad por iniciar tratativas de negocios con el conocimiento de que no culminarán en un contrato, y que de hacerlo éste no producirá efectos. Sea porque se tiene una decisión contraria ya tomada, sea porque se conoce la existencia de una causa, incluso ajena a la parte, que obstará la concertación o la validez.

d) Retractación o revocación de oferta no vinculante.

Una vez emitida la oferta transcurren tres etapas antes de ser aceptada. En el primer periodo la oferta no ha llegado a conocimiento del futuro co-contratante por lo que no ha producido su efecto recepticio. Si la deja sin efecto se dice que **la retira**. Retirar la oferta en ese contexto no genera responsabilidad precontractual.

Distinto sucede en el segundo periodo. El que media entre el conocimiento de la oferta por el futuro co-contratante y su aceptación. La doctrina llama plicitación este periodo. Dejar sin efecto la oferta en este periodo se denomina revocación o retractación, como la denomina el C. Civil argentino y hacerlo genera responsabilidad.

e) Retractación o revocación de oferta o vinculante.

Después de la aceptación decimos la oferta son vinculantes. Pero puede ser revocada hasta que el contrato se celebre, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

En todo caso la oferta no podrá revocarse:

- Si en ella se indica que es irrevocable.

- Si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta.

2. Aceptación de la Oferta ignorando la retractación del oferente.

Por regla la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente no afectará el contrato, salvo que contenga prestaciones *intuitu personae*.

Al no existir en el sistema jurídico reproche alguno que pueda efectuarse al oferente fallecido o incapacitado con posterioridad a la emisión de la oferta, cabe concluir que la responsabilidad precontractual en estos casos es de naturaleza objetiva.

Esta conclusión permite seguir alguna inferencia interesante respecto a las teorías que intentan explicar el fundamento de la responsabilidad precontractual.

La responsabilidad fundada en un factor de atribución objetivo es frecuente en el ámbito extracontractual, pero sumamente difícil de hallar en el contractual. En este último apenas se encuentra el factor objetivo del riesgo profesional en el contrato de trabajo y el factor objetivo deber de seguridad en el contrato de transporte.

Así las cosas, debe asumirse que la responsabilidad precontractual configura un sistema de responsabilidad de naturaleza contractual que admite excepcionalmente un factor objetivo, o concluir que es de orden extracontractual en donde concurren tantos factores de atribución subjetivos como objetivos. En lo personal estoy con esta última postura.

3. Responsabilidad precontractual por incumplimiento de promesa aceptada de celebrar un contrato real. La tercera etapa de las tratativas precontractuales.

Resulta claro que en la letra del Código Civil panameño, español y napoleónico, no hay contrato real hasta que se efectúa la entrega, aunque se haya aceptado la oferta, y por ende, formado el consentimiento.

En esta tercera etapa la responsabilidad es precontractual y se juzga por los principios de la responsabilidad extracontractual.

4. Nulidad de contrato celebrado.

Como la nulidad declarada priva retroactivamente al contrato del efecto querido por las partes, el contratante que dio origen a dicha causa de nulidad incurre en responsabilidad precontractual.

La nulidad puede originarse en un vicio de la voluntad en otra de las causas que dan pie a esa sanción civil.

CONCLUSIÓN.

Me remito al artículo 1112 de nuestro Código Civil panameño, que señala:

“No hay contrato sino cuando concurran los requisitos siguientes:”

Redacción curiosa para un texto legal, pero que para efectos del presente análisis es asaz iluminadora. El legislador dijo que no hay contrato sin perfeccionamiento. La expresión no hay denota la nada, la no existencia. Esta norma nos conduce indefectiblemente a dos supuestos en los casos de responsabilidad civil derivada de una negociación:

1. La responsabilidad civil en caso de negociación fallida, esto cuando no se perfeccionó – por cualquier causa - el contrato en los términos del artículo 111. A mi modo de ver la expresión no hay contrato nos indica que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, puesto que un contrato que no ha existido no puede generar consecuencias jurídicas.
2. La responsabilidad civil por daños causados en el período previo al perfeccionamiento de un contrato celebrado. En este caso nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual.

Ejemplo: Se lanza una oferta pública para recibir propuestas que presenten planos y diseños para un edificio con determinadas especificaciones. Días antes de vencer el término para presentar

propuestas el oferente cambia las especificaciones de los diseños, con lo cual los interesados pierden lo invertido en los primeros planos y cálculos de materiales. Llega el día. Se escoge una propuesta. A mi modo de ver el oferente deber indemnizar a todos por los daños y perjuicios causados. Al contratado por vía de responsabilidad contractual y a los demás por responsabilidad civil extracontractual, teniendo como factor de atribución la violación al principio de buena fe y seriedad negocial en las ofertas públicas.

RECURSOS LITERARIOS

B.G.B., Alemania.

Code Napoleón

Código Civil de la República de Argentina

Código Civil de la República de Colombia

Código Civil del Estado Español

Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil de la República de Panamá

Código Civil italiano de 1942

Ley del Knesset de 1973, Israel

Ley sobre regulación de las condiciones en los negocios (AGB-Gesetz) de 12/9/1976, Al.

Reglamento General de Contratación del Estado Español, de 11/25/1975

Reglamento Número 864/2007 de la Unión Europea.

Sentencia de 11 de mayo de 1979/ Bundesgerischkof, Tribunal Federal de Alemania

DE MEULENAERE, 1983, Ouvres choisies de R. Von Ihering, tomo II, Maresq, Paris

FAGELLA, Gabriel, 2016, <http://responsabilidadprecontractual.html>

OVIEDO-ALBÁN, 2014, Jorge, Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual.

Datos del autor: Abdiel Algis Ábrego:

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, UP. Maestría en Derecho, LL.M., Columbus University. Postgrados en Educación Superior y Cultura Política, UNIEDPA. Abogado litigante. *E-mail:* abdielabrego@gmail.com