

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

**LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN
LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

FLOR DE MARÍA SÁENZ MONZÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2010

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a woman in a red dress, likely the Virgin Mary, holding a child. Above her is a golden crown. The seal is surrounded by a blue border with the Latin text "CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CÆTERAS ORBIS CONSPICUA".

**LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN
LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

FLOR DE MARÍA SÁENZ MONZÓN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2010

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

DECANO	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente	Lic. Gerardo Prado
Secretaria	Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol
Vocal	Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Segunda Fase

Presidente	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
Secretaria	Licda. Eloisa Ermila Mazariegos Herrera
Vocal	Licda. María Celsa Menchú Ulín

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

Licda. Ingrid Yvonne Garzaro Porres
Abogada y Notaria
7^a. Av. 10-35 zona 1,
Ciudad de Guatemala
Tel. 22777200- 22300714



Guatemala, 6 de agosto de 2009.

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



Licenciado Castro Monroy:

En virtud de haber sido nombrada para asesorar el trabajo de tesis de la Bachiller **FLOR DE MARÍA SÁENZ MONZÓN**, titulado "**LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**", y luego de haber sido debidamente analizado, tanto su estructura como su contenido, al respecto me permito;

OPINAR:

Que según lo regulado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el trabajo de tesis de la Bachiller **FLOR DE MARÍA SÁENZ MONZÓN**, que cumple todos los requisitos necesarios y desde mi particular punto de vista contiene:

1. Un contenido científico y técnico aplicable, el cual incluye las técnicas de observación, reglas para el razonamiento y la predicción, así como las ideas sobre la experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos.



2. Se han utilizado para su desarrollo, de forma apropiada, los métodos: deductivo, analítico, inductivo y sintético y las técnicas: documental y bibliográfica; que han redundado en permitir un perfecto ajuste entre métodos y técnicas utilizadas
3. En cuanto a la redacción, se han observado las técnicas gramaticales, con lo cual se ha logrado brindar definiciones, análisis, analogías, formas comparativas y estudio de causa y efecto, para lograr con ello, una presentación acorde al tecnicismo gramatical.
4. No fue necesaria la elaboración de cuadros estadísticos debido a que la investigación realizada se basó únicamente en fuentes documentales.
5. El trabajo de tesis, constituye un aporte científico para el desempeño de la contratación civil y en general para facilitar las negociaciones entre las personas, por lo que el planteamiento y la propuesta realizados son de mucha importancia, y considero se debe tomar en cuenta para incorporar una norma que regule lo relativo a la responsabilidad precontractual en el Código Civil guatemalteco.
6. El trabajo de investigación contiene conclusiones que congruentemente se ajustan al contenido de su trabajo y las recomendaciones detallan de manera precisa la forma en que puede dárseles una salida a los problemas con que se encontraron durante el desarrollo de la tesis.
7. Los temas desarrollados en el trabajo de tesis fueron extraídos de una bibliografía adecuada, de autores reconocidos por sus amplios conocimientos en la materia y de legislación nacional y de derecho comparado, de las cuales se realizaron las consultas y citas correspondientes.

Por lo antes expuesto y derivado del nombramiento relacionado a usted presento el siguiente:

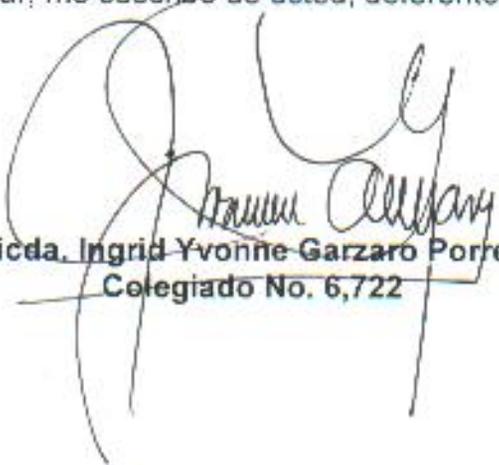
DICTAMEN:

- Desde su proyecto inicial la presente investigación ha cumplido con los lineamientos trazados y la Bachiller **SÁENZ MONZÓN**, ha demostrado su



capacidad investigativa, por lo que considero que reúne en general los requisitos establecidos en **Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público**; por lo que es procedente continuar con el trámite del presente trabajo.

Sin más en particular, me suscribo de usted, deferentemente,



Licda. Ingrid Yvonne Garzaro Porres
Colegiado No. 6,722

Licda. Ingrid Yvonne Garzaro Porres
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

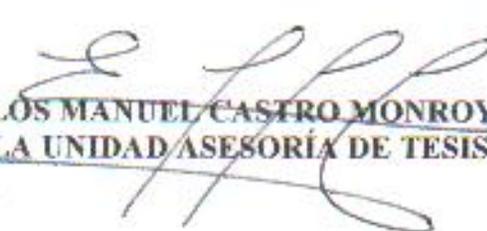
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecinueve de agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONY ROCAEL LÓPEZ ROLDÁN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante FLOR DE MARÍA SAENZ MONZÓN, Intitulado: "LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA".

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


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/crla



Guatemala, 3 de septiembre de 2009

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Respetable Licenciado Castro:

Cumpliendo la disposición contenida en resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha diecinueve de agosto de dos mil nueve, procedí a realizar el análisis correspondiente como **REVISOR** del trabajo de tesis de la Bachiller **FLOR DE MARÍA SÁENZ MONZÓN**, sobre el tema titulado "**LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**", por lo que al respecto me permito **OPINAR**:

Que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, al respecto cumple con todo lo requerido, lo cual detallo de la siguiente manera:

- a. En cuanto al contenido científico técnico de la tesis, reside en el estudio de la Responsabilidad Civil, y de los contratos, haciendo un profundo énfasis en la responsabilidad precontractual para hacerla parte de la contratación y por ende acarree responsabilidad civil y la reparación de los daños en caso del incumplimiento por parte de uno de los futuros contratantes.
- b. Respecto a la metodología y técnicas utilizadas en la investigación. Los métodos utilizados fueron siguiendo el orden: el deductivo, analítico, inductivo y sintético



a lo largo de los cuatro capítulos. Y las técnicas empleadas fueron la bibliográfica y la documental.

- c. En la redacción fueron seleccionadas y utilizadas las palabras de manera que fueran fácilmente comprensibles para el lector, aunque se cuidó la utilización del léxico jurídico.
- d. En el trabajo de tesis que he revisado no fue necesaria la utilización de cuadros estadísticos en virtud de tratarse de una investigación más que todo documental.
- e. La contribución científica del tema presentado reside en un estudio comparativo profundo con legislaciones extranjeras, que demostró la necesidad de regular la responsabilidad precontractual.
- f. Acerca de las conclusiones y recomendaciones elaboradas por la bachiller Sáenz Monzón, opino que fueron las correctas, debido que en las conclusiones detalló los problemas encontrados y en las recomendaciones proporcionó las soluciones que consideró necesarias y que para mi criterio fueron las acertadas.
- g. La bibliografía en que estuvo apoyada la elaboración de la tesis fue completa, se utilizaron tanto textos y legislación nacional e internacional, lo que ayudó a desarrollar de forma amplia la investigación.

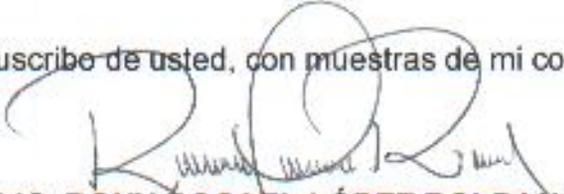
DICTAMINO:

1. Procedente otorgar Dictamen Favorable al presente trabajo de Tesis, por los antecedentes enumerados y porque al haber analizado el contenido del mismo, constituye un aporte de carácter técnico y científico para la legislación guatemalteca y se determina que el mismo se ajusta a lo prescrito por el **Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.**
2. Procedente continuar con la tramitación del presente proyecto de conformidad con lo estipulado por el Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, previo a ser



conferidos los grados académicos de Abogado y Notario, a la bachiller Flor de María Sáenz Monzón.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.


LIC. RONY ROCAEL LÓPEZ ROLDAN
Colegiado 5531

Lic. Rony Rocaél López Roldán
Abogado y Notario



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de mayo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FLOR DE MARÍA SAENZ MONZÓN, Titulado LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

04

MTCL/sllh.





DEDICATORIA

A DIOS:

La luz de mi vida, le doy gracias por que me ha guiado y acompañado siempre en este largo caminar, hasta lograr mis metas.

A MIS PADRES:

Senayda Monzón y Augusto Sáenz, gracias de todo corazón por su apoyo incondicional, su confianza, enseñanzas y el amor con que han hecho de mi lo que soy, saben que este éxito es más suyo que mio.

A MI ABUELA:

Lucila Morales (Q.E.P.D), que desde el cielo espero se sienta orgullosa de mi, con mucho cariño.

A MIS HERMANOS:

Gracias por su cariño, apoyo, y por compartir conmigo esta dicha.

A:

Raul Cardona, gracias por tu apoyo y motivación en todo este tiempo de estudios y por ayudarme a lograr esta meta tan anhelada.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS:

Gracias por su apoyo y su cariño sinceros.

A MI ALMA MATER:

La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formarme académicamente y ser la base de mi carrera profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Generalidades sobre responsabilidad civil.....	1
1.1 Concepto de responsabilidad civil.....	1
1.2 Responsabilidad civil.....	1
1.3 El fundamento de la responsabilidad civil.....	3
1.4 Los derechos de la víctima en la responsabilidad civil.....	4
1.5 Objetivo de la responsabilidad civil.....	5
1.6 Diferencia con la responsabilidad penal.....	6
1.7 Clases de responsabilidad.....	7
1.8 Prueba y presunción de responsabilidad.....	7
1.9 Supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva.....	8
1.10 Responsabilidad contractual y extracontractual.....	10
1.11 Producción del daño.....	17
1.12 La existencia de la relación de causalidad.....	19
1.13 Fuerza mayor y caso fortuito.....	21
1.14 Obligaciones de medios y resultados.....	22
1.15 Responsabilidad directa y subsidiaria.....	24
1.16 Responsabilidad solidaria y mancomunada.....	27
1.17 Importancia de la responsabilidad civil.....	28
1.18 La reparación del daño en la legislación civil.....	29

CAPÍTULO II

2. El proceso de formación del contrato	31
2.1 Generalidades sobre contratación.....	31
2.2 Definición de contrato.....	32

	Pág.
2.3 Elementos del contrato.....	33
2.4 El contrato como fuente de las obligaciones.....	34
2.5 Principios de contratación.....	36
2.6 Elementos de validez del contrato.....	37
2.7 Vicios de consentimiento.....	43
2.8 Clasificación de los contratos.....	46
2.9 La formación del contrato.....	48
2.10 La perfección del contrato.....	57

CAPÍTULO III

3. La responsabilidad civil derivada del incumplimiento precontractual.....	61
3.1 Responsabilidad precontractual.....	61
3.2 Relación con la responsabilidad civil contractual.....	63
3.3 Juridicidad de la conducta.....	64
3.4 Factor de atribución en la responsabilidad precontractual.....	64
3.5 Imputabilidad.....	65
3.6 La voluntariedad.....	65
3.7 La culpa en la culpa responsabilidad precontractual.....	66
3.8 El dolo.....	66
3.9 El daño.....	67
3.10 La relación causal.....	70
3.11 Ruptura injustificada de las negociaciones previas.....	70
3.12 Causa de la responsabilidad.....	71
3.13 Mala fe en las negociaciones previas.....	72
3.14 Supuestos de responsabilidad precontractual.....	73
3.15 Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.....	74
3.16 Límites de la reparación de daños.....	81
3.17 Medida del daño.....	81

	Pág.
3.18 Precontrato.....	82

CAPÍTULO IV

4. Responsabilidad precontractual en el derecho comparado.....	85
4.1 Concepto y alcance.....	87
4.2 Deber de actuar de buena fe.....	89
4.3 Deberes secundarios de conducta.....	94
4.4 Daños indemnizables.....	101
4.5 Algunas normas relativas a la responsabilidad precontractual en el derecho comparado.....	107
4.6 Problema de la no regulación de la responsabilidad precontractual.....	109
CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene su origen en la necesidad de regular la responsabilidad civil precontractual en la legislación guatemalteca, debido al problema que representa que dentro del Código Civil de Guatemala no se encuentra regulada; lo que ocasiona que una de las partes se encuentre en total indefensión para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios resultantes de la actuación de mala fe de la otra parte, durante la negociación previa a la contratación.

La hipótesis del por qué en Guatemala no se regula la responsabilidad precontractual es debido a que no se le considera como parte del contrato. Los objetivos que se pretenden alcanzar con el presente trabajo son: establecer por qué se hace necesario regular la responsabilidad precontractual y cuál es la forma de resarcir los daños y perjuicios en que incurre una parte al violar el principio de buena fe.

La responsabilidad precontractual, es la responsabilidad civil, en que incurren una o ambas partes dentro de la negociación o tratos preliminares a la celebración de un contrato; al violentar el principio de buena fe, o alguno de los principios secundarios de conducta (el deber de guardar secreto, de información y protección y conservación de los bienes objetos del futuro contrato). En la responsabilidad precontractual se cobra por el interés negativo o de confianza.

La investigación fue desarrollada en cuatro capítulos, los cuales desarrollan cada tema de la siguiente forma: El primer capítulo abarca las generalidades de la responsabilidad civil, comenzando por el concepto, definición, diferencia con otras clases de responsabilidad, clases de responsabilidad, regulación en normas de derecho comparado, etcétera; el segundo capítulo trata sobre el proceso de formación del contrato y la omisión de la responsabilidad como parte del mismo, en tal sentido trata el origen, concepto, elementos del concepto, clases de contratos, principios de contratación, elementos de validez, perfección del contrato; el tercer capítulo trata la responsabilidad civil derivada del incumplimiento precontractual, la definición, relación con la responsabilidad civil contractual, el dolo, el daño, la relación de causalidad, los supuestos de responsabilidad precontractual, naturaleza jurídica y las doctrinas que la han estudiado; el cuarto capítulo aborda la responsabilidad precontractual en el derecho comparado, sobre todo en lo referente a los tratos preliminares o negociaciones previas, el principio de buena fe y los deberes que nacen del mismo, y la forma de reparar el daños.

La técnicas aplicadas para la realización del presente trabajo de tesis, fueron: la bibliográfica y la documental; y los métodos utilizados fueron: el deductivo, analítico, inductivo y sintético.

El trabajo de tesis realizado pretende despertar el interés de los futuros profesionales de Derecho en el tema de responsabilidad precontractual, para en un futuro cercano lograr presentar una iniciativa de ley para la regulación de la misma.

CAPÍTULO I

1. Generalidades sobre responsabilidad civil

1.1 Concepto de responsabilidad

El diccionario de la Real Academia define la responsabilidad como: “deuda u obligación de reparar y satisfacer”¹, aplicado este concepto al mundo jurídico, supondría “la sujeción de una persona que vulnera un deber y produce un daño, y la obligación de resarcir el daño producido”.²

1.2 Responsabilidad civil

Definición: Etimológicamente la palabra –responsabilidad- viene del latín *respondere*. Y, se puede decir, que responsabilidad civil es el efecto que el ordenamiento jurídico hace recaer sobre el patrimonio de un sujeto que está correlacionado con la infracción de un deber prestatario, ya sea éste de naturaleza positiva o negativa.

Díez-Picazo define la responsabilidad como: “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”³.

1 Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, pág. 561

2 Ibid.

3 Díez-Picazo, Luis, **Sistema de derecho civil**, Vol. II, pág. 591

Según el tratadista Manuel Ossorio, responsabilidad civil: “es la que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por tercero, por el que debe responderse”⁴.

Para la licenciada Hilda Violeta Rodríguez Velásquez, responsabilidad civil: “es el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros”⁵.

Entonces la responsabilidad civil, se da cuando la persona que ha causado el daño tiene la obligación de repararlo, en naturaleza o por un equivalente monetario (normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios).

Los problemas contemporáneos de la responsabilidad civil parten del distanciamiento que es posible verificar entre la noción de culpa y el daño. La especialización y complejidad de la producción y de las actividades humanas en general dificultan y oscurecen la búsqueda de la culpa ante un accidente que ha ocasionado un daño.

Probar la culpa en situaciones en que se involucran personas o máquinas que requieren altos conocimientos técnicos resulta de una complejidad mayor. Esto explica que el derecho positivo beneficie a la víctima de una presunción de culpa y, luego, para determinar el monto de la indemnización sólo considere el daño moral. Estos dos factores, las presunciones y la noción de daño moral, posibilitan, en ciertos casos, el

4 Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 674

5 Rodríguez Velásquez, Hilda Violenta, **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil III (Obligaciones I)**, pág. 76

funcionamiento del sistema de responsabilidad civil basado en la culpa. Sin embargo, cabe preguntarse si resulta conveniente esta aplicación que distorsiona la noción de culpa y se arrincona en torno a un debate procesal.

Las precedentes instituciones son un cuestionamiento acerca del fundamento de la responsabilidad civil y de qué forma los derechos de la víctima podrían influirlo. En la primera parte se revisará someramente dicho fundamento y sus excepciones, para luego, en la segunda, ver de qué manera los derechos de la víctima y, en particular, el derecho a la integridad física y psíquica y el principio de igualdad pueden ayudar a modificar el sistema tradicional.

1.3 El fundamento de la responsabilidad civil

Para nadie es un misterio que los códigos modernos tienen la culpa como fundamento de la responsabilidad civil. Sin embargo en el siglo recién pasado la culpa ha sufrido importantes embates. La crítica a la insuficiencia del sistema basado en la culpa dio lugar a la teoría del riesgo. La dificultad de probar la culpa en accidentes de trabajo dejaba a las víctimas sin ninguna indemnización. El debate estaba planteado: ¿la culpa constituye el único fundamento posible de la responsabilidad civil? la respuesta negativa se confirma con la aparición de la responsabilidad objetiva.

En efecto, otra hipótesis es que, la culpa está ausente en la responsabilidad objetiva. Por lo mismo constituye un error pensar que la culpa es el único fundamento de la

responsabilidad civil. Cuando se encuentra ante una hipótesis de responsabilidad objetiva, la culpa no tiene ninguna relevancia. Esto ocurre en materia contractual como delictual.

En cuanto a la primera, la culpa no siempre es determinante. En la hipótesis de una obligación de resultado la culpa no tiene ninguna participación. Y por ejemplo en el caso de incumplimiento tampoco y lo mismo ocurre con todas las obligaciones de hacer o de no hacer. Su única excusa consiste en la prueba de fuerza mayor o caso fortuito. Sin embargo, dicha prueba no se confunde ni asimila con la ausencia de culpa. La fuerza mayor y el caso fortuito determinan la ausencia de responsabilidad del autor al interrumpir el nexo causal entre el daño y el hecho generador. Dicho de otra manera, fuerza mayor y el caso fortuito inhiben la conducta del autor como hecho generador del daño.

1.4 Los derechos de la víctima en la responsabilidad civil

La doctrina muestra una tendencia a ver los problemas de responsabilidad civil desde el prisma del autor. La víctima y sus derechos no han merecido una acuciosa reflexión. Ahora bien la víctima no siempre debe acreditar los mismos elementos para exigir la responsabilidad del autor o deudor. La posición más precaria es aquella en que la víctima debe probar la culpa, el hecho generador, el daño y el vínculo causal entre los dos últimos. Esto ocurre en presencia de las obligaciones de medio en materia contractual y en todos los casos en que no exista una presunción de culpa o una

hipótesis de responsabilidad objetiva en el ámbito extracontractual. Este es el grado menor de protección y garantía de la víctima.

En segundo término, es posible que exista una presunción de culpa. La víctima sólo debe probar el hecho generador, el daño y el vínculo causa entre ambos. Corresponde al deudor probar la ausencia de culpa para librarse de responsabilidad.

En tercer lugar, es posible que la víctima deba ser indemnizada sin importar la culpa del autor o deudor. La responsabilidad objetiva hace óbice al análisis de la culpa. Esta no presenta ninguna relevancia para el establecimiento de la responsabilidad. La víctima prueba el hecho dañino y el vínculo causal. El autor y el deudor sólo pueden eximirse de responsabilidad probando la concurrencia de alguna de las hipótesis que interrumpa el vínculo causal entre el hecho y el daño. Esto es, fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o, por último, el hecho de la víctima absoluto. En materia contractual, las obligaciones de resultado constituyen un ejemplo de responsabilidad objetiva.

1.5 Objetivo de la responsabilidad civil

“El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio. La responsabilidad civil posee un

aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad; y un aspecto punitivo, de pena privada”⁶.

Como se puede observar el único objetivo de la responsabilidad es resarcir el daño provocado a la víctima y devolver las cosas al estado que se encontraban antes de que ocurriera el percance que provocó el daño.

1.6 Diferencia con la responsabilidad penal

Es importante distinguir la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, ya que ésta última tiene por finalidad designar a la persona que deberá responder por los daños o perjuicios causados a la sociedad en su totalidad, no a un individuo en particular. A la vez, todas estas especies de responsabilidad jurídica deben distinguirse de la responsabilidad moral, en la cual los responsables no responden de sus actos ante la sociedad, sino ante su propia conciencia o ante Dios.

Para la responsabilidad penal los daños o perjuicios tienen un carácter social, pues son considerados como atentados contra el orden público lo suficientemente graves como para ser fuertemente reprobados y ser erigidos en infracciones. Las sanciones penales tienen una función esencialmente punitiva y represiva, y sólo buscan la prevención de manera accesoria (ya sea a través de la intimidación y la disuasión, o a través de la rehabilitación del culpable, de su reeducación o de su reinserción social).

⁶ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio **Sistema de derecho civil**, vol. II, http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_civil (28/09/2008)

1.7 Clases de responsabilidad

La diferencia entre la responsabilidad civil subjetiva y la responsabilidad civil objetiva radica en que la responsabilidad subjetiva está basada en la idea de culpabilidad y nace de la actuación negligente de un sujeto; esto es, una persona responde de las consecuencias de una acción por el hecho de haber actuado (dolosa o culposamente), por lo tanto quedará exento de responsabilidad si prueba haber obrado con toda la diligencia debida.

Sin embargo, existe responsabilidad civil objetiva, cuando se impone a un sujeto la obligación de responder por haberse ocasionado un daño y prescindiendo totalmente de si el sujeto ha actuado o no de forma negligente.

1.8 Prueba y presunción de culpabilidad

La tradición jurídica ha fundamentado siempre la responsabilidad en la idea de culpa, sin embargo a partir del año 1964 en que se promulga el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 106 y 107 respectivamente; abriendo paso a una tendencia a la objetivación de responsabilidad, mediante la inversión de la carga de la prueba, la creación del riesgo profesional, la idea de compensación de beneficios, etcétera, ley que tiene por objeto dar solución práctica al problema que se plantea cuando alguien sufre una lesión en sus bienes y derechos, sin tener una obligación jurídica de soportar los mismos.

En cuanto a la forma en que obra la inversión de la carga de la prueba, la misma supone que frente al principio general de que quien alega un hecho debe probarlo, se establece que quien ha producido un resultado dañoso se presume que ha sido debido a culpa del mismo, debiendo acreditar, para exonerarse de responsabilidad, haber actuado con toda la diligencia debida y descargando de la obligación de probar a la persona que ha sufrido el daño.

La teoría del riesgo profesional, tiene su fundamento en que la persona que pone en funcionamiento una actividad constitutiva de riesgo, debe responder del riesgo creado. Por su parte, la teoría de la compensación del beneficio, parte que la persona que obtiene beneficio de una determinada conducta, debe también asumir los riesgos que de la misma se deriven.

No obstante estas teorías, se debe señalar que el sistema jurídico guatemalteco, postula como requisito necesario para exigir responsabilidad civil, la culpa del agente causante del daño, entendiéndose que hay culpa siempre que se trasgreden las normas objetivas de cuidado, por muy leve que sea la trasgresión que se produzca.

1.9 Supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva

Vladimir Aguilar Guerra, en su libro Derecho de obligaciones, dice: “la distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las distinciones básicas del derecho de daños. Una y otra regla constituyen igualmente

la dualidad esencial a la que se enfrentan el legislador y el Juez a la hora de regular con normas de responsabilidad los comportamientos potencialmente dañosos”⁷.

Además de los supuestos en la jurisprudencia viene exigiendo responsabilidad de forma objetiva, el legislador ha venido creando una serie de formas que consagran el principio de responsabilidad, así en materia de tránsito, en el Decreto 132-96, Ley de Tránsito, se establece la responsabilidad del conductor de un vehículo; el cual regula que el conductor del vehículo y el que se lo ha encomendado, son responsables solidariamente, según el Artículo 3 del citado Decreto; en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes, con motivo de la circulación.

La Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Decreto 6-2003, en su Artículo 74, establece también un sistema de responsabilidad objetiva para la protección de los consumidores y usuarios.

- Fundamentos de la responsabilidad objetiva

Como razones que justifican la existencia de la responsabilidad objetiva se pueden destacar:

- a. La dificultad de investigar la culpabilidad.
- b. La necesidad de la economía moderna de dar respuestas seguras e inmediatas.

⁷ Aguilar Guerra, Vladimir, **Derecho de Obligaciones**, pág. 272

c. Que quien pone en actuación un riesgo potencial, debe soportar las consecuencias dañosas de su funcionamiento.

1.10 Responsabilidad contractual y extracontractual

Diferencias entre ambas: Es necesario distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual. La primera tiene su fundamento en vulnerar un deber, que tiene su origen en un contrato.

Según Gilberto Martínez Rave, al respecto de la responsabilidad contractual: “se ha entendido la obligación de indemnizar que tiene la persona que le causa daños a otra con el incumplimiento o cumplimiento parcial o tardío de un contrato, convenio o convención celebrado entre el causante y el perjudicado”⁸.

Así, si el contrato es un acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue una relación jurídica, la responsabilidad se generará por transgredir aquello a lo que las partes se han obligado, y la exigencia de responsabilidad se regulará en primer lugar por lo que las partes del contrato hayan pactado, y además por lo previsto en el Artículo 1434 del Código Civil. La responsabilidad extracontractual supone la vulneración de un deber que tiene su origen y fundamento en la obligación que toda persona tiene de no lesionar los derechos e intereses de los demás, por lo tanto, frente a la responsabilidad contractual que exige una relación previa entre la persona causante del daño y la

⁸ Martínez Rave, Gilberto, **Responsabilidad civil extracontractual**, pág. 16

persona que sufre el daño, en este caso no existe relación previa de ningún tipo y surge la obligación por el hecho de transgredir un deber genérico de conducta.

En la legislación de Guatemala, la responsabilidad extracontractual tiene su origen en la idea de la existencia de la culpa por parte de quien produce el daño, en este sentido, el Artículo 1424 del Código Civil establece: “el que por acción u omisión causa daño a otro, por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar, está obligado a reparar el daño causado”.

- Contractual

Definición: se presenta la obligación de pagar los daños y perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento de un contrato en cuanto al fondo o la forma. “Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etcétera), hablamos, entonces de responsabilidad contractual”⁹.

Este tipo de responsabilidad proviene de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar el incumplimiento o cumplimiento imperfecto o tardío de una obligación que de él emana; por lo tanto, para que exista responsabilidad contractual necesitamos la presencia de un acreedor y de un deudor de una obligación contractual y el incumplimiento por parte del deudor de dicha obligación. Aunque dos personas se

⁹ Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón, **ob. cit.** http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_civil (28/09/2008)

encuentren ligadas por un contrato, si el daño que una causa a la otra no proviene de la violación de una obligación contractual, se está en presencia de una responsabilidad extracontractual y no de responsabilidad contractual.

- Extracontractual

“Cuando la norma jurídica violada es una ley (en sentido amplio) hablamos de responsabilidad extracontractual, la cual a su vez, puede ser delictual o penal (si el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito), o cuasi-delictual o no dolosa (si el perjuicio se originó en una falta involuntaria)”¹⁰.

Surge cuando el daño o perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad. Para que la responsabilidad extracontractual se produzca, basta que una persona cometa un hecho ilícito que cause daño a otra sin que sean necesarias ninguna obligación o relación previa entre ambas.

- Distintos fundamentos de la responsabilidad extracontractual

Desde el punto de vista de sus fundamentos, la responsabilidad extracontractual puede ser subjetiva u objetiva.

¹⁰ Ibid.

En la responsabilidad subjetiva para que el daño producido por un hecho de lugar a indemnización es necesario probar que el autor del hecho actuó con dolo o culpa. Es decir, es necesario poder probar que el autor del hecho tuvo la intención de causar el daño si se alega dolo; si se alega culpa, probar que no empleó la diligencia necesaria para evitar el daño causado. De esto se desprende que en la responsabilidad subjetiva es necesario analizar la conducta del sujeto. Es esta conducta la que determina su responsabilidad.

En la responsabilidad objetiva se prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, no se mira su culpabilidad, se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta que este daño se produzca para que el autor del hecho dañino sea responsable.

El Código de Napoleón, en su Artículo 1.382 dispone: “Todo hecho, cualquiera del hombre, que cause daño a un tercero obliga a aquél por cuya culpa ocurrió, a repararlo”.

El Código Civil alemán dispone en su Artículo 823: “Quien dolosa o culposamente lesiona en forma antijurídica la vida, el cuerpo, la libertad, propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por éste”.

La misma obligación incumbe a aquel que infringe una ley destinada a la protección de otro. Si según el contenido de la ley, es también posible una infracción de ésta sin culpa, la obligación de indemnización sólo tiene lugar en el caso de culpa.

El Código Civil español establece en su Artículo 1902: “El que por su acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

El Código Civil de Grecia de 1940 dispone en su Artículo 914: “Aquel que, contrariamente a la ley, cause por su falta, un daño a otro, está obligado a repararlo”.

El Artículo 2.043 del Código Civil italiano de 1942 dispone: “Cualquier hecho doloso o culpable, que ocasione a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a reparar el daño”.

La responsabilidad objetiva, sólo se encontraba establecida como norma general en el Código Civil ruso de 1922 cuyo Artículo 403 disponía lo siguiente: “Aquel que ha causado un daño a la persona o a los bienes de otro, está obligado a reparar el daño. Se libra de esta obligación si prueba que no podía prevenir el daño, o que tenía derecho a infringirlo, o que el daño se ha producido a consecuencia de la premeditación o negligencia grave de la propia víctima”. Pero este Artículo fue sustituido por el Artículo 88 de la ley que aprobó los Principios de la Legislación Civil de la URSS, de 8 de diciembre de 1961, que entró en vigencia el 1 de mayo de 1962.

Las disposiciones del actual texto son las siguientes: “El daño causado a una persona o a sus bienes, así como el daño causado a una organización deberá indemnizar el daño cometido por sus trabajadores durante el cumplimiento de sus deberes de trabajo. Los daños causados por acuerdos legales, serán indemnizados solamente en los casos determinados por la ley”.

La teoría subjetiva o clásica de la responsabilidad fue criticada desde fines del siglo pasado, especialmente debido a la dificultad y a veces imposibilidad de probar la culpa del autor de daño. Estas críticas se debieron especialmente a la dificultad de probar dicha culpa con relación a los accidentes de trabajo y antes de que existiera una legislación especial sobre esta materia.

A esta crítica se puede agregar hoy, y en relación la materia de estudio, que determinadas actividades llevan involucrado en su ejercicio, un porcentaje de riesgo. Este riesgo no tiene relación la conducta humana, sino que los daños se producen en el tiempo, en una proporción casi constante con el desarrollo de la actividad.

Las críticas que se han señalado dieron nacimiento a la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo. En ella la responsabilidad no se basa en la culpa del autor del daño, se basa exclusivamente en que el daño se haya producido. No es la conducta, es decir, la culpa, la fuente de la responsabilidad, sino el hecho de haberse creado un riesgo que ha determinado que un daño se produzca.

En la responsabilidad subjetiva era necesario establecer dos elementos: la causalidad y la imputabilidad; en la responsabilidad objetiva, basta con establecer el nexo causal. La presunción de responsabilidad o responsabilidad cuasiobjetiva o semiobjetiva, como la denominan algunos tratadistas, en la cual por regla general se presume la culpa y el nexo causal pero existe la posibilidad de librarse de ella acreditando la existencia de una circunstancia que rompa el nexo causal como lo son la fuerza mayor y el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima.

- Elementos comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual

Comportamiento dañoso: El origen de la responsabilidad civil, se encuentra en el denominado comportamiento dañoso, en este sentido para que exista responsabilidad es necesario que se haya producido un acto humano al que se pueda considerar como causa del daño, acto humano que se pueda producir tanto por acción o por omisión.

Ahora bien, se plantea el problema de si el acto humano debe ser contrario a derecho; en esta materia, se debe distinguir si la responsabilidad es contractual o extracontractual. En el primer caso, la negligencia o culpa viene derivada de no ejecutar el contrato de conformidad a lo que las partes vienen obligadas; para la responsabilidad extracontractual, en principio será necesario que exista culpa o negligencia, la cual puede tener incluso consecuencias penales.

1.11 Producción del daño

El daño es la lesión o menoscabo de un bien o un derecho. Dentro del concepto de daño se debe dar cabida, tanto a los daños patrimoniales, como a los daños morales.

“El daño es un componente esencial y determinante en la responsabilidad jurídica civil, tanto en la contractual como en la extracontractual. Y se ha calificado como el elemento mas importante, ya que, aunque se el hecho, la culpa y el nexo causal, no existe obligación de indemnizar si no aparece claro el daño”¹¹.

- Clases de daño

Según el tratadista Gilberto Martínez Rave, lo daños se clasifican en:

- a. “Los perjuicios o daños materiales.
- b. Daños morales: también llamados por algunos, extrapatrimoniales.
- c. Perjuicios fisiológicos.
- d. Daños corporales”¹².

El daño material o patrimonial es el que causa un efecto económico en la persona dañada, es decir que es susceptible de una valoración estimada en dinero y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

¹¹ Ibid., pág. 160

¹² Ibid., pág. 169

Ejemplo: En un accidente de tránsito, del que resulta incapacitada la persona que lo sufre, se le producirá un daño emergente por el hecho de no poder realizar una actividad y el lucro cesante derivará de no poder obtener beneficios por el ejercicio de su actividad.

Bajo el concepto de daño moral se comprenden aquellas lesiones, violaciones de bienes y derechos de la persona, que no tienen unos valores económicos en si mismos, serían por lo tanto, daños de carácter extramatrimonial. La inclusión como objeto de indemnización del daño moral, en una creación de carácter jurisprudencial, pues tradicionalmente el concepto de daño se extendía exclusivamente a aquello que era valuable económicamente de forma directa.

En el momento actual, la tendencia es a indemnizar daños morales, tales como la fama, el honor, la consideración social, el dolor físico, etc., aunque en la legislación guatemalteca únicamente se encuentran comprendidos los daños y perjuicios, según el Artículo 1434 del Código Civil, el cual establece: “los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben de ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

- Requisitos para que un daño sea indemnizable

a. “Debe ser cierto. Por tanto, no puede declararse la indemnización de un daño si no se ha probado su existencia por quien lo alega.

b. La reparación del daño se inspira en la armonía y equilibrio que orienta el derecho y que constituye su elemento animador.

c. El daño es la causa generadora de la responsabilidad civil. Su fundamento debería ser el principio de prevención.

d. El daño debe contener una traducción económica”¹³.

1.12 La existencia de la relación de causalidad

De forma constante se viene exigiendo que entre el daño que se causa, y la conducta del agente productor del daño, debe existir una relación de causalidad.

El problema se plantea en la práctica, dado que frecuentemente en la producción de un hecho dañoso, concurren diversas conductas que son causa del daño producido.

“El nexo o relación de causalidad es elemento de vital importancia dentro de los requisitos que se exigen para que surja la responsabilidad civil extracontractual y como su nombre lo indica, es la relación o vínculo que debe existir entre el hecho y el

¹³ Aguilar Guerra, **ob. cit.**; pág. 440

correspondiente daño. Si no hay nexo causal, no hay responsabilidad civil, porque el daño no puede imputarse a quien ejecutó el hecho”¹⁴.

Ejemplo: fallecimiento de una persona, en la que intervienen como causas la existencia de un accidente de trabajo del que resulta el sujeto lesionado, así como de la negligencia de la ambulancia que transportaba al lesionado y la negligencia en el diagnóstico médico.

En estos casos se plantea el siguiente problema: si para la producción de un resultado dañoso concurren varias causas ¿es necesario distinguir cuál de todas las causas es jurídicamente relevante para la producción del resultado dañoso?

“Existen en esta materia tres teorías fundamentales:

a. En el primer tipo considera que no puede hacerse ninguna diferenciación entre los diversos antecedentes que pueden concurrir en el resultado dañoso, en este sentido todos tendrán el rasgo de concausas, siempre que se cumpla el siguiente requisito: un hecho es causa de otro cuando si hubiera faltado el antecedente no se hubiera producido el resultado. (Esta teoría se denomina de la equivalencia o de la condición *sine qua non*).

b. El segundo grupo de teorías viene constituido, por aquellos que dentro del conjunto de antecedentes destacan uno o varios de ellos, para evitar de esta forma la amplitud a la que daría lugar la teoría de la equivalencia. Así, algunos autores manifiestan y

¹⁴ Martínez Rave, **ob. cit**; pág. 141

mantienen la (teoría de causa adecuada), estimando como causa del daño el antecedente que es posible o razonable que lo ocasionase; otros autores mantienen la teoría de la causa próxima, considerando que el hecho más próximo debe ser su causa, otros direcciones doctrinales hablan de un hecho más eficiente (teoría de causa eficiente).

c. Por su parte, la legislación de Guatemala soluciona el problema partiendo del hecho de que: cuál fue realmente el hecho que produjo la muerte de la persona, y por aparte condena la actitud ilícita del patrono en el caso del accidente en el trabajo y del que conduce la ambulancia.

1.13 Fuerza mayor y caso fortuito

Según Gilberto Martínez Rave, al respecto de la fuerza mayor y el caso fortuito, argumenta: “estas causas ajenas o extrañas rompen el nexo causal y pueden convertirse en factores de exoneración. Se presentan cuando el origen del daño no es imputable físicamente, fenomenológicamente, al presunto responsable y tampoco a la víctima. Ocurren, como dicen algunos, por un hecho de nadie, por azar o por circunstancias propias de la naturaleza”¹⁵.

¹⁵ Ibíd., pág. 152

- Elementos distintivos de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual

Responsabilidad contractual:

- a. La responsabilidad nace de un contrato;
- b. Juez competente, el del lugar del cumplimiento de la obligación;
- c. Carga de la prueba, a cargo del deudor;
- d. Hay culpa por parte del deudor.

Responsabilidad extracontractual:

- a. La responsabilidad no nace de un contrato;
- b. El juez competente es el del lugar donde se cometió el ilícito;
- c. La carga de la prueba la tiene el acreedor;
- d. No necesariamente hay culpa del que ocasiona el daño.

1.14 Obligaciones de medios y resultados

Las obligaciones se clasifican habitualmente como de medios y de resultados, y esto tiene gran importancia a la hora de determinar la responsabilidad civil. El incumplimiento, que es uno de los requisitos básicos para que la responsabilidad se produzca, dependerá de la clase de obligación:

- a. Cuando una norma o contrato obligan a una persona a alguna cosa determinada sea ésta una acción o una abstención (hacer o no hacer algo), esta obligación es

considerada de resultado. Tal es el caso de un transportista que se obliga a llevar determinada mercancía a un destino en particular. Aquí la responsabilidad es prácticamente automática, pues la víctima sólo debe probar que el resultado no ha sido alcanzado, no pudiendo entonces el demandado escapar a dicha responsabilidad, excepto si puede probar que el perjuicio proviene de una causa ajena, por ejemplo, que se debe a un caso fortuito o de fuerza mayor.

b. Por otra parte, en aquellos casos en que una norma o un contrato sólo obligan al deudor a actuar con prudencia y diligencia, la obligación es considerada de medios.

Este es el caso de la obligación que tiene un médico respecto a su paciente: el médico no tiene la obligación de sanarlo, sino de poner sus mejores oficios y conocimientos al servicio del paciente, es decir, de acatar en forma prudente y diligente. En estos casos, la carga de la prueba le corresponde a la víctima o demandante, quien deberá probar que el agente fue negligente o imprudente al cumplir sus obligaciones.

En el caso de la obligación de medios es más difícil de probar la responsabilidad civil, dado que el incumplimiento no depende sólo de no haber logrado el resultado (en el ejemplo anterior, sanar al paciente), sino que habría que demostrar que pudo ser posible haberlo logrado, si el obligado hubiese actuado correctamente.

1.15 Responsabilidad directa y subsidiaria

Responsabilidad directa: Técnicamente, responsabilidad directa es aquella que puede exigirse de forma principal a una persona, ya sea esa persona la causante del daño, o subsidiariamente a otra persona, a pesar de que la misma no haya causado el daño.

La responsabilidad es subsidiaria: cuando se impone a una persona en defecto de quien sea responsable principalmente, y era responsabilidad subsidiaria como regla general, tiene su fundamento en la necesidad de reparar el daño causado una persona, y en el hecho de no haber cumplido su obligación el responsable directo.

Dentro de la responsabilidad directa, se distingue entre la responsabilidad por actos propios y la responsabilidad por hechos ajenos. Los principales supuestos de responsabilidad directa por hechos ajenos, vienen recogidos en los Artículos 1660 y 1661 del Código Civil y serían:

a. La responsabilidad de los padres, por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda; o las de los directores de establecimientos o jefes de taller.

El fundamento clásico de este tipo de responsabilidad se encuentra en la denominada *culpa in vigilando o in educando*, esto es, el deber de los padres de vigilar y controlar en todo momento la actuación de sus hijos; sin embargo, esta concepción clásica está siendo superada en este momento, dado que el deber de control sobre los hijos es un deber de cumplimiento prácticamente imposible y por lo tanto, será más bien una responsabilidad de carácter objetivo, en el sentido ya visto en el presente tema.

b. Los tutores son responsables de los daños causados por los menores o incapacitados que se encuentren bajo su autoridad. El fundamento de esta responsabilidad es el mismo que el señalado para los padres.

c. Responsabilidad de la persona jurídica, por los daños causados por las personas que de ella dependan en el ejercicio de sus funciones, según tal es el caso de los dueños de establecimientos mercantiles o industriales o a quien tenga a otro bajo su dependencia, tal y como lo establece el Artículo 1663 del Código Civil. El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la denominada *culpa in vigilando o in eligendo* del empresario, y es que se presume que el empresario debe controlar en todo momento la actividad de sus empleados, al objeto de que no se produzca lesión para el derecho de los demás; en cualquier caso, para poder exigir este tipo de responsabilidad sería necesario que existiera una relación de dependencia.

d. Responsabilidad de los centros docentes de enseñanza no superior, respecto de los daños causados por sus alumnos menores que se hallen bajo control y vigilancia del profesorado del centro docente. Se trata también de una responsabilidad basada en el deber de vigilar y controlar a los menores de edad. El propio Artículo 1662 del Código Civil, establece que no habrá lugar a responder en los supuestos anteriores, cuando la persona a la que se exige la responsabilidad acredite que actuó con toda la diligencia necesaria.

e. Se establece también la responsabilidad del poseedor de un animal o del que se sirve de él, por los daños que se causa tal y como lo establece el Artículo 1669 del Código Civil. Esta responsabilidad tiene su base objetiva y se establece la obligación de reparar el daño, aún cuando el animal se escape o extravíe.

f. Igualmente, son supuestos de responsabilidad civil directa por hechos ajenos, la del propietario de un edificio por los daños que se causen en caso de ruina, tal y como lo establece el Artículo 1670 del Código Civil.

Responsabilidad subsidiaria: Existe responsabilidad civil de carácter subsidiario, cuando una persona distinta del obligado a responder principalmente, deba asumir la responsabilidad en defecto del obligado principal.

Como regla general, para que exista responsabilidad civil subsidiaria serán necesarios:

a. Que entre el infractor y el responsable civil subsidiario exista un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción se halla bajo la dependencia de su principal (el responsable subsidiario).

b. Que el hecho que genera la responsabilidad se halle dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad o tarea confiada al infractor, como perteneciente a su esfera o ámbito de acción.

En el Código Civil se contemplan numerosos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria; establece determinados supuestos en que unas personas responderán en

defecto de los que principalmente estuvieran obligados, como tales se pueden señalar: la responsabilidad subsidiaria del empresario por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes en el desarrollo de su actividad.

1.16 Responsabilidad solidaria y mancomunada

La solidaridad y mancomunidad en materia de responsabilidad civil: los conceptos de solidaridad y mancomunidad en el ámbito de la responsabilidad civil, se refieren a aquellos casos en que resultan responsables de un hecho dañoso varias personas, y en esos casos de pluralidad de sujetos responsables, son posibles dos soluciones:

a. Considerar que cada uno de los sujetos ha participado en la producción del daño con un porcentaje de culpa, en cuyo caso quedará obligado a responder frente al perjudicado, no de la totalidad del daño producido, sino solamente de la parte del daño que es atribuible a su actuación contraria a derecho.

b. Considerar que no se puede distinguir distintos grados de participación entre los sujetos causantes del daño, y en ese sentido, el perjudicado podrá exigir la totalidad de la responsabilidad a cualquiera de los sujetos responsables, el cual vendrá obligado a hacer frente a la totalidad del daño producido.

En los supuestos de responsabilidad solidaria, se genera una doble relación; la externa que es la que se produce entre el sujeto lesionado y los deudores responsables, en virtud de la cual el acreedor podrá exigir de cualquier sujeto responsable la totalidad de

la deuda; y la relación interna que es la que se produce entre los sujetos responsables y por la cual el deudor que haya hecho frente a la responsabilidad, podrá exigir del resto la parte proporcional de la deuda.

Piug Ferriol citado por Vladimir Aguilar Guerra, respecto de la mancomunidad solidaria, señala como características:

a. “En la solidaridad de deudores hay pluralidad de sujetos en la obligación. En nuestro derecho positivo no parece necesario que la pluralidad de sujetos tenga que producirse ya en el momento constitutivo de la relación obligatoria y nada impide que se vaya produciendo de un modo sucesivo.

b. La obligación solidaria requiere también unidad de objeto y de prestación e identidad de ésta, toda vez que por hipótesis el pago realizado por cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación”¹⁶.

La regla general en materia de responsabilidad civil, es la de mancomunidad, ya que la solidaridad no se presume, debiendo venir establecida expresamente, tal y como lo indica el Artículo 1353 del Código Civil.

1.17 Importancia de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil está adquiriendo dentro del campo del derecho, a nivel mundial y la moderna orientación del derecho que pretende fundamentar el concepto de

¹⁶ Aguilar Guerra, Vladimir, **ob. cit.**, pág. 94

responsabilidad en el elemento daño, variando la tendencia tradicional de manejarlo en relación con el elemento culpa del causante, ha implicado una modificación sustancial en la forma como se ha venido manejando en el derecho comparado.

1.18 La reparación del daño en la legislación civil

“El problema que ofrece, ha suscitado un intenso y muchas de las veces estéril debate en la doctrina sobre la admisión o rechazo en torno a la posibilidad de su reparación en dinero”¹⁷.

El Artículo 1434 del Código Civil, consta de dos partes. En la primera dispone: “los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”. Mientras el Artículo 1655 determina que: “cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente o parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a ciertas circunstancias, como lo son: estado civil, profesión, edad del afectado, obligación de la víctima de prestar alimentos, posibilidad de pago del obligado. En caso de muerte, la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima o las personas que tenían derecho a ser alimentadas por ella, o en su caso, de acuerdo a lo establecido en la legislación penal, considerando su calidad de víctima.

¹⁷ Galindo Garfias, Ignacio, **La compensación por daño moral, en estudios de derecho civil**, pág. 432

Por otra parte, el Artículo 1645 del Código Civil guatemalteco dispone que: “Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

CAPÍTULO II

2. El proceso de formación del contrato

2.1 Generalidades sobre contratación

Origen del contrato: el contrato es el acuerdo de voluntades que recae sobre un negocio jurídico que tenga por objeto crear, modificar o extinguir algún derecho, destinado a producir efectos, es decir, a reglar los derechos de las partes. Era un negocio bilateral o multilateral por cuanto requería el concurso de dos o más voluntades. Constituye él género con respecto a los contratos.

En el derecho justiniano, el contrato: “es el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo como tales a toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica”¹⁸.

El *nexum* fue el primer contrato romano que se caracterizaba por las rígidas solemnidades que debían seguirse para su perfeccionamiento, como la pesada del cobre y la balanza y la presencia del librepens y de los cinco testigos.

Una derivación del *nexum* es la *sponsio* que era el contrato que consistía en el empleo de palabras sacramentales, como *¿spondes?*, a lo que el obligado contestaba *spondeo*, sin necesidad del *per aes et libram*. Pero como este contrato podía llevarse

¹⁸ Peña Guzmán, Luís Alberto y Arguello, Luís Rodolfo, **Derecho romano**, Tomo II, pág. 261

a cabo entre ciudadanos, aparece la *stipulatio* para que también pudieran contratar los no ciudadanos, donde las partes podían interrogarse usando cualquier expresión, a lo que el obligado contestaba siempre: *promitto*. De esta manera nacieron los contratos verbales.

Posteriormente, se agregaron el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, estos surgen cuando deja de ser el *nexum* el medio más idóneo para celebrarlos, bastando la simple tradición de una cosa. Estos constituyen los contratos reales. Finalmente, cuando la evolución del derecho romano hizo del acuerdo de voluntades el elemento característico del contrato, se acepta que puedan ser perfeccionados por el mero consentimiento de las partes, apareciendo así, los contratos consensuales. “La palabra contrato, proviene de latín *contractus* derivado de *contrahere* que significa concertar, lograr”¹⁹.

2.2 Definición de contrato

El Artículo 1517 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia, establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

Para Guillermo Cabanellas: “el contrato es el convenio obligatorio, entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o caso. La institución jurídica es en torno a cada contrato, convertido en realidad por voluntades concordes, surge por los

¹⁹ Flores polo, Pedro, **Diccionario de términos jurídicos**, pág. 350

preceptos imperativos o supletorios, que el legislador establece, singularmente en los contratos nominados, y por las acciones procesales en su caso”²⁰.

El contrato “es el acuerdo de voluntades mediante el cual una persona se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer, es decir a entregarle bienes o prestarle servicios o abstenerse de hacer algo: El Contrato crea obligaciones, o también puede extinguir las anteriores establecidas”²¹.

De acuerdo a las definiciones anteriores el contrato es un acuerdo celebrado entre dos o más personas, con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones, y la relación que de allí se origina entre los contratantes.

2.3 Elementos del contrato

a. Acuerdo de dos o más partes: en el contrato hay acuerdo de las partes para voluntariamente llegar a una consecuencia. Por lo tanto todo acuerdo relativo a un objeto de interés jurídico se convierte en un contrato y es protegido por la ley. Hablar de contrato o cúpula o bilateralidad no siempre implica la concurrencia de dos o más personas, sino correlación de obligaciones y derechos. En principio la sola voluntad de las partes es suficiente para crear el vínculo jurídico o hacer nacer obligaciones o para transformarlas, modificarlas o extinguirlas.

²⁰ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**, pág. 167

²¹ Taramona Hernández, José Rubén, **Fuentes de las obligaciones, contratos civiles, teoría y práctica**, pág. 3

b. Partes o personas físicas: la persona jurídica, llamada también colectiva, “es el hombre colectivamente considerado”. Sin ser persona física tiene personería jurídica. La persona física o natural, es el hombre individualmente considerado. Por tanto, el contrato puede celebrarse entre las personas naturales y jurídicas o también solamente entre las primeras o las segundas.

c. Consecuencias jurídicas: el contrato, es una institución principalmente de carácter privado, que presupone que los que en él intervienen, se encuentran en un mismo nivel de igualdad jurídica, aunque exista disparidad económica.

2.4 El contrato como fuente de las obligaciones

En el capítulo anterior se estudió qué es una obligación, los elementos que las conforman, los tipos que existen según la doctrina, las diferencias que hay entre las distintas clases de obligaciones. Ahora nos toca tratar cómo nacen o llegan a tener vida las obligaciones, es decir, cuál es la causa generadora de las mismas.

La doctrina nos explica que toda obligación tiene su fuente u origen en la ley, que ésta es la única fuente legítima – causa – del nacimiento de todo lazo o nexo jurídico – obligación-; sin embargo, si bien es cierto que en cualquier sistema de derecho escrito como el nuestro, la obra del legislador es en último término la causa generadora de las obligaciones, no menos cierto resulta que la ley por si sola no es la causa única de su nacimiento, sino que por el contrario, lo que da vida a las obligaciones son los

diferentes acontecimientos naturales y acciones humanas – hechos y actos jurídicos - que actualizan los supuestos normativos contenidos en la ley.

Así lo sostiene el gran civilista francés Bonnetcase, cuando dice que: “al mismo tiempo, estamos obligados a declarar que las obligaciones, ya se deriven de actos o de hechos jurídicos, encuentren su origen en la ley, erigida por tanto como fuente suprema de las obligaciones. Se hace bien al considerar la cuestión en todos sus aspectos; siempre se encontrará la ley, en el sentido amplio del término, como origen de los efectos del acto y del hecho jurídico. Por tanto el mecanismo jurídico constituido por estas dos nociones técnicas, tiene por objeto inmediato la aplicación de la ley, sin que pueda tener otro. Las situaciones jurídicas que de ella se derivan son sus consecuencias mediatas, ya se trate de obligaciones o de derechos reales”²².

Continuando la exposición, diremos que por hecho jurídico, debemos entender aquel acontecimiento natural o del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirles consecuencias jurídicas. En tanto que por acto jurídico, se entiende la manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que esa manifestación de voluntad produzca el efecto deseado por su autor, existiendo de tal manera actos en los sólo interviene una voluntad, llamamos unilaterales, y aquellos en que es necesaria la concurrencia de dos o más voluntades, denominados actos bilaterales; los hechos jurídicos pueden ser voluntarios e involuntarios, y aquellos a su vez lícitos e ilícitos.

²² Bonnetcase, Julián, **Elementos de derecho civil**, pág. 45

Se tiene así que son fuentes de las obligaciones los actos y los hechos jurídicos que producen consecuencias jurídicas, estableciéndose una clasificación de las mismas fuentes contractuales y fuentes extracontractuales. Las fuentes contractuales son precisamente aquellas obligaciones que nacen en virtud de la celebración de un contrato o de un convenio, y las extracontractuales son todas aquellas obligaciones que no se derivan de la celebración del contrato ni de un convenio, sino por declaración unilateral de voluntad, en virtud de una gestión de negocios, por enriquecimiento ilegítimo o bien por responsabilidad civil.

2.5 Principios de la contratación

a. Consensualismo: toma como fundamento el acuerdo de voluntades para su perfección. El consentimiento es la piedra angular del contrato, formándose por el concurso de voluntades. El Código Civil, Decreto Ley 106, lo recoge en su Artículo 1518 que regula: “Los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez”.

b. Formalismo: el progreso del formalismo se ha manifestado, no por la creación de numerosos contratos solemnes nuevos, sino por exigencias muy estrictas en materia de prueba y publicidad.

c. Autonomía de la voluntad: la libre estipulación de los intereses de las partes en el campo de las obligaciones se denomina principio de la libertad contractual. La declaración de la voluntad es la libertad de las partes contratar de la forma que mejor les parezca, siempre dentro del ámbito de la ley.

d. Libertad contractual: el acto de constitución del contrato, es el acuerdo de voluntades que hacen que sea esto la piedra fundamental para toda la dirección voluntarista que predomina en el derecho. “El contrato era y sigue siendo, el acto de contraer y lo contraído, el negocio y la relación contractual, en tal sentido la libertad contractual deviene de la necesidad que cada persona tiene de adquirir un acuerdo para lograr su objetivo; así mismo, como su nombre lo indica es la libertad de contratar el bien o servicio que mejor le parezca o que este de acuerdo a sus posibilidades”²³.

2.6 Elementos de validez del contrato

Dentro de los elementos de validez del contrato, se encuentran los elementos positivos, y los negativos, los cuales se explican a continuación:

- Elementos positivos

a. Elementos esenciales: son aquellos que son indispensables para la validez y la eficacia del contrato, que son: la capacidad contractual, el consentimiento, el objeto, la causa y la forma cuando es *ad solemnitatem*. Es decir, son aquellos que

²³ Lemer, Bernardo, *Enciclopedia jurídica omeba*, Tomo XVIII, pág. 495

necesariamente deben concurrir para dar existencia a un acto jurídico en general o a determinado negocio jurídico en particular, de modo que la ausencia de todos o de alguno de ellos impide la constitución misma del acto. “En esta dirección observamos que estos elementos son necesarios y suficientes para la conformación del acto jurídico: necesarios porque la falta de cualquiera de ellos excluye la existencia del negocio jurídico, y suficientes porque ellos se bastan para darle esa existencia”²⁴.

De éstos es que depende que el contrato pueda darse, debido a que no solamente forman parte de él, sino que de allí nace su existencia debido a que intervienen en el fondo del mismo.

Valpuesta Fernández, al respecto del consentimiento dice: “se puede entender por consentimiento contractual el común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que los integran”²⁵.

El objeto: debe ser físico y jurídicamente posible, determinado y determinable en cuanto a su especie, existir en la naturaleza y debe estar dentro del comercio. También puede definirse como la conducta que deben observar los que se obligan, tanto de dar, hacer o no hacer.

El Artículo 1538 del Código Civil Decreto-Ley 106, establece lo siguiente: “Objeto del contrato, no solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las

²⁴ Aguilar Guerra, Vladimir, **El negocio jurídico**, pág. 162

²⁵ Valpuesta Fernández, María R., **Teoría general de la obligación**, pág. 343

que se esperan que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas a lo menos en cuanto a su genero. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes”.

La causa: es otro elemento esencial de los contratos, y constituye el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial proveniente del negocio. Los requisitos de la causa son: la existencia, la veracidad y la licitud.

La existencia: debe ser entendida desde la concepción de la causa, pudiendo en consecuencia, afirmarse que carecen de causa aquellos contratos cuyo propósito no justifica la protección que se pretende del ordenamiento, o la misma no responde al tipo contractual propuesta.

La veracidad: se refiere que cuando una causa es falsa, da lugar a nulidad o anulabilidad.

La licitud: “este elemento de la causa trata de que la causa no debe ser contraria a las normas imperativas o a las normas morales que rigen a la sociedad”.²⁶

La forma: está establecida para algunos contratos, los cuales son solemnes y para otros no, debido a que tiene libertad de forma, pero en los solemnes es indispensable

26 Valpuesta Fernández, **ob. cit.**; págs. 354 y 355

cumplir con todos los requisitos señalados en la ley a efecto que no haga anulable el contrato. El Código Civil Decreto-Ley 106 del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia establece: “toda persona puede contratar y obligarse 1º. por escritura publica; 2º. por documento privado o acta levantada ante el alcalde del lugar; 3º. Por correspondencia y 4º. verbalmente”.

“La forma se requiere para todos los contratos, o dicho en otras palabras, que todos los contratos son formales. Sin embargo, no es a esta forma a la que nos referimos sino a aquella que se requiere cumplimentar para la validez o eficacia de un determinado negocio, y que deben expresarse a través de signos concretos”²⁷.

A falta de cualquiera de estos elementos se puede invocar la inexistencia del contrato por cualquiera que tenga interés jurídico del mismo, y la acción para solicitarla es imprescriptible; no subsisten los efectos, ni siquiera provisionales.

b. Elementos naturales: “Son aquellos que se integran en cada tipo contractual y se imponen por legislador a falta de una disposición en contrario de las partes, pues por naturaleza corresponden a ese contrato”²⁸.

Son los que acompañan al contrato, van desprendidos de su índole particular y la ley presume su existencia, aquí se aplica la voluntad de las partes, pudiendo quedar fuera por decisión de las mismas.

²⁷ Aguilar Guerra, **ob. cit.**, pág. 212

²⁸ *Ibid.* pág.162

c. Elementos accidentales: “estos elementos intervienen si las partes por su autonomía de la voluntad los incorporan dentro del contrato, es decir son accesorios del mismo y puede hacer de cada contrato en particular algo único o exclusivo a decisión de los contratantes”²⁹.

Entre estos elementos accidentales encontramos a la condición, que es aquella circunstancia que hace depender la existencia o terminación del contrato de un acontecimiento futuro e incierto, dentro de los cuales están, la incertidumbre y la subordinación de los efectos del contrato, ya que el acontecimiento que fundamenta la condición es parte integrante del negocio. El Artículo 1269 del Código Civil Decreto-Ley 106 establece: “en los negocios jurídicos condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependen del acontecimiento que constituye la condición”. La condición puede ser suspensiva, cuando de su cumplimiento surge el derecho de la obligación; y resolutoria, cuando verificándose el acontecimiento cesan los efectos jurídicos del contrato.

Otro elemento accidental de los contratos puede ser el plazo, el cual lo podemos definir como el momento en que el contrato empieza a surtir efectos o hace cesar los mismos. El plazo puede ser legal, cuando no se ha señalado día o fecha de la ejecución o extinción del contrato; se encuentra regulado en el Artículo 1283 del Código Civil Decreto-Ley 106 el cual señala: “Si el negocio jurídico no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijara su duración. También fijará el juez la duración del plazo cuando este haya

²⁹ Ibid. 163

quedado a voluntad del deudor”; y contractual, es el que las partes señalan en el contrato.

Por último tenemos al modo, el cual es una obligación que se impone al beneficiario, la cual es estipulada por el que otorga el beneficio dentro del contrato, esto se especialmente en los contratos a título gratuito, tales como la donación o la renta vitalicia.

Díez-Picazo, los define así: “los elementos esenciales son requisitos o presupuestos de validez del negocio. Los llamados elementos naturales, en cambio, son obligaciones contractuales derivadas de normas jurídicas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario de las partes. Los llamados elementos accidentales, por último, son maneras de configurar el negocio o su eficacia, cuya accidentalidad puede predicarse del tipo abstracto del negocio tal y como es contemplado por la ley, pero que en el negocio establecido por las partes adquieren el rango de determinaciones esenciales de la reglamentación de intereses que entre ellos se establece”³⁰.

- Elementos negativos

Son aquellos que van dentro del contrato, pero que su efecto es negativo, es decir, que puede ser un contrato imposible, o con objeto ilícito o con violación de una norma.

³⁰ Díez-Picazo, Luis, **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, pág. 328

2.7 Vicios del consentimiento

Se hace énfasis en este tema debido a su gran importancia, ya que la falta de éste o sus vicios hacen que no exista como tal el contrato. Para la formación de un contrato válido, el consentimiento debe reunir los siguientes requisitos: a) capacidad de los contratantes; b) ausencia de vicios del consentimiento, y c) una forma especial de manifestación del consentimiento, cuando la ley así lo exige.

La capacidad de los contratantes puede dividirse en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Por capacidad de goce se entiende la aptitud que la ley reconoce a una persona para ser titular de derechos y obligaciones, la cual se tiene desde el momento del nacimiento de la persona y se termina con la muerte. La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, aunque también tienen sus limitaciones las personas que menciona el Código Civil.

El error es "...la falsa apreciación o conocimiento de una realidad, o el total desconocimiento de ella, esto origina en el sujeto la deformación de su voluntad; es decir, un sentido distinto al que se hubiera formado de no existir tal circunstancia"³¹.

"La doctrina suele distinguir cuatro tipos de errores que pueden afectar el consentimiento de los contratantes: el error obstáculo o error impidiendo, que se da cuando los contratantes se forman un juicio equivocado o concepto erróneo sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad de la cosa (*error in negotio* y *el error in corpore*). El error

³¹ Soto, Lauro, **Derechos obligaciones contratos**, www.mitecnologico.com/.../DerechosObligacionesContratos (2/10/2008)

nulidad puede consistir en un error de hecho o en un error de derecho, el cual otorgará acción de nulidad siempre y cuando recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes, pero a condición de que en el acto de la celebración se declare ese motivo, o bien, que se pruebe por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. El error indiferente es aquel que no afecta la validez de contrato, ya que se reduce al hecho de contratar en condiciones más onerosas o desfavorables a las que originalmente se pensó. Por último el error rectificable o de cálculo es aquel que da lugar a una rectificación de carácter aritmético”³².

El dolo, que es otro vicio de la declaración de voluntad, lo podemos definir al tenor del Artículo 1261 del Código Civil: “El dolo es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes”, el dolo de una de las partes y el que proviene de un tercero, anula el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico. Esto quiere decir que, a causa de él, el negocio ha podido realizarse. “El motivo que vicia la voluntad es el error provocado por la maniobra, que hacen que la víctima incurra o permanezca en el error”³³.

Complementando los anteriores conceptos transcritos diremos que el dolo implica una actitud activa de uno de los contratantes, mediante el uso de un engaño, maquinaciones o artificios, para hacer caer en el error al otro; sin embargo, si ambos

³² Alarcón Flores, Luís, **Vicios de la voluntad**, Monografías. Com (28/10/2008)

³³ Galindo Garfías, **ob. cit**; pág. 233

contratantes proceden con dolo, ninguno de ellos puede alegar la nulidad del acto o reclamar indemnización alguna.

La simulación se encuentra en el Artículo 1284 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdía, el cual establece: “La simulación tiene lugar: 1º. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2º. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas; y 3º. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas”; y el Artículo 1285 del mismo cuerpo legal establece: “La simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; y es relativa, cuando a un negocio se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”.

El autor Francisco Ferrara, quien define la simulación como: “la declaración de un contenido de la voluntad real, emitida conscientemente y de entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”³⁴.

De lo anterior se deduce que la simulación se realiza con el propósito de engañar a terceros estando las partes de acuerdo.

³⁴ Ferrara, Francisco, **La simulación en los negocios jurídicos**, pág. 297.

En cuanto a la violencia o intimidación el Código Civil en su Artículo 1265 estipula: “La violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren en temor de exponer su persona o su honra o la de de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes. Si se trata de otras personas, el Juez podrá declarar la nulidad según las circunstancias”.

2.8 Clasificación de los contratos:

Según el licenciado Manuel Vicente Roca Menéndez:

“a. Atendiendo a la naturaleza de los vínculos que produce:

- Bilaterales: también son conocidos como contratos sinalagmáticos, y son los que producen obligaciones recíprocas para ambas partes. Aquí todos se obligan a realizar alguna prestación.
- Unilaterales: solamente una parte tiene obligación de cumplir con la prestación, mientras que la otra está eximida.

b. Conforme a su finalidad:

- Onerosos: que son los que conceden alguna ventaja o ganancia a los contratantes y estos a la vez se dividen en:
 - Conmutativos: cuando está establecido desde la formación del contrato, cuál va a ser la ventaja para los contratantes, el lucro que generara el contrato.

- Aleatorio: cuando las prestaciones dependen de un hecho imprevisible o del azar o que no es posible determinar cuál será el lucro o prestación a obtener.

- Gratuitos: Es en que solamente una de las partes se verá beneficiada por el contrato, es decir tan solo una está obligada a cumplir la prestación y la otra disfrutará de tal beneficio.

c. Según el elemento que perfecciona el contrato:

- Consensual: dependen del consentimiento de las partes, cuando éstas manifiestan su voluntad queda perfeccionado el contrato.

- Reales: A estos contratos a parte del consentimiento debe agregárseles una prestación que consiste en la entrega de una cosa.

d. Dependiendo de los requisitos exigidos en la ley para su celebración:

- Formales: Son aquellos cuya forma está establecida expresamente por la ley y del cumplimiento de la misma depende su validez.

- Solemnes: son aquellos cuyos formalismos están expresados en la ley y que necesariamente deben ir redactados en escritura pública, debido a la importancia que denota el negocio jurídico inmerso en el contrato.

e. Según puedan nacer o no por si mismos:

- Principales: son contratos independientes cuyos resultados dependen de si mismo únicamente, no necesitan de otro contrato para subsistir.

- Accesorios: al contrario de los principales dependen de otro contrato para que existan.

f. Según se cumplan en el momento o escalonadamente:

- Instantáneos: Se agotan en un solo acto, deben realizarse y cumplirse en el momento.
- De tracto sucesivo: se perfeccionan con el paso del tiempo.

g. Según los establezca la ley o no:

- Nominados: son aquellos que están regulados en un código o en cualquier otra ley.
- Innominados: son aquellos que teniendo o no una denominación especial, carece de reglamentación particular y específica”³⁵.

2.9 La formación del contrato

Dentro del proceso de formación del contrato tenemos:

- Los tratos preliminares

Para Rosende Álvarez: “se denomina etapa de la negociación preliminar al período en que las partes desarrollan una multiplicidad de conductas tendientes a conocer sus puntos de vista respecto de un negocio que se proyecta, sin que por ello se entiendan quedar obligadas”³⁶.

Para Saavedra Galleguillos, las negociaciones preliminares consisten en: “las propuestas a negociar que anteceden a un contrato, por medio de las cuales los

³⁵ Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Derecho de obligaciones, de los contratos en particular**, págs. 83 - 86.

³⁶ Rosende Álvarez, Hugo, **Algunas consideraciones sobre responsabilidad precontractual**, pág. 33 y 34

interesados, sin obligarse aún, se comunican recíprocamente su intención de convenir un negocio jurídico y analizan cuál podría ser el contenido a concluir y apreciar la conveniencia o no, de llegar a formalizarlo”³⁷.

Por lo tanto tratos preliminares son los actos que los interesados llevan a cabo a efecto de discutir sobre las condiciones, características y elementos de contrato a celebrar con posterioridad. Pueden consistir en diversos tipos de actos tales como conversaciones, negociaciones y también en redacción de proyectos, borradores, en fin puede tratarse de cualquier manifestación en la cual se deduzca que hay intención de contratar a futuro, pero que no alcance un acuerdo. Aunque de ellos no nazca todavía la relación jurídica si son una parte fundamental en la contratación, debido a que por medio de los mismos, los contratantes expresan su voluntad, y que de no llevarse a cabo la contratación futura en algunos casos hace surgir la responsabilidad precontractual.

Aquí no hay una verdadera relación jurídica, sino más bien una relación social y desde ahí los interesados adquieren algunos deberes, tales como el deber de veracidad y el de buena fe sobre el negocio a celebrar, ya que toda la información a proporcionar debe ser verídica para que expresión de la voluntad de ellos no adolezca de vicio.

Los tratos preliminares terminan con la celebración del contrato, o por el desistimiento de uno o de ambos contratantes.

³⁷ Saavedra Galleguillos, Francisco, **La responsabilidad durante los tratos negociales previos**, pág. 84

Aquí algunos ejemplos de lo que podría provocar responsabilidad precontractual, derivada de los tratos preliminares:

- Alguno de los futuros contratantes oculta alguna circunstancia de suma importancia para poder concluir el negocio.
- Después de haberse celebrado un acuerdo verbal uno de los interesados a la hora de firmar el documento por escrito que formalizará el contrato rehúsa a hacerlo.
- Cuando únicamente para sacar información, la persona mantiene largas conversaciones acerca de cómo negociar un inmueble, y el dueño del bien deja de promocionarlo o venderlo porque entiende que la otra persona está interesada en el inmueble.

- El precontrato o promesa de contrato

Se dice que puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato en el futuro.

El contrato preparatorio es un tipo de contrato que tiene por objeto prefigurar, asegurar o perfilar un contrato definitivo futuro, que le da su razón de ser. Es en sí una obligación, un compromiso de celebrar de realizar a futuro otro contrato, debemos mencionar entonces que el contrato preparatorio tendrá un efecto formal y posteriormente el contrato definitivo que ha de celebrarse y contendrá los efectos sustantivos.

También se puede decir que, “el contrato preparatorio o preliminar es aquel mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato, que por ahora no pueden concluir o está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad”³⁸.

A veces, un contrato determinado no puede celebrarse, por variados motivos, pero aún así, las partes que están dispuestas a celebrar dicho contrato están también dispuestas a suscribir un compromiso futuro de hacerlo, o bien, a darle desde el comienzo una determinada configuración, antes de celebrar el definitivo. De esta manera, el contrato preparatorio pasa a delimitar el inicio de una relación jurídica, que se cristalizará en el contrato definitivo. Debido al principio según el cual la nulidad de la obligación principal acarrea la ineficacia de la obligación accesoria, se ha sostenido que la nulidad del contrato principal acarrearía también la nulidad del contrato preparatorio. El argumento sostiene que, siendo el contrato definitivo el objeto propio del contrato preparatorio, entonces cayendo el definitivo ineficaz por nulidad, el preparatorio debería ser arrastrado también por dicha nulidad.

Las opiniones contrarias a esta tesis se basan en que el contrato preparatorio es autónomo. De esta manera, el contrato preparatorio es válido aunque el contrato definitivo resulte ser nulo. “La nulidad del contrato definitivo implicaría, no la nulidad del contrato preparatorio, sino que no se haya cumplido con la obligación de celebrar un contrato definitivo válido, lo que daría origen a situaciones tales como el cumplimiento forzado, la indemnización de perjuicios, etcétera”³⁹.

³⁸ López Santa María, Jorge, **Los contratos. Parte general**, pág. 160

³⁹ Messineo, Francesco, **Contratto preliminare**, pág. 166

Dentro de los contratos preparatorios encontramos:

a. Promesa o precontrato. Es el caso más típico. Su objeto es prometer la celebración de un contrato definitivo futuro, verificada cierta condición o transcurrido cierto plazo.

b. Contrato de opción. Mediante el cual una de las partes tiene el derecho (y no el deber) de celebrar el contrato si lo desea. Por este contrato, una de las partes queda obligada a celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra parte tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

- La perfección del contrato

a. La oferta contractual: Aguilar Guerra, cita a Lalaguna, quien define a la oferta así: “acto jurídico por el que una persona dirige a otra la propuesta de realizar un contrato de contenido determinado” y el mismo autor Aguilar Guerra la define así: “consiste en una declaración de voluntad emitida por una persona (oferente) con intención de obligarse, que contiene todos los elementos del futuro contrato y la reglamentación que se pretende, cuyo destinatario es otra persona o categoría de personas: de manera que sea suficiente para integrar el consentimiento contractual”⁴⁰.

“Lo que caracteriza la oferta en relación a los tratos preliminares, es que no requiere una nueva declaración de voluntad que la complete, pues ella de por sí basta para formar el contrato”⁴¹.

⁴⁰ Aguilar Guerra, **ob. cit**; pág. 291

⁴¹ Ibid.

Por lo tanto se puede decir que la oferta, es una declaración de voluntad que lleva implícita la proposición de una persona y futuro contratante y la cual va dirigida a otra u otras que puedan tener interés en celebrar el contrato. Por el hecho de ser unilateral, solo el oferente responde por la oferta, él es único que se obliga.

El tratadista Luís Díez –Picazo, al respecto expone: “la característica fundamental de la oferta consiste en que si la aceptación recae, el oferente quedará contractualmente vinculado, al igual que el aceptante, y el contrato perfecto sin necesidad de ningún otro requisito. Por eso es preciso valorar si dados los términos de comunicación, se encuentran en ella datos suficientes para considerarla como declaración de voluntad contractual”⁴².

Requisitos que son necesarios para poder hablar de oferta como tal:

- La oferta debe ser completa.
- Debe ser emitida con una seria intención de obligarse y dada a conocer al destinatario.
- Debe ser recepticia, pues ha de ser recibida por su destinatario, esto desde la perspectiva del destinatario.

El Artículo 1522 del Código Civil, estipula: “la oferta contendrá las condiciones del contrato y se hará en términos precisos y concretos...”

⁴² Díez-Picazo, **ob. cit.** pág. 251

Es necesario que no se confunda la oferta con la simple invitación que se haga a los destinatarios o con los tratos preliminares, ya que como se expuso, para saber si se está ante una oferta se deben llenar todos los requisitos antes mencionados.

Hay que mencionar que la oferta debe tener un plazo dentro del cual debe estar vigente para recibir la aceptación, debido a que si se recibe una aceptación extemporánea podría ya no realizarse el contrato. Y caduca la oferta cuando es revocada por el oferente.

Importancia de la oferta entre los precontratantes: al emitirse la oferta, no sólo opera un cambio fundamental en la naturaleza de las relaciones entre las partes, sino que, además, se produce una ampliación en el círculo de intereses merecedores de protección legal. “En relación con el cambio de naturaleza de las actuaciones de las partes, téngase presente que mientras las negociaciones preliminares se traducen en hechos jurídicos sin fuerza obligatoria, a partir de la oferta, en cambio, se constata la presencia de actos jurídicos, con los que se inicia la etapa vinculatoria en la gestación de los contratos. Varían también los intereses jurídicos merecedores de protección: dichos intereses ya no se circunscriben a respetar el patrimonio ajeno, ampliándose la esfera de protección del interés de seguridad en la conclusión del contrato e incluso la protección del interés de cumplimiento de la prestación contractual proyectada”⁴³.

Diferencias entre la oferta y el precontrato: la diferencia sustancial reside en la naturaleza jurídica de una y otro. En la oferta existe un acto jurídico unilateral, mientras

⁴³ Rosende Álvarez, **ob. cit.**; pág. 40

que en el precontrato siempre habrá un acto jurídico bilateral, sin perjuicio de que éste suponga la celebración de un contrato definitivo que genere obligaciones para una o ambas partes, esto es, de que sea un contrato unilateral o bilateral. Por otra parte, cabe tener presente que el precontrato constituye una fase más avanzada en la formación del consentimiento desde el instante en que las partes han manifestado sus voluntades coincidentes en orden a celebrar el contrato proyectado, con la salvedad de que reservan la celebración de dicho contrato para un momento posterior. “En la oferta, en cambio, existe una sola manifestación de voluntad, la del oferente, que busca la voluntad del destinatario para formar el consentimiento, pero que dependerá de una condición suspensiva, esto es que el destinatario acepte pura y simplemente la oferta”⁴⁴.

b. La aceptación: Aguilar Guerra, al respecto dice: “la aceptación es una declaración de voluntad por naturaleza recepticia, esto es debe ser dirigida precisamente al oferente y ser plenamente concordante con la oferta (o en su caso con la contraoferta), con independencia de que pueda realizarse tanto en forma expresa cuanto tácita, o a través de hechos concluyentes que no dejen lugar a dudas sobre la admisión de las condiciones contractuales ofrecidas”⁴⁵.

La doctrina define la aceptación como “aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta”⁴⁶.

⁴⁴ Ibid, págs. 46 y 47

⁴⁵ Aguilar Guerra, **ob. cit**; pág 300

⁴⁶ Díez-Picazo y Ponce León, **La formación del contrato**, pág. 20

Entonces cabe decir que la aceptación es la respuesta que da el destinatario al oferente la cual debe ser congruente con la oferta, o en determinados casos con la contraoferta, esto si se varían los elementos de la oferta, pero que tiene consideración de oferta, y en ese mismo sentido es la declaración de voluntad por medio de la cual este manifiesta su deseo de contratar en los términos relacionados.

Para que sea eficaz la aceptación ha de coincidir con el contenido de la oferta. Puede realizarse de forma expresa o tácita, incluso a través del silencio cuando éste, valga como tal declaración, a no ser que por ley o disposición de las partes se requiera una forma especial, como ocurre para los contratos con forma *ad solemnitatem*.

También se puede decir que como es la forma en que se manifiesta el consentimiento de una de las partes debe ser simple y pura, entendiéndose que no cabe la posibilidad de aceptación condicional o efectuada con alguna reserva. El Artículo 1522 del Código Civil, en su parte conducente regula: "...la respuesta se dará lisa y llanamente". Puede manifestarse de forma expresa o tácita, a menos que según la ley requiera de una forma especial o acto solemne para que tenga validez.

Puede ser revocada la aceptación, esto siempre y cuando se haga antes de la perfección del contrato y se haga del conocimiento del oferente, y, también carecería de valor aquella aceptación que va sucedida de algún acontecimiento que haga imposible cumplir con la misma, por ejemplo, la muerte, incapacidad, o la recibida fuera del término para otorgarla.

2.10 La perfección del contrato

Requisitos: Aguilar Guerra, cita a Lalaguna Domínguez, quien considera a la perfección del contrato como “la manifestación del consentimiento que se produce por la concurrencia de las declaraciones de voluntad interdependientes y concordes o correlativas de dos o más partes en un tiempo y en un lugar determinados”⁴⁷.

De lo anterior se establecen como requisitos necesarios para la perfección del contrato:

- a. Las manifestaciones de voluntad de los contratantes, expresados de la forma y modo que permita que llegue a cada uno.
- b. La interdependencia de las declaraciones de voluntad de los contratantes.
- c. La concordancia de las declaraciones de voluntad, es decir, tanto la oferta como la aceptación deben ser congruentes en todo su contenido.
- d. Fijación del consentimiento de las partes contratantes.
- e. Que se emitan de las declaraciones de voluntad en el tiempo y lugares determinados.

Validez: Para que un contrato sea válido es necesario que este perfecto o conformado, pero no hay que confundir que un contrato formado necesariamente sea válido. El Artículo 1518 del Código Civil, regula: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez”.

⁴⁷ Aguilar Guerra, **ob. cit**; pág. 302.

Como se puede apreciar el Código Civil hace referencia al consentimiento como requisito necesario para la perfección del contrato, aunque también tiende a confundir el mismo Artículo citado, al consentimiento como requisito de validez.

Eficacia: Deviene la eficacia del momento en que queda perfecto el contrato, ya que desde allí comienza a surtir todos sus efectos. El Artículo 1519 del Código Civil establece: “desde que se perfecciona el contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes”. Si no hay perfección del contrato, no hay existencia del mismo.

Caso contrario se da en la perfección sucesiva, cuando las personas no se encuentran en el mismo lugar y no es posible recibir la aceptación en el momento que se hace la oferta. El Artículo 1523 del Código Civil, dispone al efecto que: “cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta. Si la oferta se hiciera sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento”.

Lugar de la perfección del contrato: El lugar de la perfección del contrato será el que fijen las partes contratantes y a falta de acuerdo sobre el mismo será el del lugar donde se hiciera la oferta, así lo dispone el Artículo 1523 del Código Civil: “cuando la oferta se

haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta. Si la oferta se hiciera sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento”. Y el Artículo 1524 dispone: “el contrato por teléfono se considera entre presentes, y tanto en este caso como en el del Artículo anterior, el contrato se reputa celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”. “Su determinación puede tener importancia para saber el régimen jurídico aplicable a dicho contrato según las normas de derecho internacional privado, igualmente puede tener importancia para determinar la competencia judicial. En este punto rige la libertad de los contratantes para fijar el lugar en que deba perfeccionarse el contrato”⁴⁸.

⁴⁸ Ibid. pág. 388

CAPÍTULO III

3. La responsabilidad civil derivada del incumplimiento precontractual

3.1 Responsabilidad precontractual

Definición: preliminarmente, se dice que “se entiende por responsabilidad precontractual la que puede producirse durante los tratos negociales previos, es decir, en las negociaciones que anteceden a una oferta”⁴⁹.

Se afirma también que “puede definirse a la responsabilidad precontractual como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los eventuales futuros contratantes a otro con motivo de las tratativas a la celebración del contrato”⁵⁰.

O como plantea otro autor, desde la óptica del principio de buena fe, “...todo aquel que en la fase de los tratos preparatorios de un contrato, cree razonablemente que está prácticamente concluido o que se va a concluir, y, en atención a ello, emprende trabajos, realiza gastos o adopta cualquier tipo de disposiciones de los que se deriva un perjuicio, si el contrato no llega definitivamente a celebrarse, se halla amparado por la buena fe, puesto que, de alguna manera, se ha hecho tal idea por confiar en las

49 Saavedra Galleguillos, **ob. cit**; pág. 91.

50 Picasso, Sebastián, artículo **La responsabilidad pre y post contractual en el proyecto de Código Civil de 1998**, publicado en http://www.aterini.org/tonline/to_hm (28/01/2009).

palabras o en los hechos de la persona que hubiera podido ser su contraparte y que, en algún modo, con tal comportamiento, ha creado una suerte de apariencia”⁵¹.

Tradicionalmente, se afirma que el estudio de la responsabilidad precontractual suscita, fundamentalmente, cuatro interrogantes, a saber:

a. “Determinar cuál es la naturaleza de la responsabilidad precontractual, esto es, determinar si ella debe enmarcarse en la esfera de la responsabilidad contractual, o en el ámbito de la responsabilidad extracontractual; o si constituye una materia de reglas propias, que no puede resolverse aplicándole las reglas de las dos responsabilidades civiles tradicionales, conformando un caso de responsabilidad legal; o si se trata de una manifestación de la doctrina del abuso de derecho; o, en fin, si estamos ante una hipótesis en la que, la fuente de las obligaciones que pueden nacer, corresponde a una declaración unilateral de voluntad”⁵²;

b. “Determinar cuál es el factor de atribución de responsabilidad aplicable. Los candidatos favoritos han sido la culpa y el abuso de derecho;

c. Determinar cuándo puede decirse propiamente que ha comenzado el período precontractual y puede nacer por ende la responsabilidad de esta clase; y

⁵¹ De los mozos, José Luis, **Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato**, pág. 15

⁵² Boffi Boguero, Luis María, **Responsabilidad (conceptos generales, con especial referencia al derecho civil)**, págs. 835 al 838.

d. Determinar cuál es daño indemnizable, cuando se origina durante el período previo a la formación del contrato”⁵³.

3.2 Relación con la responsabilidad civil contractual

Hart, citado por Carlos Santiago Nino, distingue cuatro sentidos de responsabilidad:

a. “Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel, etc. Se usa en este sentido, cuando la obligación no se cumple mecánicamente, sino que permite un cierto juego de alternativas para ser manejadas según la habilidad o diligencia de quien cumple la función.

b. Responsabilidad en el sentido de factor causal. Se usa para indicar que algún acto o fenómeno es causa de algún evento. Luego es condición causal de un resultado.

c. Responsabilidad como capacidad y como estado mental. Se usa para hacer referencia al hecho de que se trata de un individuo mentalmente capaz o, como dicen los penalistas, “imputable”, o sea que no se trata de un menor, un loco, de un retardado mental, etc.

d. Responsabilidad como punible o moralmente reprochable. Significa que el agente es acreedor de una pena o de un reproche moral. Cuando el Juez declara responsable por ejemplo. Cuando deba aplicarse al individuo una sanción”⁵⁴.

⁵³ Picasso, Sebastián, **ob. cit.** http://www.aterini.org/tonline/to_htm

⁵⁴ Nino, Carlos Santiago, **El concepto de responsabilidad**. pág. 15.

De éstos cuatro sentidos del término responsabilidad nos interesa en el presente trabajo sólo el cuarto sentido de dicho término.

3.3 Juridicidad de la conducta

“La conducta es antijurídica cuando supone la vulneración de un deber jurídico impuesto por el ordenamiento positivo. Es una confrontación externa entre la conducta y el derecho positivo”⁵⁵.

Corresponde calificar como ilícita la conducta de quien vulnera el deber de obrar de buena fe durante los tratos precontractuales, frustrando injustamente la celebración del contrato en etapa previa a su perfeccionamiento.

3.4 Factor de atribución en la responsabilidad precontractual

“Es necesario que la violación de los deberes de corrección y buena fe le sea atribuible al agente en función de algún factor legal. Es decir, que el sujeto sea imputable, que su obrar sea voluntario, el factor de atribución puede ser doloso o culposo”⁵⁶.

⁵⁵ Stiglitz, Gabriel A., **Responsabilidad precontractual**. Tomo II, pág. 99

⁵⁶ *Ibid*, pág. 100.

3.5 Imputabilidad

“Aptitud de la persona para cometer hechos ilícitos, es decir, está en juego el campo psíquico (psíquico significa perteneciente o relativo al alma) y somático (somático significa lo que es material o corpóreo en un ser animado. Aplícase al síntoma cuya naturaleza es eminentemente corpórea o material, para diferenciarlo del síntoma psíquico). La imputabilidad del sujeto está dada por la posibilidad de discernir. Para ser culpable hay que empezar por poder serlo”⁵⁷.

3.6 La voluntariedad

“Atañe a tener voluntad o determinación de ejecutar una cosa, además del discernimiento del agente es necesario que el hecho haya sido realizado con intención (La intención es la determinación de la voluntad en orden a un fin) y libertad (La libertad es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos)”⁵⁸.

“La intención consiste en el conocimiento aplicado a la realización de un acto concreto, y la libertad supone que el agente haya realizado el acto sin coacción externa, sin intimidación (la intimidación es la acción y efecto de intimidar. Intimidar es causar o infundir miedo)”⁵⁹.

⁵⁷ Ibid, pág. 101

⁵⁸ Real Academia Española, *ob. cit.*, pág. 527

⁵⁹ Ibid, pág. 614

3.7 La culpa en la responsabilidad precontractual

“Es la omisión de las diligencias exigibles al agente, es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio”⁶⁰.

“No existe propósito deliberado de frustrar las tratativas precontractuales, el sujeto no ha tenido el cuidado de impedirlo, por imprudencia, impericia o negligencia”⁶¹.

3.8 El dolo

Es el segundo supuesto en campo de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad. “Resulta de la deliberada intención. A sabiendas es dirigida la voluntad (deliberadamente). Ha actuado motivado hacia ese resultado, a sabiendas y con intención de dañar”⁶².

En esta dirección, el Artículo 1534 del Código Civil enuncia que: “Los que celebren un contrato están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por daño o culpa.

Aguilar Guerra, señala como características de la responsabilidad por dolo las siguientes:

a. “La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones.

⁶⁰ Stiglitz, **ob. cit**; pág. 102

⁶¹ *Ibid*, pág. 103

⁶² *Ibid*, pág. 104

b. El dolo aparece en el incumplimiento de las obligaciones como causa de agravación de la responsabilidad del deudor.

c. El deudor doloso esta obligado a un resarcimiento integral: responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Siendo esto así, puede llegarse a la conclusión de que el dolo civil en la ejecución de las obligaciones, más que un elemento de la responsabilidad, es una forma de culpabilidad, es una forma de culpabilidad cuya consecuencia es una especial agravación”⁶³.

3.9 El daño

El daño es susceptible de apreciación económica, se puede sintetizar el daño como lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción.

Como fenómeno físico, el daño significa nacimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable. El requisito es que el daño sea cierto. El daño debe ser real y efectivo.

“En las negociaciones previas puede ser incluso, la -pérdida de la chance-, y son resarcibles tanto el daño material, como el daño moral”⁶⁴.

63 Aguilar Guerra, **ob. cit.**, pág. 272

64 Stiglitz, **ob. cit.**; págs. 105 y 106

Existe cuando un sujeto inicia las tratativas sabiendo que no habrá de concluir las, y proponiéndose una finalidad diferente al perfeccionamiento del negocio, con daño a la contraparte.

- Daño material

Conforme al Artículo 1068 del Código Civil argentino: “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona a sus derechos o facultades”.

El daño material está integrado por dos elementos: el daño emergente y el lucro cesante:

a. El daño emergente: Es el perjuicio efectivamente sufrido, es un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales, sea por la ejecución del acto ilícito, o por la inejecución de la obligación a debido tiempo.

b. El lucro cesante: “Es la ganancia de que fue privado el damnificado, consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir sea la víctima del acto ilícito o el acreedor de la obligación por la falta del oportuno cumplimiento”⁶⁵.

65 Bustamante Alsina, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. págs. 169 y 170.

- Daño moral

El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria. Si no se afecta al patrimonio pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral y no patrimonial.

Para Carlos Fernández Sessarego: “el daño a la persona es aquel daño que no se puede valorizar económicamente en tanto el bien afectado es el proyecto vital de la persona, su futuro, su destino, su vida de relación, el libre desenvolvimiento de su personalidad de acuerdo a su personal vocación. Ejemplo: La situación de un orfebre o de un artesano, que trabaja en forma independiente, a quien se le causa un daño que implica la pérdida de uno o más dedos de la mano. Con ello no sólo se le ocasiona un daño emergente y un lucro cesante de carácter patrimonial, sino también un daño extrapatrimonial en cuanto a la pérdida de los dedos lo obligará a cambiar su proyecto vida, a alejarse de su actividad vocacional, a dejar de realizarlo lo que sabe y otorga sentido a su vida”⁶⁶.

⁶⁶ Fernández Sessarego, Carlos, El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho. En: *Revista Scribas*. Año II. Nº 4, pág. 10

3.10 La relación causal

La relación de causalidad ha sido tradicionalmente referida y entendida como uno de los elementos o partes esenciales de la responsabilidad civil. En principio, esta afirmación resulta del todo correcta, ya que carecería de sentido imputar una sanción jurídica a un sujeto que actuó, sin que entre su acción y el resultado dañoso medie un nexo causal. Pero es que la relación de causalidad reviste la particularidad de pasar completamente inadvertida en determinadas ocasiones, mientras que en otras, reviste una importancia fundamental. En términos simples, el nexo o relación de causalidad que se exige como elemento esencial para que se pueda afirmar la responsabilidad civil, se refiere a que el hecho dañino, es decir, que la conducta a la cual en principio dirigimos nuestro reproche debe ser la generadora y, por tanto, causa del daño, al que también en principio, consideramos injusto. La relación causal adecuada entre la conducta antijurídica del agente y el resultado dañoso (antecedente y consecuencia). Las consecuencias se distinguen en: inmediatas, mediatas y causales, se responde en los tres casos, pero nunca por las consecuencias remotas.

3.11 Ruptura injustificada de las negociaciones previas

Es equivocado reconocer responsabilidad del tratante, por el solo hecho, de sin justo motivo interrumpe las negociaciones previas. “La responsabilidad por ruptura de las negociaciones previas o tratos previos, sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el comportamiento del tratante es claramente reprobable y ha causado daño al otro,

entendiendo que lo reprochable no está en la rotura de la negociación previa, sino del modo como ésta ha sido conducida, despertando la confianza de la víctima del daño”⁶⁷.

La ruptura de las negociaciones previas es cuando uno de los tratantes retrocede sin justificación válida las negociaciones que han sido conducidas de tal manera que han inducido al otro tratante a confiar razonablemente en la celebración del contrato. La responsabilidad no surge de romper inesperadamente las negociaciones previas, sino de haber inducido a la otra parte a tener esa confianza.

3.12 Causa de la responsabilidad

Existe un deber jurídico, y el derecho no puede permanecer impasible ante la violación de tal deber.

“El concepto de responsabilidad descansa en dos fundamentos:

- a. La culpa en sentido amplio (salvo el caso de la responsabilidad por riesgo en el campo extracontractual).
- b. El daño, el primer elemento de la responsabilidad, aparece si la violación es imputable a culpa del violador”⁶⁸.

⁶⁷ De la Puente y Lavalle, Manuel, **El contrato en general**. Tomo II, pág. 61

⁶⁸ *Ibid*, pág. 63

Para que haya responsabilidad por uno de los contratantes es necesario que se den los dos elementos, la violación de negociar de buena fe, y además haber acarreado daño al otro contratante, que es el segundo elemento de la responsabilidad.

3.13 Mala fe en las negociaciones previas

La mala fe puede presentarse en las negociaciones previas de la siguiente manera:

a. Ruptura intempestiva de las negociaciones previas: cuando las conversaciones se encuentran avanzadas y una de las partes ha hecho concebir a las otras legítimas esperanzas, cuando ésta ha podido razonablemente realizar gastos o trabajos, confiada en la seriedad de la otra, la ruptura intempestiva constituye un abuso de derecho y origina una acción de daños y perjuicios.

b. Dolo para inducir a la otra parte a contratar: El Artículo 931 del Código Civil argentino establece define el dolo civil como: “la acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.

El dolo supone un engaño, es inducir deliberadamente en error a otra persona con el objeto de inducirla a celebrar un acto jurídico. Puede revestir dos formas:

- a. Afirmación de lo que es falso.
- b. Deliberada ocultación de lo verdadero.

En estos casos quien se considere perjudicado, puede según el caso iniciar una de las siguientes acciones:

- a. Pedir la nulidad del acto.
- b. Demandar la indemnización de todos los daños sufridos.

“La gran mayoría de los contratos existe una parte débil y otra fuerte. Esto ocasiona graves problemas cuando existen cláusulas que eximen de responsabilidad. En estos casos se puede declarar la nulidad de todo el contrato o sólo la nulidad de la cláusula abusiva”⁶⁹.

3.14 Supuestos de responsabilidad precontractual

Díez Picazo agrupa cuatro hipótesis diferentes de responsabilidad precontractual, que son los siguientes:

a. “Un contrato nulo cuando una de las partes era conocedora del obstáculo que se opone a su validez y lo ha ocultado a la otra parte, faltando al deber de prestar información. O bien no conociera realmente el obstáculo, hubiera debido conocerlo si hubiera desarrollado la diligencia exigible. En este caso, existe una responsabilidad precontractual que se funda en la violación de un deber dimanante de la buena fe.

b. Cuando una vez alcanzado formalmente un acuerdo verbal, una de las partes desiste antes de la suscripción de un documento, que es necesario para la existencia de un contrato, por tratarse de documentación *ad solemnitatem*. En este caso, el

⁶⁹ Borda, Guillermo, **Comportamiento contractual de mala fe**, págs. 243 - 247.

desistimiento del contrato es lícito, pero deben ser resarcidos aquellos daños que pueden haber sido originados sobre la base de la confianza suscitada por el acuerdo verbal (daños a la confianza). Por ejemplo: los gastos de preparación del documento o escritura o los gastos que el otro contratante hubiera realizado para tener a tiempo la prestación.

c. Las negociaciones han sido iniciadas de mala fe o prolongadas a partir de un determinado momento de mala fe, esto es, sin un propósito serio de concluir el contrato. En este caso, a nuestro juicio, la existencia del deber de indemnizar encuentra su fundamento en la regla general, pues el comportamiento que es la causa del daño constituye un ataque ilícito a la esfera de la libertad del otro contratante.

d. Ruptura de las negociaciones que comenzaron de buena fe. En este caso la parte que se separa de la negociación y decide no contratar, aunque sus motivos puedan ser fútiles o puedan no ser razonables, no hace otra cosa que ejercer su libertad y ni moral ni jurídicamente puede considerarse obligado”⁷⁰.

3.15 Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual

“La responsabilidad precontractual se encuentra ubicada en el iter de formación de la relación jurídica contractual, en el cual se distingue tres clases de responsabilidad, que son las siguientes:

⁷⁰ Díez Picazo, **ob. cit.**; págs. 203 y 204

a. Responsabilidad precontractual: Puede surgir en la etapa de las negociaciones o tratos previos.

b. Responsabilidad contractual: Puede surgir en la etapa de celebración del contrato.

c. Responsabilidad postcontractual: Puede surgir en la etapa de ejecución de la relación jurídica creada por el contrato (en el acápite referido a la clasificación de la responsabilidad civil desarrollado anteriormente, se incluyen éstos tres tipos de responsabilidad civil, además de otros tres conforme se desarrolla más extensamente en dicho acápite”⁷¹.

- Doctrina tradicional

“La doctrina tradicional ha reconocido la existencia de tres períodos fundamentales en la formación del consentimiento:

a. Fase de meros hechos sociales.

b. Fase de la oferta.

c. Fase de la promesa de contrato”⁷².

“Se afirma que todo el período en que las partes se acercan para plantear sus opiniones sobre el futuro contrato en estudio, carece de relevancia jurídica. Con este razonamiento, se califican las actuaciones de voluntad en dicho período como meros

⁷¹ De la Puente y Lavalle, **ob. cit.**; pág. 64

⁷² Rosende Álvarez, Hugo, **ob. cit.**, pág. 30

hechos sociales. Por lo tanto y aplicando el principio de autonomía de la voluntad, las partes concernidas en estos meros hechos sociales, en uso de la libertad, pueden retirarse en cualquier momento sin que adquieran ningún tipo de responsabilidad, toda vez que así como libremente empezaron los tratos, pueden en la misma forma retirarse y no continuarlos”⁷³.

Sólo cambia esta opinión al iniciarse la etapa obligatoria en la relación precontractual, a partir de la oferta, con todos los requisitos que estudiamos en la formación del consentimiento, a propósito de la voluntad en el acto jurídico, aunque su fuerza obligatoria sufre gran cantidad de excepciones (considerando la retractación y la caducidad que pueden operar extinguiendo la oferta).

- Doctrina moderna

Frente a la concepción rígida y negativa de la doctrina tradicional, que descartaba la responsabilidad antes del perfeccionamiento del contrato, aparece en la doctrina una reacción encabezada por el jurista alemán Iherig en su obra “de la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas”, desarrollada posteriormente por el italiano Gabriel Faggella.

⁷³ Celis Rodríguez, Rubén, **Responsabilidad extracontractual**, pág 14

- Tesis de Ihering

“Precursor de la responsabilidad precontractual. Planteó el tema de la culpa *in contrahendo*, que sería la responsabilidad en la que pueden incurrir las partes en el período de formación del consentimiento contractual, este período lo ubica él a partir de la formulación de la oferta. Para dicho autor tiene que haber existido oferta y las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato, no son susceptibles de originar responsabilidad civil”⁷⁴.

El jurista argentino Luís María Boffi Boggero resume los postulados de Ihering en siete puntos, a saber:

- 1º. “La culpa *in contrahendo* presupone, “la oferta”, las meras tratativas o tratos previos, en cambio, no orinan responsabilidad;
- 2º. Se trata de una responsabilidad contractual;
- 3º. Las diligencias exigidas para ejecutar el contrato son idénticas a las que deben exigirse en el periodo formativo de él;
- 4º. La culpa es sólo de quienes actúan en este período formativo;
- 5º. La acción para hacer efectiva esta responsabilidad, se transmite a los herederos;
- 6º. La acción prescribe de la misma forma en que prescribe la acción derivada de una responsabilidad propiamente contractual; y
- 7º. La indemnización comprende tanto el “*interés positivo*” como el “*interés negativo*”⁷⁵.

⁷⁴ Ibid, pág. 64 y 65.

⁷⁵ Boffi Boggero, **Ob. cit**; pág. 836

“Para elaborar su doctrina, Ihering se basó en diversos textos romanos, específicamente de Ulpiano, Modestino (ambos recogidos en el Digesto) y en lo expuesto en las Institutas, referidos a la venta de bienes sagrados, religiosos o públicos cuando el vendedor ha ocultado esta importante circunstancia, a pesar de que ello da lugar a la nulidad de la compraventa, concediéndose, en tales supuestos, al engañado comprador una acción para que pueda obtener una indemnización”⁷⁶ .

En lo que se refiere a la extensión del monto de la indemnización, Ihering postula su famosa tesis del “*interés negativo*” (negative vertrags interesse) y del “*interés positivo*”. La tesis de Ihering tuvo una aceptación parcial en el BGB o Código Civil alemán, del año 1900.

- Tesis de Faggella

“Rechaza la tesis de la culpa *in contrahendo* y sostiene que la responsabilidad precontractual comprende todo el período previo a la conclusión del contrato, que divide en dos etapas:

- a. Una que comprende las tratativas o tratos previos realizados antes de emitirse la oferta;
 - El de las negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas.
 - El que tiene por objeto concretar la oferta definitiva.

⁷⁶ De los Mozos, **ob. cit**; pág. 171

b. Otra que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones”⁷⁷.

La incorporación de la primera etapa a la teoría de la responsabilidad precontractual es el verdadero aporte de la tesis de Fagella. Se distingue en la primera etapa dos momentos diferentes.

- Tesis de Saleilles

Será el jurista francés Raymond Saleilles quien en el año de 1907, empleara por vez primera la expresión *responsabilidad precontractual*.

Para Saleilles, “el fundamento de la obligación de indemnizar por parte de aquel que causó un daño al retirarse arbitrariamente de las negociaciones previas al contrato, se encuentra en haberse creado por la voluntad (de quien se retiró) una seguridad parcial que nació en el otro partícipe de las negociaciones de celebrar efectivamente el contrato. La extensión de esta obligación de indemnizar que recae en el que generó esta seguridad y después se retiró de la negociación, debe buscarse en los usos y equidad comerciales”⁷⁸.

⁷⁷ Ibid, pág. 66

⁷⁸ Corral Talciani, Hernán, **Lecciones de responsabilidad civil extracontractual**, pág. 42

Luego la doctrina mundial se ha dividido, de tal forma que los autores asumen sobre la responsabilidad precontractual, que se trata de responsabilidad contractual y otros que se trata de responsabilidad extracontractual.

- Posición contractualista

Se basa en la tesis del contrato tácito de carácter social, según la cual la iniciación de las tratativas supone un acuerdo entre los tratantes. De este contrato tácito surgen los deberes de corrección, de información y de colaboración.

“La tesis del contrato tácito parte de la premisa de que el acuerdo de voluntades recae sobre la asunción por los tratantes de los deberes de probidad y lealtad, de tal manera que el quebrantamiento de estos deberes determina el incumplimiento contractual. Las tratativas establecen un vínculo entre los tratantes”⁷⁹.

- Posición extracontractualista

“Los seguidores de esta posición sostienen que para existir responsabilidad contractual, es necesario que exista un contrato, por tanto, al no existir un contrato la única responsabilidad que podría existir sería la responsabilidad extracontractual”⁸⁰.

79 Ibid, pág. 69

80 Ibid, pág. 70

- Posición de Manuel De la Puente y Lavalle

“Para Manuel de la Puente y Lavalle las dos posiciones referidas anteriormente parten del criterio que la responsabilidad que no es contractual, es extracontractual. Para dicho tratadista el sistema peruano no se inspira en este criterio. Para este tratadista no se presenta una antinomia entre responsabilidad contractual, entendida en el sentido que toda la que tiene carácter contractual, es necesariamente extracontractual”⁸¹.

3.16 Límites de la reparación de los daños

“Es importante la distinción entre el daño al interés negativo y el daño al interés positivo. El daño al interés negativo es cuando un contrato no llega a perfeccionarse. El interés negativo comprende el daño emergente y el lucro cesante. El daño al interés positivo o de cumplimiento no permite invocar responsabilidad precontractual. No son resarcibles en la responsabilidad precontractual los daños al interés positivo”⁸².

3.17 Medida del daño

“La responsabilidad precontractual debe medirse de acuerdo a las reglas de la inejecución de obligaciones contempladas en el Título IX del Libro VI del Código Civil, el cual nos sirve para el presente estudio, Código Civil argentino. Por tanto, la

⁸¹ Ibid, pág. 73

⁸² Stiglitz, **ob. cit**; págs. 112 a 114

actuación del tratante quien es imputable la frustración de las tratativas determina la extensión de la reparación aplicándose los criterios del dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve”⁸³.

Manuel De la Puente y Lavalle continúa sosteniendo que si el tratante ha actuado con dolo o culpa inexcusable la indemnización del interés negativo comprende el daño emergente y el lucro cesante.; pero si tal inexecución obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño.

3.18 Precontrato

El precontrato, también llamado contrato preliminar, ante contrato o contrato preparatorio, es una declaración de voluntad común ya cerrada y concreta, válida que se hace teniendo en miras otra convención contractual. Es una vinculación, nacida del contrato, cuya eficacia, está en el querer de las partes. Es sólo preliminar o previa, puesto que lo que intenta es una relación futura y definitiva, la cual, ordinariamente, es entre las mismas partes concertantes. También se puede decir que son contratos preparatorios los que tienen por objeto ponerse en condiciones de celebrar otros definitivos que son los que en realidad interesan a los que lo celebran. Hay tantos contratos preliminares como posibles contratos. Es decir, es la promesa de celebrar otro contrato definitivo.

⁸³ De la Puente y Lavalle, **ob. cit**; págs. 77 y 78

- El precontrato no acarrea responsabilidad precontractual

El contrato preparatorio es un contrato, por tanto, no puede acarrear responsabilidad precontractual.

El precontrato no genera responsabilidad precontractual, ya que el precontrato, en tanto contrato perfecto y, desde el consentimiento definitivo, genera responsabilidad contractual. Es un desatino calificar como responsabilidad precontractual a un supuesto de responsabilidad contractual. Es erróneo ubicar en el ámbito de la responsabilidad precontractual a la responsabilidad que deriva de un contrato preliminar (supuesto: un contrato de crédito para la posterior celebración de otro contrato, por ejemplo de compra venta de vehículo o de leasing de vehículo).

Caracteriza al precontrato o antecontrato como toda convención por la cual las partes se obligan a celebrar un contrato ulterior, una vez que venza un término, o se cumpla una condición, o se pueda satisfacer el requisito de forma probatoria impuesta por la ley o pactada por las partes (comprendiéndose, en su caso, el requisito de publicidad para la adquisición o transmisión de derechos), y teniendo por objeto este ulterior contrato el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la primera convención.

El precontrato es un contrato perfecto, y no se está en dicho supuesto ante las negociaciones previas. Además indica que el precontrato no genera una responsabilidad precontractual, sino contractual.

CAPÍTULO IV

4. La responsabilidad precontractual en el derecho comparado

Los contratos requieren para su perfeccionamiento el cruce de voluntades de quienes participan en él. Dicho momento suele estar precedido de dos pasos previos que son la oferta y la aceptación, que pueden entenderse de manera general como manifestaciones unilaterales de voluntad encaminadas a producir el efecto de formar un convenio, que puede estar dirigido a su vez a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. El artículo 1262 del Código Civil español establece: “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato”.

“En ocasiones los contratos se forman sin que las partes contratantes concurren en un mismo tiempo y lugar a su celebración, caso en el cual se pueden separar las diferentes etapas que serán analizadas; pero en otras, también frecuentes, no es posible establecer en qué momento se gestó cada uno. Es de indicar por esto que en algunos casos no se sigue el proceso de “formación sucesiva”, o no se puede identificar de manera clara la presencia de las etapas señaladas. Ello no obsta, como se indica en la doctrina en materia de compraventa internacional, para considerar que dicho proceso quede regido por las normas relativas al proceso de formación del contrato”⁸⁴.

⁸⁴ Perales Viscasillas, Pilar, *La Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, pág. 118

Por esto, ha de interpretarse de una forma amplia el Artículo 23 de la Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que dispone: “el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

En la doctrina se apela al Artículo 18, numerales 1º Y 3º de la Convención, de los cuales se puede deducir, que la aceptación no necesariamente debe ser una manifestación formal de voluntad, al disponer que toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación y que si conforme a los usos o prácticas establecidas entre las partes pudiera inferirse que el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto que permita deducirlo.

“Los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los contratos comerciales internacionales no dejan duda sobre el particular; en el Artículo 2.1.1 expresamente se declara que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo”⁸⁵.

En el comentario oficial de dicho artículo se afirma que la conducta de las partes basta para demostrar el acuerdo: “En la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si se ha

⁸⁵ Carrascosa González, Javier, **Configuración básica del contrato internacional**, pág. 115

llegado a un acuerdo y, en el supuesto de que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo. Con el fin de determinar si existen suficientes pruebas de la intención de las partes para quedar obligadas, su comportamiento deberá ser interpretado de acuerdo con los criterios establecidos en el Artículo 4.1 y siguientes”⁸⁶.

4.1 Concepto y alcance

Lo mencionado anteriormente no implica que en todos los acuerdos de voluntades coincidan los actos de oferta y aceptación. “Aún desde antes de la oferta suelen presentarse una serie de tratos previos, entendidos como los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada”⁸⁷.

“Éstos buscan permitir a las partes discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, toda vez que gozan de la característica de no ser obligatorios”⁸⁸.

Igualmente se les atribuye una función interpretativa del contrato, en caso de llegar éste a perfeccionarse.

⁸⁶ UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, **Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004**, 2ª. Edición en español editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, págs. 35 y 36

⁸⁷ Stiglitz, **ob. cit**; pág. 34.

⁸⁸ Sconagmilio, Renato, **Teoría general del contrato**, pág. 119

“En el sistema europeo continental se concibe que la importancia de los tratos preliminares radica en el grado de responsabilidad que se puede imputar al sujeto que viola tal obligación que se predica del que comete un daño por la frustración del negocio sobre el que las partes se intentaban acercar, y por servir para la interpretación del acuerdo que se perfecciona, no solo para determinar la real y efectiva voluntad de los contratantes en la etapa de ejecución del acuerdo negocial, sino también en caso de que surja entre ellos un conflicto posterior a la perfección”⁸⁹.

De esta forma lo ha reconocido la Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías cuyo Artículo 8.3 expresa que para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, además de las prácticas establecidas entre ellas, los usos y su comportamiento ulterior. En igual sentido los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, en los cuales expresamente se reconoce el valor interpretativo de las negociaciones entre las partes (Artículo 4.3), además de una función integradora del contrato, al establecer el Artículo 4.8 que la buena fe y la lealtad negocial servirán para integrar el término más apropiado a las circunstancias.

⁸⁹ Stiglitz, **ob. cit**; pág. 17.

4.2 Deber de actuar de buena fe

“En la etapa de los tratos preliminares o negociaciones previas, en la tradición europea continental se asume como un imperativo de conducta el adecuarse a los parámetros fijados por la buena fe, la cual se entiende de forma general como el deber de lealtad y corrección”⁹⁰, o lo que es lo mismo: “el deber de obrar de manera leal y correcta, no obstante la libertad contractual por la cual las partes que incursionan en negociaciones son libres de contratar o no hacerlo”⁹¹.

El Código Civil colombiano no hace referencia al principio de buena fe, en cambio el Código de Comercio colombiano sí, en el Artículo 863 establece: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”

La buena fe ha sido entendida en un aspecto objetivo y en uno subjetivo. De acuerdo con el primero, es una guía que conduce la conducta de las partes, con un contenido positivo que le impone deberes de conducta, o como se indicó, implica un deber de obrar leal y correctamente.

Manuel De La Puente y Lavallo anota: “En el sentido subjetivo la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama “buena fe creencia”, en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de

90 Bianca, C. Massimo, **Diritto Civile 3, Il Contratto**, pág. 162

91 Barros-Bourie, Enrique, **Tratado de responsabilidad extracontractual**, pág. 100

conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine “buena fe-lealtad”⁹².

Al respecto del principio de buena fe, el Código Civil guatemalteco en el Artículo 1519, establece: “desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes”, menciona la buena fe, únicamente en cuanto a la ejecución del contrato, no como principio que debe tomarse en cuenta para la formación del mismo. En cambio el Código de Comercio guatemalteco sí lo regula en el Artículo 669, así: “Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

Manuel De La Puente y Lavalle, destaca las siguientes características otorgadas por la doctrina a la buena fe objetiva:

“Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.

a. Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.

⁹² De La Puente y Lavalle, “**La fuerza de la buena fe**”, Pág. 276

b. Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.

c. Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como lo es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.

d. El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.

e. El estándar jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en que actúa el sujeto”⁹³.

De acuerdo con la posición, Luís Díez-Picazo, comentando una sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de junio de 1970, afirma: “la buena fe es un criterio objetivo,... que en materia contractual estricta no solo funciona como un canon hermenéutico, ...sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto y abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes. En el Artículo 1258 del Código Civil la buena fe está situada en el mismo plano y equiparada a la ley y a los usos normativos, como normas dispositivas o supletorias del negocio jurídico. Y nadie podrá decir que la ley y los usos

93 Ibid. 277

normativos sólo integran el contenido de los contratos cuando hay una voluntad de algún modo expresada de las partes que permite reconducirse a ellos”⁹⁴.

Ahora y en cuanto al deber de actuar de buena fe en todas las etapas del contrato está reconocido en los principios y normas de la *lex mercatoria*. Así se expresa en los principios de UNIDROIT:

El Artículo 1.7 de los principios de UNIDROIT establecen: “Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”.

Tal y como lo señala la citada formulación de los principios de UNIDROIT, la idea inspiradora que los rige está constituida por la buena fe y lealtad negocial, de tal manera que tal como lo establece el artículo 1.7: “en ausencia de una disposición específica en los principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”.

“Puede afirmarse que con esta fórmula se le está dando al principio de la buena fe y lealtad negocial una doble naturaleza: constituye una norma imperativa dentro del contexto de los Principios de UNIDROIT, y además una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes”⁹⁵

⁹⁴ Díez-Picazo, **Estudios sobre la jurisprudencia civil**, pág. 388

⁹⁵ De Maekelt, Tatiana B. Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, <http://www.cisg.law.pace.edu/cigs/biblio/pcci.html> (30/04/2009)

En los Principios de Derecho Europeo de Contratos se reconoce igualmente en el Artículo 2301 la libertad de celebrar o no un contrato en virtud de la libertad de negociación, pero señalando en el numeral segundo: “sin embargo, la parte que hubiera roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte”. “Se establece además que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra”, repitiendo la fórmula consignada ya en el Artículo 2.1.15 de los principios de UNIDROIT. Igual formulación se contiene en el Artículo 6 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos”⁹⁶.

En la Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en principio parecería que la buena fe es simplemente un criterio de interpretación de la misma, tal como lo dispone el Artículo 7. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, un destacado sector de la doctrina afirma que, a pesar de que no se haya incluido expresamente, es un principio que rige durante toda la vida del contrato solamente a la interpretación de la Convención. Se derivan de este, una serie de deberes, como podrían ser entre otros el deber de confidencialidad y el de orientar el negocio a su realización. La Convención no regula expresamente la fase de los tratos previos y menos aún el tema referente a la responsabilidad en la etapa precontractual. “Sin embargo si se analiza con cuidado el Artículo 8 numeral 3, se puede encontrar que la Convención sí le da un valor preponderante a esta fase al disponer que en particular las negociaciones y cualesquiera prácticas establecidas

⁹⁶ Ibid.

entre las partes sirven para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable y en tal caso obligarlas”⁹⁷.

“En cuanto a la naturaleza jurídica, tal vez sea del caso empezar por aclarar que el calificar a la buena fe y a los deberes de ella derivados, de los que se tratará en el acápite siguiente, puede generar equívocos. En efecto, se trata más bien es de una obligación en el sentido estricto del concepto, que pesa sobre el comportamiento de quienes se acercan en la etapa precontractual y como tal, un vínculo jurídico que los ata y cuya inobservancia traerá consecuencias negativas, traducidas en la indemnización de perjuicios a que habrá lugar. Desde ya puede sostenerse que de esta calificación sobre la naturaleza jurídica de la buena fe precontractual dependerá, a su vez, la calificación como contractual o extracontractual, de la responsabilidad generada por su incumplimiento”⁹⁸.

4.3 Deberes secundarios de conducta

Puede entenderse que de la obligación de actuar de buena fe en la etapa precontractual (tanto en los tratos preliminares como en la oferta y aceptación) se derivan para los particulares una serie de deberes que se resumen – se insiste – en los principios de lealtad y corrección de la conducta, y que consisten básicamente en manifestar claramente las circunstancias personales u objetivas que puedan rodear las respectivas etapas, y un deber de informar sobre todas las circunstancias que puedan

⁹⁷ Oviedo Alban, Jorge, **Regulación del contrato de compraventa internacional**, pág.92

⁹⁸ Ibid, pág. 94

interesar a la contraparte: las peculiaridades de la legislación; las circunstancias específicas que no puedan ser conocidas en cierta forma extensión de las obligaciones pre y poscontractuales. “De esta forma, la no observancia del deber de buena fe en la etapa precontractual puede incluso manifestarse en un momento posterior, es decir; una vez perfeccionado el consentimiento, al aparecer que se contrató pero por un error, fuerza o dolo, al que fue inducida una de las partes, lo que podrá comprometer la validez misma del contrato. Sin duda, esta conducta originada en la etapa precontractual tendrá hondas repercusiones, conllevando una posible nulidad del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios, a la que se hará referencia”⁹⁹.

Cuadrado Pérez, en su obra, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, ofrece en ese sentido un acertado análisis sobre el contenido del deber de buena fe *in contrahendo*, añadiendo además que: “el *standard* de conducta que ha de observarse durante la fase de los tratos preliminares varía, en función de la naturaleza del contrato que se pretende concluir y de la calificación profesional de quienes participan en aquellos. Con el término buena fe, se alude, en abstracto, al comportamiento del operador serio y leal, que será diverso según el tipo de contratación que contemplemos y según la época en que nos hallemos”¹⁰⁰.

99 Bianca, **ob. cit.**; pág. 159 -161.

100 Cuadrado Pérez, **ob. cit.** pág. 46

“En general, suelen reconocerse los siguientes deberes genéricos que se derivan de la obligación de buena fe en la etapa precontractual”¹⁰¹:

- Deber de información

“Según el cual las partes deben manifestarse mutuamente las circunstancias que se asuman importantes para la celebración del contrato. Igual debe considerarse que si el contrato resulta como un acuerdo de voluntades entre los contratantes, se requiere - aún en contratos en los que existen pocas posibilidades para una parte de negociar su contenido – que las partes conozcan cuales serán las condiciones tanto de tipo objetivo como subjetivo, que rodearán la celebración del mismo”¹⁰².

En los principios de UNIDROIT, el no revelar la información necesaria para la celebración del contrato es una de las circunstancias que, junto con las maniobras fraudulentas, constituye dolo y por ende puede comprometer la validez del contrato.

En efecto, el Artículo 3.8 dispone: “una parte puede anular el contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad comercial”.

101 Díez-Picazo, Luís, **ob. cit**; pág. 611

102 Cuadrado - Pérez, **ob. cit**; pág. 48

En el anteproyecto de Código Europeo de Contratos se regula expresamente el deber de información en los siguientes términos:

“Artículo 7º. Deber de información. 1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo.”

- Deber de secreto

“El deber de secreto o confidencialidad consiste en guardar reserva sobre toda la información bien sea personal o con relevancia patrimonial que con ocasión de los tratos previos se haya conocido del otro”¹⁰³.

En la oferta o aún en las negociaciones previas, una parte puede manifestar detalles técnicos, de producción, de mercadeo, industriales, etcétera, para explorar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo. Surge entonces el deber de la confidencialidad que reside en la obligación de no utilizar esta información fuera del ámbito en el que fue confiada.

El no proceder así contraría la buena fe y lealtad negocial, al igual que utilizarla para el propio provecho o en perjuicio de quien la proporcionó, sea que el contrato llegue o no a su conclusión.

¹⁰³ Ibid.

También cabe destacar que este deber ha sido desarrollado en los principios de UNIDROIT 2004, donde se ha reconocido el deber de confidencialidad en los siguientes términos:

“Artículo 2.1.16 (deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

En términos similares, se reconoce el deber de confidencialidad en el Artículo 2302 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Aunque refiriéndose al deber de confidencialidad en el contexto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos por ser el contenido del Artículo 2302 igual al del Artículo 2.1.16 de los Principios de UNIDROIT, “resulta pertinente el comentario hecho por Díez Picazo, Roca Trias y Morales, en el sentido de señalar que no se trata de un deber de confidencialidad general, sino el que resultare así de forma expresa o bien de forma tácita atendidas las circunstancias del caso concreto”¹⁰⁴.

Igualmente en el proyecto de Código Europeo de Contratos se consagra este deber, así:

¹⁰⁴ Ibid, pág. 50

“Artículo 8º. Deber de reserva:

1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones”.

- Deber de protección y conservación

“El deber de protección puede entenderse como el asumir la custodia o conservación de los bienes objeto de la negociación e incluso de las personas vinculadas en la misma, protegiéndolos de los daños patrimoniales o personales que se ocasionen como consecuencia de las negociaciones”¹⁰⁵.

En la Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, si bien no está explícitamente consagrado este deber para la etapa precontractual, por vía interpretativa y de aplicación analógica puede sostenerse. En efecto en primer lugar, debe considerarse el Artículo 77 de la Convención que consagra el deber de mitigación de los daños, que aunque consagrado para los eventos de incumplimiento del contrato puede sostenerse que se trata de uno de los principios en los que se basa la Convención, y por ende, “con base en el Artículo 7º, que remite a aquellos, sostener que la obligación de mitigar los posibles daños derivados del incumplimiento de la obligación de buena fe y concretamente del deber de conservación, se aplica a la etapa precontractual”¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Oviedo Albán, Jorge, **Tratos preliminares y responsabilidad precontractual**, pág. 101

- Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa

Este deber obliga a las partes a que aún pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación.

Este deber está reconocido en los principios de UNIDROIT, en el Artículo 2.1.15 donde señala que negociar o interrumpir las negociaciones de mala fe obliga a indemnizar los perjuicios resultantes.

Tal vez como contenido en éste, puede entenderse el deber de orientar el negocio a su realización, esto es, negociar con intención real de celebrar el contrato, aunque en la práctica no se llegue a ello.

Los principios de UNIDROIT regulan el tema de las negociaciones con mala fe de la siguiente manera:

“Artículo 2.1.15 (negociaciones con mala fe)

Las partes tienen la plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

En especial, se considerará mala fe el entrar o en continuar negociaciones cuando al mismo tiempo no tiene la intención de llegar a un acuerdo.”

4.4 Daños indemnizables

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

“El interés negativo consiste en la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en al conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo. Por su parte, el interés positivo consiste en el interés en la celebración y ejecución del contrato que conlleva el daño emergente y el lucro cesante”¹⁰⁷.

Se ha entendido que dentro de los daños indemnizables solo cabe el interés negativo y por ende no habría lugar a perseguir una indemnización por las ganancias dejadas de reportar con el contrato que se frustró, al afirmar que el interés protegido “...no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si se hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), sino los daños que siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se

¹⁰⁷ Ibid. pág. 175

derivan de la confianza creada a la contraparte y contrariada de mala fe por el demandado”¹⁰⁸.

Existe una discusión en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también el lucro cesante. De acuerdo con Aparicio, “es unánime la aceptación del daño emergente, que cubre los gastos ocasionados con ocasión de las negociaciones frustradas”¹⁰⁹.

No obstante, se discute sobre si debería incluir también el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir con el contrato cuya perfección se frustra. “El mismo autor sostiene que no se encuentran razones para su exclusión, dado que nada impide la indemnización de las ganancias que se habrían obtenido con la ejecución del contrato frustrado”¹¹⁰.

“De todas formas, lo que se propone considerar es que cabría la indemnización del interés positivo, sólo en los eventos de irrupción de ofertas que no obstante ser irrevocables, son incumplidas por el oferente”¹¹¹.

En los Principios de UNIDROIT se reconoce expresamente la responsabilidad en la etapa precontractual, al señalar el numeral 2º del Artículo 2.1.15: “sin embargo, la parte que ha negociado, o interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”. No obstante, los principios no aluden a

108 Ibid.

109 Aparicio, Juan Manuel, **Contratos I, parte general**, pág. 361

110 Ibid, pág. 391

111 Brebbia, Roberto H, **Responsabilidad precontractual**, pág. 222

las reglas aplicables a esta indemnización, salvo un caso que se destacará, por lo que deberá acudir a las normas nacionales aplicables según el Derecho Internacional Privado, para resolver este tema.

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

Establece dicha norma:

Artículo 7.4.2 (reparación integral)

(1) “La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”.

En materia de indemnización del interés negativo, por violación del deber de confidencialidad, tanto en los Principios de UNIDROIT (Artículo 2.1.16) como en los Principios de Derecho Europeo de Contratos se establece además de aquella indemnización, la misma podrá incluir “una compensación basada en el beneficio

recibido por la otra parte. Se trataría de una regla de restitución de beneficios que parece asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados”.

Adicionalmente, en el comentario oficial a los Principios de Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que indemnización de perjuicios por las que responde la persona que actuó de manera contraria a la buena fe incluyen sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar(...). “En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato. No resulta de aplicación el Artículo 9:502 que trata sobre el daño emergente y el lucro cesante derivado de la inejecución de las obligaciones del contrato”¹¹².

Los supuestos necesarios para que nazca el derecho a reclamar la reparación por responsabilidad precontractual: Saavedra habla de un ilícito precontractual, que origina para el afectado derecho a pedir resarcimiento de los perjuicios. Para ello, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a. “Debe tratarse de negociaciones tendientes a buscar un acuerdo contractual que aún no se perfecciona o que habiéndose perfeccionado, el contrato resultante es declarado nulo.

¹¹² Oviedo Albán, **ob. cit**; pág. 112.

b. Durante tales negociaciones debe ocurrir una conducta antijurídica por parte de uno de los partícipes, a raíz de la cual se frustra, injustamente, el objetivo de alcanzar una relación contractual estable y además lícita.

c. Dicha conducta antijurídica, debe ser reprochable, y para ello dos supuestos son necesarios: que se imputable a uno de los partícipes de los tratos negociales previos y dañina para la contraparte.

d. Esta conducta antijurídica, reprochable, puede emanar de un incumplimiento extraconvencional reprochable (que será lo usual), o convencional, si los partícipes previamente reglamentaron los tratos previos (que la doctrina moderna francesa denomina “*contrato de negociación*”).

e. La configuración de la culpa se produce por la trasgresión del principio jurídico de la buena fe con el que los partícipes deben actuar durante el curso de los tratos negociales previos.

f. Debe existir una relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica, reprochable, dañina e imputable desarrollada por uno de los partícipes durante los tratos negociales previos y los perjuicios ciertos, efectivos, sufridos por el otro de los partícipes.

g. Los sujetos activos y pasivos de la acción de responsabilidad que pueda surgir durante los tratos negociales previos son los partícipes directos en tales negociaciones. Los daños que puedan sufrir terceros a causa de esos tratos, se rigen por las reglas de la responsabilidad extracontractual”¹¹³.

Celis, por su parte, señala los siguientes requisitos:

a. “Que las conversaciones o tratos previos, se hayan efectuado voluntariamente, sin existir una obligación que así lo exigiere.

b. Que los gastos en que incurriere una de las partes, se hayan ocasionado a consecuencia de la conducta desplegada por al otra parte que después se retira de la negociación (por ejemplo, si una empresa llama a arquitectos para hacer los estudios de una construcción, sin advertir previamente que los estudios que se realicen no generarán un compromiso para la empresa).

c. Que el tribunal considere si los gastos en que se incurre, forman o no parte de los riesgos del negocio y si estos han sido provocados por la contraparte o han sido espontáneos.

d. Que una de las partes se retire unilateralmente de las negociaciones”¹¹⁴.

113 Oviedo Albán, **ob. cit**; págs. 100 y 101

114 Celis Rodríguez, **Responsabilidad extracontractual**, pág. 6

4.5 Algunas normas relativas a la responsabilidad precontractual en el derecho comparado

El Código Civil italiano (de 1942), contempla dos disposiciones atinentes a la materia, los Artículos 1337 y 1338, que disponen:

Artículo 1337: “Tratos preparatorios y responsabilidad precontractual. Las partes en el desarrollo de los tratos preparatorios y en la formación del contrato deben comportarse según la buena fe”.

Artículo 1338: “Conocimiento de la causa de invalidez. La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte es tenida de resarcir el daño que esta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”

El Código Civil portugués (de 1966) establece en su Artículo 227: “Culpa en la formación de los contratos: Quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en los preliminares como en su formación, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente causa a la otra parte”

“Aunque no es derecho vigente, también cabe destacar el “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos” preparado por la Academia de Pavía, que dedica algunos preceptos a la materia:

Artículo 6

“1º Cada una de las partes es libre de emprender tratos en vista de la conclusión de un contrato sin que pueda imputársele la menor responsabilidad en el caso de que el contrato no sea estipulado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2º Obra en contra de la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.

3º Si en el curso de los tratos las partes han ya examinado los elementos esenciales del contrato, previendo su eventual conclusión, aquella de las partes que suscite respecto de la buena fe desde que se interrumpe los tratos sin motivo justificado.

4º En los casos previstos en los apartados precedentes, la parte que ha obrado en contra de la buena fe queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra parte como máximo en la media de los gastos efectuados por esta última en el curso de los tratos en vista de la estipulación del contrato, así como de la pérdida de las ocasiones similares por las conversaciones pendientes”¹¹⁵.

Artículo 7:

“1º En el curso de los tratos cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada circunstancia de hecho y de derecho de la cual tenga, o deba tener conocimiento y que permitan a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés por concluirle.

2º En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o si es tachado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe es tenida responsable frente a la otra en la medida prevista en el párrafo 4 del artículo 6. Si el contrato ha sido concluido queda obligada a restituir la suma o a

¹¹⁵ De los mozos, José Luis, **ob. cit.**; págs. 177 y 178.

entregar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de atacar el contrato por error”.

El Código Civil alemán, por su parte, recoge parcialmente la doctrina de Ihering, en los siguientes párrafos:

-En el 122, que dispone la reparación de daños y perjuicios en los casos de declaraciones de voluntad nulas por falta de seriedad y error, en que se dispone indemnizar el daño sufrido por haber confiado en la validez del contrato;

-En el 179, que alude al caso del contrato celebrado por el *falsus procurator*, carente de poder de representación, cuando la otra parte desconocía la falta de poder; y

-En los párrafos 307 y 309, referidos al contrato nulo por imposibilidad originaria de la prestación al ser contraria a una prohibición legal o contraria a las buenas costumbres.

4.6 Problema de la no regulación de la responsabilidad precontractual

La falta de regulación de la responsabilidad precontractual ocasiona que en el caso de que una persona haya sido víctima por parte de otra de mala fe en una negociación con ocasión de un futuro contrato, no haya forma de demandarlo, en virtud de no haber un fundamento legal en nuestro ordenamiento jurídico, lo que ocasiona una completa desprotección.

En tal sentido se debe considerar los tratos negociales previos como parte del contrato y por lo tanto estar sujetas las partes al principio de buena fe, pero mientras no exista regulado nada al respecto estamos ante un vacío legal, del que pueden aprovecharse quienes tienen conocimiento del mismo.

CONCLUSIONES

1. En el derecho civil guatemalteco no existen normas que regulen lo referente a las actuaciones de las partes, previas a la celebración del contrato, como son los tratos o negociaciones preliminares y tampoco está regulada la obligación de actuar de buena fe para las partes antes de celebrar el contrato.
2. En virtud de no haber una norma que regule la responsabilidad precontractual, ni las formas como ésta se produce, no es posible demandar y reclamar por el daño cierto, real y efectivo (patrimonial y/o extrapatrimonial) que se ocasiona durante la etapa de las negociaciones previas.
3. Los jueces encargados de impartir justicia y hacer cumplir la ley, tienen limitación para entrar a conocer demandas para demandar daños y perjuicios por responsabilidad civil precontractual debido a la no regulación de la misma dentro de la legislación guatemalteca vigente.
4. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala no imparten cátedra sobre responsabilidad civil precontractual, dentro del curso de derecho de obligaciones, porque actualmente no se encuentra legislado ese tema, y por lo tanto no es objeto de estudio.

5. La responsabilidad precontractual no está difundida a nivel judicial en el medio, debido a que hasta el momento no hay nada regulado al respecto, además de no ser objeto de estudio dentro de los cursos para la formación de la carrera de abogado y notario, a pesar de estar regulado en otros países desde hace mucho tiempo.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe crear una norma que regule lo referente a los tratos o negociaciones preliminares y el principio de buena fe, así como todo lo respectivo a la responsabilidad civil precontractual, a través de un decreto que sirva de base legal para los futuros casos que se presenten; a fin de evitarles a las partes problemas e indemnizaciones innecesarias provenientes de la negociación precontractual.
2. La norma creada por el Congreso de la República de Guatemala, debe agregar o insertar en el Código Civil guatemalteco, en la cual se establezca expresamente qué se entiende por la responsabilidad precontractual, así como los supuestos en los que procede, plazo para demandar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y a partir de qué momento se considera que hay responsabilidad precontractual por los futuros contratantes.
3. El Decreto creado por el Congreso de la República que regule todo lo referente a la responsabilidad precontractual, debe ser aprobado y entrar en vigencia en el menor tiempo posible, para que los jueces del ramo civil, en sus resoluciones puedan fundamentarse en dicha norma y sentar precedente sobre las consecuencias de incurrir en este tipo de responsabilidad, para que las personas tomen conciencia de sus actos durante los tratos preliminares, previo a celebrar un futuro contrato y actuar siempre de buena fe.

4. Que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, incluya dentro de su pensum de estudios de derecho de obligaciones; en el tema de la responsabilidad civil a la responsabilidad precontractual, para la formación académica de los estudiantes, en virtud de ser los futuros profesionales que van a estar encargados de asesorar a las personas demandantes o demandados o quizás ser jueces que resuelvan las controversias que se susciten.

5. El Organismo Judicial debe capacitar a los jueces del ramo civil sobre el tema de la responsabilidad precontractual, haciendo del conocimiento de los mismos la legislación internacional relacionada con el tema, las distintas doctrinas y teorías al respecto, para aplicar la norma que tendrá que ser creada por el Congreso de la República; todo esto mediante cursos de especialización del área civil y especialmente sobre responsabilidad civil para que puedan resolver de forma justa y ecuánime las solicitudes que se les realicen.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **Derecho de obligaciones**, 2ª, ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa, 2005.

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**, 4ª., ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa , 2004.

ALARCÓN FLORES, Luís, **Vicios de la voluntad**, monografías. com

APARICIO, Juan Manuel. **Contratos I, parte general**, Buenos Aires, Argentina: Ed. José Luís Depalma , 1997.

BARROS-BOURIE, Enrique. **Tratado de responsabilidad extracontractual**, Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006.

BOFFI BOGUERO, Luís María. **Responsabilidad (conceptos generales, con especial referencia al derecho civil)**, artículo en enciclopedia jurídica Omeba, 5t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Driskill, 1979.

BONECASSE, Julien. **Elementos de derecho civil**, Derecho de obligaciones, de los contratos y del crédito, traducción al castellano por José M. Cajica Jr., s. e., Puebla, México: 1945.

BREBBIA, Roberto H. **Responsabilidad precontractual**, Buenos Aires, Argentina: Ed. La Rocca, 1987.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**, 9ª., ed.; Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1997.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**, 25ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, R.S.L., 1997

CELIS RODRÍGUEZ, Rubén. **Responsabilidad extracontractual**, Santiago, Chile: Ed. Librotecnia, 2004.

- CIFUENTES, Santos. **De la responsabilidad precontractual y los contratos preliminares**. En: revista diálogo con la jurisprudencia N° 08. Lima, Perú. Enero – Febrero de 1998. Págs. 305 a 321.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. **Lecciones de responsabilidad civil extracontractual**, Santiago, Chile: Ed. Jurídica, 2004.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos. **Oferta, aceptación y conclusión del contrato**, Bolonia, España: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **El contrato en general**, 1t., Lima, Perú: Ed. de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
- DE LOS MOZOS, José Luís. **Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato**, Madrid, España: Ed. Dykinson, S.L. 2001.
- DE MAEKELT, Tatiana B. **Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales**, <http://www.cisg.law.pace.edu/cigs/biblio/pcci.html>
- DÍEZ PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Tecnos, 1983
- DÍEZ-PICAZO, Luís. **Estudios sobre la jurisprudencia civil**, 1t., Madrid, España: Ed. Tecnos, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, Luís y Antonio Gullón. **Sistema de derecho civil**, vol. II, Madrid, España: Ed. Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, Luís y Antonio Gullón. http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_civil
- DÍEZ-PICAZO, Roca-Trias, Morales A. M. **Los principios del derecho europeo de contratos**, Madrid, España: Ed. Civitas, 2002.
- FLORES POLO, Pedro. **Diccionario de términos jurídicos**, 1ª., ed.; Lima Perú: Ed. Marsol Perú Editores, 1980.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **El derecho en el fin del siglo XX**, un nuevo modo de hacer derecho. En: Revista Scribas. Año II. N° 4, Lima, Perú, 2000.

FERRARA, Francisco. **La simulación en los negocios jurídicos**, Revista de derecho privado, Madrid, s.e., 1953.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **La compensación por daño moral**, en estudios de derecho civil, 2ª., ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1994.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, **Derecho civil**, 10ª., ed.; México: Ed. Porrúa, 1990.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. **Los contratos. Parte general**, 1t., 2ª., Ed.; Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1998.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, **Responsabilidad civil extracontractual**, 10ª. Ed.; Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1998.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**, 2t., Milán, Italia: Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, 1954.

MESSINEO, Francesco. **Contratto preliminare**, 10ª., ed., Milan, Italia: Ed. Giuffré, 1962.

NINO, Carlos Santiago. **El concepto de responsabilidad**, En: La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg, 1ª., ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot. 1995.

OVIEDO ALBAN, Jorge. **Regulación del contrato de compraventa internacional**, Bogotá, Colombia: Ed. Ibáñez, 2008.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. **Tratos preliminares y responsabilidad precontractual**, Bogotá, Colombia: Ed. Ibáñez, 2006.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981.

PEÑA GUZMÁN, Luís Alberto y Luís Rodolfo Arguello. **Derecho romano**, 2t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Publicaciones Buenos Aires, 1969.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. **La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías**, Valencia, España: Ed. Tirant lo blanch, 1996.

PERAZA SANTOS, Valeria. **Responsabilidad civil proveniente del daño ambiental**, www.paot.org.mx/centro/paot/cd-taller/doc/civil.pdf

PICASSO, Sebastián, artículo **La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998**, publicado en http://www.aterini.org/tonline/to_h.htm.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, 21^{a.}, ed.; Madrid, España: Ed. Espasa Calpe S.A., 1992.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Derecho de obligaciones, de los contratos en particular**, Guatemala: s.e., 2006.

RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionada y casos de derecho civil III (obligaciones I)**, 3^{a.}, ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2001.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. **Algunas consideraciones sobre responsabilidad precontractual**, Santiago, Chile: Ediciones Universitarias Valparaíso, 2004.

SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. **La responsabilidad durante los tratos negociales previos**, Santiago, Chile: Ed. Metropolitana, 2004.

SCONAGMILIO, Renato. **Teoría general del contrato**, traducido por Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: s.e., 1991.

SOTO, Lauro. **Derechos obligaciones contratos**, www.mitecnologico.com/.../.

STIGLITZ, Gabriel A. **Responsabilidad precontractual**. En: Contratos teoría general. Director: Rubén Stiglitz, 2t., 1ª., ed.; Argentina: Ed. Depalma, 1993.

TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. **Fuentes de las obligaciones contratos civiles, teoría y práctica**, Lima, Perú: Ed. Arin S.A., 1980.

TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. **Manual de contratos, teoría y práctica**, Lima Perú: Ed. Del Centro S.A. 1987.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María R. **Teoría general de la obligación**, Valencia, España: Ed. tirant lo blanch, 1995.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

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

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 1980.

Código Civil alemán. BGB, 1900.

Código Civil argentino, Ley 340, 1871.

Código Civil colombiano. Ley 57, 1887.

Código Civil español. Real Decreto del 24 de julio de 1889.

Código Civil griego. 1940.

Código Civil italiano. 1942.

Código Civil portugués. Decreto-Ley 47344/66, 1966.

Código Civil ruso. 1922.