

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Culpa in contrahendo
Aplicación de un estándar internacional para el alcance de
su reparación

Carla Cepeda Altamirano

Luis Parraguez Ruiz, Dr., Director de Trabajo de Titulación

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de abogado

Quito, 13 de enero de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"Culpa *in contrahendo* aplicación de un estándar internacional para el alcance de su reparación"

Carla María Cepeda

Dr. Luis Parraguez:
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon:
Miembro del Tribunal de Evaluación del Trabajo
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Ab Dunker Morales:
Miembro del Tribunal de Evaluación del Trabajo



The image shows three handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The top signature is for Carla María Cepeda, the middle one for Dr. Farith Simon, and the bottom one for Ab Dunker Morales.

Quito, 13 de enero de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO ESCRITO (TESINA)

TESINA: "*Culpa in contrahendo*. Aplicación de un estándar para el alcance de su reparación."

ALUMNA: Carla Cepeda Altamirano

EVALUACIÓN

a) Importancia del problema presentado

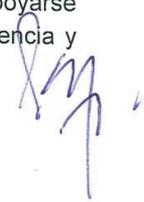
El tema abordado por la estudiante tiene gran importancia teórica y práctica. En el primer sentido exige el análisis de la buena fe como estándar que gobierna todo el sistema contractual, incluso el período de tratativas con las que frecuentemente se inicia el proceso de formación del contrato y que, a primera vista, estaría excluido por la reductora redacción del artículo 1562 del Código civil. Su importancia práctica se ha puesto en evidencia con la reciente sentencia de la Corte Nacional pronunciada en el caso INDUSTRIA FARMAÉUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA) vs MERCK SHARP DOHME CORPORATION que se comenta en la presente tesina.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por la investigadora

El trabajo discurre en torno a la hipótesis de indemnizabilidad y alcance del daño provocado por la retractación de las tratativas preliminares, materia en la cual la autora se decanta por la aplicación del interés negativo, que a su juicio "garantiza la protección del bien jurídico protegido en la etapa preliminar, restablece la defraudación de confianza entre negociantes y mantiene total armonía con el principio de reparación integral" (Conclusión 7).

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

La estudiante ha hecho una buena investigación, teniendo especialmente en consideración la escasez de materiales nacionales, por lo que ha debido apoyarse fundamentalmente en doctrina y jurisprudencia extranjeras, que ha utilizado con suficiencia y adecuación a las exigencias de su línea de investigación.



d) Contenido argumentativo de la investigación
(justificación de la hipótesis planteada),

La estudiante ha desplegado una línea argumentativa correcta, desarrollando de buena manera los elementos de la culpa *in contrahendo* que justifican la indemnización de perjuicios y desembocan coherentemente en el objetivo de su trabajo, que es el alcance de la reparación, justificando de este modo la investigación realizada..

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo
del desarrollo de la investigación

La estudiante ha cumplido con responsabilidad las tareas y direcciones señaladas por el suscrito en las distintas reuniones de trabajo.

Por lo expuesto considero que la tesina de la señorita Cepeda Altamirano puede ser presentada para su defensa.



Luis Parraguez R.
DIRECTOR

Quito, 30 de noviembre de 2015

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: -----

Nombre: Carla María Cepeda Altamirano

Código de estudiante: 201510_00105308

C. I.: 1718559758

Lugar, Fecha: Quito, 13 de enero de 2016

A mi madre y padre

*Agradezco a mi madre, por su ejemplo, amor y
dedicación.*

*Agradezco a mi padre, por su amor e infinito
apoyo.*

*Agradezco a mi hermano, por su seguridad y
confianza en mí.*

*Agradezco a Luis Parraguez, por las
oportunidades que me ha brindado a lo largo de
mis estudios y por su colaboración en este
trabajo.*

Resumen

El presente trabajo analiza las discusiones principales que giran en torno al desarrollo de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. En especial intenta brindar una solución sobre el alcance de la reparación de daños y perjuicios por una actuación contraria a la buena fe en la etapa precontractual. Para alcanzar este objetivo, se realiza un análisis sobre el contenido de esta etapa, su importancia y protección. Además, se estudia su naturaleza jurídica y los requisitos necesarios para la configuración de responsabilidad civil. Finalmente, este trabajo concluye que la reparación de daños y perjuicios por culpa *in contrahendo* requiere una delimitación clara sobre el alcance para brindar certeza y verdadera protección a los negociantes.

Abstract

This paper analyses the main discussions revolving around the development of liability for *culpa in contrahendo*. In particular, it attempts to provide a solution regarding the scope of redress for damages for action contrary to good faith in the precontractual stage. In order to achieve this purpose, it analyses the content of the preliminary stage, its importance and protection. Additionally, it studies the legal nature of the precontractual relationship and the necessary requirements for establishing civil liability for breach of the duty of good faith. Lastly, this work concludes that the redress of damages for *culpa in contrahendo* requires a delimitation to provide certainty and true protection for the negotiating parties, through the application of an internationally accepted standard.

Índice

I. CAPÍTULO UNO: LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y EL DEBER DE BUENA FE	
1. Introducción.....	12
2. Los tratos preliminares.....	12
3. La Oferta.....	14
3.1. Contenido de la oferta.....	14
3.2. Exteriorización de la oferta.....	16
3.1. Revocación de la oferta	17
3.2. Importancia de la oferta en la etapa precontractual	18
4. Los Contratos Preparatorios.....	18
5. El Deber de Buena fe.....	19
5.1. El Deber de Buena fe precontractual	22
5.2. Deberes derivados de la Buena fe precontractual.....	24
II. CAPÍTULO DOS: NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA <i>IN CONTRAHENDO</i>. REQUISITOS NECESARIOS PARA SU REPARACIÓN	
1. Introducción.....	30
2. Diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual.....	31
2.1. Graduación de la culpa.	31
2.2. Carga de la prueba.	32
2.3. Prescripción	33
2.4. Límite del daño que puede reclamarse	33
3. Naturaleza de la responsabilidad por culpa <i>in contrahendo</i>	34
3.1. Tesis Contractual	34
3.2. Tesis Extracontractual	36
3.3. Teoría de la responsabilidad <i>tertius genus</i>	38
4. Requisitos para la configuración de la responsabilidad civil	39
4.1. Hecho ilícito.....	40
4.2. Daño.....	41
4.3. Intencionalidad	42
4.4. El Nexo Causal	43
III. CAPÍTULO TRES: ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD <i>PRECONTRACTUAL</i>	
1. Introducción.....	44

2. Alcance de la indemnización	45
2.1. El Interés Positivo.....	46
2.2. El Interés Negativo	48
2.3. Tesis extensiva de la reparación	56
3. Contenido de la Reparación precontractual.....	63
3.1. El Daño Emergente.....	63
3.2. El Lucro Cesante.....	64
4. Análisis del caso Nifa c. Merck	65
4.1. Hechos del caso	66
4.2. Reparación condenada	66
4.3. Conclusión	67
IV. CONCLUSIONES	70
V. BIBLIOGRAFÍA	72

I. CAPÍTULO UNO: LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y EL DEBER DE BUENA FE

1. Introducción

La doctrina distingue tres fases esenciales del *iter contractus*, estas son: la preparación, la celebración y la ejecución del negocio jurídico¹. Para el desarrollo de este trabajo, es fundamental delimitar el espacio temporal en el que se presenta la discusión, que como su nombre lo anuncia, corresponde a la época anterior al perfeccionamiento del contrato².

Generalmente, la celebración de un negocio jurídico de gran envergadura no se logra de forma inmediata. Por el contrario, requiere de una serie de aproximaciones, encuentros e intercambios de opiniones entre los posible contratantes³. Es natural que en este momento surjan una serie de conflictos y desacuerdos, pues la etapa precontractual es fundamental para definir los términos y condiciones del contrato que las partes buscan celebrar⁴. A continuación, me referiré a las tratativas negociales, su importancia, alcance y diferencia con otros negocios jurídicos afines. Finalmente, expondré el principio de buena fe, como el fundamento principal que protege a esta etapa, su alcance y los deberes que derivan de él.

2. Los tratos preliminares

Con frecuencia, los negocios jurídicos son susceptibles de negociaciones preliminares, debido a su complejidad y a sus elevados riesgos⁵. Por ello, Alonso Pérez, sostiene que el valor de la etapa preparatoria es “instrumental y programático.(...). Los actos preliminares contienen todo un programa en el que se integran intereses económicos, relaciones de buena fe, valores patrimoniales, etc.”⁶. Además, las tratativas brindan libertad a los interesados para presentar sus intereses, manifestar sus preocupaciones y subsanar todos los inconvenientes que la contratación presenta sin sentirse vinculados a ellas⁷.

¹Luis Díez Picazo. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo V. La Responsabilidad extracontractual. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011. pp. 267-269. Jorge, Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas. *Responsabilidad Precontractual*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 10.

²Ricardo de Ángel Yagüez. *Lealtad en el período precontractual*. Anuario de Derecho Civil. Tomo LXIII, Fascículo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 2010., p. 576.

³Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad Precontractual*. Bogota: Ibañez, 2010, p. 77.

⁴*Ibíd.* *Víd.* Mariano, Alonso Pérez. *La responsabilidad Precontractual*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N. 485, 1971.p. 859.

⁵Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.* P. 77.

⁶Mariano Alonso Pérez. *La responsabilidad...Óp. cit.*, p. 862.

⁷J Oviedo Albán. *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual*. La Formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación. Bogotá: Temis, 2008 , p.87.

En este sentido, la Corte Suprema de Chile determinó que los tratos preliminares “constituyen un conjunto de negociaciones encaminadas a explorar los respectivos intereses de las partes. Comienzan desde el momento en que (...) manifiestan su voluntad de negociar y se extienden generalmente hasta el momento en que una de ellas formula una oferta de contrato”⁸. De igual forma, la Corte Suprema de Colombia se refirió a los tratos preliminares como: “el conjunto -o plexo- de actividades realizadas por quienes persiguen la celebración de un contrato en aras de concretar los posibles términos del mismo”⁹.

Las definiciones expuestas demuestran que los tratos preliminares tienen una importancia significativa, pues estos permiten que, de una contratación aparentemente compleja, derive un acuerdo favorable. Además, las tratativas también adquieren importancia con posterioridad a la celebración del contrato, pues resultan ideales para alcanzar la real voluntad de los contratantes y darle un significado a los términos que se han expresado de forma ambigua o imprecisa en el negocio jurídico¹⁰.

Es importante señalar que de las tratativas no surgen obligaciones contractuales, así como tampoco, una obligación para celebrar un futuro contrato. Sin embargo, es innegable que existe una relación, al menos, social que exige protección. En este sentido, Estevill manifiesta que las negociaciones no constituyen negocio jurídico alguno y por ello no generan efectos de esa naturaleza. No obstante, los negociantes asumen deberes de comportamiento que deben observarse¹¹. De igual forma, Valés Duque menciona que en el período precontractual los negociantes entran en contacto y se relacionan. Por ello, adquieren un deber de conducta impuesto por la buena fe que asegura una relación precontractual de confianza¹².

Por su parte, Alonso Pérez manifiesta que la relación precontractual es a todas luces jurídica y consiste en “el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etcétera que forman la etapa *in contrahendo*. Este proceso no es puramente fáctico, sino, que forma lo que en la técnica germánica se denomina “contacto social”, instaurado entre las partes a los efectos de preparar el contenido del posible negocio”¹³. En consecuencia, las expectativas y decisiones que los tratantes toman, dentro de un proceso de negociación serio y leal, requieren de observancia y protección. Esto debido a que la frustración de la relación de confianza entre los tratantes, pueden generar daños y perjuicios.

⁸ Corte Suprema de Chile. Sala Primera de lo Civil. Causa No. 1872/2010, 29 de Diciembre de 2011.

⁹ Corte Suprema de Colombia. Sala civil. Causa No. 1998- 10363-01, 19 de Diciembre de 2006.

¹⁰ Carlos Ignacio Jaramillo J. *La conducta observada por los contratantes y su incidencia en la interpretación del contrato*. Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez. Tomo I. Lima: IDEMSA, 2011, p. 481.

¹¹ Luis Pascual Estevill. *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995, p. 1024.

¹² Pablo Valés Duque. *La Responsabilidad Precontractual*. Madrid: Reus, 2012, p. 49.

¹³ Mariano Alonso Pérez. *La responsabilidad...Óp. cit.*, p. 862. En este sentido, *vid.* Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 86.

3. La Oferta

La oferta es una manifestación unilateral de la voluntad que se encuentra en la etapa preliminar del *iter* negocial. Sin embargo, tiene elementos y características especiales que la alejan de los tratos preliminares. Al respecto, Borda señala que la oferta no es un simple acercamiento entre sujetos, esta es una de las declaraciones necesarias para la formación del consentimiento¹⁴. De igual forma, Alonso Pérez menciona que: “las conversaciones precontractuales suponen un esquema hipotético o programa transformable en contrato si desembocan en el concurso de propuesta y aceptación”¹⁵. Por consiguiente, cuando se presenta una oferta, se forma un acto que va más allá de un simple acercamiento o tratativa, dado que la sola aceptación del destinatario será suficiente para formar el consentimiento¹⁶.

3.1. Contenido de la oferta

El Código de Comercio regula el período de formación del contrato. Así, el artículo 141 de este cuerpo normativo prescribe: “(p)ara que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre”¹⁷. Esta disposición regula la oferta y la aceptación. Sin embargo, no determina las características mínimas que una declaración debe contener para entenderse como oferta. Frente a ello, es necesario recurrir a otras fuentes que han estudiado el período de formación del contrato a profundidad.

La Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías dispone que: “(l)a propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”¹⁸. De igual forma, los principios UNIDROIT establecen que “(u)na propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”¹⁹. De estas referencias es posible puntualizar algunos elementos comunes para que la oferta despliegue

¹⁴ Guillermo Borda. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998, p. 41. En este sentido, *vid.* Artículo 2.1.1 de los Principios UNIDROIT establecen: “El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

¹⁵ Mariano Alonso Pérez. *La responsabilidad Precontractual*. *Óp. cit.*, p.861.

¹⁶ La aceptación de una oferta provoca el perfeccionamiento del contrato cuando este es consensual. No obstante, en caso de los contratos reales y solemnes esto es insuficiente, puesto que el perfeccionamiento requiere además la entrega de la cosa o cumplir con la solemnidad prescrita.

¹⁷ Código de Comercio del Ecuador. Registro Oficial Suplemento. No.1202, 20 de agosto 1960.

¹⁸ Artículo 14. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980... *Óp. cit.*

¹⁹ Artículo 2.1.2 Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2010. Estos Principios establecen reglas generales... *Óp. cit.*

sus efectos: i) la intención seria de obligarse y ii) la precisión de la declaración.

Respecto al primer requisito, Huber y Mullis, profesores analistas de la convención de Viena, manifiestan que la intención de obligarse se reflejará en el lenguaje utilizado por el oferente. Así, frases como: “ofrecemos entrega inmediata” u “ofrecemos para la venta” son generalmente consideradas como indicios de la intención seria de obligarse. Por otra parte, existen manifestaciones como: “sin obligaciones” o “invitamos a ofertar” que no cumplen con este propósito, sino, que constituyen meras invitaciones al destinatario para realizar propuestas²⁰. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, creador de los principios UNIDROIT, ha expresado que la intención seria de obligarse raramente se encuentra expresa, generalmente deberá inferirse o interpretarse de las circunstancias del caso concreto²¹. Para ello, es necesario analizar el contenido y direccionamiento de la propuesta. Por ejemplo, entre más detallada y definida se encuentre la declaración será considerada con mayor facilidad como una oferta²².

En relación al segundo requisito, la precisión de la declaración, este se refiere al contenido mínimo necesario que requiere la propuesta para desplegar sus efectos. Una declaración, para considerarse oferta, debe contener un componente objetivo, que corresponde a la determinación del contrato que busca celebrarse. Así, deben expresarse los elementos necesarios para que la sola aceptación perfeccione el contrato²³. Por ejemplo, en el caso de una compraventa de mercaderías será necesario definir el o los bienes en venta, su cantidad y precio o la forma de su determinación²⁴. Además, la oferta debe cumplir con un elemento

²⁰Peter Huber y Alastair Mullis, *The CISG*. München: Sellier, european law publishers, 2007. p.71. “Thus, the use, in a commercial context, of phrases such as “we order for immediate delivery” and “we offer for sale” should normally be regarded as indicating an intention to be bound in the event of acceptance by the offeree. Where, on the other hand, the offer is made “without obligation” there will normally be no intention to be bound.

²¹ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). *Principios UNIDROIT*. Rome, 2010, p. 38. Además, el Instituto propone los siguientes ejemplos para clarificar la idea:

Caso (i): Después de largas negociaciones los gerentes de dos compañías “A” y “B” establecen las condiciones en las que “B” adquirirá el 51% de las acciones en la compañía de “C” de la que “A” es dueña en su totalidad. El memorando de entendimiento firmado entre las partes estipula que el acuerdo no es vinculante hasta que se obtenga la aprobación de la junta directiva de A. En este caso, existe una intención de obligarse. Sin embargo, no existirá un contrato antes de que se cumpla la condición.

Caso (ii): “A”, una agencia de Gobierno, anuncia la licitación para la creación de una nueva red de telefonía. Este anuncio es solo una invitación a presentar ofertas. Sin embargo, si el anuncio indica en detalles las especificaciones técnicas del proyecto y afirma que se adjudicará a la oferta más baja, puede equivaler a una oferta con la consecuencia de que el contrato se celebrará una vez que la oferta más baja se identifique (Traducción libre).

²² *Ibid.*

²³ Guillermo Borda. *Manual de Contratos...Óp. cit.* p. 41

²⁴ Este es el caso de una compraventa de mercaderías. No obstante, el elemento objetivo podrá variar dependiendo del contrato que se busca celebrar. La precisión de la oferta se verificará si se detallan los elementos necesarios para que la sola aceptación forme el contrato (en el caso de contratos consensuales).

subjetivo que consiste en identificar a el o los sujetos a los que esta se dirige²⁵. De lo contrario, no será claro quiénes son los aceptantes que se encuentran facultados para perfeccionar el contrato.

3.2. Exteriorización de la oferta

Para que la propuesta de celebrar un contrato se entienda realizada, es necesario que salga del fuero interno del proponente y se exteriorice hacia su destinatario. Existen algunos sistemas que establecen el momento en que el oferente se encuentra vinculado a su manifestación.

El primero, de la expedición o remisión, establece que la oferta se exterioriza al momento en que el proponente la envía sin importar si esta llegó o no al destinatario. El segundo, el sistema de recepción considera que es necesario que la oferta llegue a su destino o que exista la posibilidad de ser recibida por la persona a la que se dirige. Finalmente, el sistema de la información implica que la oferta sea recibida y además que su destinatario tenga conocimiento sobre su contenido²⁶. A nivel internacional. Por ejemplo, tanto en la Convención de Viena, como en los principios UNIDROIT prevalece el sistema de la recepción²⁷.

El Código de Comercio ecuatoriano prescribe diferentes escenarios para la exteriorización de la oferta. Si es verbal no existe problema, dado que el momento de envío, recepción e información suceden de manera casi simultánea. Es por esto, que se exige su aceptación inmediata²⁸. En caso que la propuesta se realice por escrito, el artículo 142 de este cuerpo normativo prescribe que: “debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza y, si en distintas, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta”²⁹. El ordenamiento jurídico ecuatoriano también adopta el sistema de recepción, puesto que se toma en cuenta este momento para facultar al destinatario a aceptarla o rechazarla.

²⁵ Schlechtriem y Schwenger. *Commentary On The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)*. Tercera edición. Oxford: Oxford, University press, 2010. p.259.

²⁶ J Oviedo Albán. *La Formación del Contrato...Óp. cit.*, p. 57

²⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre...*Óp. cit.*, Artículo 15. 1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario. Principios Unidroit...*Óp. cit.*, Artículo 2.1.3 (1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.

²⁸ Código de Comercio del Ecuador... *Óp. cit.*

²⁹ *Ibíd.*

3.1. Revocación de la oferta

Una vez que la oferta se ha exteriorizado, existe una discusión sobre si el proponente tiene la facultad para retirarla o no. La teoría francesa establece que la oferta no es vinculante por lo que puede retirarse mientras no exista aceptación. Por otra parte, la teoría alemana sostiene que la oferta es vinculante a menos que exista una estipulación en contrario. Finalmente, una teoría conciliadora expresa la posibilidad de revocar la propuesta, salvo en casos en los que exista un plazo de vigencia, en los que esta se torna vinculante³⁰.

Tanto la Convención de Viena, como los Principios UNIDROIT han adoptado la última teoría. Estos cuerpos normativos coinciden en que la oferta puede retirarse si esto sucede antes que el destinatario envíe la aceptación³¹. Esta regla cambia en caso que el proponente estipulare un plazo fijo de vigencia o en caso que el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y actuó en este sentido³².

En el sistema jurídico ecuatoriano la oferta, en principio, no es vinculante. Por ello, el artículo 143 del Código de Comercio dispone que: “(e)l proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, (...)”³³. De igual forma, el Artículo 145 prescribe que “(d)ada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente (...)” Estas disposiciones evidencian el carácter revocable de la oferta en el régimen ecuatoriano, apegándose a la teoría francesa.

No obstante, el ordenamiento jurídico prevé dos circunstancias excepcionales en las que este acto es irrevocable. Por un lado, el Artículo 143 del Código de Comercio prescribe: “el proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato (...)”. Es decir, cuando la oferta tiene un plazo de vigencia, esta se encuentra en firme y por lo tanto es irrevocable.

³⁰ J Oviedo Albán, Jorge. *La Formación del Contrato...* *Óp. cit.*, pp. 69-71.

³¹ Convención de las Naciones Unidas sobre... *Óp. cit.*, Artículo 15 Convención de Viena, 1980; Principios Unidroit... *Óp. cit.* Artículo 2.1.4.

1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

³² Convención de las Naciones Unidas sobre... *Óp. cit.*, Artículo 15 Convención de Viena, 1980; Principios Unidroit... *Óp. cit.*, Artículo 2.1.4

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o

b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

³³ Código de Comercio del Ecuador... *Óp. cit.*

Por otro lado, el artículo 148 del mismo cuerpo normativo dispone: (l)as ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace”. Este es el segundo caso en que la oferta es vinculante, sin que medie la aceptación del destinatario. Es importante resaltar que en este último caso, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se aleja de la tendencia internacional, la cual no considera a las propuestas públicas como verdaderas ofertas, sino como simples invitaciones³⁴.

3.2. Importancia de la oferta en la etapa precontractual

Sin lugar a dudas, la oferta es parte esencial de la etapa previa a la celebración del contrato. No tiene una función conciliadora y preparatoria, como las tratativas, sino que constituye un acto jurídico que produce efectos por sí mismo y que además permite el perfeccionamiento del contrato. En efecto, sin oferta, el acuerdo no podría celebrarse, dado que esta contiene elementos indispensables para formar el consentimiento.

Las hipótesis de culpa *in contrahendo* no se agotan en los tratos preliminares. De hecho, nuestro ordenamiento jurídico prevé una consecuencia jurídica a la revocación de la oferta, aun cuando esta se realizó de forma tempestiva. De acuerdo, al artículo 144 del Código de Comercio “(l)a retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue dirigida la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto”. Es posible concluir que si existe una reparación por la revocación tempestiva de la oferta, es a penas lógico, considerar que habrá derecho a una indemnización si esta se realizó fuera del tiempo y la forma debida.

4. Los Contratos Preparatorios

La etapa precontractual culmina cuando las partes han decidido terminar sus negociaciones, cuando la oferta se ha extinguido o idealmente cuando el contrato anhelado ha sido perfeccionado. Esta es la etapa relevante para el estudio que se presenta. Sin embargo, es importante mencionar a ciertos negocios jurídicos, que no se encuentran en la etapa preparatoria, pero que tienen como principal fin la celebración de un contrato definitivo y por ello pueden ser objeto de confusión.

³⁴ Artículo 14 (2) principios UNIDROIT. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

A pesar de estar de acuerdo en la celebración de un contrato, en ciertas ocasiones, esto resulta inconveniente para las partes por dificultades ajenas a su voluntad³⁵. Por ello, es posible que los sujetos decidan celebrar contratos previos, que si bien no alcanza su verdadero interés, brindan seguridad sobre la celebración del contrato anhelado³⁶. Lacruz Berdejo, Luna Serrano y otros definen al contrato preparatorio o precontrato como: “el acuerdo entre dos partes por el que una sola, o las dos recíprocamente, prometen celebrar un futuro contrato cuyos extremos principales han dejado previstos total o parcialmente”³⁷.

Estos acuerdos, a pesar de ser preparatorios, no forman parte de la etapa preliminar por algunos motivos. En primer lugar, estos son verdaderos contratos, de los que derivan obligaciones de esa naturaleza. En segundo lugar, el fin del contrato preparatorio es completamente distinto a los actos que derivan de la etapa precontractual. El propósito de este contrato es superar circunstancias o inconvenientes que en ese momento impiden la celebración de un contrato definitivo. Estos impedimentos escapan la voluntad de las partes para contratar. Es decir, en este momento ya existe un acuerdo, pero no es el tiempo indicado para su celebración. En contraste, en la etapa precontractual, los tratantes recién buscan formar una voluntad común. En ese momento no existe un consenso respecto a los términos necesarios para su perfeccionamiento.

5. El Deber de Buena fe

Una vez delimitada la etapa precontractual y las posibles declaraciones que se evidencian en ella, me referiré al principio jurídico que la protege. El deber de buena fe es uno de los principios más importantes del derecho y es el fundamento y sustento para la protección jurídica de la etapa precontractual. De acuerdo a Ghersi, la buena fe es una noción jurídica que “se halla expandida por todo el ordenamiento (...) como un principio inconcreto que lo complementa, haciendo a las normas más flexibles y corrigiéndolas de un resultado que, de no aplicarse el principio, sería contrario a la equidad (empleado este término en sentido vulgar)”³⁸. Por su parte, Ordoqui Castilla menciona que el principio general y superior de la buena fe advierte que el ordenamiento jurídico responda a valores que se deben respetar,

³⁵ Luis Parraguez Ruiz. *Régimen general del negocio jurídico y del contrato*. Primer Borrador, inédito, manual usado para el Curso de Negocio Jurídico dictado en la USFQ. Quito, 2013

³⁶ Ricardo Lorenzetti. *Tratado de los Contratos*. Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010. p.309.

³⁷ José Lacruz, Agustín Luna y otros. *Derecho de las Obligaciones*. Volumen II. Teoría General del Contrato. Segunda Edición. Barcelona: Bosch, 1987. p. 269.

³⁸ Carlos Ghersi. *Contratos civiles y comerciales*. Parte General y especial. Tomo I. 2da edición. Buenos Aires: Astrea, 1992. pp. 51-52.

como actuar con veracidad, razonabilidad y honradez. Además, adiciona que: “no alcanza con no dañar a la contraparte sino que debemos colaborar para que sus intereses sean protegidos”³⁹.

El Tribunal Andino de Justicia expresó que el deber de buena fe “constituye uno de los pilares fundamentales del orden jurídico que como tal, debe regir no sólo las relaciones contractuales sino también cualquier actuación en la vida de relación de los sujetos de derecho. Se trata de un postulado que, en cuanto principio, es exigible a toda persona y no contempla excepciones en su aplicación”⁴⁰. De igual forma, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador señaló: “(...) la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido [al deber de buena fe] como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe”⁴¹.

Conforme a estas manifestaciones, es evidente que el principio de buena fe es uno de los más importantes del derecho. Este ha de observarse en distintos ámbitos de las relaciones jurídicas y va más allá de la esfera contractual. El deber de buena fe debe distinguirse entre dos ámbitos fundamentales, pues “bajo su denominación se agrupan dos situaciones distintas, perfectamente diferenciables. Ellas tal vez se reflejan en el lenguaje corriente, pues entendemos que son dos conceptos diversos el estar de buena fe que el actuar de buena fe”⁴². Consecuentemente, este principio se divide entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

La primera ha sido considerada como un estado de ignorancia o error respecto de cierto acto o evento que se desconoce como antijurídico⁴³. Este deber se basa en un estado de consciencia o de la mente. Se lo considera como subjetivo, debido a que para su aplicación el intérprete analizará la intención del sujeto, su estado psicológico y fuero interno⁴⁴. Por otra

³⁹ Gustavo Ordoqui Castilla. *Buena Fe en los Contratos*. Bogotá: Temis, 2011. pp. 21-23. https://books.google.es/books?id=VHAYQxWg8csC&printsec=frontcover&dq=buena+fe&hl=es&sa=X&ved=0CCEQ6AEwAGoVChMIqJuo87eSxwIVyKYeCh2_dwub#v=onepage&q=buena%20fe&f=false. (acceso: 08/07/2015).

⁴⁰ Tribunal Andino de Justicia, proceso 65-IP-2004, Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literales d), h) y l), 83 literales a) y d), 95, 113 literal c) y 128 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Registro Oficial No. 62, 18 julio de 2005. En el mismo sentido, *vid.* Proceso 96-IP-2002, Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Registro Oficial No. 55, 4 de abril de 2003.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial No. 162, 5 de abril de 2003; Corte Suprema de Justicia Ecuador. Expediente de Casación 20. Registro Oficial No. 58 de 9 de abril de 2003.

⁴² Carlos Duci Claro. *Derecho Civil*. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 29.

⁴³ Martijn, Hesselink. *The Concept of Good Faith in European Private Law*.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1762630 (acceso: 15/07/2015)

⁴⁴ Martha Neme Villarreal. *Buena Fe Subjetiva y Objetiva Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. Profesora de derecho civil y romano de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. pp.48-49.

<http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/MarthaNeme.pdf>

parte, la buena fe objetiva consiste en verificar una correcta actuación por parte del sujeto de derecho. Esta conducta es exigible con base en un estándar socialmente aceptado. Es así que se la entiende como: “la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia”⁴⁵.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano mantiene este dualismo en el estudio de la buena fe. No obstante, en materia de obligaciones debe prevalecer su perspectiva objetiva. Por ejemplo, el artículo 1562 del Código Civil prescribe que: “(l)os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

En este caso, el estudio de la buena fe es objetivo porque requiere un análisis de la conducta de las partes sobre la forma en la que ejecutaron sus obligaciones. Estos no solo se encuentran obligados a lo que convinieron, también se encuentran vinculados a lo que la naturaleza del contrato exige, a la costumbre e incluso a las prácticas generales que se han delimitado para cada acto. Es decir, en este supuesto no se analiza la intención o el fuero interno de los contratantes, sino, la razonabilidad de su comportamiento. Al momento de evaluar la actuación en la etapa previa a la celebración del contrato, deberá considerarse que cada tratante vela por sus propios intereses, pero que existe un deber superior que exige un comportamiento leal y honesto que se exterioriza a una conducta que la sociedad considera como correcta.

Finalmente, es fundamental resaltar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe una presunción, *iuris tantum*, del cumplimiento del deber de buena fe. Así, el artículo 722 del Código Civil ordena “(l)a buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse”. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en un caso sobre la nulidad de un contrato, estableció:

los peticionarios parecen desconocer que, por regla general, la buena fe se presume, "excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria", y en todos los demás casos, dice el artículo 722 del Código Civil, es la mala fe la que deberá probarse. Si se trata de una presunción legal, entonces no se requiere de prueba, sino para demostrar lo contrario precisamente⁴⁶.

(acceso: 15/07/2015)

⁴⁵ *Id.* p. 51.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial Suplemento No. 423, 11 de septiembre de 2008.

Si bien el artículo 722 se refiere a la presunción de buena fe en materia posesoria, el pronunciamiento de la Corte demuestra que la actuación de buena fe es la regla general en todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que escapa de dicha materia. Esta presunción puede excepcionalmente modificarse, por una disposición legal o porque ha logrado probarse lo contrario.

En definitiva, es evidente que el principio de buena fe es esencial dentro del ordenamiento jurídico, debido a que flexibiliza la aplicación de las normas y permite su vigencia en el tiempo. Además, el cumplimiento de este deber garantiza una noción de justicia y equilibrio en la interacción de los individuos en la sociedad. Por ello, ha de observarse en todo tipo de relación jurídica, incluyendo todo el *iter* contractual: preparación, celebración, ejecución y extinción del negocio jurídico.

5.1. El Deber de Buena fe precontractual

Como se mencionó, el cumplimiento del deber de buena fe es el sustento primordial de toda relación jurídica. La buena fe *in contrahendo* es aquel principio que exige reciprocidad entre negociantes y asegura la existencia de igualdad entre ellos. De acuerdo a Monsalve Caballero, en el deber de buena fe y la reciprocidad que este exige:

se manifiesta la solidaridad que liga a uno y a otro de los participantes en una relación de contacto social, a comportarse con fidelidad en el cumplimiento de la expectativa ajena aun independientemente de la palabra que haya sido dada, o del acuerdo que haya sido concluido, asumiendo un significado de regla de comportamiento fundamental en todo proceso de formación contractual⁴⁷.

Valés Duque expresa que, el deber de buena fe, como principio general del derecho, exige a todos los miembros de una comunidad jurídica un comportamiento leal en toda fase previa a la constitución de sus relaciones (*diligencia in contrahendo*)⁴⁸. La importancia de este principio en la fase preliminar es sustancial, dado que al no existir obligaciones, de naturaleza contractual, las exigencias y deberes derivados de la buena fe, garantizan el comportamiento leal y razonable por parte de los intervinientes en un proceso de negociación.

Tal es la importancia de este principio en la etapa precontractual que distintos ordenamientos jurídicos han optado por regularlo expresamente. Ejemplos de ello son: El artículo 1337 del Código Civil de Italia; el artículo 227 del Código Civil portugués; el artículo 465 del Código Civil de Bolivia; el artículo 1362 del Código Civil peruano, entre otros.

⁴⁷Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p 120.

⁴⁸ Pablo, Valés Duque. *Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo...Óp. cit.*, p. 95.

Por ejemplo, el artículo 465 del Código Civil boliviano prescribe: “En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe, debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato⁴⁹.” Este artículo nos demuestra que la obligación que surge en la etapa precontractual no es la de celebrar un contrato, sino, la de mantener y cumplir el deber de buena fe que toda negociación requiere y su incumplimiento genera una indemnización por daños y perjuicios. Por otra parte, el artículo 1362 del Código Civil peruano prescribe: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes⁵⁰.” Esta es una evidencia clara que este principio ha de verificarse durante todo el *iter* negocial.

En el caso ecuatoriano, el artículo 1562 del Código Civil prescribe: “los contratos deben ejecutarse de buena fe (...)”. Esta disposición, aparentemente, presentaría un problema para el estudio planteado, puesto que la ejecución del contrato es posterior a la etapa preliminar. Sin embargo, una interpretación literal de este artículo resulta limitada y no responde a los verdaderos fines de este deber. En efecto, la Corte Nacional de Justicia ha realizado una interpretación amplia sobre la aplicación del principio de buena fe y estableció que:

(e)n los tratos preliminares lo que debe prevalecer es la buena fe, si existe mala fe, si se viola el deber de buena fe, con los consiguientes deberes de conducta que de ella se derivan, (...) , está obligado a indemnizar. (...)Se debe recalcar que las partes no están obligadas por estos tratos preliminares a celebrar un contrato pero sí a actuar de buena fe, la responsabilidad nace cuando se ha actuado de mala fe y se ha perjudicado a la otra parte por la no celebración del contrato, cuando la no celebración de un contrato resulta arbitraria, sin causa o fundamento justo⁵¹.

Adicionalmente, el cumplimiento de este deber, va más allá de la regulación del código civil. También responde a principios constitucionales por lo que su aplicación e interpretación de ninguna manera puede ser restringida o limitada. El numeral 9 del artículo 83 de la Constitución del Ecuador prescribe como deberes y responsabilidades de los ecuatorianos: “(p)racticar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios”⁵². Esta disposición expresa los elementos esenciales en los que se configura el principio de buena fe que son la justicia y la solidaridad o reciprocidad en las relaciones. De esta manera, la Constitución exige un comportamiento leal, honesto y equilibrado en el ejercicio de todos los derechos de las personas, incluyéndose el derecho a negociar de forma libre y espontánea.

⁴⁹ Código Civil de Bolivia. Decreto Ley No 12760 de 06 agosto de 1975.

⁵⁰ Código Civil de Perú. Decreto Legislativo No 295. 24 de julio de 1984.

⁵¹ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Merantil. 10 de noviembre de 2014 (Prophar (Nifa) c. Merck)

⁵² Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

En razón de lo expuesto, es posible concluir que el deber de buena fe es un principio fundamental que se exige desde la preparación hasta la extinción del negocio jurídico. A pesar que el código civil ecuatoriano parece limitarlo a la fase de ejecución del contrato, esta interpretación resulta errada. Este principio es de tal importancia para el ordenamiento jurídico y las relaciones sociales que sus elementos esenciales han sido recogidos a nivel constitucional y jurisprudencial. En consecuencia, su incumplimiento sin lugar a dudas será sancionado.

5.2. Deberes derivados de la Buena fe precontractual

La buena fe precontractual requiere de un análisis objetivo de la conducta de los sujetos, de acuerdo a un estándar socialmente aceptado⁵³. Al respecto, María Medina Alcoz expresa:

Para determinar si el precontrayente (...) ha violado o no la buena fe en sentido objetivo procede efectuar un juicio de comportamiento entre su *conducta precedente*, mantenida durante las negociaciones, y su *conducta sucesiva*, constitutiva de la ruptura. Si se observa que no ha cumplido el *estándar de coherencia* exigible, porque despertó una confianza en el otro precontrayente que ha sido posteriormente defraudada, habrá que concluir que el deber de buena fe ha sido infringido⁵⁴.

Dicho estándar puede variar dependiendo de la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, el nivel profesional de quienes intervienen y las circunstancias bajo las cuales se negocia⁵⁵. Sin embargo, el cumplimiento de la buena fe se ha delimitado por ciertos deberes que se exigen generalmente en la etapa precontractual⁵⁶. Estos son: el deber de información, el deber de confidencialidad, el deber de protección y conservación y el deber de no prolongar o abandonar injustificadamente las negociaciones⁵⁷.

5.2.1. Deber de información

La teoría moderna de la responsabilidad precontractual surgió precisamente bajo esta hipótesis, el incumplimiento al deber de buena fe a través de la desinformación en la etapa previa a la celebración del contrato. Rudolf Von Ihering, emprendedor de esta teoría,

⁵³ Corte Suprema de Santiago de Chile. Primera Sala. Casusa No. 14243/2013 de 2 se septiembre de 2014. (Muebles López and López Ltda. c. Banco ITAU Chile)

⁵⁴ María Medina. *Responsabilidad Precontractual*. Lima: Editorial Forum, 2006. p. 28

⁵⁵ Carlos Cuadrado Pérez. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 46.

⁵⁶ Ricardo De Ánigel Yágüez. Lealtad en el período precontractual. Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI. Tomo IV. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2010. p. 164.

⁵⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Merantil. 10 de noviembre de 2014 (Prophar (Nifa) c. Merck). Oviedo Albán, J. *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual*. La Formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación. Bogotá: Temis, 2008. pp. 94-102. Borda, Alejandro. La Buena fe en la etapa precontractual. Universitas. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, 2014. p. 21

determinó que existiría un derecho a indemnización de daños y perjuicios en los casos en que evidenciara la inexactitud en las declaraciones emitidas por las partes con sus verdaderos intereses (*unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*)⁵⁸.

Respecto a este deber, Aparicio sostiene que:

el deber de información impone a los partícipes en las tratativas previas exponer con claridad el alcance de sus pretensiones y evitar reticencias indebidas. Este deber depende de la naturaleza y circunstancias del contrato que se tiene en mira, del grado de vinculación y confianza entre los interesados y del equilibrio o desigualdad de la posición negocial de las partes⁵⁹.

Por consiguiente, el deber de información consiste en que las partes manifiesten recíprocamente todas las circunstancias necesarias o relevantes para la celebración del contrato.⁶⁰ Toda la información debe ser veraz y completa, pues se encuentra destinada a proporcionar precisión, igualdad y seguridad a las partes⁶¹. Solarte Rodríguez distingue dos tipos de conducta derivados del deber de información: por un lado, exige una manifestación positiva que consiste en entregar información necesaria y veraz para generar confianza y certeza acerca de la contratación. Por otro lado, requiere una expresión negativa que consiste en no engañar ni inducir en error al otro contratante⁶².

El incumplimiento de este deber puede verificarse en distintas circunstancias: (i) por ocultarse la realidad (reticencia o dolo pasivo); (ii) por falsificar la realidad y (iii) por no informar acerca de la ineficacia contractual, incluso ignorándola culposamente⁶³. Finalmente, si bien el deber de información exige un comportamiento recíproco, también exige un

⁵⁸ Rudolf Von Ihering. *Culpa in contrahendo oder Schafensersatz bei nichtigen oder nicht su Perfection gelangten Verträgen*. Digitale Bibliothek des Max- Planck- Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, 1861. pp.47-56.

⁵⁹ J, M Aparicio. *Contratos*. Parte General. Buenos Aires: Hamurabi, 1997. p. 367. Citado en: Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p.158

⁶⁰ Pablo Valés Duque. *Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo...Óp. cit.*, p. 125.

⁶¹ Adriana Largo Taborda. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación contemporánea*. Universidad de Antioquia, 2012. p. 57 <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/61b016ce-9cf4-42b1-99d0-cac056a9b891/Autonom%C3%ADa+y+buena+fe+en+contrataci3n+privada.pdf?MOD=AJPERES> (acceso: 18/08/2015)

⁶² Arturo Solarte Rodríguez, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Universitat, No. 108. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre 2014. pp. 307-308.

⁶³ Gabriel Stiglitz y Rubén Stiglitz. *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1992. p. 22. Gustavo Ordoqui castilla. *Buena Fe en los Contrato...Óp. cit.*, p. 42. ‘

https://books.google.es/books?id=VHAYQxWg8csC&printsec=frontcover&dq=buena+fe&hl=es&sa=X&ved=0CCEQ6AEwAGoVChMIqJuo87eSxwIVyKYeCh2_dwub#v=onepage&q=buena%20fe&f=false (acceso: 18/08/2015).

comportamiento individual de investigación. En consecuencia, no existe obligación de informar a la otra parte aquello que esta conocía o debía conocer⁶⁴.

5.2.2. Deber de confidencialidad

Por regla general, los negociantes no tienen una obligación de confidencialidad sobre aquello que se discute en la etapa preliminar. Esto se debe a que no toda la información que se presenta es relevante o requiere de protección⁶⁵. Sin embargo, en el curso de las negociaciones e incluso al momento de presentarse ofertas es probable que los interesados intercambien detalles técnicos, de mercadeo, industriales, etc. Por este motivo, surge el deber precontractual de confidencialidad, el cual consiste en no utilizar o aprovecharse de la información recibida fuera del ámbito en el que fue confiada⁶⁶.

La información que se intercambia dentro de una negociación tiene como propósitos generar confianza y persuadir a la celebración del contrato. Por ello, la utilización de información sensible para otros fines distintos a estos, genera una obligación de indemnizar a la parte perjudicada por la divulgación inapropiada de dicha información⁶⁷. Ahora bien, para determinar el cumplimiento o incumplimiento de este deber, será necesario observar a la especialidad y naturaleza de la información que se intercambia.

⁶⁴ Un ejemplo de esto es el numeral 3 del Artículo 1798 del Código Civil, referente a los vicios redhibitorios. Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes: (3) No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.

⁶⁵ Bush et. Al. *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*. Kluwer Law International, 2002, p. 132.

<https://books.google.com.co/books?id=fV1Ae0-t488C&pg=PA132&lpg=PA132&dq=confidentiality+duty+contract&source=bl&ots=o415aGyI2v&sig=lakFJ86NfyaPoVA1S4baAjC5hbU&hl=es&sa=X&ved=0CGsQ6AEwCWoVChMIqsCk2r-zxwIVg9ceCh27Dwse#v=onepage&q=confidentiality%20duty%20contract&f=false> (acceso: 20/8/2015).

⁶⁶ J Oviedo Albán. *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.*, p. 98. *Víd.* Artículo 2.1.16 de los Principios UNIDROIT: 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.

⁶⁷ Esta información se encuentra protegida en materia de propiedad intelectual. Así, el Artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual prescribe:

El Estado reconoce, regula y garantiza la propiedad intelectual adquirida de conformidad con la ley, las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y los convenios internacionales vigentes en el Ecuador.

La propiedad intelectual comprende:

1. Los derechos de autor y derechos conexos; □ 2. La propiedad industrial, que abarca, entre otros elementos, los siguientes:

d) **La información no divulgada y los secretos comerciales e industriales.** Ley de Propiedad Intelectual. R.O.S. 426 de 28 de diciembre de 2006.

5.2.3. Deber de protección y conservación

El deber de protección y conservación es aquel que exige a los negociantes la custodia de los bienes objeto de la negociación e incluso de las personas vinculadas a esta⁶⁸. Esto implica que los negociantes serán responsables por los daños patrimoniales o personales que se susciten en el curso de la etapa preliminar⁶⁹.

Este supuesto ha sido estudiado internacionalmente a la luz del famoso caso del Linóleo (*Die Linoleumfall*). Una señora se encontraba en un establecimiento comercial de alfombras. La señora prestó particular interés en comprar una alfombra de linóleo por lo que el vendedor, atendiendo sus requerimientos, sacó el rollo solicitado. Al hacerlo, el rollo cayó sobre la clienta y su hijo, generándoles lesiones. El *Reichgericht* alemán decidió que en este caso existía responsabilidad precontractual y condenó al pago de una indemnización al dueño de la tienda por haber existido una relación preparatoria, de la que derivaba el deber de protección⁷⁰.

El caso ha sido ampliamente estudiado e incluso criticado. El razonamiento de la autoridad alemana fue que existía una relación preliminar, debido a la petición de la señora para que se exhiba el rollo de linóleo. Por ello, el perjuicio sufrido debía ser indemnizado con este fundamento. Ahora bien, la doctrina española ha enfatizado en que este caso no es más que una situación de responsabilidad Aquiliana. Autores como Alonso Pérez o Manzanares Secades han sostenido que si bien este caso surge en la etapa precontractual, no existe un rompimiento de la lealtad o buena fe *in contrahendo* por lo que no es aplicable esta teoría⁷¹.

Lo comentado por los profesores españoles no quiere decir que no exista un deber de conservación precontractual, sino, que debe analizarse las circunstancias específicas de cada caso. Puede considerarse que en el caso del linóleo no existe una conducta contraria a la buena fe, aunque desde mi perspectiva, esto es discutible porque si bien no existe intención de causar daño, podría verificarse una conducta negligente al momento de sacar el rollo de linóleo de la estantería.

⁶⁸ J Oviedo Albán. *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual...Óp. Cit.*, p. 99.

⁶⁹ Carlos Cuadrado Pérez. *Oferta, aceptación y conclusión...Óp. cit.*, p. 50.

⁷⁰ Pablo Valés Duque. *Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo...Óp. cit.*, p. 141.

⁷¹ Mariano Alonso Pérez. *La responsabilidad...Óp. cit.*, p. 910; Albero Manzanares Secades. *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*. Madrid: ADC, 1984. p. 745.

5.2.4. Ruptura o prolongación injustificada de las negociaciones

Existe un comportamiento desleal *in contrahendo* cuando las tratativas se prolongan innecesariamente, conociendo, desde un inicio, que el contrato no se celebraría o cuando estas se rompen de forma injustificada (desistimiento intempestivo o arbitrario)⁷². A finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, el jurista italiano Faggella realizó un estudio sobre la culpa *in contrahendo*, en el que concluyó que, por regla general, si el contrato no se perfecciona, debido a que una parte se retira no genera daños y perjuicios. Sin embargo, si la ruptura fue por culpa o dolo de la parte que abandona la negociación, sí generará responsabilidad a quien actuó en contra del deber general de buena fe⁷³.

Este deber exige a los negociantes no generar falsas expectativas respecto a la posible celebración del contrato. Por lo tanto, es fundamental que los negociantes tengan una verdadera intención de llegar a un acuerdo y no generen expectativas sin tener seriedad en su perfeccionamiento⁷⁴. En este sentido, Massimo Bianca señala que es posible advertir un comportamiento contrario a la buena fe cuando una de las partes continúa las negociaciones sin intención de perfeccionar el contrato o cuando induce al otro tratante a confiar en la conclusión del contrato y avanzar en la negociación, sin verificar la real posibilidad de su celebración⁷⁵.

Este deber se encuentra recogido en los principios UNIDROIT. Así, el artículo 2.1.15 prescribe:

- 1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
- (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
- (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

El numeral primero de este artículo establece el principio general de autonomía de la voluntad, el cual permite a los sujetos a contratar con quién deseen y en el momento en que lo deseen. Por este motivo se encuentran generalmente facultados a abandonar una negociación que no les conviene o que ya no les interesa. A pesar de este principio general, los numerales segundo y tercero proponen límites a la libertad de contratación.

⁷² *Id.*, p. 912.

⁷³ G Faggella. *Dei Periodi Contrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica*, Studi giuridici in onore dei Carlo fadda. Napoli: 1906. pp. 271 y ss. Citado en: Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.*, pp. 41-42.

⁷⁴ J Oviedo Albán. *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.*, p. 101.

⁷⁵ Bianca Massimo. *Diritto Civile. 3. Il Contratto*, Giuffré editore. Minalo, 2000. p. 168. Citado en: J Oviedo Albán. *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.*, p. 101.

En el segundo numeral, los principios sancionan al tratante que ha negociado de mala fe. Los comentarios oficiales de estas directrices proponen un ejemplo ilustrativo para este supuesto⁷⁶:

“A” conoce la intención que tiene “B” en vender su restaurante. “A”, que no tiene una intención real en comprarlo inicia un proceso de negociación con la única intención de prevenir que “B” venda su establecimiento a “C”, su competidor directo. “A” finaliza intempestivamente las negociaciones al momento en que “C” adquiere otro restaurante. En este caso se genera una responsabilidad *in contrahendo* por la que “A” deberá indemnizar a “B”⁷⁷.

En esta hipótesis, la indemnización tiene como fundamento la falta de seriedad con la que negoció “A”, dado que nunca tuvo real interés en celebrar el contrato. Además, la ruptura de las tratativas fue injustificada e inesperada para “B”. Por lo tanto, debe ser indemnizado por todos los perjuicios causados por el comportamiento desleal.

Los comentarios oficiales del tercer numeral expuesto proponen un caso específico de mala fe que consiste en continuar una negociación. El caso ilustrativo para este supuesto es el siguiente:

“A” asegura a “B” la obtención de su franquicia si “B” realiza ciertas actividades y procedimientos para adquirir experiencia y se prepara para invertir US\$ 300.000. En los siguientes dos años, “B” se prepara y sigue los lineamientos de “A” para celebrar el contrato. Cuando se encuentra listo para la celebración del contrato, “A” le informa a “B” que la suma de inversión ha incrementado sustancialmente. “B” que no cuenta con las posibilidad de elevar la inversión se encuentra facultado para recuperar de “A” todas las expensas incurridas con el fin de celebrar dicho contrato⁷⁸.

En este caso, el comportamiento de “A” es contrario a la buena fe, debido a que conocía los esfuerzos que “B” realizó para alcanzar sus lineamientos y poder celebrar el contrato. El proceso de negociación avanzó por años y “A” incorrectamente esperó hasta el último momento para cambiar las circunstancias y los términos de la negociación. “B” tiene derecho a ser indemnizado por todos los gastos y tiempo que invirtió en un proceso de negociación que no resultó por la malicia o al menos negligencia por parte de “A”.

La Corte Nacional de Justicia se ha referido específicamente sobre el deber de no abandonar o dilatar las negociaciones injustificadamente. Así, estableció que:

en los tratos preliminares existe el deber de no levantar falsas expectativas. Este deber se refiere a cuando una de las partes negocia sin las intenciones de contratar en contrario a los principios de buena fe y lealtad negocial. Logrando que la otra parte descarte otras

⁷⁶ Es importante señalar que este numeral no se refiere específicamente al abandono o prolongación injustificada, sino, a la actuación general de mala fe en las negociaciones que puede fundamentarse en cualquiera de los deberes antes estudiados.

⁷⁷ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)...*Óp. cit.*, p. 59.

⁷⁸ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)...*Óp. cit.*, p. 61

oportunidades, es lo que se ha denominado en la doctrina el costo de oportunidad⁷⁹.

En conclusión, es claro que existe un principio general que permite iniciar y abandonar la etapa preliminar en cualquier momento. No obstante, este principio se encuentra limitado por el deber general de buena fe y sus deberes secundarios, entre los cuales se exige a los tratantes no abandonar intempestivamente una negociación o no prolongarla sin una intención seria de celebrar el contrato negociado. Esto se fundamenta en que la otra parte sí se encuentra de forma leal y se ha generado expectativas razonables en la celebración del contrato. Por ello, ha incurrido en gastos, ha realizado inversiones y ha descartado otras oportunidades. En consecuencia, el derecho sanciona la traición a la confianza que los sujetos se han depositado mutuamente y repara los daños que este comportamiento deshonesto ha generado.

II. CAPÍTULO DOS: NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA *IN CONTRAHENDO*. REQUISITOS NECESARIOS PARA SU REPARACIÓN

1. Introducción

La reparación de los daños y perjuicios causados por culpa *in contrahendo* encuentra su fundamento en la responsabilidad civil. Esta última engloba todas las conductas ilícitas que por causarle daño a otro genera una obligación de indemnizar⁸⁰. En efecto, la responsabilidad civil responde a un criterio de reparación o restablecimiento del equilibrio como causa de un daño⁸¹.

En la teoría jurídica moderna, se ha generado una discusión sobre la relevancia de distinguir los diferentes tipos de responsabilidad civil y se ha desarrollado la posibilidad de unificarlos. Los partidarios de esta tesis argumentan que los delitos y cuasidelitos provienen de la ley pública, mientras que las obligaciones del contrato, provienen de la ley privada o de las partes⁸². Entonces, ambos casos de responsabilidad suponen “un incumplimiento a una

⁷⁹ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil...*Óp. cit.* 10 de noviembre de 2014. En este caso, la Corte concluyó lo siguiente: Claramente se puede evidenciar de la prueba aportada en el proceso, que NIFA hoy PROPHAR S. A. tenía una alta expectativa, respecto a la compra de la planta industrial ofrecida por MERCK, esta perspectiva o confianza no estaba supeditada a la compra de otros bienes inmuebles, resulta irrelevante que hayan existido varios inmuebles en venta a la misma época en que MERCK y NIFA negociaban la posible compra venta de la planta de propiedad de MERCK, ya que el interés y las negociaciones estaban encaminadas hacia un solo objetivo, al punto que NIFA S.A. hoy PROPHAR S. A. a través del señor García realizó varias ofertas, aumentando su valor y buscando crédito incluso fuera del país, con el único fin de obtener la planta industrial que se encontraba en venta de propiedad de MERCK, dejando así de lado la posibilidad de adquirir otros bienes inmuebles o de realizar la ampliación planificada de la planta donde la compañía actora realizaba sus actividades.

⁸⁰ Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá: Legis, 2007. p. 8.

⁸¹ Beatriz Quintero Prieto. *Teoría Básica de la Indemnización*. Bogotá: Temis, 2000. p. 9.

⁸² *Id.*, p. 882.

obligación preexistente, de suerte que no hay dos tipos de responsabilidades, sino una sola responsabilidad (...) por infracción a la ley”⁸³. Los profesores Mazeaud y Tunc señalan que si bien existen diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, estas no son esenciales. Simplemente son accesorias, dado que no alteran los principios fundamentales de la reparación de daños. Por ello, su distinción resulta irrelevante⁸⁴.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe una clara distinción entre los tipos de responsabilidad civil. Esta ha generado que cada uno de los regímenes tenga particularidades que los distancian. Si bien las características de una y otra responsabilidad no alteran los principios fundamentales de la reparación de daños y perjuicios, sí generan consecuencias jurídicas relevantes. Por ejemplo, la aplicación de uno u otro sistema determinarán el tiempo de prescripción, la carga de la prueba, los presupuestos necesarios para su reclamación, entre otras diferencias que en la práctica no pueden dejar de considerarse. Por lo tanto, para efectos de este trabajo, será importante la dualidad de la responsabilidad civil en el Ecuador. Esto debido a que, dependiendo de en cual de ellos se configure a la culpa *in contrahendo*, se presentarán consecuencias jurídicas más o menos ventajosas para los negociantes.

2. Diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual

La doctrina civil tradicional ha estudiado la diferencia existente entre la responsabilidad contractual y extracontractual⁸⁵. No obstante, la responsabilidad por culpa *in contrahendo* contiene elementos de ambos tipos de responsabilidad por lo que su clasificación exclusivamente en uno de ellos resulta imprecisa. Para comprender estas particularidades, me referiré a las principales diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual:

2.1. Graduación de la culpa.

En materia contractual, la culpa admite graduación. El inciso primero del artículo 1563 del Código Civil regula los parámetros para graduar la culpa, dependiendo del beneficio que

⁸³ *Ibid.* En el mismo sentido. Vid. Hisidoro Goldenberg. *La Responsabilidad Civil. Ensayo de Sistematización.* Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1308-2007. p. 63

En efecto, siempre que se incumple un deber legalmente establecido la conducta del agente, por su contradicción con el derecho, resulta teñida de antijuricidad, sin que interese a ese fin discriminar el origen de la regla violado – obligación asumida contractualmente, emergente de un acto ilícito o impuesta por la ley-. Vale decir, antológicamente no cabe efectuar distingos, ya que en todos los casos la responsabilidad adviene como resultante de un proceder *contra legem*.

⁸⁴ Henri Mazeaud, Léon Mazeaud y André Tunc. *Tratado de responsabilidad civil.* Tomo I. Volumen 1. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, p. 114.

⁸⁵ Enrique Barros Bourie. *Tratado de responsabilidad extracontractual.* Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006. pp. 15-62.

reporta el contrato que se celebra para las partes. Así, habrá menor riesgo de ser responsable en un contrato que solo beneficia al acreedor, como una donación, que en un contrato en el que existen beneficios mutuos como el contrato de compraventa⁸⁶. En materia extracontractual no existe regulación alguna respecto a la graduación de la culpa, tan solo una diferenciación nominal del ilícito de acuerdo a la intención con la que se cometió. Así si el acto ilícito se realiza con culpa, se lo denomina cuasidelito, mientras que si el acto ilícito se comete con la intención de causar daño se conoce como delito⁸⁷. No obstante, las consecuencias jurídicas en ambos casos son las mismas.

Si la graduación de la culpa se fundamenta en el tipo de contrato que se celebra y el beneficio que este reporta a las partes, es lógico que no se aplique a la responsabilidad extracontractual, dado que en esta no se ha celebrado contrato alguno. Ahora bien, en los casos de culpa *in contrahendo* no existe un contrato, pero sí ha surgido una expectativa o confianza razonable de su celebración. En este sentido, es posible considerar que la frustración de un proceso de negociación de una donación se miraría con una óptica distinta a la de un proceso de negociación de una compraventa. En consecuencia, es cuestionable si la graduación de la culpa sería un elemento aplicable a la responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

2.2. Carga de la prueba.

En el caso de responsabilidad contractual, existe una presunción de incumplimiento culposo. Por lo que el demandado o deudor es quien debe demostrar que ha cumplido su obligación o que existe un eximente de responsabilidad para su incumplimiento⁸⁸. En contraste, en el régimen de responsabilidad extracontractual no existe una regulación específica. Por ello, corresponde seguir la regla general por la que deberá asumir la carga probatoria quien alega el hecho controvertido⁸⁹.

En materia de responsabilidad precontractual, la carga de la prueba correspondería al demandante, de igual forma que en la responsabilidad aquiliana. Esto se debe a que nuestro

⁸⁶ El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005

⁸⁷ Artículo 2184. Código Civil del Ecuador...*Óp. cit.*

⁸⁸ Arturo Alessandri. *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*. Bogotá: Ediciones Librería Del Profesional, 1983, p. 92. Inciso tercero del artículo 1563 del Código Civil del Ecuador...*Óp. cit.*

⁸⁹ Artículo 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento. 506, 27 de mayo de 2015

sistema civil no contiene una regulación específica al respecto por lo que ha de aplicarse la regla general de la prueba. Adicionalmente, como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, existe una presunción del comportamiento de buena fe por lo que debería probarse su incumplimiento por quien lo alega [§I. 5].

2.3. Prescripción

Una de las diferencias más importantes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual es el plazo en que una y otra acción prescribe. La responsabilidad contractual se encuentra sometida al régimen general de prescripción de acciones ordinarias. Esto es diez de años desde que la obligación es exigible⁹⁰. Por otra parte, en materia extracontractual el legislador dispone que: “(l)as acciones que concede este Título [De los Delitos y Cuasidelitos] por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”. En materia precontractual, no existe regulación al respecto. Por ello, la determinación de su naturaleza es sustancial, dado que la extensión del plazo de prescripción reporta un beneficio para el accionante.

2.4. Límite del daño que puede reclamarse

Existe una distinción respecto a la extensión de la reparación en materia contractual y extracontractual. Ambos sistemas prevén la reparación de daños y perjuicios. Sin embargo, el artículo 1574 del Código Civil limita la reparación en materia contractual a los daños previstos o previsibles, si el deudor actuó sin dolo o culpa grave. En cambio, en materia extracontractual no existe distinción alguna por lo que la indemnización será tanto de daños previsibles como imprevisibles siempre que estos sean directos⁹¹.

De acuerdo a Barros Bourie, esta diferencia se fundamenta en una protección a la institución del contrato. En este sentido, manifiesta que “los intercambios se dificultarían si el deudor respondiera por daños que no podía razonablemente prever al momento de celebrar el contrato”⁹². Consecuentemente, un acuerdo supone una relación voluntaria de las partes, de modo que todo riesgo que exceda el ámbito del convenio debe ser en principio excluido. De lo contrario, la institución y naturaleza de las relaciones contractuales se encontraría en peligro y perderían su eficiencia⁹³. En materia extracontractual no existe un riesgo

⁹⁰ Artículos 2414 y 2415 Código Civil del Ecuador...*Óp. cit.*

⁹¹ Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil...**Óp. cit.*, p.64

⁹² Enrique Barros Burié. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...**Óp. cit.*, p.988

⁹³ *Ibíd.*

predefinido, “de modo que quien infringe un deber de cuidado asume (...) ampliamente los riesgos de su hecho”⁹⁴. Esto se debe a que no existe una relación previa que permita prever los daños que van a surgir de su comportamiento.

En los casos de culpa *in contrahendo*, el tema resulta de absoluta complejidad. Las personas inician una negociación y se mantienen en ella con una idea clara de los límites y riesgos que pueden asumir. Además, actúan de cierta manera porque se encuentran protegidos por un principio fundamental de derecho privado, la libertad negocial. En la etapa preliminar, los tratantes saben que no tiene obligación alguna para la celebración del contrato. No obstante, existe una relación que exige un comportamiento de buena fe por lo que desde el inicio se puede prever la posibilidad de causar daños y perjuicios a la contraparte.

3. Naturaleza de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*

Desde los primeros estudios de esta institución hasta la actualidad, se ha discutido sobre la esencia jurídica de la culpa *in contrahendo*, sin llegar a una solución unificada. El estudio sobre su naturaleza escapa de la tradicional dualidad entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Así, no se la ha podido calificar completamente de contractual porque no incumple una obligación de esta naturaleza, pero tampoco como extracontractual, puesto que es innegable que ya existía una relación por el hecho de haber iniciado las negociaciones⁹⁵.

Conforme ha avanzado el estudio de esta institución, se han formado distintas posturas doctrinarias, entre las más destacadas se encuentran: la tesis contractual, que supone a la culpa *in contrahendo* como parte de la naturaleza convencional; la tesis extracontractual, que la considera como parte de la esfera de los infortunios civiles. Finalmente, existen posturas que sostienen la autonomía de esta responsabilidad.

3.1. Tesis Contractual

El origen de esta corriente doctrinaria, surge con Rudolf Von Ihering. Su tesis se fundamenta en que: “(1) a declaración de nulidad del contrato o el hecho de que el mismo no haya podido ser perfeccionado *no invalida todos los efectos emergentes del pacto sino únicamente aquellos que se refieren a la ejecución de las obligaciones contractuales* [cursivas en el original]”⁹⁶. Esto quiere decir que a pesar que el contrato se declare nulo, sigue produciendo efectos jurídicos que no se encuentran relacionados con la ejecución.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. pp. 89-90

Ejemplo de estos son: “la restitución de las cosas entregadas a las partes, devolución de la señal o arras y pago de las indemnizaciones que correspondan, etc.”⁹⁷”

Posteriormente, el jurisconsulto italiano Gabriel Faggella realizó un estudio denominado “De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica”⁹⁸. En este, consideró que la naturaleza de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* era contractual, pero el motivo para ello era distinto. El profesor italiano sostenía que en la etapa precontractual existía entre los tratantes un acuerdo tácito para iniciar las negociaciones. En este sentido, “el solo hecho de entrar en negociaciones en vista a la formación de un contrato constituye ya (un supuesto) colocado bajo la protección del derecho y susceptible de adquirir un valor jurídico”⁹⁹.

El profesor francés, Saleilles realizó un estudio sobre el tema y concuerda con Faggella en sus argumentos respecto a la naturaleza contractual de la responsabilidad por mediar un acuerdo social¹⁰⁰. Por otra parte, Puig Brutau expresa que la responsabilidad precontractual no tiene fundamento en el principio de *neminem laedere*, sino, “en el quebrantamiento de la lealtad y la confianza que los precontrayentes se deben por el hecho de haber iniciado las negociaciones (...)”¹⁰¹. De igual forma, De Cupis “acepta la existencia del daño contractual cuando el perjuicio ha sido ocasionado en razón de no haberse comportado una de las partes durante las tratativas y demás actos tendientes a la formación del contrato según el principio de buena fe”¹⁰².

En definitiva, la tesis contractual se resume por tres argumentos principales: (i) El ámbito convencional contiene distintos efectos jurídicos, no solo las obligaciones concernientes a la ejecución del contrato. Sino otros como, las restituciones mutuas y la indemnización de perjuicios. (ii) En la etapa precontractual se ha formado una relación de confianza, una suerte de contrato tácito para negociar por lo que las partes adquieren verdaderas obligaciones. (iii) Más allá del daño provocado, la responsabilidad surge por el quebrantamiento de la confianza creada entre los negociantes.

Considero que los argumentos que engloban esta tesis resultan poco certeros. El primer planteamiento respecto a los efectos jurídicos es interesante. Sin embargo, insuficiente, pues

⁹⁶ Roberto Brebbia. *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Zavallía, 1957. p. 26

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Roberto Brebbia. *Responsabilidad precontractual...Óp. cit.*, p.29.

¹⁰⁰ Saleilles. De la responsabilidad precontractual a propósito de un estudio sobre la materia. RDJ Doctrinas. Tomo V, 1908. pp. 127-160.

¹⁰¹ María Medina Alcoz. *Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*. Ed. Forum, Lima, 2006. p. 56.

¹⁰² Roberto, Brebbia. *Responsabilidad precontractual...Óp. cit.*, p. 31.

tan solo contempla la hipótesis de responsabilidad precontractual por invalidez del contrato. El segundo argumento es ampliamente cuestionable. Si existe un principio de libertad negocial, no es razonable considerar que el inicio de negociaciones genere un acuerdo tácito. Precisamente, uno de los principales objetivos de la negociaciones es mantener esa desvinculación frente al otro tratante.

Finalmente, respecto al tercer requisito, es cierto que lo que protege la culpa *in contrahendo* es la relación de confianza formada, la conducta leal y razonable de las parte. No obstante, es fundamental la presencia de un daño. En efecto, si un negociante actuó de mala fe, pero no se verifica un detrimento patrimonial o personal, no habría obligación de indemnizar al tratante defraudado. Esto debido a que el “afectado” no ha sufrido un verdadero menoscabo que deba ser compensado. Por consiguiente, el quebrantamiento es esencial para la configuración de la responsabilidad, pero también lo es la presencia de un daño intencional. De lo contrario, se correría el riesgo de generar un enriquecimiento injustificado para el negociante que actuó de forma honesta.

3.2. Tesis Extracontractual

Posturas modernas han formado una tesis sobre la esencia jurídica de la culpa *in contrahendo* sobre la base del principio *neminem laedere*. Este se encuentra, en la mayoría de ordenamientos jurídicos, incluyendo el ecuatoriano, en el artículo 2214, en el título de los delitos y cuasidelitos del Código Civil¹⁰³. Los seguidores de esta tesis sostienen que los tratos preliminares no forman una obligación en sentido técnico, sino una simple relación de hecho que, en ocasiones, la transgresión de los deberes universales ocasionan un ilícito, sancionado por la responsabilidad extracontractual¹⁰⁴.

De igual manera, doctrinarios españoles como Albaladejo y De los Mozos manifiestan que la responsabilidad precontractual no tiene autonomía propia. En general el abandono de tratativas o la conducta en la fase previa no genera obligaciones, ni repercusiones. En consecuencia, la reparación de daños y perjuicios debe necesariamente ir acompañada de un

¹⁰³ Artículo 2214 El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización (...) Código Civil del Ecuador...*Óp. cit.*

¹⁰⁴ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...**Óp. cit.*, p. 325.

ilícito extracontractual¹⁰⁵. En este sentido, “la buena fe que debe presidir la negociación precontractual (...) debe complementarse con la responsabilidad aquiliana¹⁰⁶”

Por otra parte, Abeliuk también ha tratado esta problemática y ha concluido que es sustento mayoritario considerar a estos casos [precontractuales] como parte de la responsabilidad extracontractual. Adicionalmente, se refiere a los supuestos de nulidad, estudiados por Ihering, y determina que: “la responsabilidad contractual supone un contrato válido, porque si hay nulidad, el contrato se borra retroactivamente. En consecuencia, la responsabilidad que pueda hacerse derivar del contrato nulo, es evidentemente extracontractual”¹⁰⁷.

La jurisprudencia también ha discutido la naturaleza de la culpa *in contrahendo*. Por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia, en sentencia de 12 de agosto de 2002, estableció: “(e)n las oportunidades en que la Corte ha tratado el punto, ha optado por la teoría extracontractualista”¹⁰⁸. En sentencia de 11 de mayo de 1970 expresó:

En nuestro sistema la responsabilidad contractual solo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está en mora de cumplir (artículo 1615). Infiérase de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de responsabilidad aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formación de la obligación (...), v. gr. La cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o culpa *in contrahendo* en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana¹⁰⁹.

De igual forma, en sentencia de 19 de diciembre de 1998, la misma Corte manifestó: “los tratos preliminares (...) están sujetos al milenar y justiciero principio *neminem laedere*, de forma tal, que cuando alguno vulnere o perjudique ilegítimamente o inconsultamente al otro potencial contratante, nace para quien así procede el inequívoco deber de reparar el correspondiente daño¹¹⁰”. En sentencia de 5 de julio de 2011 concluyó: “el análisis del asunto [se abordó] en el ámbito de la “responsabilidad precontractual” [comillas en el original], la

¹⁰⁵ J De los Mozos. Derecho Civil Español y Floral. Citado en: Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.* p. 383. Monsalve p. 324. Manuel Albaladejo. Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Edisofer SL, 13ª. edición, Madrid 2008, pp. 378-380.

¹⁰⁶ J De los Mozos. Derecho Civil Español y Floral. Citado en: Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*p. 383.

¹⁰⁷ René Abeliuk. Las Obligaciones. Santiago: Ediar Editors Ltda, 1983. p. 589.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia Colombia. Expediente. 6151. Citada en: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Expediente: 2000-00183-01 de 05 de julio de 2011.

¹⁰⁹ Sentencia citada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Expediente: 2000-00183-01 de 05 de julio de 2011. Además, menciona que este criterio fue reiterado en sentencia de 28 de junio de 1989 “los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato”.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia Colombia. Expediente: 1999-10363-01 de 19 de diciembre de 2006.

que en lo pertinente se disciplina por los parámetros de la “responsabilidad extracontractual” [comillas en el original], según el entendimiento que ha predicado esta Corporación”¹¹¹.

Estos pronunciamientos son relevantes por el desarrollo y estudio que han realizado del tema en cuestión. De tal manera, brinda luces y valor académico para este trabajo. Adicionalmente, el sistema jurídico civil colombiano proviene de la codificación de Andrés Bello, es decir, el mismo origen del código civil ecuatoriano por lo que el aporte es del todo válido para este estudio.

En el caso del Ecuador, el tema no ha sido estudiado a profundidad. Los casos de culpa *in contrahendo* son casi inexistentes. No obstante, un reciente pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia se refirió al tema en discusión y acogió la postura extracontractual. El 10 de noviembre de 2014, la Corte Nacional de Justicia, en el caso NIFA c. MERCK sostuvo que las partes mantuvieron “una apariencia de avance irreal propiciado por la accionada y por supuesto, ese comportamiento resulta punible dentro del universo de cuasidelitos (artículo 2214 C.C.) que está plenamente definido en nuestra legislación civil por contravenir la obligación de conducirse con buena fe (artículos 721 y 1562 C.C.)”¹¹².

Las tesis que sugiere la aplicación de la responsabilidad extracontractual parece sentar un criterio más razonable. Sin embargo, aún resulta imprecisa, pues los casos de culpa *in contrahendo* mantienen particularidades que no se encuentran en el ámbito aquiliano. Por ejemplo, su protección surge porque se encuentran en el *iter* contractual, el cual exige el deber de buena fe. Tampoco puede obviarse que existe una relación previa entre los negociantes, porque es precisamente este vínculo el que delimitará los daños y perjuicios que surjan. Además, debe considerarse qué tipo de contrato se negocia, la experticia comercial de las partes, entre otros temas que son completamente ajenos del mundo de los infortunios extracontractuales.

3.3. Teoría de la responsabilidad *tertius genus*

En la actualidad, también se ha discutido respecto a que los supuestos de culpa *in contrahendo* forman parte de una responsabilidad autónoma. Autores como Díez Picazo y Alonso Pérez han considerado que los supuesto de culpa *in contrahendo* responden a una

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Expediente: 2000-00183-01 de 05 de julio de 2011.

¹¹² Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 199-2014, 10 de noviembre de 2014.

“relación sui generis”¹¹³. Este último incluso manifiesta que a pesar de la facilidad que plantea encuadrar a la responsabilidad dentro del ámbito extracontractual, esta contiene particularidades que exige reglas propias. “De un lado, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito (...). De otro, la obligación de indemnizar in contrahendo tiene su base en el quebrantamiento de la confianza, en el dolo, engaño o deslealtad de las partes (...) no en una relación jurídica contractual”¹¹⁴.

Esta tesis resulta interesante, porque exige una atención a las particularidades de la culpa *in contrahendo*. Además, reconoce las complejidades de la institución, las cuales la convierten en una problemática jurídica interesante y única. Definitivamente, los casos de responsabilidad precontractual se distinguen de los ilícitos comunes porque existe una relación previa entre los negociantes y un deber protegido por la buena fe contractual. Sin embargo, es evidente la dificultad que esta última teoría presenta. Este tercer tipo de responsabilidad no encuentra sustento legal alguno, por lo que son inciertas las consecuencias que derivan de ella. La responsabilidad precontractual como un tipo autónomo no pasa de ser *lege ferenda*. Por ello, su aplicación necesariamente buscará subsidio en los sistemas de responsabilidad regulados¹¹⁵.

En conclusión, considero que los casos de responsabilidad por culpa *in contrahendo* responde a circunstancias autónomas. Desde mi perspectiva, su naturaleza jurídica es *tertius genus*, pues no responde de forma idónea a los supuestos de responsabilidad regulados en el Código Civil. Sin embargo, la ausencia de normativa al respecto exige la aplicación del sistema extracontractual y sus consecuencias jurídicas al ser estas más certeras y cercanas a los fines de esta institución. A mi juicio, si bien la responsabilidad precontractual merece un tratamiento autónomo, en nuestra realidad jurídica su aplicación tendrá como sustento la responsabilidad extracontractual.

4. Requisitos para la configuración de la responsabilidad civil

Para la configuración de la culpa *in contrahendo* deberán verificarse los presupuestos generales de la responsabilidad civil. Estos son:

¹¹³Diez Picazo. *Fundamentos del derecho Patrimonial*. 6ª edición. Ed. Thomson Civitas, Navarra 2007, p. 276. Vid. Mariano Alonso Pérez. *La responsabilidad...Óp. cit.*, p. 904.

¹¹⁴ Mariano Alonso Pérez. *La responsabilidad...Óp. cit.*, pp. 904-905.

¹¹⁵ Alberto Spota. *Contratos. Instituciones del Derecho Civil*. 2da Edición. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 582. Vid. María Medina. *Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.* p. 67.

4.1. Hecho ilícito

La responsabilidad civil requiere una conducta activa u omisiva dirigida a una finalidad distinta a la de producir efectos jurídicos. Esta “supone un acto humano que no pretende crear efectos jurídicos, pero que (...) los crea porque se produce un daño en forma ilícita”¹¹⁶. La ilicitud consiste en una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico¹¹⁷. Este último comprende “las leyes, las costumbres relevantes, los principios jurídicos estrictos derivados del sistema y los principios de orden natural”¹¹⁸.

En el caso de la culpa *in contrahendo*, el hecho ilícito consiste en un comportamiento contrario a la buena fe. En los supuestos precontractuales se espera de los negociantes una conducta “desprovista de cualquier intención dolosa, en el sentido de que no exista ánimo de engañar al otro para obtener ventajas que no han sido producto de negociaciones sinceras, leales y transparentes”¹¹⁹. Este deber general de lealtad se exige tanto en la formación como en la ejecución del contrato¹²⁰. Esto debido a que “la buena fe (...) es un principio general – e informador- del derecho, amén que es un estándar o patrón jurídico, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil”¹²¹.

Para concluir si una conducta es contraria a la buena fe, deberán observarse el cumplimiento o incumplimiento de los deberes que derivan de este principio y observar la razonabilidad del comportamiento del negociante [§ I. 5]. Adicionalmente, el Tribunal Supremo español consideró que para calificar a la conducta como antijurídica deben concurrir los siguientes requisitos:¹²² a) La suposición de una razonable situación de confianza respecto de la conclusión del contrato¹²³; b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos¹²⁴; c) la

¹¹⁶ Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil... Óp. cit.*, pp. 188-189.

¹¹⁷ Jorge Bustamante Alsina. *La relación de causalidad y antijuricidad*. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2005.-2007. p.203.

¹¹⁸ Carlos Calvo Costa. *Las Nuevas Fronteras del Daño Resarcible*. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 1996.-2007 p. 881.

¹¹⁹ Felipe Vallejo. El concepto de buena fe en los contratos. Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2003. p. 494.

¹²⁰ Javier Tamayo Jaramillo. La obligación de lealtad durante el período precontractual. Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2003. Pp. 431.

¹²¹ Corte Suprema Colombia. Cas. Civ. del 2 de agosto de 2001.Exp. 6416. En Felipe Vallejo. El concepto de buena fe en los contratos. Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2003. p. 492.

¹²² TST. Sentencia No. 527/1999. Sala 1ª de los Civil, 14 de junio de 1999.

¹²³ Respecto al primer requisito, el precedente ilustra que habrá una relación de confianza dependiendo de las circunstancias específicas del caso concreto. En este caso, el Tribunal Supremo desechó la demanda por ruptura de tratos preliminares iniciada por el Ayuntamiento de Aragón en contra Doux Ibérica S.A por la falta dicho elemento.

Las partes mantuvieron diversas conversaciones y tratativas con el fin de construir conjuntamente un matadero de aves. A pesar de haberse adquirido el terreno de construcción, el acuerdo estaba condicionado a la adquisición de un financiamiento del ministerio de agricultura a favor de la demandada. El ayuntamiento realizó un

efectividad de un resultado dañoso para una de las partes y d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada¹²⁵.

4.2. Daño

La verificación de un perjuicio es esencial para la configuración de la responsabilidad. Como explica Claro Solar “sin daños no se concibe la acción de indemnización de perjuicios, que no debe ser motivo de enriquecimiento, sino restablecimiento de las cosas a su anterior estado en el patrimonio del acreedor”¹²⁶. El perjuicio sufrido puede ser de diversa naturaleza. Si afecta a la víctima pecuniariamente se lo denomina como patrimonial, mientras que si la afecta moralmente se lo conoce como extra patrimonial¹²⁷. Si bien la doctrina ha separado estos conceptos, el principio de reparación integral exige la indemnización de ambos en los casos que estos se hayan logrado probar.

Ahora bien, no todo daño debe ser indemnizado. Por ejemplo, “los perjuicios indirectos, porque no se cumple una de las condiciones constitutivas de responsabilidad, o sea el vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio, o como los perjuicios imprevisibles en materia contractual, porque se presume que las partes los han excluido de la indemnización”¹²⁸. En definitiva, para que el daño sea indemnizable debe ser cierto, personal y que este no haya sido reparado¹²⁹.

En relación al primer requisito, la Corte Suprema Justicia del Ecuador estableció: “la certeza (del daño) es un presupuesto indispensable (...). Los que son hipotéticos o eventuales

requerimiento a la demandada para definir la continuación del proyecto. No obstante, Doux Ibérica respondió que la construcción estaba subordinada a las ayudas oficiales y que en la situación que se encontraba el sector productivo era bastante improbable que realice la inversión. Frente a esta respuesta, el Ayuntamiento inicia su demanda de daños y perjuicios por abandono intempestivo de las negociaciones. En primera y segunda instancia se concede la indemnización. Sin embargo, el Tribunal Supremo revoca estas sentencias, al considerar que no existía una relación de confianza razonable porque la construcción siempre estuvo supeditada a la adquisición de la ayuda ministerial.

¹²⁴ En el caso Sociedad inmobiliaria Socovesa Temuco S.A. c. Gerardo Escobar Lamig, resuelto por el Segundo Juzgado de Letras de Ángeles el 16 de mayo de 2014. Sentencia No. C-2355-2011, se consideró que no todo abandono de tratativas negociales era injustificado. Por ejemplo, cuando existe una mejor oferta y esta ha sido informada al otro negociantes, es justificada su terminación. Esto en pleno ejercicio de la libertad contractual. Este caso se estudiará con más detalle en el siguiente capítulo.

¹²⁵ Estos elementos se estudiarán como generales de la responsabilidad civil a continuación.

¹²⁶ Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado...Óp. cit.*, p. 729. En el mismo sentido: *vid.* Pablo Rodríguez Grez. *Responsabilidad contractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2012. p. 215

¹²⁷ Mazeaud Henri y Mazeaud León. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago de Chile: Editorial Palermo Ltda., 2008, p. 27.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Hernan Racciatti. *El Daño Cierto y la Manera de repararlo. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales Tomo II*. Buenos Aires: La Ley, 1996-2007, p. 1151.

no son resarcibles”¹³⁰. Ahora bien, debe considerarse que existe una nueva tendencia que considera que la certeza del daño no es absoluta. Por el contrario, “la noción del perjuicio cierto es relativa: basta que sea muy probable”¹³¹.

El segundo requisito consiste en que “únicamente quien sufre el perjuicio puede pedir su reparación. [Esta es una aplicación] pura y simple del principio general: donde no hay interés no hay acción”¹³². Finalmente, el último elemento se refiere a que el daño no haya sido reparado, pues bajo dicho supuesto, el perjuicio deja de existir. La finalidad de este requisito es evitar una doble indemnización que constituya un enriquecimiento sin causa. Esta restricción es de orden público, “puesto que si así no fuere, se incitaría a las personas inescrupulosas a obtener un provecho indebido con ocasión del incumplimiento [o del ilícito]”¹³³.

4.3. Intencionalidad

La intencionalidad, refiriéndome a la culpa y al dolo, han sido tradicionalmente considerados como elementos necesarios de la responsabilidad. Sin embargo, en el último tiempo, se ha impulsado la idea de que estos elementos ya no tienen incidencia alguna. Así, en casos de responsabilidad objetiva, “debería bastar el daño y la imputabilidad causal del agente para que éste comprometiese su responsabilidad”¹³⁴. Este no es el caso de la culpa *in contrahendo*, ya que desde su denominación ya se resalta una connotación de intencionalidad o responsabilidad subjetiva. Aunque es imprecisa, pues los supuestos no se limitan a un comportamiento culposo, también pueden verificarse situaciones en las que el comportamiento del agente sean considerado doloso.

Respecto al requisito de intencionalidad, la Corte Suprema de Justicia determinó que nuestro sistema es en esencia subjetivo. “Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias”¹³⁵. El Código Civil ecuatoriano distingue esta dualidad. Así, en el artículo

¹³⁰ Ex Corte Suprema del Ecuador. Expediente No. 229- 2002, publicado en R.O. No. 43 de 19 de marzo de 2003

¹³¹ Philippe Le Tourneau. *La responsabilidad civil*. Traductor: Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Ed. Legis, 2004, p.67.

¹³² Mazeaud Henri y Mazeaud León. *Elementos de la Responsabilidad Civil...Óp. cit.*, p. 40.

¹³³ Pablo Rodríguez Grez. *Responsabilidad contractual...Óp. cit.*, p. 251.

¹³⁴ Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil...Óp. cit.*p. 229.

¹³⁵ Ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre, 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. p 3011. Además, distingue los conceptos de negligencia, imprudencia e

2184 define al delito civil como un hecho ilícito “cometido con la intención de dañar” y al cuasidelito como el hecho culpable, “pero cometido sin intención de dañar”¹³⁶. A pesar de su distinción, en materia extracontractual, las consecuencias que derivan de uno u otro acto son las mismas. Quien incurre en delito o cuasidelito debe reparar la totalidad de los daños provocados que han logrado probarse en juicio.

4.4. El Nexo Causal

El último requisito de la responsabilidad civil consiste en “establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera – o más concretamente, un daño- debe ser imputado objetivamente a la acción u omisión de una persona”¹³⁷. En consecuencia, este elemento supone una relación de causa y efecto entre el hecho ilícito y el daño.

Entre las distintas teorías que existen para delimitar los eventos que constituyen el nexo causal, en el Ecuador se ha acogido la teoría de la causa adecuada¹³⁸. De acuerdo a esta postura, hay relación de causalidad cuando “una condición es por naturaleza en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado”¹³⁹. Se trata de efectuar un análisis respecto a si era objetivamente posible pensar que determinado hecho provocaría el daño.

Adicionalmente, el nexo causal debe cumplir con ciertas características. Debe ser cierto, directo y no debe verificarse una causal de exoneración. La primera se refiere a que “una simple eventualidad o hipótesis no es la prueba de una culpa o del hecho de una cosa”¹⁴⁰. Por lo tanto, debe existir seguridad respecto a que cierto suceso fue la causa del daño reclamado.

impericia de la siguiente manera: La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso (...). En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado.

¹³⁶ Código Civil del Ecuador...*Óp. cit.*

¹³⁷ Alfredo Orgaz. *La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño*. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2007. p 933

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre, 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. P. 3011. El problema [de la relación causal] ha sido largamente debatido por la doctrina, y ha dado lugar a que se sostengan numerosas y distintas teorías. Teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría, con la que coincidimos, es a la que la mayoría de los tratadistas doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales extranjeros se inclinan. Consiste en dejar en manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho, dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla general y la confianza en la potestad discrecional del juzgador.

¹³⁹ Philippe Le Tourneau. *La responsabilidad civil...Óp. cit.*, p. 82

¹⁴⁰ Phillippe Le Tourneau. *La responsabilidad civil...Óp. cit.*, p. 85

La segunda característica consiste en que el perjuicio sufrido sea consecuencia necesaria del ilícito. De tal manera, que si no se hubiera cometido el hecho, no se habría verificado el daño¹⁴¹. Finalmente, para la existencia del nexo causal es necesario que no se verifique un eximente de responsabilidad que lo destruya. Así, este requisito pierde sustento cuando existe un caso de fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima¹⁴².

III. CAPÍTULO TRES: ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD *PRECONTRACTUAL*

1. Introducción

Una vez estudiada la fase precontractual; los supuestos que deben cumplirse para configurar una responsabilidad en esta etapa y cuál es su naturaleza jurídica, es necesario referirse a las consecuencias que derivan del incumplimiento al deber de buena fe *in contrahendo* ¿Es la culpa precontractual fundamento suficiente para reclamar daños y perjuicios? ¿Cuál es el alcance de su reclamación?

Como se mencionó, en virtud del principio de libertad contractual, el desistimiento de las negociaciones es legítimo. Sin embargo, cuando las tratativas se encuentran avanzadas, se han formado legítimas expectativas, se han realizado gastos razonables y se ha violado el deber de buena fe, parece de toda justicia reconocer a quien se ha perjudicado, la reparación de los daños sufridos¹⁴³. En consecuencia, la distribución del riesgo de los perjuicios en los tratos preliminares se encuentra delimitado por las circunstancias que los ocasionaron.

Si el motivo para la conclusión de una negociación resulta justo, conforme a la buena fe, cada una de las partes soportará las consecuencias de un riesgo que se encuentra siempre inherente cuando no se ha perfeccionado un vínculo jurídico¹⁴⁴. Por el contrario, si los tratantes se encuentran en una negociación en la que se ha fundado una legítima confianza y una de las partes abandona de forma injustificada esta etapa, el riesgo del perjuicio no debe ser distribuido, sino, asumido en su totalidad, por la parte que traicionó la confianza precontractual¹⁴⁵.

En relación a lo mencionado, Lorenzetti manifiesta que:

¹⁴¹ Fernando Fueyo Laneri. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Tercera edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004. p. 467

¹⁴² Phillippe Le Tourneau. *La responsabilidad civil...Óp. cit.*, p. 90

¹⁴³ Guillermo Borda. *Manual de Contratos...Óp. cit.*, p. 45.

¹⁴⁴ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 367.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

toda negociación importa riesgos económicos. Quien las encara ya sabe que puede llegarse al contrato o no, y de ahí que normalmente uno debe pagar por sus propios errores; ésta fue durante muchos años la doctrina aplicable al error unilateral. Pero si se hace un examen de la conducta de la otra parte, puede advertirse culpa, dolo, apartamiento arbitrario, puede haber responsabilidad, por haber creado ilegítimamente una expectativa¹⁴⁶.

Por lo tanto, toda indemnización se encuentra delimitada por los daños que pueden indemnizarse razonablemente como consecuencia de la conducta infractora de quien los provocó. En el caso de la indemnización por culpa *in contrahendo*, el tema no se encuentra zanjado. Por el contrario, existe una serie de discusiones y debates respecto a su alcance. Esto se debe a que la naturaleza propia que envuelve la responsabilidad precontractual exige un estudio específico sobre la reparación de daños y perjuicios por estos supuestos.

2. Alcance de la indemnización

Ihering realizó el primer análisis sobre la reparación por culpa *in contrahendo*. El tratadista alemán distinguió dos tipos de aspiraciones que podría esperar la parte afectada por la defraudación de la legítima confianza¹⁴⁷. Por un lado, estudió el denominado interés de mantenimiento, conocido como interés positivo. Este: “daría derecho al comprador a obtener el dinero equivalente en el caso de haberse celebrado el negocio, partiendo por tanto de la validez del contrato”¹⁴⁸. Por otro lado, analizó el interés negativo, el cual observa la no conclusión del contrato. La indemnización por este supuesto busca restablecer al afectado la situación en la que se encontraría si no hubiese confiando en la validez del negocio¹⁴⁹.

De estas definiciones es posible señalar que la distinción respecto a uno u otro interés se dirige a delimitar la perspectiva que la persona afectada o el juzgador deberán adoptar sobre los daños que pueden exigirse. En consecuencia, lo que habrá que concluir en este estudio es qué resulta más razonable: (i) reparar los costos de la negociación y los beneficios que el negociante afectado esperaba percibir de la celebración del contrato (interés positivo) o (ii) reparar los costos de las tratativas y lo que el negociante afectado dejó de percibir por mantenerse en una infructífera negociación (interés negativo). Adicionalmente, una tesis moderna propone la extensión de la reparación, la cual puede comprender tanto interés positivo, como negativo. De acuerdo a ella, la distinción es irrelevante, pues lo que debe

¹⁴⁶ Ricardo Lorenzetti. *La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación*. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1993. p. 935

¹⁴⁷ Pablo Valés Duque. *Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo...* *Óp. cit.*, p. 19.

¹⁴⁸ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...* *Óp. cit.*, p. 35.

¹⁴⁹ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...* *Óp. cit.*, p. 36.

garantizarse es una “reparación integral”, delimitada únicamente por los presupuestos legales de la responsabilidad civil general.

2.1. El Interés Positivo

De acuerdo a Gonzalo Sozzo, el interés positivo “consiste en reparar todos los perjuicios que acarrea el incumplimiento del contrato en su etapa de ejecución, intentado posicionar al contratante (...) en la misma situación en la que podría estar si el contrato se hubiere cumplido”¹⁵⁰. Rafael Bernard explica que el interés positivo consiste en “recuperar las ganancias que hubiera percibido [el tratante afectado] de haberse perfeccionado el contrato original –la llamada expectativa o interés positivo–¹⁵¹”. Por su parte, Spota lo define como la reparación que comprende todo lo que el acreedor tendría si el negocio fuese plenamente válido¹⁵². De estas manifestaciones, es posible concluir que el interés positivo considera las expectativas como si el contrato se hubiese celebrado. Por ello, incluye los beneficios y rendimiento que se esperaban de él.

Respecto al alcance o contenido de esta reparación, Alonso Pérez manifiesta que el denominado interés positivo o interés en el cumplimiento incluye “todas la ventajas patrimoniales resultantes si el contrato se hubiere celebrado¹⁵³”. Siguiendo este pensamiento, Monsalve Caballero manifiesta que el interés positivo busca “rehacer la situación patrimonial en la que se hallaría el contratante si el contrato se hubiera realizado y cumplido, de ahí que también se denomine el interés de cumplimiento o ejecución del contrato¹⁵⁴”. Ahora bien, cabe cuestionarse si este interés permite “rehacer” una posición patrimonial existente o si por el contrario crea una situación que razonablemente se podía esperar de la conclusión del contrato.

Es necesario aclarar que el interés positivo no se refiere necesariamente a restituir al afectado el equivalente de la prestación o la posibilidad de ejecutar el contrato, dado que de un contrato nulo o inexistente no puede surgir el deber de cumplirlo¹⁵⁵. Por lo tanto, el interés positivo significa reparar al tratante afectado por las expectativas y ganancias que esperaba de la celebración o ejecución del contrato negociado, mas no la prestación en sí misma. No

¹⁵⁰ Gonzalo Sozzo. *Antes del Contrato*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 217.

¹⁵¹ Rafael Bernard Mainar. Responsabilidad ante la ruptura injustificado de los tratos preliminares. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°747. pp. 11-50. p. 30.

¹⁵² Alberto Spota. *Contratos. Instituciones del Derecho Civil...Óp. cit.*, p. 617.

¹⁵³ Mariano, Alonso Pérez. *La responsabilidad...Óp. cit.*, p. 905.

¹⁵⁴ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 372.

¹⁵⁵ Pablo Valés Duque. *Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo...Óp. cit.*, p. 218.

obstante, es posible que en ocasiones, el beneficio mínimo que se espera consista en recuperar la cuantía del contrato discutido. Para ilustrar estas ideas, se tomará un ejemplo ya estudiado en el primer capítulo.

“A” asegura a “B” la obtención de su franquicia si “B” realiza ciertas actividades y procedimientos para adquirir experiencia y se prepara para invertir US\$ 300.000. En los siguientes dos años, “B” se prepara y sigue los lineamientos de “A” para celebrar el contrato. Cuando se encuentra listo para la celebración del contrato, “A” le informa a “B” que la suma de inversión ha incrementado sustancialmente. “B” que no cuenta con la posibilidad de elevar la inversión se encuentra facultado para recuperar de “A” todas las expensas incurridas con el fin de celebrar dicho contrato¹⁵⁶.

En este caso, “B” podría recuperar los costos de negociación, los abogados que intervinieron, documentación y viajes realizados por las tratativas (daño emergente). Adicionalmente, de acuerdo a la teoría del interés positivo, “B” también podría exigir las expectativas sobre los beneficios que esperaba de la celebración del contrato, que como mínimo, sería recuperar la inversión realizada y obtener un rendimiento de ella. Es decir, los US\$ 300.000, más los ingresos habituales que un negocio de este tipo de franquicia obtiene.

En mi opinión, si la reparación al interés positivo consiste en los beneficios que esperaba la parte afectada de la celebración del contrato, esta podría incluso superar el equivalente a la ejecución del contrato. Esto es lógico, pues generalmente los beneficios que un negociante espera de un contrato son entusiastas y se dirigen a que el negocio resulte exitoso. En la mayoría de casos, las personas celebran contratos por la utilidad que les reporta y no esperan una pérdida de aquel acto. Por lo tanto, esta perspectiva positiva podría ser excesiva e incluso escapar del riesgo propio de la negociación y su protección.

Desde esta perspectiva, la indemnización no brinda certeza al sistema de reparación de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual. Como se analizó en el primer capítulo de este trabajo, en la etapa de negociación no surge la obligación de celebrar el contrato. Por lo tanto, indemnizar el beneficio que se esperaba de este acto, escaparía de la protección que el derecho le otorga. Es necesario resaltar que ni la ejecución del contrato garantiza los rendimientos que se esperan de un negocio jurídico, menos podrían asegurarlos las tratativas.

Sin perjuicio de lo expuesto, es posible que en determinadas circunstancias, los beneficios esperados tengan mayor certeza e incluso se conocieran por ambos negociantes. Por ejemplo, si se discute la compra de un bien para revenderlo y ya existen interesados en su venta posterior, es posible considerar como razonables las pérdidas de estos negocios futuros. Por lo

¹⁵⁶ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). *Óp. cit.*, p. 61.

tanto, considero que la teoría del interés positivo no debe descartarse absolutamente, pero su aplicación debe ser excepcional y debidamente fundamentada.

2.2. El Interés Negativo

Cuando Ihering realizó su estudio sobre el alcance de la indemnización para los casos de culpa *in contrahendo*, estableció la limitación al interés negativo o interés de confianza (*Vertrauensinteresse*), como la única medida resarcible¹⁵⁷. Esta postura ha sido acogida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria y así se ha convertido en un estándar internacionalmente aceptado para limitar la reparación de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual.

De acuerdo a Monsalve Caballero, el interés negativo consiste en “reponer, en términos económicos, las cosas al estado en el que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiado en su validez”. Siguiendo esta línea de pensamiento, Oviedo Albán expresa que generalmente se acepta la reparación con limitación al interés negativo, el cual incluye los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la parte afectada¹⁵⁸. De igual manera, Alonso Pérez expresa que el interés negativo consiste en “la necesidad de indemnizar los llamados “daños de confianza”, por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría (...)”.

El primer motivo que sustenta la tesis de limitar la reparación al interés negativo es el análisis sobre el bien protegido en la etapa precontractual. De acuerdo a Oviedo Albán, se ha descartado la aplicación del interés positivo porque el bien protegido no es el beneficio que se esperaba obtener del contrato negociado, sino, la negociación y la conducta de buena fe que se espera de las partes¹⁵⁹. De igual manera, Lorenzetti explica que: “(e)l bien jurídico protegido no es el cumplimiento del contrato (interés positivo) sino la negociación, y por lo tanto, lo que se resarce es la frustración de una expectativa razonable derivada de la confianza en que el contrato se celebraría (interés negativo)”¹⁶⁰

Indiscutiblemente en la etapa precontractual surge un deber de actuar de buena fe. Este deber protege las decisiones adoptadas por los negociantes en virtud de la seriedad del proceso precontractual, la confianza que se forma entre tratantes y la conducta razonable que se espera en dirección a la posible celebración del contrato. Estos, a mi modo de ver, son los bienes protegidos. Por lo tanto, la reparación necesariamente se dirigirá a restablecer la

¹⁵⁷ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 371.

¹⁵⁸ J Oviedo Albán. *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.*,p. 109.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ Ricardo Lorenzetti. *Tratado de los Contratos. Segunda Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 343.*

confianza generada como consecuencia del comportamiento de las partes en el período de negociación.

Para clarificar la idea, me referiré a las consideraciones realizadas por el juzgado de letras de Ángeles de Chile, en el caso, Sociedad inmobiliaria Socovesa Temuco S.A. c. Gerardo Escobar Lamig¹⁶¹. En este caso, la empresa inmobiliaria y el demandado negociaron la compraventa de un inmueble con la finalidad de realizar un proyecto inmobiliario. Las negociaciones iniciaron en el año 2007 y duraron aproximadamente cuatro años. En este periodo, las partes habían discutido el precio y superficie del inmueble sin llegar a un acuerdo concreto. No obstante, fijaron una fecha tentativa para la celebración de una promesa de compraventa. En agosto de 2011, el Sr. Escobar (demandado) informó a la inmobiliaria que un tercero se encontraba en posesión del inmueble, este había realizado una propuesta más provecha que la negociada y por ello invitó a la empresa inmobiliaria a igualarla.

El juzgado resolvió que en este caso no existió culpa *in contrahendo*, debido a que el retiro de las tratativas por una situación más ventajosa informada es razonable y justo. Además, consideró leal y acorde a la buena fe que el señor Escobar comunicara la existencia de una mejor oferta y que haya brindado la oportunidad de igualarla o mejorarla. Debido a que la parte actora no pudo igualarla, el retiro de las tratativas fue justificado.

De este pronunciamiento, es posible resaltar que más allá de las expectativas que tenía la empresa inmobiliaria en la celebración del contrato y los beneficios que recibiría, lo que se protege, a través de culpa *in contrahendo*, es la conducta de las partes en la negociación. Si la conducta fue leal y razonable, el bien jurídico protegido no ha sido vulnerado. En este caso, aunque las expectativas en la celebración del contrato y los beneficios que se reportaría de dicho acto eran razonables, por la seriedad y el largo periodo de negociación, estas no son reparables. El vendedor del inmueble actuó de forma razonable al informar sobre la existencia de otras ofertas por lo que la buena fe en la negociación no fue vulnerada.

Otro caso que nos permite entender el alcance del interés negativo es el resuelto por el Tribunal Supremo español el 16 de mayo de 1988¹⁶². En dicho caso, el Banco de Vizcaya S.A. discutió con uno de sus empleados en las oficinas de Pamplona sobre su trasladarlo a localidad del banco en Miami. Esta negociación fue prolongada, con una seriedad razonable. Es así que las partes acordaron una fecha tentativa en la que se realizaría el traslado e incluso la empresa ofreció una licencia para la cónyuge del empleado por el tiempo que estuvieran en

¹⁶¹ Segundo Juzgado de Letras de Ángeles-Chile. Sentencia No. C-2355-2011, de 16 de mayo de 2014.

¹⁶² TST. Primera Sala de lo Civil. 16 de mayo de 1988. <http://vlex.com/vid/-211947723m> (acceso: 08/09/2015).

Miami. Con estos antecedentes, los cónyuges vendieron sus pertenencias en Pamplona y renunciaron a sus actividades habituales. Un año después, la institución financiera manifestó que el traslado no se realizaría, ofreció una suma para indemnizar los daños, pero los cónyuges rechazaron esa propuesta e iniciaron su demanda. El Tribunal Supremo español aceptó la demanda y condenó al Banco de Vizcaya al pago daños y perjuicios.

La resolución no realiza una motivación adecuada sobre la determinación del monto de indemnización. Sin embargo, es interesante considerar lo que exigía recuperar el trabajador y fue aceptado. En este caso los costos de negociación eran mínimos o inexistentes, pero se solicitó una indemnización por los gastos que se realizaron, debido a la expectativa que tenían del traslado. Por ejemplo, pasajes aéreos, arrendamiento de un departamento en Miami, trámites de visa para Estados Unidos, la licencia ofrecida a su cónyuge, entre otros. Si bien, estos gastos no son inherentes a la negociación, encuentran su fundamento en la confianza que existía entre las partes. En este caso, la indemnización comprende el interés negativo, pues no repara el equivalente al cumplimiento del contrato, ni los beneficios que esperaba de su conclusión, como sería el salario que percibiría del trabajo ofrecido (interés positivo). En este supuesto, se sanciona la conducta desleal del empleador y se restituyen los gastos efectuado por la confianza razonable que existía entre los tratantes.

El segundo sustento de la tesis del interés negativo corresponde a que la reparación por responsabilidad precontractual necesariamente debe ser inferior a la reparación contractual. Mosset Iturraspe y Miguel Piedecosas establecen que en materia precontractual sólo resulta indemnizable el daño al interés negativo o interés de confianza, pues esta limitación al resarcimiento “está impuesta por la necesidad lógica de hacer la responsabilidad precontractual menos intensa que la contractual”¹⁶³. De igual manera, Roberto Brebbia expresa que la perspectiva del interés negativo “resulta de rigurosa y necesaria aplicación (...), pues es el único que permite fijar límites precisos conforme con las reglas que rigen la relación de causalidad, al resarcimiento y distinguirlo a su vez del daño que corresponde indemnizar en el caso de incumplimiento de contrato válido”¹⁶⁴.

En este sentido, Iñigo Maza manifiesta que:

(u)n primer punto es suficientemente claro, atendiendo que no existe contrato, no resulta posible solicitar como lucro cesante la pérdida de utilidad que generó la falta de celebración del contrato. La razón de lo anterior es que si se aceptara no habría demasiada diferencia

¹⁶³ Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecosas. *Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.*, p. 313.

¹⁶⁴ Roberto Brebbia. *Responsabilidad Precontractual en un caso de daño producido durante los preliminares de una compraventa*. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Buenos Aires: La Ley, 1993. p. 952.

entre la responsabilidad precontractual y la responsabilidad contractual cuando se solicita la resolución del contrato más indemnización de perjuicios por incumplimiento imputable¹⁶⁵.

Considero que el segundo motivo expuesto que limita la reparación al interés negativo por la necesidad de considerarla menos gravosa que la responsabilidad contractual es acertado, siempre y cuando, se encuentre solventada la discusión respecto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Si se ha determinado que la naturaleza de la responsabilidad precontractual es autónoma, como se sostiene en el presente trabajo, es razonable que su reparación no alcance o supere la esfera contractual. No obstante, si se considera a la responsabilidad por culpa *in contrahendo* de naturaleza contractual el argumento expuesto carecería de sustento y por el contrario sería razonable aplicar la reparación con perspectiva al interés positivo. Acogiéndome a lo desarrollado en el segundo capítulo de este trabajo, la reparación precontractual debe distanciarse de la responsabilidad contractual y sus alcances. De esta manera, concuerdo que el interés negativo representa una herramienta efectiva para resolver el alcance de la indemnización por culpa *in contrahendo*.

Adicionalmente, la doctrina que apoya la delimitación al interés negativo también encuentra sustento en el artículo 3.2.16 de los principios UNIDROIT. Este se refiere a la indemnización de daños y perjuicios que alcanza la nulidad o anulabilidad de un contrato. El texto de estas directrices prescribe lo siguiente: “(i)ndependientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato”¹⁶⁶. De este artículo podemos destacar algunas condiciones. En primer lugar, los comentarios oficiales sobre este resaltan que la parte que conocía o debía conocer el motivo de anulación, se encuentra obligado a la reparación, independientemente que se haya o no declarado la nulidad del contrato¹⁶⁷. Esta aclaración es de suma importancia para el estudio, debido a que podría surgir el cuestionamiento de qué sucede si un contrato anulable se ha venido ejecutando, qué sucede si las partes han realizado gastos más allá de la negociación, tomando en cuenta que el contrato se encuentra en su etapa de ejecución. Pues bien, estos gastos, de acuerdo a los

¹⁶⁵ Iñigo De la Maza. El retiro unilateral como un caso de Responsabilidad Precontractual. http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N3_Temas_contratos/retirounilateral_responsabilidad_precontractual_InigodelaMaza.pdf . p. 156. (acceso: 24/09/2015)

¹⁶⁶ Principios Unidroit 2010... *Óp. cit.*

¹⁶⁷ *Ibíd.*

principios UNIDROIT, sí se repararían, considerando que se realizaron por una actuación aparentemente legal y razonable de quien conocía o debía conocer el vicio de nulidad.

En segundo lugar, es importante aclarar que si bien los gastos que se realizan por la ejecución de un contrato anulable escapan la etapa de negociación, esto no quiere decir que superan el interés negativo. El artículo 3.2.16 de los principios UNIDROIT exige situar a la parte afectada “en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato”. Esto es precisamente lo que garantiza el interés negativo o de confianza, ubicar a la parte afectada en el lugar en el que se encontraría si no hubiese confiado en la actuación leal de su contraparte. Simplemente nos encontramos ante un supuesto distinto en el que sí existió un contrato e incluso se ejecutó. Sin embargo, lo que se sigue protegiendo es la conducta mantenida en la parte previa a la celebración. Los comentaristas oficiales de los principios UNIDROIT han planteado un ejemplo que permitirá aclarar este planteamiento.

La compañía “A” vende un software a la compañía “B”, la primera sabía o debía conocer que “B” incurría en un error al comprar el software, debido a que era inapropiado para los usos que pretendía. Independientemente de que “B” demande la nulidad del contrato o se siga ejecutando, “A” es responsable por todos los gastos incurridos por “B” en el entrenamiento de su personal para el uso del software, pero no por las pérdidas sufridas por “B” como consecuencia de la imposibilidad de usar el software para los propósitos que intentaba¹⁶⁸.

El ejemplo evidencia que la indemnización por la ejecución del contrato que se entendía válido, también se encuentran limitados al interés negativo. La preparación del personal no es una indemnización por el beneficio que se esperaba por la adquisición del software. Por el contrario, es un gasto razonable en relación a la confianza y en el comportamiento leal de la otra parte hasta ese momento. Claramente el ejemplo propuesto rechaza una supuesta reparación por las ganancias esperadas de la utilización del software o las intenciones que tenía en su utilización, como sería aumentar capacidad de producción. Por lo tanto, los comentaristas oficiales de estas directrices reconocen, que incluso en el caso de un contrato anulable que ya se ha ejecutado, la indemnización por culpa *in contrahedo* tiene alcance en el interés negativo.

Finalmente, la jurisprudencia internacional también se ha pronunciado respecto a la aplicación del interés negativo como una medida razonable para la reparación de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual. Un ejemplo de ello, es el caso Forestales Bio-Bio S.A. c. Madesal S.A.¹⁶⁹. En este caso, las compañías mantuvieron conversaciones por

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ Citado por la Corte Suprema de Chile. Sala Primera de lo Civil. En el caso: Urrea Puentes Cristián c. Corpbanca. Causa No. 218/2011. 12 de abril de 2012. El mismo también fue citado por Corte Suprema de

más de un año destinadas a la celebración de un contrato de compraventa de un conjunto de predios forestales. Para ello, intercambiaron títulos de propiedad, realizaron largos y costosos estudios, efectuaron observaciones a los trabajos, borradores de promesas de compraventa, mandatos e incluso se fijó un día para la suscripción del contrato de promesa de compraventa. El día en que debía celebrarse el contrato preparatorio, el grupo vendedor informó al grupo comprador que se retiraba de las negociaciones, porque habían vendido los predios a una tercera persona que pagó una suma superior a la negociada.

La Corte de Apelaciones de Santiago consideró que el retiro de las tratativas fue abusivo y culpable, dado que no hubo comunicación previa respecto a que simultáneamente se negociaba la venta con otros tentativos compradores. Para los juzgadores, era legítimo que la parte afectada creyera que se encontraba en una negociación seria, de la que se derivaría la celebración del contrato y esto justificó los numerosos gastos efectuados por los negociantes. La Corte manifestó que la indemnización se encontraba limitada a “lo que se ha denominado el interés negativo, es decir los gastos efectivamente causados, y no la ganancia esperada del negocio que se proponían celebrar”¹⁷⁰.

De igual manera, el Tribunal Supremo español en sentencia de 25 de julio de 2014 manifestó que:

en supuestos de responsabilidad extracontractual la indemnización alcanza el interés negativo que da lugar al reembolso de gastos realizados (...). En ningún caso alcanza el interés positivo o pérdida de oportunidades, como el beneficio que podría obtener la parte perjudicada si se hubiese celebrado el contrato. Se trataría tan solo de colocar a la parte perjudicada en aquella situación en que se habría encontrado si la carta de intenciones no se hubiere suscrito.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia también se refirió a la limitación del interés negativo para los supuestos de culpa *in contrahendo*. Así, en sentencia de 5 de julio de 2011 determinó que:

(a)ún en el período preparatorio, los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena en el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente realizados, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama (...) interés negativo o de confianza (...). Ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquéllos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría.

Chile, el 31 de agosto de 2012, Causa No. 3647/2013. También fue citado por Iñigo De la Maza Iñigo y Carlos Pizarro Wilson Carlos. Responsabilidad Civil. Casos prácticos. Séptima Edición. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2012. pp. 47-48

¹⁷⁰ *Ibíd*

Estos pronunciamientos evidencian que ha sido internacionalmente aceptada la teoría del interés negativo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que este permite un alcance efectivo de la reparación de daños por culpa *in contrahendo*. Su aplicación se dirige a establecer una perspectiva clara sobre lo que sería razonable esperar por supuestos de responsabilidad precontractual. Estos son los daños que surgen por la vulneración del deber de buena fe y la defraudación de la confianza depositada en la celebración o validez del contrato. Ahora bien es importante mencionar que dentro de la tesis de la reparación al interés negativo no existe unanimidad sobre su alcance. Se discute si el interés negativo limita la reparación al daño emergente o si este también incluye el lucro cesante.

Autores como Díez Picazo, Moreno Quesada y Manzanares Secades han descartado la indemnización de un posible lucro cesante, acogidos en la supuesta tesis de reparación al interés negativo¹⁷¹. Por ejemplo, Moreno Quesada, siguiendo el pensamiento del profesor Raymond Saleilles, manifiesta que si durante una negociación se presentan ofertas más favorables, tiene un motivo justo para dar por terminada la negociación. Si no lo hace, no puede aprovechar la posterior ruptura de las tratativas para recuperar aquella oportunidad perdida¹⁷². Con ello el autor quiere decir que el tratante que rechazó otras ofertas, asume el riesgo de la pérdida de esta oportunidad por la decisión que tomó en ese momento y no puede beneficiarse de un supuesto lucro cesante para repararla. Por otra parte, Manzanares manifiesta que la dificultad probatoria que implica la reparación de un lucro cesante en materia precontractual sustenta su inobservancia en esta etapa¹⁷³.

En lo personal, disto de lo mencionado por los autores, pues, en primer lugar, si se rechaza otra oferta en el curso de una negociación, lógicamente el principal motivo para ello es el interés en la conclusión del contrato negociado y la confianza que tiene depositada en las tratativas. Por este motivo, el abandono de otras oportunidades es consecuencia directa de la confianza y la lealtad que se espera de su contraparte. En segundo lugar, la dificultad probatoria, a la que se refiere el último autor, no puede restringir el alcance de la indemnización contemplada por la legislación. Por lo tanto, no considero que este argumento sea fundamento suficiente para excluir la aplicación del lucro cesante en materia precontractual o en la aplicación de la teoría del interés negativo. Además, es necesario

¹⁷¹ Pablo Valés Duque. *Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo...* Óp. cit., p. 227.

¹⁷² Bernardo Moreno Quesada. *La oferta de contrato*. Barcelona: Nerea, 1963. p. 57

¹⁷³ Alberto Manzanares Secades. *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*. ACD, 1984.p. 748

considerar que el lucro cesante generalmente presenta dificultades probatorias y esto no ha sido motivo suficiente para excluirlo de la reparación civil en general.

La postura restrictiva del lucro cesante ha provocado críticas a la aplicación del interés negativo. Sin embargo, esta no ha sido generalmente aceptada. Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia han establecido que el alcance del interés negativo comprende la reparación tanto el daño emergente como del lucro cesante por lo que una discusión al respecto, ya se encuentra solventada. Es un principio fundamental en la reparación de daños y perjuicios que esta sea integral. Esto quiere decir que “todos y cada uno de los daños y perjuicios deben ser reparados, sin exclusión ni limitación alguna, salvo lo estipulado por la ley¹⁷⁴”. El artículo 1572 del Código Civil prescribe que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, exceptuándose los casos en que la ley limita la indemnización al daño emergente. En materia precontractual no existe una disposición que limite la indemnización a este daño. Por lo tanto, su reparación, independientemente de su perspectiva, debe considerar también el lucro cesante.

Gran parte de la doctrina ha aceptado abiertamente la reparación del lucro cesante en aplicación del interés negativo. A manera de ejemplo, Rafael Bernard menciona que la indemnización, conforme a la teoría del interés negativo de Ihering, se extiende “tanto al daño emergente (gastos e que incurrió la parte que comenzó la ejecución), como al lucro cesante (pérdidas sufridas por el rechazo de ofertas ventajosas tras haber iniciado la ejecución)¹⁷⁵.” Mosset Iturraspe y Miguel Piedecosas mencionan que el interés negativo se encuentra integrado por “los gastos realizados por el reclamante con motivo de las tratativas o la eventual chance de concretar otro negocio”¹⁷⁶. Alonso Pérez también sustenta lo planteado al establecer que el interés negativo comprende “los gastos que la contraparte hizo en previsión del futuro contrato –viajes, informes periciales, asesoramientos, etc.- , así como las pérdidas ocasionadas por desaprovechar ocasiones favorables de celebrar un contrato con otras personas¹⁷⁷”.

En la práctica también se ha considerado que el interés negativo contiene tanto daño emergente, como el lucro cesante. Por ejemplo, la Corte de Suprema de Colombia, ha manifestado que:

Ante eventos de esa modalidad de “responsabilidad civil”, se ha entendido que el daño lo constituye el llamado por la doctrina “interés negativo”, que comprende,(...), el daño

¹⁷⁴ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 380.

¹⁷⁵ Rafael Bernard Mainar. *Responsabilidad ante la ruptura injustificado de los tratos preliminares...Óp. cit.*, p. 28.

¹⁷⁶ Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecosas. *Responsabilidad Precontractual...Óp. cit.*, p. 313

¹⁷⁷ Mariano Alonso Pérez. *La responsabilidad...Óp. cit.*, p. 905.

emergente proveniente de los gastos o erogaciones realizadas en esa “fase precontractual o de tratos preliminares” y el lucro cesante originado en los beneficios o ganancias que no se han obtenido por haberse desechado opciones ciertas de ingresos para procurar, en su lugar, la celebración del contrato que finalmente resultó frustrado¹⁷⁸.

En razón de lo expuesto, es posible concluir que la tesis de la indemnización por culpa *in contrahendo*, con alcance al interés negativo o interés de confianza, ha sido abiertamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia internacional. En mi opinión, esto se debe a que permite delimitar con facilidad y solvencia el alcance que puede esperarse por supuestos de culpa *in contrahendo*. El interés negativo, lejos de ser una limitación de daños, se configura como una perspectiva acertada respecto a lo que es exigible y reparable, lo cual brinda certeza al sistema. No obstante, considero que su aplicación será ideal siempre y cuando se descarten las posturas que lo restringen al daño emergente, dado que, para su aplicación, es necesario que se encuentre en perfecta armonía con el principio de reparación integral del daño.

2.3. Tesis extensiva de la reparación

Actualmente, existe un desarrollo doctrinario que consideran la distinción del interés negativo y positivo como irrelevante, pues considera que esta no es una verdadera delimitación sobre el alcance de la reparación. Por ejemplo, García Rubio critica la descripción realizada por Ihering, al considerar que estos no se adaptan a los supuestos que escapan la invalidez del contrato, como es el caso de la ruptura injustificada de las tratativas¹⁷⁹. Adicionalmente, sostiene que las locuciones de interés positivo o negativo son expresiones meramente descriptivas que pueden servir para indicar el daño derivado de la violación de deberes precontractuales, mas no determinan el alcance de su reparación¹⁸⁰.

Otro ejemplo del desarrollo de esta discusión son las V jornadas, Bonarenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, e informático de Junín de 1992. En estas, se trataron temas referentes al daño resarcible (precontractual)¹⁸¹. Así, los participantes discutieron respecto a limitación del daño al interés negativo y al interés positivo. La corriente mayoritaria consideró apropiada la aplicación del primero. Sin embargo, surgió una nueva posición, que manifestó

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia Colombia. Sala Civil, 5 de julio de 2011. <http://vlex.com/vid/-306917214> (acceso: 24/09/2015).

¹⁷⁹ María García Rubio. *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 231.

¹⁸⁰ *Íbid.*

¹⁸¹ Roberto Brebbia. *Responsabilidad Precontractual en un caso de daño producido durante los preliminares de una compraventa...Óp. cit.,p. 952.*

que: “no obstante, que ese criterio de distinción significó en su tiempo un avance doctrinario importante, su rigidez y equivocidad lo hacen inconveniente”¹⁸².

El primer sustento de la teoría de reparación extensiva es el principio de reparación integral de daños. En este sentido, Monsalve Caballero manifiesta que:

[los alcances de la reparación] siempre podrán variar dependiendo de las circunstancias de hecho que se generen, prescindiendo entonces de alguna limitación (daño negativo o positivo). Basta con que estén probados todos y cada uno de los presupuestos que generan la responsabilidad precontractual, para entrar a reparar el daño en toda su integridad, con la debida prestación de constatar y probar los perjuicios causados¹⁸³.

Respecto a lo manifestado por el autor, es necesario realizar algunas consideraciones. En primer lugar, comparto que la evaluación de daños y perjuicios indudablemente está vinculada a la capacidad probatoria de los litigantes. No podrá repararse un daño que no ha logrado verificarse en el juicio. Sin embargo, esta postura limita la discusión a un tema procesal de prueba. Esto, desde mi perspectiva, es insuficiente. A lo largo de este trabajo se ha demostrado que la culpa *in contrahendo* es una institución en crecimiento, en la que intervienen varios de los principios más importantes del derecho privado, como la libertad contractual, la buena fe y *neminem laedere*. Por lo tanto, las problemáticas que surgen, como la reparación de daños y perjuicios y la distinción entre interés negativo y positivo, requieren un estudio de fondo. Una vez que la discusión de fondo sobre el alcance de la reparación quede zanjada, lo cual no es el caso, será posible limitarse a una discusión procesal.

En segundo lugar, el autor se refiere a la extensión de la indemnización con fundamento en la reparación integral de daños y perjuicios. Sin embargo, es fundamental aclarar que la distinción entre interés positivo y negativo no limita la reparación integral de daños y perjuicios de ninguna manera. Ambos casos, permiten la reparación de daños patrimoniales y extra patrimoniales y dentro de los primeros, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Como sostuve en la sección anterior, la postura que limita el interés negativo al daño emergente ha sido descartada por la mayoría de la doctrina y para los efectos de este trabajo.

En este sentido, comparto lo manifestado por Alberto Spota:

a nuestro juicio, la teoría de la reparación integral de los daños causados (...) debe prevalecer, lo que no significa adoptar lisa y llanamente la tesis del cumplimiento efectivo o positivo del contrato, ya que no llegó a formarse ese contrato. Se resarce tanto el daño moral como el patrimonial y en el patrimonial tanto el daño emergente como el lucro cesante. Pero no al del daño al interés positivo o de cumplimiento que es el que corresponde por el incumplimiento de un contrato válido sino el daño causado al interés negativo¹⁸⁴.

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 412.

¹⁸⁴ Alberto Spota. *Contratos. Instituciones del Derecho Civil...Óp. cit.*, p. 616.

Si bien la denominación de interés negativo brinda una apariencia limitante que impide una reparación integral, su función se encuentra lejos de dicho supuesto. La finalidad del interés negativo es brindar luces sobre un alcance razonable de lo que el tratante afectado puede esperar, en virtud del bien jurídico protegido y de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Adicionalmente, es fundamental considerar que el principio de reparación integral no es absoluto. Definitivamente es esencial, pero no puede ser aplicado a la ligera y de forma desmedida. Así, el principio responde a la máxima por la que debe repararse “*todo el daño, pero nada más que el daño*” [cursivas en el original]¹⁸⁵.

En general, la reparación de daños y perjuicios cumple una funcionalidad resarcitoria que se centra en la protección a la víctima y exige exclusivamente la reparación de los daños sufridos por ella¹⁸⁶. En virtud de lo expuesto, la reparación integral, dentro de su función resarcitoria, tiene como finalidad que el afectado se posicione en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado¹⁸⁷. Precisamente, la reparación con alcance al interés negativo cumple con esta finalidad, pues como se explicó consiste en situar al negociante afectado “como si las tratativas no se hubieran llevado a cabo”¹⁸⁸.

Adicionalmente, “el *carácter compensatorio* de la reparación de perjuicios (...) *no puede ser objeto de lucro* [cursivas en el original]¹⁸⁹. El principio de reparación integral no puede considerarse como absoluto, sino que se trata de una reparación razonable “que no debe entenderse como una licencia para ensanchar ilimitadamente la noción de daño resarcible”¹⁹⁰. Por lo tanto, a cuenta de reparación integral, no es admisible exigir una situación más beneficiosa que posicione a la víctima en mejores condiciones a las que se encontraba con anterioridad al cometimiento del ilícito. En este sentido Solarte Rodríguez manifiesta:

Si se permitiera que la víctima quedara en mejor situación en relación con la que tendría de no haberse presentado el hecho ilícito, la atribución patrimonial correspondiente a tal excedente no tendría causa jurídica que la justificara, con lo cual, (...), se producirá en el obligado a sufragar tales erogaciones un correlativo empobrecimiento que, igualmente, carecerá de justificación¹⁹¹.

¹⁸⁵ Philippe Le Tourneau. *La responsabilidad civil...Óp. cit.*, p. 68.

¹⁸⁶ Carmen Hidalgo Domínguez. El principio de reparación integral y su contenido: algunas consecuencias para el Derecho Chileno. Estudios de Derecho Civil, 2009. p. 2.

¹⁸⁷ Arturo Solarte Rodríguez. *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. Responsabilidad civil y negocio jurídico. Director: Álvaro Echeverri. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2011, p. 182.

¹⁸⁸ Alberto Spota. *Contratos. Instituciones del Derecho Civil...Óp. cit.*, p. 617.

¹⁸⁹ Fernando Fueyo Laneri. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones...*Óp. cit.*, p. 344.

¹⁹⁰ Carmen Hidalgo Domínguez. *Los Derecho de personalidad y el principio de reparación integral del daño...Óp. cit.*, p. 4.

¹⁹¹ Arturo Solarte Rodríguez. *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo...Óp. cit.*, p. 194.

Si no existe una perspectiva clara de qué es indemnizable por culpa *culpa in contrahendo* e incluso si se permite generalmente la extensión de la reparación al interés positivo, podría devenir en un enriquecimiento injustificado del damnificado, pues comprende “todo lo que el acreedor tendría si el negocio fuese plenamente válido”¹⁹². Es decir, bajo este supuesto, la indemnización no restituye a la parte afectada al momento anterior del que sucedió el ilícito, sino, que lo posiciona en un escenario más provechoso, como si el negocio se hubiese celebrado e incluso como si se hubiese alcanzados los rendimientos esperados por las partes. En consecuencia, la distinción entre el interés negativo y positivo es de suma importancia y constituye una herramienta adecuada para brindar certeza al sistema de reparación de daños.

El tercer fundamento que sustenta la tesis extensiva de la reparación es que no existe normativa que regule el interés negativo. Así, algunos autores sostienen que: “en el caso de los daños causados con ocasión de los tratos preliminares, existen limitaciones de orden doctrinal (por el criterio de los daños negativos) pero más no de orden legal”¹⁹³. “Este principio (interés negativo) que sirve para “medir” la extensión del daño resarcible, es de orden dogmático y no posee una expresión normativa explícita”¹⁹⁴. Al no existir una regulación, los seguidores de la tesis extensiva, consideran que su aplicación es inapropiada. La discusión doctrinaria respecto al alcance de la indemnización es obsoleta, pues deben aplicarse únicamente los presupuestos legales existentes para limitar la responsabilidad civil¹⁹⁵.

Es cierto que el alcance de la indemnización al interés positivo o al interés negativo no encuentra sustento en una norma jurídica. Sin embargo, esto no significa que su aplicación sea inapropiada. Se debe considerar que en general la institución de la culpa *in contrahendo* no se encuentra regulada. De hecho, a lo largo de este trabajo, se ha evidenciado la falta de estudio y normativa al respecto. Sin embargo, este no es argumento suficiente para desconocer su aplicación. El concepto de interés negativo es intrínseco de la culpa *in contrahendo*. Por ello, resulta lógico que si la figura en general no se encuentra regulada, tampoco lo esté el alcance de su indemnización.

Adicionalmente, el argumento de ausencia de regulación no es absolutamente cierto. Por ejemplo, el artículo 3.2.16 de los principios UNIDROIT, que si bien no se refiere expresamente a la locución de “interés negativo”, limita la extensión de la indemnización a lo que en contenido este se refiere [§ III. 2.2]. Adicionalmente, es esencial considerar que la

¹⁹² Alberto Spota. *Contratos. Instituciones del Derecho Civil...Óp. cit.* p. 617.

¹⁹³ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 380.

¹⁹⁴ Gonzalo Sozzo. *Antes del Contrato...Óp. cit.*, p. 227.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

evolución del derecho y de sus instituciones exigen una actualización de los ordenamientos jurídicos. Este es precisamente el caso de la culpa *in contrahendo* y el alcance de su reparación. Concretamente me referiré a distintos proyectos legislativos que demuestran la necesidad de regular la etapa precontractual. Además, estos sí han considerado la reparación con alcance al interés negativo como ideal para el sistema:

- (i) Anteproyecto de Código de Civil de la República de Argentina de 18 de diciembre de 1998¹⁹⁶.

El 18 de diciembre de 1998 fue elevado al Ministerio de Justicia de la Nación un proyecto de Código Civil, unificado con el Código de comercio. En el artículo 920 de este proyecto se regula la tratativas contractuales de la siguiente manera: “artículo 920: *Deber de buena fe*. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo”. Esta propuesta demuestra claramente que se ha discutido con particular relevancia la regulación de la etapa precontractual. Pero especialmente demuestra que el interés negativo es una delimitación óptima para la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad derivada de la culpa *in contrahendo*.

- (ii) *Projet de réforme du droit des obligations* en Francia¹⁹⁷

El 24 de septiembre de 2008, la *Chancellerie* de Francia (Ministerio de Justicia) dio a conocer un proyecto de reforma legislativa en materia de derecho de obligaciones. El proyecto propone la modificación del Título III del Libro III del *Code*. La sección I del Capítulo III se refiere a “La negociación” y su primer capítulo, relevante para este estudio prescribe:

La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres. La conducta o la ruptura culpable de estas negociaciones obliga a su autor a la reparación, sobre la base de la responsabilidad delictual. La culpa ocurrente especialmente cuando una de las partes ha entablado o mantenido negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo.

¹⁹⁶ Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio, edición preparada y coordinada por Aurora Besalú Parkinson. Buenos Aires: Ediciones Centro Norte, 1999.

¹⁹⁷ V. Yves Picod. *Les Projets français sur la réforme du droit des obligations*. Indret, octubre, 2009. El texto de este proyecto se encuentra en http://www.freshfields.com/_download/publications/newsletters/pairs/Chancellerie.pdf. (acceso: 18/09/2015)

Los daños y perjuicios no pueden tener por objeto el de compensar la pérdida de beneficios esperados de un contrato no concluido.

En el primer inciso, nos encontramos ante la regulación del principio de libertad negocial. El segundo, se refiere a uno de los supuestos de culpa *in contrahendo*, en el que la mala fe se evidencia por la falta de seriedad en la conclusión del negocio discutido. En el inciso *in fine*, la propuesta aclara que la reparación no pueden tener por objeto el de compensar la pérdida de beneficios esperados de un contrato no concluido. Es decir, rechaza absolutamente la aplicación del interés positivo por lo que la aplicación del interés negativo resulta acertada.

(iii) Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación de Colombia¹⁹⁸:

En enero de 2009, se publicó un proyecto legislativo en Colombia. Este incluía el artículo 1245, denominado “*De la “Propuesta”*”, el cual expresa en numeral quinto: “La infracción de los deberes que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. (...) la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones”. Podemos observar que en esta propuesta establece el alcance de la indemnización, en “dejar a la parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones”. Esto es precisamente el interés negativo.

Las iniciativas legislativas expuestas, demuestran que si bien no existe una regulación expresa de la culpa *in contrahendo*, ni sobre el alcance de su reparación, existe una necesidad e intención clara de regularlos. En consecuencia, el sustento de ausencia normativa no responde a la realidad jurídica actual, ni a la evolución del derecho y sus instituciones jurídicas. Por lo tanto, me parece insuficiente esta argumentación.

Por último, Valés Duque informa que esta tendencia extensiva de la reparación encuentra su fundamento en las disposiciones del artículo 2:302 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos que se refieren al incumplimiento del deber de confidencialidad en la etapa precontractual y a la reparación que es exigible por este supuesto. Así, dicho artículo establece: “El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte”¹⁹⁹. De acuerdo

¹⁹⁸ Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil: “Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, en Boletín de Información, enero de 2009. pp. 1-70.

¹⁹⁹ Principles, Definitions And Model Rules Of European Private Law., 2005.

al autor, esta disposición muestra que el incumplimiento al deber de confidencialidad precontractual no queda reparado simplemente con el interés negativo, pues “la revelación a tercero o la utilización en beneficio propio da lugar a daños adicionales e incluso un enriquecimiento injustificado, que no quedaría cubierto por la regla del interés negativo. Por ello, este artículo establece un resarcimiento integral (...)”²⁰⁰.

Considero que el autor realiza una interpretación arbitraria del artículo. Esto porque una “indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte” son daños que puede adaptarse perfectamente a la delimitación del interés negativo. El primero, sobre “los perjuicios causados”, es una expresión general que se refiere a aquellos que se aleguen, prueben y sean considerados por el juzgador. De ninguna manera se refieren a una extensión al interés positivo o descarta la aplicación del negativo. En cuando, a “la devolución del beneficio disfrutado” por el infractor, esto es compatible con la reparación al interés negativo, porque su reintegro evita un enriquecimiento injustificado, sanciona la conducta desleal *in contrahendo* y restituye al afectado en la posición en la que se encontraba antes del comportamiento desleal de su contraparte.

En el supuesto, que se considere que este artículo extiende la indemnización por ilícitos precontractuales al interés positivo, aun me parece discutible que sirva de sustento para la tesis de la extensión. El artículo expuesto solo se refiere a un caso especial de culpa *in contrahendo*, el incumplimiento al deber de confidencialidad. Este supuesto, como se mencionó en el capítulo inicial de este trabajo, es de aplicación excepcional. Por regla general los negociantes no tienen una obligación general de guardar reserva sobre la información que se discute en las tratativas. Esto se debe a que normalmente la información que se presenta es irrelevante y no requiere protección, salvo situaciones excepcionales en las que por motivos de persuasión o necesidad técnica se expone información delicada [§ I. 5.2.1].

En conclusión, se ha demostrado que la tesis extensiva de la reparación considera que la limitación del interés positivo y negativo no es acertada o ha perdido vigencia. De acuerdo a esta postura, pueden surgir ocasiones en las que la reparación vaya más allá de la negociación incluso llegue a reparar el interés positivo. En lo personal, considero que la distinción y delimitación entre los diferentes intereses es necesaria. Esta brinda certeza a la indemnización y permite una motivación adecuada respecto a qué daños deben repararse. Además, si se considera que la relación precontractual es de naturaleza autónoma o extracontractual no es posible sostener que la indemnización alcanza a lo que se hubiera percibido si contrato se

²⁰⁰ Pablo Valés Duque. *Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo...Óp. Cit.*, p. 225

hubiese ejecutado. Por ello, la delimitación del interés negativo es necesaria, pues ofrece seguridad y eficacia a la reparación de daños por culpa *in contrahendo*. Este responde a la protección del bien jurídico protegido de esta etapa y mantiene coherencia con el principio de reparación integral de daños y perjuicios. Así, son indemnizables tanto el daño emergente como el lucro cesante, conforme se explicará en la sección a continuación.

3. Contenido de la Reparación precontractual

Como se adelantó, el Código Civil ecuatoriano prescribe que la indemnización de daños y perjuicios patrimoniales contiene tanto el daño emergente, como el lucro cesante. Estos daños se mirarán con una óptica particular en la responsabilidad precontractual.

3.1. El Daño Emergente

El daño emergente consiste “en la disminución o menoscabo del patrimonio del acreedor”²⁰¹ que corresponde a una “pérdida de valores económicos acumulados (...), de existencia patrimonial”²⁰². Su denominación surge porque este nace o tiene principio en el ilícito, es el resultado de ese hecho, provocando que algo que debió percibirse, no se reciba²⁰³. El daño emergente siempre se expresa como una consecuencia del acto ilícito y es una pérdida que la víctima ya tenía. No obstante, es necesario aclarar que incluye tanto daños presentes como futuros²⁰⁴.

Para la determinación del daño emergente precontractual, Iñigo Maza expresa que si fueron anteriores a las tratativas, “la regla general es que no se indemnizan”²⁰⁵. Esto se debe a que no se encuentran causalmente relacionados con lo que sucedió durante las negociaciones, pero si los gastos se realizaron durante las negociaciones, habrá que analizar para quién reportan beneficios²⁰⁶. Si benefician únicamente a quien los realizó, no deben

²⁰¹ Augusto Morello. *Indemnización del Daño Contractual...Óp. cit.*, 397

²⁰² Carlos Ghersi. *Contratos civiles y comerciales...Óp. cit.*, p. 87

²⁰³ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones...Óp. cit.*, p. 344

²⁰³ Carmen Hidalgo Domínguez. *Los Derecho de personalidad y el principio de reparación integral del daño...Óp. cit.*, pp. 464-465

²⁰⁴ Fernando Trazegnies. *La Responsabilidad extracontractual*. Vol. IV. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú. p. 36

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*

indemnizarse²⁰⁷. Por otra parte, si benefician a ambos, será necesario estudiar las condiciones y razones por las que se efectuaron.

Bajo este último supuesto, deberá determinarse si los gastos fueron espontáneos o provocados. Los primeros se realizan generalmente en el ejercicio propio de una actividad. Estos “son los que constituyen un riesgo implícito del negocio, o los ejecutados en interés exclusivo (de quien los realiza)”²⁰⁸. Iñigo Maza los define como aquellas expensas que se realizan sin el consentimiento del otro tratante²⁰⁹. Ejemplo de ellos son: la publicidad o instalaciones en establecimientos comerciales²¹⁰. Por otra parte, los gastos provocados son los que se efectúan por el interés común de los negociantes y debido a los avances de la negociación. Estos requieren “del consentimiento en tratar y, además, que exista una manifestación de voluntad que mueva a efectuarlos o cree la apariencia de que son indispensables para proseguir con las conversaciones”²¹¹. Entre estos gastos se encuentran: viajes, trabajos, preparación de documentos, entre otros²¹². Estos sí son reparables, debido a que surgen de la relación, coherencia y avance de la relación precontractual.

3.2. El Lucro Cesante

Augusto Morello manifiesta que “los perjuicios o lucro cesante consisten en que el acreedor queda privado de una ganancia justamente esperada del cumplimiento de la obligación, la cual puede ser actual o potencial”²¹³. Esto quiere decir que el lucro cesante equivale a lo que la parte afectada podría razonablemente esperar si no hubiese ocurrido el hecho ilícito. Así, habrá lucro cesante “cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”²¹⁴. Trazegnies aclara con precisión el concepto de lucro cesante. Para el autor, este corresponde a “un impedimento” para que la víctima se enriquezca legítimamente²¹⁵. Es un interés “que todavía no es de la persona al momento del daño”²¹⁶.

²⁰⁷ Hugo Rosende. *Responsabilidad Precontractual*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1979. p. 61.

²⁰⁸ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 368.

²⁰⁹ Iñigo De la Maza y Carlos Pizarro. *Responsabilidad Civil. Casos prácticos...Óp. cit.*, p. 52.

²¹⁰ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, p. 368.

²¹¹ Vladimir Monsalve Caballero. *Responsabilidad...Óp. cit.*, pp. 368-369.

²¹² Iñigo De la Maza y Carlos Pizarro Wilson. *Responsabilidad Civil...Óp. cit.*, p. 52.

²¹³ Augusto Morello. *Indemnización del Daño Contractual...Óp. cit.*, p. 397.

²¹⁴ Javier Tamayo Jaramillo. *Tratado de Responsabilidad Civil...Óp. cit.*, pp. 474-475.

²¹⁵ Fernando Trazegnies. *La Responsabilidad extracontractual...Óp. cit.*, p. 37.

²¹⁶ *Ibíd.*

La determinación del lucro cesante, en general, resulta dificultosa. “Por eso incumbe al Derecho lograr la justa separación entre los “*sueños de ganancias*” y *lucro razonable dejado de percibir* [cursiva en el original]”²¹⁷. En el caso de la responsabilidad precontractual, el lucro cesante corresponde a las pérdidas que sufre la víctima por no atender otras negociaciones u oportunidades de beneficio por mantenerse en una negociación desleal. En este sentido, la Corte Suprema de Colombia estableció que en los casos de reparación por responsabilidad precontractual:

a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente que no se trata lucro cesante por incumplimiento de la propia relación comercial proyectada- pues una utilidad de esa naturaleza integran sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto – sino de la pérdida que significa el que, (...) se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso – v. G. La posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto- que e habría reportado ventaja²¹⁸.

El pronunciamiento de esta corte es esencial porque define el lucro cesante por responsabilidad precontractual como la pérdida de una posición económicamente favorable y real. Entonces, el lucro cesante corresponde a la pérdida de otras oportunidades de contratación, así como ganancias que se abandonaron por la confianza en la celebración del contrato frustrado. No obstante, para su reparación, estos deben ser reales. Es decir, que razonablemente se podía considerar que dichas ganancias se percibirían.

4. Análisis del caso *Nifa c. Merck*²¹⁹

En el Ecuador, el desarrollo jurisprudencial respecto a la culpa *in contrahendo* es escaso. Probablemente, esto se debe a la complejidad del tema, a su falta de regulación y al poco desarrollo académico sobre la materia. El 10 de noviembre de 2014, la Corte Nacional de Justicia resolvió el caso *PROPHAR S.A., antes IDUSTRIA FARMACÉUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA) contra MERCK SHARPE DOHME CORPORATION (MERCK)*²²⁰. Este es el precedente más relevante en el Ecuador en relación a la culpa *in contrahendo*, ya que en él se discuten temas relevantes sobre la materia.

²¹⁷ Fernando Fuego Laneri. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones... *Óp. cit.*, pp. 465-466

²¹⁸ Corte Suprema de Colombia. Casación Civil, 23 de noviembre de 1989. G.J. t. CXVVI, 2º, semestre de 1989, p. 123.

²¹⁹ Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 199-2014. Quito, 10 de noviembre de 2014.

²²⁰ Luis, Parraguez. Responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares. *Iuris Dictio*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2015, pp. 205-209.

4.1. Hechos del caso

NIFA, una compañía farmacéutica del Ecuador, se encontraba interesada en el crecimiento y diversificación de su producción. Para ello, requería expandir su estructura industrial. Desde el año 2001, mantenía contacto con *Good Manufacturing practices S.A.*, compañía que envió una oferta para realizar las ampliaciones necesarias a la fábrica y las demás obras de ingeniería. Además, se negoció con un arquitecto la elaboración de planos arquitectónicos y la realización de la construcción de las obras en la nueva planta. No obstante, estos proyectos se detuvieron, debido a que en febrero de 2002, NIFA inició conversaciones con MERCK (otra compañía farmacéutica), quien hizo conocer a la primera sobre su interés en vender su planta industrial. Las tratativas avanzaron sobre puntos de suma importancia como aquellos relativos al precio del inmueble, entrega de información sensible de las compañías, entrega de documentos habilitantes, presentación de ofertas, información de financiamiento, información sobre plan de negocios, entre otros.

Hasta el momento, todo parecía legítimo y encaminado a los fines de celebrar el contrato de compraventa. Sin embargo, después de un año de negociación, MERCK planteó una nueva pretensión en la que solicitaban a NIFA que se abstuviera de vender una serie de medicamentos por cinco años. NIFA no aceptó estas condiciones propuestas y por ello MERCK informó que las negociaciones habían terminado. NIFA demandó a MERCK por el abandono de las negociaciones, su pretensión consistió en el pago de US\$ 200.000.000 a su favor, debido a que su programa de crecimiento se vio frustrado. Por su parte, MERCK sostuvo que fue legítimo dar por concluidas las negociaciones con fundamento en que jamás se perfeccionó un contrato y por lo tanto no surgieron obligaciones para las partes. De acuerdo a la demandada, ambos negociantes, en cualquier momento, pudieron terminar las tratativas “sin alegar motivo alguno”.

4.2. Reparación condenada

En sentencia de 17 de diciembre de 2007, la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha dicta resolución, en la que condena a MERCK al pago de US\$ 200.000.000. A su criterio, la conducta de la demandada constituía una práctica anticompetitiva y por lo tanto un ilícito

civil²²¹. La Corte Provincial de Justicia, en sentencia de 23 de septiembre de 2011, confirma la decisión de primera instancia en cuanto al fondo de la controversia, pero reforma el monto de la indemnización a US\$ 150.000.000. El 10 de noviembre de 2014, la Corte Nacional de Justicia, casó parcialmente la sentencia y condenó a la parte demandada al pago de US\$ 7.723.471, 81²²² En el considerando décimo de la sentencia de casación, denominado “De las indemnizaciones”, la Corte condenó a MERCK al pago de los siguientes valores:

Por concepto de daño emergente:

- 1) los gastos en los que incurrió NIFA a fin de obtener el crédito para la compra de la planta industrial de MERCK, cuantificado en US\$ 48.000.000.
- 2) Gasto de US\$ 200.000 por un informe realizado por Dun and Bradstreet.

Por concepto de lucro cesante:

- 3) Cálculo y proyección de valores de venta (de los medicamentos). Se señala que en el 2003, tuvo un valor de US\$ 4. 133.833, 24
- 4) El valor de productos nuevos US\$ 2. 039.638, 57
- 5) Considera el valor de la última oferta presentada para la adquisición del inmueble US\$ 1.500.000

4.3. Conclusión

Para resolver, la Corte se refirió, en reiteradas ocasiones, a la doctrina de la indemnización con alcance al interés negativo. Por ejemplo, en el considerando octavo menciona: “la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño – o sea, el llamado interés contractual negativo”. En el considerando décimo expresa: “El daño del interés negativo consiste en el perjuicio que el sujeto sufre por haber inútilmente confiado en la conclusión en la validez del contrato (...) en cuyos casos será resarcible por las eventuales pérdidas de ocasiones dejadas de celebrar con personas serias y correctas, en los mismos términos y condiciones negociadas”. Como se estudió en este capítulo, el interés negativo consiste en reparar los daños efectivamente causados en la negociación frustrada o como producto de ella (daño emergente) y la pérdida de beneficios reales u otras oportunidades de contratación por continuar el infructífero proceso de negociación (lucro cesante). Por lo tanto, a continuación se estudiará si esta teoría se aplicó de forma adecuada.

Respecto a la reparación de daño emergente no hay mucho que discutir. Es claro que se condena al pago de gastos en los que efectivamente incurrió la parte actora en la negociación,

²²¹ El sustento legal fue el numeral 3 del artículo 244 de la Constitución de 1998, el cual prescribía: Artículo 244 Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: numeral 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen. Mientras que el resarcimiento de daños y perjuicios se sustenta por el artículo 2214 del Código Civil

²²² Con un voto salvado que negó el recurso de casación.

como la elaboración de informes y gastos para obtener el crédito necesario. Por lo tanto, la condena de la Corte, en este sentido, es acertada. Además, por este rubro pudieron incluirse otros gastos necesarios, como reproducción de documentos habilitantes, pago de abogados, intercambio de estudios e información, entre otros. Sin embargo, estos no fueron solicitados y por lo tanto se encuentra fuera de discusión.

Respecto al lucro Cesante, es necesario dividir el análisis en dos partes. En los numerales 3 y 4, la Corte condena a MERCK al pago de las “proyecciones de venta y valor de productos nuevos”. Estos son considerados como las ganancias que el tratante afectado dejó de percibir por mantenerse en la negociación frustrada. Ahora bien, es cuestionable cuál era la certeza respecto a que se iban a percibir dichos beneficios. NIFA tenía un proyecto de expansión de producción tiempo atrás de iniciar la negociación con MERCK. Este incluía el crecimiento de la fábrica y contenía estudios de mercado sobre la venta en aumento de su producción. En consecuencia, las proyecciones de venta, consideradas en los numerales 3 y 4 no constituían un beneficio o rendimiento esperado del contrato con MERCK, sino, una ventaja o utilidad que se esperaba con anterioridad y que se vio frustrada por el comportamiento de MERCK en las tratativas.

En consecuencia, es probable que si NIFA no hubiera negociado con MERCK, hubiese alcanzado su proyecto de expansión y las ventas esperadas. Esto fue precisamente lo que sostuvo la Corte Nacional de Justicia. Además, acertadamente dicha autoridad redujo el monto condenado en instancias inferiores, en las que se consideró un peritaje para determinar las pérdidas de venta de medicamentos sobre una proyección desde el 2003 al 2018. Para la Corte de casación bastaba para:

establecer el lucro cesante, los valores que dejó de percibir (NIFA) POR EL AÑO 2003 en que se dieron por terminadas las negociaciones, tiempo en el cual (NIFA), podía adquirir otra planta o ampliar la suya, pues la compañía accionante no ha dejado de existir o producir por esta negociación fallida, es natural que por la finalización de las negociaciones con MERCK, haya retrasado su crecimiento pero no lo paralizó”.

En mi opinión, la decisión de la Corte es válida respecto a tomar en cuenta solo los daños sufridos por el período de negociación infructífero, pues es evidente que en ese período se detuvo injustificadamente el proyecto de expansión. Sin embargo, la afectación no podría razonablemente perdurar hasta 15 años con posterioridad al cometimiento del ilícito.

Es cierto que NIFA emprendió este proyecto con anterioridad a la negociación y que la utilidad esperada tenía sustento probatorio en los estudios de mercado realizados por los analistas de la compañía. Sin embargo, considero que es, al menos, cuestionable, la certeza de estos daños. Esto debido a que nada garantizaba que la expansión de su propia fábrica o que la

adquisición de la fábrica de MERCK, iba a generar el rendimiento de los estudios de mercado presentados. Es verdad que toda reparación por lucro cesante presenta dificultad sobre su certeza. No obstante, considero que el análisis de los posibles contingentes y probabilidades son necesarios para garantizar un juzgamiento adecuado. Por lo tanto, en mi opinión, la frustración de la producción de NIFA sí es un daño reparable por culpa *in contrahendo*, puesto que el proyecto se detuvo por la expectativa que se tenía en la adquisición de la fábrica de MERCK y además esta última tenía pleno conocimiento de él. Sin embargo, el monto condenado por la Corte Nacional de Justicia es incierto, debido a que no toma en consideración la posibilidad de que estos rendimientos no se hubieran alcanzado por circunstancias ajenas a la frustración de la negociación. Para que la condena se acercara a la realidad, la Corte debió calcular la probabilidad de ganancia, mas no la totalidad de ella.

En cuanto al rubro número 5, “valor de la última oferta sobre el inmueble”, considero que es inaceptable su indemnización. El valor de la última oferta sobre el precio de la fábrica de US\$ 1.500.000 es, *mutatis mutandis*, el valor del contrato que se esperaba celebrar. Este es el monto que se consideró para la venta del inmueble en la negociación. Por lo tanto, la Corte condenó a MERCK al equivalente del pago del precio de un contrato de compraventa que jamás se celebró. Esto, a todas luces, escapa la responsabilidad precontractual, pues considera como indemnización a la cuantía del contrato que se discutía y que no existió. De todo el análisis expuesto en este trabajo, se ha demostrado acabadamente que el interés negativo no puede reparar el equivalente al contrato negociado, porque el solo hecho de encontrarse en una negociación de ninguna manera representa una garantía de su celebración.

Por todo lo expuesto, puedo concluir que el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia en el caso NIFA contra MERCK representa un avance jurídico sustancial. La Corte analizó temas de gran importancia para el desarrollo de la culpa *in contrahendo*. Sin embargo, también demuestra la falta de estudio, análisis y conocimiento que existe en esta materia. Principalmente, sobre la necesidad de determinar con certeza el alcance de la reparación de daños y perjuicios. En este caso, el monto de la indemnización fue incorrecta por incluir el valor total de ventas esperadas y no la probabilidad de que estas se efectuarían. Además, condenó al pago del total de un contrato que jamás existió, lo cual escapa de la protección precontractual. Por estos motivos, el trabajo presentado es de suma importancia, pues aporta una solución respecto a la determinación y motivación que se debe considerar para exigir la indemnización por culpa *in contrahendo*. Solo así, se evitará que se obligue al pago de daños inciertos y que se genere un enriquecimiento injustificado para el tratante afectado.

IV. CONCLUSIONES

1. La etapa precontractual consiste en las tratativas negociales y la oferta. La primera consiste en todos los acercamientos y declaraciones que realizan los futuros contratantes para presentar sus intereses, preocupaciones en la contratación, mas no existe una declaración suficiente para generar un vínculo contractual.
2. Por otra parte, la oferta es una manifestación unilateral de la voluntad que produce efectos jurídicos propios, al contener la intención seria de obligarse por parte del proponente y al ser completa, la sola aceptación del destinatario forma el consentimiento de contratar.
3. La relación que surge en esta etapa exige una protección jurídica. Así, rige el deber superior de buena fe, el cual se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a nivel constitucional, legal y jurisprudencial por lo que debe observarse durante todo el *iter contractus*.
4. De la buena fe derivan otros deberes secundarios precontractuales, esto son: (i) el deber de información; (ii) el deber de confidencialidad; (iii) el deber de preservación y (iv) el deber de no dilatar innecesariamente o abandonar injustificadamente las negociaciones. De esta manera, la culpa *in contraendo* evita la frustración de expectativas razonables que se han generado por la confianza entre tratantes.
5. La naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual es autónoma. No obstante, al no estar regulada su aplicación encuentra sustento en la responsabilidad extracontractual. Para la configuración de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, deberán verificarse los presupuestos generales de la responsabilidad civil, estos son: (i) el cometimiento de un hecho ilícito; (ii) la verificación de un daño directo, cierto y que no haya sido reparado; (iii) el elemento intencional que consiste en culpa o dolo de quien provocó el daño y (iv) el nexo causal entre los dos primeros.
6. El alcance de la indemnización de daños y perjuicios por culpa *in contrahendo* debe considerarse con una perspectiva que brinde certeza y verdadera protección a los negociantes. La aplicación del interés positivo considera los beneficios o rendimientos que se esperaban del contrato negociado. Esto excede la protección precontractual, por lo que su aplicación no resulta adecuada, salvo casos excepcionales en los que se logró probar la certeza de estos beneficios.
7. Por el contrario, la aplicación del interés negativo precontractual es un estándar internacionalmente aceptado que se adapta de manera idónea a la institución de la culpa *in*

contrahendo. Así, garantiza la protección del bien jurídico protegido en la etapa preliminar, restablece la defraudación de confianza entre negociantes y mantiene total armonía con el principio de reparación integral.

8. El interés negativo comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante. El primero consiste en restablecer a la parte afectada únicamente los gastos y costos en los que incurrió razonablemente durante las tratativas. Mientras que el lucro cesante consiste en la pérdida de otras oportunidades de negocio o beneficios reales que se frustraron por continuar en un proceso infructífero de negociación.
9. En el Ecuador, no existe mayor regulación normativa y jurisprudencial en la materia. Recientemente, la Corte Nacional de Justicia emitió un pronunciamiento relevante para este estudio. El caso NIFA c MERCK representa un avance sustancial en materia de responsabilidad precontractual, pues en él se analizaron temas de gran importancia para el desarrollo de esta institución. Sin embargo, también demuestra la falta de análisis y conocimiento que existe en esta materia.

V. BIBLIOGRAFÍA

Cuerpos Normativos

Código Civil de Bolivia. Decreto Ley No 12760 de 06 agosto de 1975

Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005

Código Civil de Perú. Decreto Legislativo No 295. 24 de julio de 1984

Código de Comercio del Ecuador. Registro Oficial Suplemento. No.1202. 20 de agosto 1960.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento. 506, 27 de mayo de 2015

Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Ratificada por el Ecuador el 27 de enero de 1992.

Ley de Propiedad Intelectual. R.O.S. 426 de 28 de diciembre de 2006.

Principios UNIDROIT, sobre los contratos comerciales internacionales, 2010

Principles, Definitions and Model Rules Of European Private Law, 2005.

Jurisprudencia

Chile

Corte Suprema de Chile. Sala Primera de lo Civil. Causa No. 1872/2010, 29 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Chile. Sala Primera de lo Civil. En el caso: Urrea Puentes Cristián c. Corpbanca. Causa No. 218/2011. 12 de abril de 2012

Segundo Juzgado de Letras de Ángeles de Chile, 16 de mayo de 2014. Sentencia No. C-2355-2011

Colombia

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación Civil, 23 de noviembre de 1989. G.J. t. CXVVI, 2º, semestre de 1989

Corte Suprema Colombia. Cas. Civ. Exp. 6416. 2 de agosto de 2001

Corte Suprema de Colombia. Sala civil. Causa No. 1998- 10363-01, 19 de diciembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia Colombia. Expediente. 6151. Citada en: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Expediente: 2000-00183-01 de 05 de julio de 2011.

Ecuador

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre, 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. p 3011

Corte Suprema del Ecuador. Expediente No. 229- 2002, publicado en R.O. No. 43 de 19 de marzo de 2003

Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial No. 162, 5 de abril de 2003; Corte Suprema de Justicia Ecuador. Expediente de Casación 20. Registro Oficial No. 58 de 9 de abril de 2003.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial Suplemento No. 423, 11 de septiembre de 2008.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 199-2014, 10 de noviembre de 2014.

Tribunal Andino de Justicia, proceso 65-IP-2004, Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literales d), h) y l), 83 literales a) y d), 95, 113 literal c) y 128 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Registro Oficial No. 62, 18 julio de 2005.

Tribunal Andino de Justicia, proceso 96-IP-2002, Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Registro Oficial No. 55, 4 de abril de 2003.

España

TST. Primera Sala de lo Civil. 16 de mayo de 1988. <http://vlex.com/vid/-211947723>

TST. Sentencia No. 527/1999. Sala 1ª de los Civil, 14 de junio de 1999.

Doctrina

Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. Edisofer SL, 13ª. edición, Madrid 2008.

Alessandri, Arturo. *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*. Bogotá: Ediciones Librería Del Profesional, 1983

Abeliuk, René. *Las Obligaciones*. Santiago: Ediar Editores Ltda, 1983

Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006.

Bernard Mainar, Rafael. *Responsabilidad ante la ruptura injustificado de los tratos preliminares*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N°747. pp. 11-50.

Betti, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

Borda, Guillermo. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998

Brebbia, Roberto. *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Zavalía, 1957

- Brebbia, Roberto. *Responsabilidad Precontractual en un caso de daño producido durante los preliminares de una compraventa*. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Buenos Aires: La Ley, 1993. P. 952
- Bush et. Al. *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*. Kluwer Law International, 2002. p. 132.
<https://books.google.com.co/books?id=fV1Ae0-t488C&pg=PA132&lpg=PA132&dq=confidentiality+duty+contract&source=bl&ots=o415aGyI2v&sig=lakFJ86NfyaPoVA1S4baAjC5hbU&hl=es&sa=X&ved=0CGsQ6AEwCWoVChMIqsCk2r-zxwIVg9ceCh27Dwse#v=onepage&q=confidentiality%20duty%20contract&f=false>
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo X. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992
- Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil: “Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, en Boletín de Información, enero de 2009.
- De la Maza, Iñigo. El retiro unilateral como un caso de Responsabilidad Precontractual.
http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N3_Temas_contratos/retirounilateral_responsabilidad_precontractual_InigodelaMaza.pdf
- De la Maza Iñigo y Pizarro Wilson Carlos. *Responsabilidad Civil. Casos prácticos*. Séptima Edición. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2012.
- Diez Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo V. La Responsabilidad extracontractual. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- Duci Claro, Carlos. *Derecho Civil*. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Estevill, Luis Pascual. *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995.
- Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Tercera edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004
- García Rubio, María. *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Gherzi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales*. Parte General y especial. Tomo I. 2da edición. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- Goldenberg, Hisidoro. *La Responsabilidad Civil. Ensayo de Sistematización*. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1308-2007
- Martijn, Hesselink. The Concept of Good Faith in European Private Law.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1762630
 (acceso: 15/07/2015)

- Hidalgo Domínguez, Carmen. El principio de reparación integral y su contenido: algunas consecuencias para el Derecho Chileno. Estudios de Derecho Civil, 2009
- Huber, Peter y Mullis, Alastair, *The CISG*. München: Sellier, european law publishers, 2007.
- Jaramillo, Carlos Ignacio, Jaramillo J. *La conducta observada por los contratantes y su incidencia en la interpretación del contrato*. Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramirez. Tomo I. Lima: IDEMSA, 2011
- Lacruz, José, Luna, Agustín y otros. *Derecho de las Obligaciones*. Volumen II. Teoría General del Contrato. Segunda Edición. Barcelona: Bosch, 1987.
- Largo Taborda, Adriana. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación contemporánea*. Universidad de Antioquia, 2012.
- Le Tourneau, Philippe. La responsabilidad civil. Traductor: Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Ed. Legis, 2004
- Lorenzetti, Ricardo. *Tratado de los Contratos*. Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.
- Lorenzetti, Ricardo. *La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación*. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1993
- Monsalve Caballero, Vladimir. *Responsabilidad Precontractual*. Bogota: Ibañez, 2010.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel. *Responsabilidad Precontractual*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Manzanares Secades, Alberto. *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*. Madrid: ADC, 1984.
- Mazeaud, Henri, Mazeaud León y Tunc, André. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Volumen 1. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957
- Medina Alcoz, María. *Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*. Ed. Forum, Lima, 2006.
- Moreno Quesada, Bernardo. La oferta de contrato. Barcelona: Nerea, 1963
- Morello, Augusto. Indemnización del Daño Contractual. Tercera edición. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perro, 2003.
- Neme Villarreal, Martha. *Buena Fe Subjetiva y Objetiva Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. Profesora de derecho civil y romano de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. pp.48-49
<http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/MarthaNeme.pdf>

- Ordoqui Castilla, Gustavo. *Buena Fe en los Contrato*. Bogotá: Temis, 2011. pp. 21-23. https://books.google.es/books?id=VHAYQxWg8csC&printsec=frontcover&dq=buena+fe&hl=es&sa=X&ved=0CCEQ6AEwAGoVChMIqJuo87eSxwIVyKYeCh2_dwub#v=onepage&q=buena%20fe&f=false.
- Orgaz, Alfredo. La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Oviedo Albán.J. *Tatos Preliminares y Responsabilidad Precontractual*. La Formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación. Bogotá: Temis, 2008
- Parraguez, Luis. Régimen de los Derechos Reales. Primer Borrador. Quito: Universidad San Francisco de Quito. Material asignatura Objetos del Derecho, II semestre 2013-2014.
- Parraguez Ruiz, Luis. *Régimen general del negocio jurídico y del contrato*. Primer Borrador, inédito, manual usado para la asignatura Negocio Jurídico dictado en la USFQ. Quito, 2013
- Parraguez, Luis. Responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares. Iuris Dictio. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2015
- Pérez, Mariano Alonso. *La responsabilidad Precontractual*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N. 485, 1971
- Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio, edición preparada y coordinada por Aurora Besalú Parkinson. Buenos Aires: Ediciones Centro Norte, 1999.
- Racciatti, Hernán. El Daño Cierto y la Manera de repararlo. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 1996.-2007
- Rodríguez, Pablo. Responsabilidad contractual. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2012
- Tamayo Jaramillo, Javier. *La obligación de lealtad durante el período precontractual*. Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2003.
- Schlechtriem y Schwenzer. *Commentary On The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)*. Tercera edición. Oxford: Oxford, University press, 2010.
- Solarte Rodríguez, Arturo. *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. Responsabilidad civil y negocio jurídico. Director: Álvaro Echeverri Uruburu. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2011
- Solarte Rodríguez, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Universitas, No. 108. Bogotá: Pontifica Universidad Javerian, diciembre 2014.
- Spota, Alberto. Contratos. Instituciones del Derecho Civil. 2da Edición. Buenos Aires: La Ley, 2009.

Sozzo, Gonzalo. *Antes del Contrato*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

Stiglitz Gabriel y Stiglitz Rubén. *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1992

Trazegnies Fernando. La Responsabilidad extracontractual. Vol. IV. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú

Valés Duque, Pablo. *La Responsabilidad Precontractual*. Madrid: Reus, 2012. p. 49.

Vallejo, Felipe. El concepto de buena fe en los contratos. Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2003

Von Ihering, Rudolf. *Culpa in contrahendo oder Schafensersatz bei nichtigen oder nicht su Perfection gelangten Verträgen*. Digitale Bibliothek des Max- Planck- Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, 1861.

V. Yves Picod. Les Projets français sur la réforme du droit des obligations. Indret, octubre, 2009. El texto de este proyecto se encuentra en http://www.freshfields.com/_download/publications/newsletters/pairs/Chancellerie.pdf.

Yagüez, Ricardo de Ángel. *Lealtad en el período precontractual*. Anuario de Derecho Civil. Tomo LXIII, Fascículo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 2010.