



Universitas

ISSN: 0041-9060

revistascientificasjaveriana@gmail.com

Pontificia Universidad Javeriana

Colombia

Monsalve Caballero, Vladimir
EL COMPORTAMIENTO DEL CONTRATANTE COMO DETERMINANTE PARA LA CALIFICACIÓN
DE LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES: VISIÓN DESDE EL DERECHO
EUROPEO

Universitas, núm. 119, julio-diciembre, 2009, pp. 251-278

Pontificia Universidad Javeriana

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82515353016>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**EL COMPORTAMIENTO DEL CONTRATANTE
COMO DETERMINANTE PARA
LA CALIFICACIÓN DE LA RUPTURA
INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES:
VISIÓN DESDE EL DERECHO EUROPEO***

**CONTRACTOR'S BEHAVIOR AS A DETERMINANT
TO ASSESS THE UNJUSTIFIED RUPTURE OF
NEGOTIATIONS: A VISION FROM EUROPEAN LAW**

*Vladimir Monsalve Caballero***

Fecha de recepción: 24 de julio de 2009

Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2009

* El presente artículo es el primer avance de investigación del proyecto “Responsabilidad precontractual y deberes secundarios de conducta”, adelantado por el Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP) de la Universidad del Norte, cuyo investigador principal es el autor de este artículo.

** Abogado. Especialista en Derecho Comercial y Financiero. Máster Oficial en Regulación Económica de la Universidad de Salamanca (España). Doctor sobresaliente cum laude en Derecho de la misma universidad. Coordinador de investigaciones y director del GIDCEP Categoría A COLCIENCIAS, de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte de Barranquilla.
Correo electrónico: vmonsalve@uninorte.edu.co.

RESUMEN

El presente artículo demuestra cómo el comportamiento de las partes genera efectos jurídicos en la fase de formación contractual denominada *tratos preliminares*. Para lo anterior, se hace un análisis legal y doctrinal sobre el actual concepto de la autonomía de la voluntad y su exteriorización, estudiando las implicaciones y el alcance de la teoría de la apariencia eficaz reconocida por los tribunales europeos, en aquellas circunstancias en las que lo exteriorizado no concuerda con el proceder de una de las partes, dando lugar a proteger a aquel que ha confiado legítimamente en la inminente celebración de un contrato.

Palabras clave: *culpa in contrahendo*, formación contractual, deberes secundarios de conducta, teoría de la confianza legítima, coherencia, responsabilidad precontractual.

ABSTRACT

This paper demonstrates how the behavior of the parts within a contract has legal effects in the contract phase named “preliminary treatment”. In this sense we perform a legal and doctrinal analysis of the concept of free will and its exteriorization, considering the implications and scope of the effective appearance theory accepted by European courts for such cases where the exteriorized behavior does not agree with the procedure of one party generating a need to protect the other that has legitimate expectation over the imminent celebration of a contract.

Keywords: *culpa in contrahendo*, training contractual obligations associated with behavior, theory of self-confidence, consistency, torts.

PRESENTACIÓN

En el derecho privado, a diferencia de las demás ramas, se puede afirmar que la conducta de los particulares tiene trascendencia jurídica, ya que los actos sobrevenidos sin duda pueden tener efectos vinculantes (siendo esto ley para las partes), y no existe actividad humana voluntaria que no pueda incluirse dentro del concepto de la *autonomía privada*¹.

La autonomía de la voluntad fue considerada desde siempre como una atribución del sujeto, ya que, según la libertad que le asistía, todo dependía de su voluntad privada (así, voluntad era igual a la ley). La posibilidad de dos o más personas de quedar obligadas por su propia iniciativa significa el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Lo anterior encarna que en principio todo particular puede contratar con quiera, cuando quiera y como quiera²; sin duda ésa era la concepción que defendía la escuela individualista, aquella que promulgaba que el hombre era el fin del derecho y que la sociedad así debía servirle³.

La libertad contractual con el transcurso del tiempo fue limitándose, ya que los códigos europeos que la proclamaban fueron insertando en sus diferentes textos legales limitantes o cláusulas de cierre. Estas restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad privada forman un denso capítulo en la historia del derecho moderno. Hoy día, los límites que resultan de proclamación del principio y que han hecho que incluso la misma jurisprudencia⁴ lo tilde como individualista y que se encuentra infiltrado cada vez más de una necesaria inclusión de elementos éticos y sociales de tono imperativo (que de modo general disciplinan las relaciones de derecho privado). El cambio de concepción lleva a aceptar que en la actualidad la autonomía de la voluntad ya no es un instrumento de elaboración del derecho, sino de realización⁵.

No obstante, los Estados han perpetuado en sus códigos la posibilidad de creación de normas jurídicas no sólo del legislativo, sino de los particulares y, por tanto, es la autonomía privada, el medio idóneo para su concreción. Es entonces, en la ley de la oferta y la demanda, donde el hombre de acuerdo

1 A excepción de la actividad atribuible al Estado y a las personas públicas en general.

2 Pero básicamente la afamada libertad contractual se manifestaba de cuatro formas: la libertad para no celebrar un contrato, la libertad para celebrarlo, la libertad para rehusarse a contratar y la libertad para elegir el cocontratante.

3 La escuela individualista defendía que el hombre nace libre, y se vincula a la sociedad por el contrato, así nadie mejor que el mismo individuo para defender sus propios intereses, puesto que el Estado por sus propios medios se debe encargar de garantizar los derechos subjetivos, siendo estos absolutos e ilimitados. Para ver más, Gounot, E., *Le principe l'autonomie de la volonté en droit privé*, en *Etude critique de l'individualisme juridique*, 11 y ss. (Payot, París, 1954), Waline, M., *L'individualisme et le droit*, 176 y ss. (Domat, Montchrestien, 1949), quien sostiene: "[...] qui dit contractuel, dit juste".

4 S. T. S. de 2 de abril de 1946 (R. J., 1946, 403).

5 Gounot, E., óp. cit., 33., afirma: "La volonté est l'organe d'exécution du droit, l'instrument indispensable de sa mise en œuvre".

a sus propias necesidades comienza a desarrollar la creación de un eventual contenido normativo. Y es justo en los tratos preliminares, en esos primeros acercamientos, en esos contactos donde las partes, con miras en la celebración de un futuro contrato, reflexionan, estudian la conveniencia o no de la celebración de un eventual acuerdo ley.

Cuando los sujetos se apartan de los primeros contactos, ocasionando una ruptura de las negociaciones, estamos frente a un abandono a ese acercamiento que tuvieron con ocasión de la celebración de un eventual negocio. Es en este momento en el que entra en juego el principio de la autonomía de la voluntad, y en concreto el enfrentamiento respecto a éste, de dos tendencias fundamentales y opuestas. Por un lado, una parte que considera que, al estar en los negociaciones preliminares, está dentro de su libre discrecionalidad el apartarse de ellas y, por otra parte, aquellos que consideran que con dicho actuar se cree “lesionado en su interés de confianza”, frente a las expectativas frustradas con ocasión de los perjuicios originados por la ruptura de los tratos por parte de su opositor.

Así, las dos vertientes defienden sus posturas desde preceptos naturalmente contrarios; por un lado, una corriente que repugna cualquier limitación a la autonomía de la voluntad, ya que su dogma radica en la ideología liberal, aquella que proclama el criterio de *laissez faire*⁶ y, por otro lado, en dirección radicalmente contraria, la otra vertiente piensa y sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza jurídica, siendo este criterio el más o menos rotundo.

Según se deriva de uno de los pilares básicos sobre el que se sustenta el derecho de la contratación (el principio de libertad contractual), los tratos no obligan a contratar. Falta en ellos el elemento volitivo imprescindible para el nacimiento del contrato (*animus contrahendae obligationis*), que culmina con la emisión del consentimiento contractual, puesto que *solus consensus obligat*. De ahí que las partes sean libres de no seguir negociando, ya que durante esa etapa preparatoria los intervinientes tratan, pero no contratan⁷. Frente al anterior criterio hay una unificación total, no sólo en la tradición latina, sino incluso también en la germánica, donde el principio de libertad de contratar también se encuentra contenido.

6 Se inspira en el principio de la libertad, y se proclama: “He aquí ante todo, una gran regla de derecho que en ninguna parte está escrita en términos formales, pero cuya existencia es cierta: todo lo que no es prohibido por la ley, es permitido. La libertad es la regla, salvo los límites fijados por la ley”, así lo plantean Planiol, M., y Ripert, J., *Tratado práctico de derecho civil francés*, vol. 1, t. VII, 35-40 (Cultural, La Habana, 1947). Es importante no olvidar la influencia que sobre estos maestros ejercía la idea darwiniana-liberal, que el progreso resulta del triunfo del más apto en la lucha por la vida.

7 L. F. Rangel Sánchez, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: obligaciones y contratos*, 238 (Dykinson, Madrid, 2000).

De Cupis⁸ tiene razón cuando señala que “Las partes en fase de negociaciones preliminares quieren su propia libertad. En razón de ella mientras se prepara el contrato conservan aquella soltura de movimientos y poder autodeterminante connatural al buen desarrollo de los negocios. Si la autonomía no se respeta, el tráfico negocial sufre una gran rémora. Es evidente que, quien haciendo uso de su libertad, daña la confianza de la contraparte, debe por tanto responder”.

Se afirma en consecuencia que la denominada *responsabilidad precontractual* por quebrantamiento de la confianza⁹ nace de aquellos actos (lesivos) que, en la fase preparatoria al contrato, fundaron legítimas expectativas en la contraparte, aun cuando habiéndose concluido, padece algún defecto por el que el ordenamiento le priva de efectos desde el principio (nulidad), o que permite a alguna de las partes impugnarlo (anulabilidad), o cuando incluso no llega a concretarse el acuerdo, y aun así se causa un daño¹⁰.

Pero se ha dicho también que las partes, en aras de esa libertad que les asiste, pueden continuar con las negociaciones o apartarse, puesto que el interés jurídico protegido en el primer momento de contacto, (donde cada uno de los integrantes pregunta, indaga y conoce), es la libertad contractual lo que sucede es, que este bien siempre tiene que ser prodigado ante conductas útiles, respetuosas, proporcionadas y consideradas; por tanto, en la medida en que las negociaciones avanzan, y las partes se acercan notoriamente a ese tan anhelado consentimiento, la salvaguarda de ese derecho desciende dándole paso a la protección de la confianza¹¹.

Vistas así las cosas, más que un problema de libertad, es un problema de sus límites, al establecer en qué momento se hacen los tratos preliminares vinculantes y cómo compaginar o integrar el concepto con la autonomía de la voluntad. El dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue

8 De Cupis, A., *Il danno*, t. i, 102 (Giuffrè, Milano, 1966).

9 Los elementos de este supuesto son: la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato, el carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones, la producción de un daño en el patrimonio de alguna de las partes y la relación de causalidad entre el daño y la confianza suscitada. Por el objetivo propuesto con el presente artículo, nos centraremos en los dos primeros elementos.

10 En los mismos términos lo reconoce la sentencia de casación del máximo tribunal italiano del 14 de octubre de 1978 número 4626: “En el caso de la interrupción de las tratativas contractuales, la violación del principio de buena fe y la consecuente responsabilidad precontractual se verifica, siempre y cuando la interrupción resulta de la privación de una confianza razonable y justificable, también, donde se sacrifica arbitrariamente la lógica confianza que la parte depositó en la eventual conclusión del contrato, durante el estado de las negociaciones”. De igual forma, la sentencia del 26 de enero de 1985, número 399: “No se puede hablar del receso injustificado de las negociaciones si no existe una violación de la norma del artículo 1337, la cual consagra la buena fe y la consecuente responsabilidad, el simple hecho de alargar las negociaciones no implica una violación de la norma[,] ya que como quedó demostrado la contraparte sólo buscaba seguir informándose sobre los elementos y repercusiones de la celebración del eventual negocio, así, entonces, no se puede hablar de una confianza legítima, pues el actuar de la parte está siempre caracterizado por incertidumbre”.

11 L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 322 (Thomson, Civitas, Madrid, 2007).

ayer, y lo será mañana un problema de medida¹². Entonces ¿en qué momento debe ceder la libertad contractual frente a los límites de la autonomía de la libertad que impone el Estado y la ley en las negociaciones preliminares? En las siguientes líneas, trataremos de resolver el cuestionamiento, no sin antes presentarle al lector la hipótesis de la investigación.

HIPÓTESIS

Por medio de la apariencia eficaz se exterioriza la voluntad y la intención del disponente y, a su vez, se legitima la tutela de la confianza del atributario, lo cual implica rectitud y honradez en las negociaciones y supone un estándar o una manera de proceder para las partes en la etapa de formación contractual.

1. EL ACTUAL CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN LA ETAPA DE FORMACIÓN CONTRACTUAL

Si se examina la evolución del derecho contractual (de la idea de libertad negociada) en los siglos XIX y XX, se puede afirmar que, superadas las fases de la época del predominio aparente y absoluto en las que se presentaba el contrato libre¹³, y superada, de igual forma la era de las limitaciones de la libertad contractual, merced a la crisis intervencionista del principio de libertad, a consecuencia de la injerencia del poder público¹⁴ y mediante la formación de agrupaciones monopolistas¹⁵, en la actualidad asistimos a una época de transformaciones sociales del concepto *contenido* y *alcances* del contrato y de

12 M. Ballesteros y M. Costea, *La manifiesta intención de obligarse y el derecho nuevo*, 35 (Montecorvo, Madrid, 1963).

13 La época de la supremacía del contrato libre corresponde a la aceptación e inviolabilidad del principio general del *laissez faire*. El libre juego de las fuerzas fue considerado como el orden natural de la economía y de la vida de cada nación en particular. Así, la expresión más visible de la puja de fuerzas era precisamente el contrato libre, que había superado ampliamente las múltiples trabas que anteriormente se oponían al individuo por razón de determinadas circunstancias de pertenencia y subordinación. Históricamente, se explica como una reacción hacia el absolutismo que había reinado por largos lustros en la Europa del siglo XVIII y XIX, con políticas de un mercantilismo que se oponía a cualquier intento de desenvolvimiento de la personalidad.

14 La segunda época se caracteriza por la irrupción del Poder Público en la esfera libre del contrato y como la era de la lucha entre el principio de libertad contractual, por un lado, y el Estado, por otro. Aquí aparecen los contratos de adhesión y la contratación en masa, haciendo mucho más fuerte el monopolio del mercado y, por tanto, marcadas diferencias sociales entre los patronos y los trabajadores.

15 El criterio vendrá a ser puesto en duda por el intervencionismo del Estado, el que, para proteger a ciertas clases sociales (contrato de trabajo, seguros, transporte, arrendamientos), dicta leyes en las que dominan las normas imperativas, abandonando en aquéllas el principio de libertad de contratación. Lo que hará pensar a los autores en una nueva concepción del orden público, “la de la protección del contratante que no se encuentra en situación de igualdad, para proteger sus intereses”.

la libertad, mediante una incorporación funcional al ordenamiento total con el resultado de un negocio jurídico dirigido¹⁶.

En la actualidad, atrás queda la idea de que el contrato se encuentra constituido por una relación obligatoria compuesta por oposición de intereses entre las dos partes contratantes; por el contrario, en la actualidad se habla de que esta relación obligatoria es ante todo una unión de sujetos de derecho determinada por la comunidad de fines y de objeto que se coadyuvan y se corresponden¹⁷. El contrato se erige como la técnica de conciliación de intereses, seña de la autonomía de la voluntad y producto de una metamorfosis económica y social¹⁸.

Una consecuencia especialmente significativa de la evolución actual de la autonomía de la voluntad, es que la vinculación debitoria de las partes contratantes no está ya determinada exclusivamente en cuanto a su existencia y a su extensión por la voluntad particular. En algunas circunstancias, comienza más bien y no termina necesariamente con la ejecución, lo cual es de importancia lesiva para la doctrina de la culpa en la conclusión del contrato (*culpa in contrahendo*).

Aparece el principio de la buena fe como un nuevo y riguroso parámetro; aquí la buena fe ya no es la exigencia de una equitativa ponderación de intereses entre las partes contratantes, en el sentido de un principio o recurso secundario, sino que ha de verse como la expresión concreta de la idea justa de la obligación. Entonces sin duda la buena fe es un principio básico primario y evidente y, por tanto, limitante, en el sentido de una confirmación de la común pertenencia de las partes contratantes a la comunidad y a la función social, tanto del contrato, como del Estado.

La buena fe, al igual que la lealtad y la confianza, se constituye —como ya se enunció— en parámetros y estandartes del derecho de los contratos, siendo estos principios éticos y multifuncionales; así, moralizan, aseguran y hacen más eficientes las relaciones contractuales. Desde las fórmulas contractuales o principios generales se garantiza una contractualización justa y hacen así que exista una integración entre los derechos y libertades individuales con los intereses y principios generales.

Los llamados *límites a la autonomía privada* no hay que verlos como impedimentos u obstáculos que impregnan el ordenamiento de una función o valores sociales. No deben así considerarse los límites impuestos por la ley, la moral y el orden público; se trata simplemente de una fuerza expansiva de la legislación en atención a intereses superiores al de las partes, que sin duda reduce el ámbi-

16 S. Wolfgang, *Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema del derecho alemán*, 448 y ss. (R. D. P., Madrid, 1942).

17 *Ibidem*, 454.

18 J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, en *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier*, 42 (Presses Universitaires de France, París, 1986).

to de la autonomía privada. Supone una disminución del número de intereses particulares por regular y un aumento de los sociales¹⁹.

Las normas sobre la buena fe que consagran diferentes estándares de comportamiento²⁰ son aplicables a todos los actos de disposición de derechos y, en especial, a aquellos de la contratación (desde su período de gestación hasta su ejecución y cumplimiento). En todos los actos, la buena fe es la base de la confianza que debe inspirar recíprocamente la conducta de los contratantes, por ello la idea de la confianza pertenece a la esencia del ordenamiento jurídico y, en especial, a la del derecho privado. El sistema del *common law* es un claro ejemplo de cómo se impone siempre una obligación de *good faith in negotiation*²¹, la cual deviene de la cláusula general de la buena fe, siendo una directiva que orienta el comportamiento de las partes, transformada en una regla de aplicación negocial. Conforme a lo anterior, defender que las partes pueden comportarse como deseen, sería un abuso de la libertad de contratación y de su retiro que en cualquier lugar y momento constituiría una desviación sin objeto de la misión del contrato y, por tanto, un mal uso de la función social de la que se hablaba con anterioridad²².

Ahora, si se aborda el tema desde el comportamiento de los contratantes en esa prima face del iter contractual y con el ánimo de no vulnerar la “libertad contractual”, no podríamos constreñir a nadie para que continúe con el curso de unas negociaciones que no quiere ni desea prolongar. La libertad contractual significa que el ordenamiento jurídico considera (en principio) como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)²³.

La libertad contractual comprende en particular la libertad de conclusión, es decir, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va hacerlo, y la autonomía de la configuración interna, o que se dé la posibilidad para ambos contratantes de establecer libremente

19 Alonso Pérez M., *Notas de derecho español a la obra Pietrobon V., El error en la doctrina del negocio jurídico*, 90 (R. D. P., Madrid, 1971). Recordemos entonces que en el moderno Estado democrático, el derecho a la libertad, no sólo es su fundamento, sino que se encuentra limitado por un contenido esencialmente social, impuesto por el respeto del otro en la esfera de la libertad y del interés público, el cual garantiza una efectiva participación en la vida económica, política y social del ciudadano.

20 V. Monsalve Caballero, *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta. Una doctrina europea en construcción*, *Revista de Derecho*, n.º 30, 30 y ss. (2007).

21 Así lo pone de relieve, Atiyah, P. S., *The rise and Fall of Freedom of contract*, 26 y ss. (Clarendon Press, Oxford, 1979).

22 Aquí opera la libertad contractual no como un principio rígido, sino como medio funcional para la autoorganización responsable.

23 K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, t. 1, 66 (R. D. P., Madrid, 1959).

el contenido del contrato. Así, *la libertad de configuración interna presupone la libertad de conclusión*²⁴.

Entonces el concepto mismo del contrato, como concierto libremente estipulado entre personas equiparadas jurídicamente, reside en que nadie pueda ser constreñido a concluir contratos. Entonces aparece aquí como más que razonable la posición de Moreno Quesada²⁵ quien acepta que existe un derecho a abandonar las negociaciones o a desistir de los tratos, derecho que autoriza a las partes a retirarse, pero no en cualquier momento, sino en ese instante en el cual todavía no hay esperanzas de conclusión del contrato; en caso contrario sería una actuación abusiva de ese derecho y, por tanto, operaría una obligación resarcitoria.

Recordemos que fue Fagella²⁶ el primer estudioso que se planteaba que, mientras no existiera un *vinculum iuris*, las partes podían dentro de elaboración de un proyecto de contrato (el cual constituye un trabajo de medio a fin), no asumir obligaciones, situación que cambiaba cuando sus voluntades se encontraban en un punto determinado. *Así, mientras la actividad de un contratante se realiza sin ninguna confianza en la actividad del otro, la ruptura aparece como un arte legítimo del poder de la propia voluntad*. Pero si el retiro acarrea un daño, provocando desembolsos en la contraparte que confió lealmente en el curso de las negociaciones, nace la obligación de resarcir *in contrahendo*.

Aparece aquí la licitud como sinónimo de confianza, de tal forma que, si una parte, por sus actos ejecutados, por su forma de comportarse, generó una legítima y razonable confianza de que el contrato se iba a concluir, lícito es que para terminar los tratos necesite una justa causa, cualquier excusa o pretexto

24 Ídem. No obstante, aun concluido el contrato, no se puede olvidar cómo las actuales tendencias de la política y la legislación de consumo hacen especial énfasis en la incidencia de la buena fe durante las negociaciones y la libertad contractual. Un ejemplo de lo anterior es el tema de las cláusulas abusivas de los contratos, donde los Estados presentan un grado de proteccionismo previsto en la tutela del contratante más débil o que amerite mayor tutela. De tal forma que le dan a éste la posibilidad de apartarse del contrato y de, incluso, exigir el pago de los perjuicios a los que tenga derecho por el indebido actuar de su contraparte.

25 B. Moreno Quesada, La oferta de contrato cuarenta años después, t. IV *Derecho civil y derecho público*, 45, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Meléndez* (Civitas, Madrid, 1996). El abordar el retiro de las obligaciones como un derecho no es una idea originaria del profesor Moreno Quesada, se tienen referencias de que fue el autor italiano quien los denominó de esa forma, para ver más, G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica*, en *Studi giuridici in onore di Carlo fadda*, t. III, 271 y ss. (Scialoja, Napoli, 1906). Se menciona lo afirmado por el jurista español, ya que fue él el primero en introducirlo en de la doctrina ibérica.

26 El autor, teniendo como referencia, los estudios de R. Ihering, *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restées imparfaites*, t. III en *Ouvres choisies de R. von Ihering* (De Meulenaere, trad., Marescq, París, 1893), sobre la *culpa in contrahendo* profundiza en el tema, y es el primer jurista que evoca en sus investigaciones las tratativas propiamente. Famosos son sus diferentes escritos, G. Faggella, *II periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale* (Roma, 1918). *Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, Arch. Giur., 128 y ss. (1909).

invocando la consabida libertad contractual que no han de servirle para justificar una ruptura, la que no podría calificarse de otra manera que de caprichosa, con la consiguiente acusación de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad, corrección y congruencia de unos comportamientos humanos²⁷. Lo anterior es procedente en la medida que se había hecho dogma de aquella creencia que afirma que nadie podrá hacerle creer a la otra parte que las cosas son diferentes de cómo realmente son.

Ya Ghestin recuerda cuál es el real valor de la concebida libertad y afirma: “La libertad contractual y la misma regla moral del respeto a la palabra dada, deben conciliarse con otras preocupaciones, por una parte el concepto de utilidad social, el bien público, que se experimenta básicamente en la noción de la buena fe, y la seguridad jurídica, y por otra parte, la justicia, que no es otra cosa que el coronario a la lealtad²⁸”.

Finalizando entonces podemos afirmar que *quien entra en negociaciones, y avanza en ellas, debe prever el alcance virtual de los efectos y consecuencias que puedan generar sus actos comportamentales*, además, como queda claro, *la culpa in contrahendo* concilia bien la libertad contractual con el concepto del correcto comportamiento que se debe ejercer durante la negociación, sin constituir, por tanto, la libertad contractual un obstáculo del normal funcionamiento negocial.

METODOLOGÍA

Presentada la delimitación del tema, a continuación el lector encontrará un resumen sobre el estudio sistemático efectuado sobre la injerencia y la importancia que tiene el comportamiento dentro del iter contractual, centrándonos en su primera fase con un estudio histórico como referente que abordará la nueva escuela obligacional (alemana e italiana) que valida y acepta la protección de la confianza. El estudio se fundamentó en un modelo teórico-empírico, donde se analiza la doctrina y jurisprudencia europea (se hace un análisis especial del derecho alemán, francés, italiano y español), que defiende que las manifestaciones más modernas del derecho contractual están orientadas a que el contrato existe mucho más allá de sus formalidades, ya que el consentimiento cumple una función vital en el desencadenamiento de obligaciones, pero solo una función secundaria en conformar y dar sustancia al contrato, pues la relación misma puede ser una fuente de obligaciones contractuales²⁹. Entre otros, se ha querido destacar por su relevancia en este documento los siguientes aspectos.

27 V. Monsalve Caballero, *Disertación para una nueva construcción en Colombia de la culpa in contrahendo*, *Revista de Derecho*, n.º 27, 41 y ss. (2007).

28 J. Ghestin, *Traité de droit civil*, en *La formation du contrat*, 42 (3.ª ed., L. G. D. J., París, 1993).

29 J. C. Cueto Rúa, *Contrato como consentimiento y como relación*, en *Contratos: homenaje a Marco Aurelio Risolia*, 143 (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).

1. EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES Y LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Como hasta aquí queda claro, el comportamiento de las partes tiene efectos jurídicos en el universo del derecho, y sin duda en diferentes fases (hablando en materia contractual) su importancia se intensifica o disminuye. En el caso de los tratos preliminares o incluso en todo el proceso de formación contractual, el comportamiento tiene una plena y relevante recepción. La doctrina³⁰ no duda en afirmar que durante la formación del contrato es justamente una de las fases del iter contractual donde el derecho normalmente presta o da más crédito a las actitudes y los actos que ejecutan las partes. El comportamiento es un principio de autonomía de la voluntad que se extiende durante toda la fase de génesis contractual —existe en muchos casos hasta la fuente del contrato—; por tanto, ante tan notorias realidades no podemos pasar por alto en la materia, haciéndose casi forzoso un análisis sobre las implicaciones legales que tiene el comportamiento de las partes al momento de calificar como justa o injusta una conducta que se decante en la ruptura injustificada de las negociaciones, ya que las partes podrán tomar como decisivo el comportamiento de su contraparte para continuar las negociaciones y en su caso concluir el contrato o, por el contrario, apartarse.

2. LA DIVERGENCIA ENTRE LA VOLUNTAD INTERNA Y LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD Y SU RESPECTIVO VALOR

Como todo acto jurídico supone la intención que inspira su exteriorización, debido a lo anterior es que tanto la doctrina como los tribunales toman en consideración el comportamiento del contratante, de ahí la importancia que adquiere para el universo jurídico la teoría de la apariencia eficaz (sobre la que se hablará más adelante y a la que de antemano adelanto recurriremos para estructurar nuestra postura), incluso cuando lo exteriorizado no concuerda con lo querido. Por lo general, los comportamientos son susceptibles de manifestar una voluntad, pero muchas veces las partes expresan o la manifiestan de otra forma a como se han comportado. Por lo anterior, es necesario entrar a estudiar tanto la naturaleza de la manifestación como el valor del comportamiento, para después abordar la clásica divergencia entre la voluntad interna y la declaración exterior de la voluntad y su respectivo valor.

30 Así, E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* (L. G. D. J., Dijon, 1945). Ver también, V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept* (P. U. F., París, 1980).

2.1. La naturaleza de la manifestación

La manifestación de la voluntad según el caso puede ser expresa o tácita. Así será una manifestación expresa aquella que se fundamenta en un escrito o palabras y, por tanto, será tácita aquella que se fundamenta en los comportamientos o actitudes. Ahora, lo que sucede es que, si bien es clara esta diferenciación desde el punto de vista conceptual, en la práctica no siempre es fácil separar una manifestación de la otra y, por eso, hoy día en el ámbito del derecho el comportamiento del contratante tiene un doble papel: por un lado, como una manifestación expresa de una parte y, por otra, como una manifestación tácita.

2.1.1. El comportamiento como manifestación expresa

Si bien en principio el enunciado pueda parecer un poco descabellado, en la actualidad no es inconcebible plantearse su procedencia y, por tanto, consideremos que el comportamiento del contratante permite establecer cuando es una manifestación expresa de la voluntad para contratar o por lo menos para iniciar las negociaciones. Como es de imaginarse, el teorema anterior no por no tener formulación jurídica es descartado o rechazado expresamente por la doctrina. En especial, en la costumbrista doctrina francesa³¹ es en la que se encuentran referencias bibliográficas, donde pensadores de la talla de Ghestin³² se han ocupado de la materia y no dudan en reconocer que el comportamiento como una manifestación expresa es un hecho que se presenta con bastante frecuencia en las prácticas contractuales. Sobre todo en aquellos casos donde el interés de celebrar un negocio lleva a que se adopten medidas que permitan establecer manifestaciones expresas. Tal es el caso por ejemplo de la delegación hecha en una operación en la cual una persona se pone a órdenes de otra, para comprometer a otro con un tercero. Si se observa el ejemplo citado³³, se encuentra que la delegación es perfecta, porque se pueden definir claramente los tres sujetos (delegante, delegado, delegatario) y sobre quién recae la obligación.

Existe también diferentes jurisprudencias en el panorama francés que ratifican lo hasta aquí dicho, tal es el caso por ejemplo de la sentencia del 23/04/1992 proferida por la Sala Tercera³⁴ de lo Civil de la Corte de Casación

31 Principalmente, se pueden citar los textos de J. Carbonnier, *Les obligations*, n.º 34 (París, 1995); J. Flour et L. Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*, 1 (6.ª ed., A. Colin, París, 1994), n.º 144; C. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, t. III (2.ª ed., Económica, París, 1990), n.º 244; L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats* (L. G. D. J., París, 1970), n.º 25.

32 J. Ghestin, *La formation du contrat...*, cit., n.º 395.

33 De conformidad con el artículo 1275 del *code*: "La delegación por la cual el deudor diera al acreedor otro deudor que se obligara para con él, no operará esta novación si el acreedor no hubiera expresamente declarado su propósito de liberar a su deudor que realizó la delegación. Similar norma que consagra el ordenamiento civil español, en su art[ículo] 1205".

34 Civ. 3, 23/04/1992: *Bull. Civ.*, t. III, n.º 137, *J. C. P.*, 1992, *G.*, t. IV, 1864.

francesa, donde se habilita el comportamiento como una manifestación de la voluntad expresa. Así también sentencias del año 1987³⁵, 1994³⁶, entre otras. Ahora, lo importante es dejar aquí claro que todas las anteriores sentencias hacen referencia concreta a la norma del artículo 1275 del *code*, por tanto, nos lleva a afirmar que la delegación (en principio) es el único negocio jurídico, en el cual el comportamiento puede ser considerado como una manifestación expresa de la voluntad. También es importante clarificar que en la materia la jurisprudencia francesa no se encuentra unificada y que, por el contrario, existen múltiples sentencias que se oponen a lo dicho hasta aquí, siendo por lo general anteriores a los años noventa del siglo pasado³⁷.

La regla general es que las manifestaciones expresas se dan en los escritos y palabras, y las manifestaciones tácitas constituyen básicamente actitudes, comportamientos. Aun frente a la anterior regla cabe una excepción, y es el caso en el cual los comportamientos pueden significar expresamente una voluntad de concluir un negocio, lo cual no siempre encuadraría la proposición general. Procede lo anterior, cuando el comportamiento de una de las partes, le permite establecer a su contraparte la intención de contratar o por lo menos de adelantar las negociaciones. Serían típicos los casos como el del chofer que conduce un taxi, aquel que expone sus productos en una feria, aquel que se anuncia en un diario, etcétera.

2.1.2. El comportamiento como una manifestación tácita

La principal característica de la manifestación tácita de voluntad se da cuando del comportamiento de la contraparte no existe duda sobre la intención contractual, a pesar de la ausencia de una voluntad o declaración expresa. Se llega a dicha conclusión ante la existencia de ciertos hechos reveladores (actitudes, comportamientos), que permiten establecer claramente una intención. Tal es el caso por ejemplo de las ofertas y de las aceptaciones tácitas, que por obvias razones no se entraran a estudiar (haciendo la claridad que no son estos los únicos casos). Aun así, precisaremos que esta forma de manifestar la voluntad ya se encuentra consagrada en múltiples ordenamientos europeos, en especial sobre la venta internacional de mercancías; así, por ejemplo la Convención de Viena del 11 de abril de 1980, la cual consagra en su artículo 18-1, “Que una declaración o un comportamiento del destinatario que indique que el adquiere una oferta constituye una aceptación”.

También se encuentra consagrada en los principios del International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), propiamente en el

35 Com. 7/04/1987: *Bull. Civ.*, t. iv, p. 93.

36 Com. 25/10/1994: *Bull. Civ.*, t. i, p. 101.

37 Civ. 3 5/06/1970: *Bull. Civ.*, t. iii, n.º 387, Com 8/07/1975: *Bull. Civ.*, t. iv, n.º 195, Com 10/12/1975: *Bull. Civ.*, t. iv, n.º 283, Civ. 1 4/12/1982: *Bull. Civ.*, t. i, núm. 317.

artículo 2.6, relativos al modo de aceptación: “Constituye una aceptación toda declaración donde el comportamiento del destinatario indique que acepta la oferta”.

Como se observa en los anteriores textos internacionales, en ningún momento entran a contrariar la legislación interna existente y, ante la inexistencia de reglas como las enunciadas, sin duda se convierten en verdaderos instrumentos de juicio tanto para el juez como para el legislador nacional. No obstante, existen principios generales, o al menos enunciados, frente a las aceptaciones tácitas de las ofertas donde es procedente el asentimiento de la oferta por comportamientos de aquél hacia la cual iba dirigida, permitiendo establecer que no sólo recibió la oferta, sino que por su comportamiento posterior se dio su conformidad.

En general, el comportamiento, así como la voluntad contractual en las negociaciones, mantienen un vínculo muy estrecho. Por tanto, es conveniente ser prudentes y cautelosos en la valoración de la manifestación de una voluntad (sea expresa o tácita), ya que las dos modalidades tienen en su conducta valor para el derecho. Por otra parte, es necesario que abordemos la importancia del comportamiento, ya no como un supuesto propio para determinar el consentimiento contractual, sino como un supuesto que puede determinar la creación de la confianza legítima y, por tanto, dicha conducta pueda ser imputada a título por lo menos de culpa a quien la causa, y proceda el supuesto de la ruptura injustificada de las negociaciones.

2.2. El clásico conflicto

Habiendo estudiado las diferentes formas de manifestar la voluntad y la importancia del comportamiento dentro del proceso de formación contractual, nos permitimos enunciar el clásico conflicto desarrollado durante el movimiento de la pandectística alemana, que consistía en determinar qué debía prevalecer al momento de la declaración de la voluntad³⁸. El conflicto surge cuando aparece una diferencia existente entre lo realmente querido y lo realmente declarado; la divergencia plantea una fricción de intereses entre el que declara de manera involuntaria y el destinatario de la declaración, pues, mientras aquél intentará que prevalezca su voluntad interna, el otro sostendrá el valor de la declaración en la que ha confiado. Recuérdese que justamente en el enfrentamiento de quienes sostenían las diferentes teorías y su prevalencia tuvo origen la doctrina de la *culpa in contrahendo*. Por una parte, la doctrina de la voluntad (*willenstheorie*) defendía que la declaración no corresponde a la voluntad efectiva de quien la

38 En la obra de J. A. Doral, *El negocio jurídico*, 114 y ss. (Trivium, Madrid, 1982). El autor hace un breve resumen desde el punto de vista dogmático sobre las características de cada una de las escuelas, lo que le permitirá al lector que quiera profundizar al respecto una visión más detallada del clásico conflicto.

emite y, por tanto, no tiene eficacia alguna; por el contrario, la teoría de la declaración (*Erklärungstheorie*) sostenía que en el derecho debe prevalecer la declaración como símbolo máximo de manifestación de la voluntad, y en el caso de no ser coincidente la voluntad con lo expresado, por seguridad jurídica debe prevalecer lo manifestado.

Como ya se enunció, nosotros nos inclinamos por la prevalencia de la teoría de la declaración, aunque con ciertos matices —pues planteamientos absolutos nunca han sido adecuados en el debate académico— y, además, en la actualidad todavía existe una relevancia sustancial hacia los voluntaristas, conforme a la importancia que tienen los vicios del consentimiento en la formación contractual. Nosotros aceptamos, como lo reconoce Jordano Fraga, que la voluntad es el límite de la protección de la confianza y de la seguridad y certeza del tráfico³⁹.

La declaración no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora del derecho. Sólo ella debe ser tomada en consideración: la declaración tiene únicamente un valor instrumental. Así, la declaración nos revela un deber jurídico, es decir, la afirmación de que algo (un hecho, una relación) ha de realizarse en el mundo del derecho, de forma que el acto negocial se definiría como declaración de un deber de conducta o de obediencia (*sollenseklarung*); la voluntad sería lógicamente necesaria, pues no se puede pensar ciertamente en una actividad humana sin recurrir a la idea de voluntad que la vivifique, pero sería una necesidad de hecho, en cuanto la voluntad quedaría fuera del contenido del acto declarativo y, como consecuencia, irrelevante⁴⁰.

Dentro del debate al que se hace aquí alusión, ya en principio la ley ha reconocido como prevalente y prioritaria la declaración externa que hace un individuo frente a su otro extremo de la relación negocial, por tanto, primarán sus actos, sus manifestaciones sobre cualquier otra circunstancia que se quiera hacer valer dentro del problema de las rupturas y, en general, de cualquier situación que se presente dentro de la formación del iter contractual. Es, por tanto, que el punto de partida de lo aquí estudiado no puede ser más que ése, ya que el confiado habrá de fundamentar su sentimiento como es natural en todo ese conjunto de actos y manifestaciones, en las cuales él ha sido receptor de todas las impresiones e intereses de su contraparte⁴¹. Así, también lo ratifican los nacientes proyectos de unificación y uniformidad europeos, donde

39 F. Jordano Fraga, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, 39 (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988).

40 Así resuelve el conflicto, V. Pietrobon, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, 197 (R. D. P., Madrid, 1971), quien afirma que incluso es el mismo órgano legislativo que le da la prevalencia al contenido de la declaración, “el deber de lo que se ha expresado”. No obstante lo anterior, el autor habla de la importancia de la teoría de la confianza y de cómo en sus actuales coordinaciones la teoría logra fusionar las dos doctrinas que en el pasado se presentaron opuestas, por medio de la incoordinación de la equidad.

41 L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil...*, óp. cit., 323, afirma que la actitud de las partes debe ser considerada globalmente y el silencio puede incluso valorarse como productor de la confianza.

se consagran en diferentes cuerpos legales que la intención de las partes se determina a partir de sus declaraciones o conductas emanadas dentro de las negociaciones⁴².

El respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración y la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas, se constituyen en el fundamento de la denominada *teoría de la declaración*, la cual será nuestro punto de partida⁴³, por estar conformada por los elementos externos de la relación en los tratos preliminares; y es que a juicio propio, en ninguna otra fase del *iter* contractual, las partes gozan con tanta autonomía y libertad para expresar sus intenciones e intercambiar ideas y proposiciones. Aquí las partes no están ligadas más que a comportarse de acuerdo con la buena fe y las buenas costumbres, de tal forma que mientras no se haga crear expectativas contractuales en la contraparte (de ahí la importancia que les hemos reconocido a los comportamientos en la fase de negociaciones), las partes podrán abandonar con total libertad los tratos. No se quiere decir con lo anterior que la teoría de la voluntad y su dogma no tengan respaldo y fundamento en el ordenamiento jurídico, por el contrario, son múltiples las normas que podemos encontrar, en especial todas aquellas que consagran los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), entre otras. Lo que sucede es que el concepto de voluntad relacionado con el acto volitivo en la formación contractual, se manifiesta al exterior por las declaraciones o manifestaciones que se transmiten a la contraparte en las negociaciones, integrándose aquí entonces la voluntad con la declaración, siendo ésta la fuente de las normas jurídicas que rigen todo el proceso de formación negocial.

Al respecto afirma Manzanares: “Según la teoría de la declaración, el destinatario de aquélla debe poder confiar en la eficacia y validez de tal declaración sin tener que investigar si corresponde o no a la voluntad real. Por ello, la declaración de voluntad despliega siempre sus efectos en el sentido que objetivamente tiene, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho⁴⁴”.

Ambas teorías reconocen un elemento que tiene fundamental importancia en el conflicto de intereses planteado: la confianza de los destinatarios en la declaración (que de buena fe recibieron) de aquel que mediante la manifes-

42 Así, el artículo 2:102 de los “Principios del derecho europeo de los contratos emanados de la Comisión Europa Contract Law C. E. C. L.”, dirigida por el Grupo Lando, estipula: “Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”.

43 Pero no quiere decir lo anterior que mantengamos su dogma así, se descarte la importancia de la teoría de la voluntad, ya que como atrás se dijo los lineamientos actuales de la doctrina de la confianza de desarrollo eminentemente italiano la presentan como una teoría que armoniza y que de una u otra manera integra las clásicas y siempre opuestas teorías de la voluntad y de la declaración, matizando su alcance con la inclusión del concepto de equidad y de intencionalidad de las partes.

44 A. Manzanares Secades, *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*, 37 *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 703 y ss. (1984).

tación de un acto expresó su voluntad. La divergencia se da en cuanto a la valoración y prevalencia que tienen estos derechos que se friccionan desde cada dogma.

Por tanto, podemos decir que, cuando se trata de una divergencia entre lo realmente querido y lo efectivamente declarado, la teoría de la voluntad y la declaración difieren en el valor que hay que concederle a la declaración, pero coinciden (aunque por distintas vías) en proteger a quien de buena fe confió; en el sentido objetivo de la declaración debe ser protegido.

Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos conforme a este principio, es la exigencia de un comportamiento coherente. Lo anterior significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada (conforme a la buena fe), en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella⁴⁵. Desde el punto de vista de la responsabilidad del declarante, se valora la conducta de éste como sujeto: situado en el mundo de los negocios, en el tráfico, y no aislado, debiendo respetar ciertas reglas (en especial facilitar la información necesaria, suficiente y veraz⁴⁶) y normas de relación impuestas por la buena fe que, en caso de ser infringidas, contrarrestan y hasta —en ciertos casos— anulan la consideración de la voluntad.

Por lo anterior compartimos en todo las ideas de Jordano Fraga al afirmar:

El declarante ha de comportarse normal y prudente, y en ciertas ocasiones no debe permanecer inactivo, y al realizar un negocio debe ser honrado, preciso y avisado, debe expresar clara y exactamente, además de unívocamente su querer, sirviéndose para ello de medios adecuados de emisión y comunicación, teniendo el deber de conocer las circunstancias de hecho (usos) y las normas, así como responsable y consciente frente al significado y el valor vinculante del acto que realiza⁴⁷.

3. LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS Y SU VINCULATORIEDAD

Cuando las partes comienzan unas negociaciones o unos acercamientos lo hacen con el fin de llegar a la conclusión del negocio jurídico pretendido. El cumplimiento de unas expectativas (en principio contrarias, pero que en el transcurso de las negociaciones terminan siendo afines, transformándose en un interés conjunto), fundadas en las aspiraciones se reflejan en el mismo contenido obligacional, que se derivan de las circunstancias en las que comienza a gestarse el

45 L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 1, 142 (4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993).

46 V. Monsalve Caballero, *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*, 117 *Vniversitas*, 15 (2008).

47 F. Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, 40 (Civitas, Madrid, 1987).

pacto por medio de las negociaciones, de tal forma que, en la medida en que las partes en ese proceso de acercamiento comienzan a superar los obstáculos —que normalmente se presentan al inicio de cualquier negociación— y el estado de los tratos, empiezan a acercarse a la tan anhelada voluntad contractual, por lo que es natural y, por tanto, legítimo que se dé principio a gestar una confianza razonable en que el negocio pretendido se celebrará.

En la psicología jurídica francesa⁴⁸, el fenómeno de la confianza razonable se conoce como *l'engagement comportemental*, el cual consiste en que las partes o una de ellas sienten que se encuentran realmente en una situación de perseverancia y continuación de las negociaciones basándose en la exteriorización de ellas, de una forma coherente y reflexiva. Cuando las expectativas son legítimas, es decir, no son simples representaciones mentales de una de las partes, sino verdaderos actos homogéneos y razonables, de modo que un contratante medio del sector del tráfico al que pertenezca el negocio pretendido, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias específicas, contaría que ellas son vinculantes, a pesar que no se haya concluido el contrato. En todo contrato se da o se prevé un núcleo propio expresamente acordado y otras vinculaciones que son las “consecuencias naturales” de aquello pactado⁴⁹.

La obligatoriedad del contenido natural del contrato no se deriva del pacto ni de fuentes de integración normativa (ley dispositiva y usos), *sino del principio de la buena fe* que obliga a respetar la confianza legítima en la vinculación de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones que completan el programa contractual⁵⁰. Razón tiene De Ángel Yágüez cuando, basándose en la definición que da el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, afirma: “La buena fe es el criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho en las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte”⁵¹.

De tal forma que *expectativas, confianza y corrección se convierten en un módulo de conducta que funcionalizan las posiciones de exigencia y sujeción, de modo que los intereses de las partes se compatibilicen armónicamente*. La

48 Para ver más, S. Michaux, La formation du contrat: pour un rapprochement entre psychologie et droit, en *Le processus de formation du Contrat*, 789 y ss. (Bruylant, Bruxelles, 2002).

49 S. T. S. de 17 de enero de 1986 (R. J. 1986, 105), en el mismo sentido S. T. S. de 16 de mayo de 1988 (R. J. 1988, 4308) y S. T. S. de 30 de octubre de 1988 (R. J. 1988, 8183).

50 M. Pascual Liaño, *Comentario al artículo 1258 del Código Civil*, en *Jurisprudencia civil comentada*, 2149 (Comares, Granada, 2000). Para quien “la buena fe cumple en relación con la determinación del contenido del contrato, una función aún más importante que la de valorar el comportamiento de las partes en la ejecución del contrato: la de dotar de fundamento a la extensión del contrato de la obligatoriedad del contrato a lo que viene denominándose *contenido natural*...”, se trata de contenidos no pactados ni tampoco previstos por normas dispositivas, y que sin embargo forman parte de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones, salvo indicación clara y suficientemente expresa”.

51 R. de Ángel Yágüez, *Una expresión de lo que no es buena fe: el ejercicio malicioso de acciones judiciales*. *Jurisprudencia Española de las dos últimas décadas*, 50 *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, n.º 50, 12 y ss. (2002).

anterior protección y concepción del derecho jurídicamente protegible hace que sin duda, por razones de seguridad jurídica, se deba resguardar a aquel sujeto que se encuentra *legitimado* (el que ha confiado razonablemente), es decir, a la seguridad del disfrute del derecho, lo que supone que el individuo se pueda sentir satisfecho de esa seguridad y que no sea perturbado por aquella persona con la que ha entablado relaciones, y teniendo así la posibilidad de ejercitar su derecho sin trabas y al amparo del ordenamiento.

O como dice la *Relazione* (art. 13) del código italiano a propósito del deber general de la *correttezza* (que es un instrumento de la buena fe)⁵², no es sino el deber de comportarse de modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la tutela legítima del interés propio⁵³. Se comprende entonces la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte pone en la lealtad de la otra; la necesidad, en definitiva, de completar una amplia gama de deberes accesorios⁵⁴.

Por otra parte, la observación de la realidad demuestra que la interacción humana requiere un mínimo de confianza, sin ella no podría comprenderse el complejo mundo de las relaciones humanas, y éste ha sido el fundamento de siempre sin importar el momento histórico en el que nos encontremos cuando se contrata. El derecho es en sí mismo un conjunto de elementos que componen un factor imprescindible de confianza, de tal forma que es el resultado inherente de cualquier establecimiento de reglas jurídicas, las cuales a su vez traducen una función general del ordenamiento jurídico. En últimas, ellas reducen las contingencias y combaten los riesgos de *in sucesos* que puedan presentarse entre los sujetos, favoreciendo y estimulando en todas sus actuaciones las iniciativas⁵⁵.

Cuando un individuo decide por su propia iniciativa o ya sea por la invitación que le haga otro sujeto a entrar en el ámbito de las negociaciones, se encuentra ante el inmerso mundo de la autonomía contractual y obligacional, en el que la confianza se constituye como la piedra angular de la contratación. La buena fe acompaña el mundo de los contratos desde el momento de formación, durante su ejecución y hasta el cumplimiento de lo pactado. Las circunstancias que acompañan y que han acompañado el concepto y esencia de la buena fe han hecho que, incluso desde siglos atrás — situación que se mantiene en la actualidad— exista una unidad sustancial de todas las disposiciones encaminadas a tutelar un estado de confianza y, por tanto,

52 C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, 197 y ss. (Cedam, Padua, 1938). Afirma el autor que la buena fe es la lealtad recíproca de conducta, es el comportamiento leal en las relaciones sociales, es la causa justificadora de la confianza, y al mismo tiempo una exigencia imprescindible de conducta.

53 F. Jordano Fraga, *óp. cit.*, 136.

54 Véase, *ibidem*, 139.

55 En el mismo sentido M. A. Castro Portugal, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 346 (Almedina, Coimbra, 2004).

la convicción, muy difundida, de que tales disposiciones han de expresarse tendencialmente en un mismo criterio, nos llevan a que se aborden diferentes circunstancias que conforman esa unidad de materia de la que se viene hablando, por lo que es fundamental entrar a estudiar el estado de la apariencia eficaz.

4. EL COMPORTAMIENTO COMO CREADOR DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EFICAZ

La doctrina que se ha ocupado en estudiar la teoría de la apariencia jurídica, al momento de establecer cuáles son los supuestos en los cuales opera, ha sido abstracta y a su vez demasiado imprecisa, tal vez por algo muy lógico: es la ausencia de un concepto claro y preciso (situación que se nos presenta con mucha frecuencia en el tema hasta aquí estudiado). A pesar que son muy pocos los casos donde concretamente se habla de ella, es de aceptación generalizada que procede en otros supuestos que no tienen reconocimiento legal, siendo el caso que, a juicio propio, se puede presentar en la ruptura de las negociaciones sin justa causa⁵⁶.

Entre los modos de manifestarse con eficacia en las instituciones civiles, se nos presenta la apariencia como una de las formas de exteriorizar la voluntad, de tal forma que los actos poseen un medio de exteriorización que integra —como ya se dijo— lo querido con lo declarado. Por tanto, los medios de celebración de los negocios se hacen en general por una conducta elocuente, que casi siempre se da en la invitación de entrar a negociar. Aquí, la buena fe significa confianza en una situación jurídica que permite en un negocio jurídico de disposición creer al atributario en la legitimación e intención del disponente. La buena fe se liga aquí con la confianza en una *apariencia jurídica*⁵⁷. Aquí, la persona no incide en error acerca de su titularidad o de

56 Así, también lo reconocen, en la doctrina italiana, P. G. Monateri, Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale, en *R. C. P.*, 760 y ss. (Roma, 1985); A. de Mauro y F. Fortin-guerra, *La responsabilità precontrattuale*, 120 (Cedam, Padua 2002), y en el caso español, A. Manzanares Secades, *La responsabilidad precontractual en la...*, 713; L. Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, 55 y ss. (Bosch, Barcelona, 1952). Es reconocido así también en la doctrina argentina por R. Brebbia, *La responsabilidad precontractual*, 93 (La Roca, Buenos Aires, 1987). También la utiliza en el derecho suizo P. Piotet, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, 128 (Stempfli, Berne, 1963).

57 Tiene su fundamento en la doctrina de Claus-Wilhelm, *Die Vertauenshaftung im Deutschen Privatrecht* (Nendeln, Múnich, 1981), citado por M. A. Castro Portugal, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 346 (Almedina, Coimbra, 2004). El autor alemán analizó varias hipótesis de la tutela de la apariencia, y llegó a consolidar y estructurar la teoría. Hasta hace algún tiempo se creía, por parte de la doctrina, que la teoría sólo tenía aplicación frente a terceros, incluso el mismo Canaris sólo le daba este reconocimiento. No obstante, por incompleta e inexacta, la tendencia hoy día de la doctrina es reconocer que pueden ser objeto de la apariencia el cónyuge (C. C., art. 79) y el deudor (C. C., art. 1164) y, por tanto, no pueden decirse terceros, ya que están dentro y son partes del instituto afectado por la anomalía y sometido a tutela. Al respecto J. E. Bustos Pueche, *La doctrina de la apariencia jurídica*, 46 (Dikynson, Madrid, 1999). Afirma que en el caso español sólo existen tres supuestos de aplicación

la legitimidad de su conducta, sino en la intencionalidad de su adversario y, además, con-fía en lo que da a entender la apariencia de derecho. Lo cual denota una rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder las partes⁵⁸.

La protección de la apariencia radica en el amparo que el derecho reconoce a la existencia objetiva de una situación (que a pesar que no corresponde a la realidad lo querido con lo actuado o manifestado), que tiene consecuencias de igualdad jurídica entre la apariencia y la realidad. La unidad que se da dentro del universo de la confianza se manifiesta con una imposición de una obligación de indemnizar, pues coloca ante aquel que ha confiando una posición jurídica correspondiente a las expectativas que alimentó, hasta el punto de que en el caso en que no llegara a existir (como es el caso del que confía en la conclusión del negocio que nunca llega a celebrarse), por sus manifestaciones exteriores, debe en todo prevalecer y protegerse al dañado/ confiado⁵⁹.

La confianza sin duda es un presupuesto para establecer una responsabilidad precontractual. El problema de su tratamiento se encuentra en establecer a partir de qué criterios hay que detectar dicha confianza. En las conversaciones preliminares se confía en la conclusión del contrato, porque la actitud de una de las partes ha provocado esa apariencia. De alguna forma, confianza y apariencia se muestran aquí como términos interdependientes⁶⁰. Recordemos las palabras de Alonso Pérez⁶¹ al afirmar que la etapa preparatoria de un negocio no sólo se tipifica por una serie de actos —conversaciones, tanteos, negociaciones previas, proyectos, etcétera— que integran el iter formativo del contrato proyectado (elemento objetivo de la relación precontractual), sino que se constituye también por el comportamiento de las partes que actúan *in*

legal, el del caso de las llamadas *adquisiciones a non domino*, el del deudor que paga engañado a quien no es acreedor y el del matrimonio con defectos formales de los artículos 53 y 78 del Código Civil. Contrario a lo que piensa el autor, y tal como lo reconoce mayoritariamente la doctrina —situación que el autor reconoce—, p. 93. No todos los supuestos de apariencia jurídica tienen reconocimiento legal. Ante supuestos sustancialmente idénticos, el ordenamiento una vez les atribuye eficacia jurídica y otras no. Y actúa así en función de una consideración concreta de justicia o, si se prefiere, de política legislativa. Nosotros nos inclinamos por ese precepto y, por tanto, consideramos que es de total aplicación aquí la teoría de la apariencia jurídica, como una doctrina que logra fundamentar y respaldar la teoría de la confianza.

58 Cass. 22.4.1999, núm. 3988, *R. N.*, 1999, p. 735. Así lo reconoció la Corte de Casación Italiana al sostener que el principio de la apariencia puede ser aplicable en los casos de la responsabilidad precontractual, al tener su fundamento en la confianza depositada en la celebración de un inminente contrato. De igual forma, la sentencia de Cass. 21.3.2000, núm. 3001, *DPSoc*, 200, 10, 85.

59 M. A. Castro Portugal, *óp. cit.*, 45. También J. I. Cano Martínez, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, 59 (Bosch, Barcelona, 1990). Quien afirma que la apariencia deriva directamente de una norma que la tutela. En la misma posición, F. Jordano Fraga, *Falta absoluta de consentimiento...*, 42.

60 A. Manzanares Secades, *La responsabilidad precontractual en la...*, 713.

61 M Alonso Pérez, *Notas de derecho español...*, 161.

contrahendo y que debe adecuarse a los postulados de la buena fe (elemento subjetivo de la relación precontractual). Ese comportamiento de las partes que actúan *in contrahendo* es justamente en el que se fundamenta la teoría de la apariencia en los tratos preliminares, de tal forma que cada una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra.

La tutela de la apariencia se fundamenta en la necesidad de proteger y blindar el tráfico jurídico⁶², siendo una especial preocupación que se siente no sólo entre los grandes operadores de los sectores tradicionalmente objeto del derecho mercantil, sino también entre el novísimo derecho del consumidor. Aquí la defensa de la apariencia no se basa en la voluntad privada. Se trata, más bien, de una necesidad de asegurar situaciones no consolidadas, haciendo como si se hubiesen perfeccionado o consumado. En la mencionada necesidad se denota como un valor de orden público, y se constituye mediante normas imperativas, que hacen que los beneficios que conceden sean disponibles, como lo es el caso de la buena fe⁶³.

Los detractores de la teoría manifiestan que ante el principio de tipicidad de los negocios jurídicos es inaplicable en el ordenamiento civil y, además, que en la contratación es principio general el deber de diligencia media de no fiarse de las apariencias, que engañan y penetran a través de ellas en el fondo de la realidad⁶⁴. Efectivamente, el reconocimiento de esta apariencia jurídica es extremadamente complejo y espinoso, mas sin embargo, como bien lo explica Piotet, la teoría: “Ne déroge jamais à l’effet positif de la règle générale; elle écarte seulement ses conséquences négatives. En ce sens que, si une condition de l’effet positif de la règle normale fait défaut, cet effet se produit néanmoins quand le bénéficiaire de l’apparence efficace à cru de bonne foi a la réalisation de la condition défailante”⁶⁵. [No deroga el efecto positivo de la norma, sólo elimina sus consecuencias negativas. En este sentido, se aplica si por ejemplo una condición de efecto positivo de la regla general es deficiente, siendo este el caso, en el que un destinatario de la apariencia eficaz ha creído de buena fe en la realización y cumplimiento de la condición].

62 En el mismo sentido, P. Piotet, *La formation du contrat, en doctrine générale et en droit privé suisse*, 52 (Stempfli, Berna, 1956) y R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 63 y ss. (Essai critique, Paris, 1911), citado por P. Piotet, *La formation...*, 48.

63 J. I. Cano Martínez, *óp. cit.*, p. 59.

64 J. B. Machado, “Tutela da confiança e venire contra factum proprium” (*R.F.D.U.L.*, Lisboa, 1988), págs. 389-391. Contrario es el caso del derecho Suizo. PIOTET, P., “La formation...”, *cit.*, p. 48. Quien afirma, que la confianza, opera de acuerdo con el mismo espíritu de la ley civil, en la medida que el legislador ha consagrado en otras hipótesis la protección de la buena fe, donde aquí ella funciona como una apariencia de una situación jurídica, otorgando así, una apariencia eficaz. Opera en el art. 167 del Código de Obligaciones suizo, en el Art. 18 y art. 164 del mismo ordenamiento. Por tanto la adopción del mismo sistema en materia de declaración de la voluntad debe hacerse de conformidad como los demás principios conocidos en el Derecho Civil suizo.

65 P. Piotet, “La formation...”, *cit.*, p. 49.

La anterior frontera se hace mucho más visible en los casos en que ha precedido una conducta dolosa como instrumento de engaño (creando unas circunstancias falsas de naturaleza aparentes), ya que operará la tutela de la apariencia con fundamento en el principio general de la buena fe, puesto que el error que aquí se construye por parte del afectado es inmensamente protegible y la conducta reprochable⁶⁶. Pero si estamos en casos donde existe negligencia, cuya apariencia se ha generado sin maquinación alguna, el ámbito, alcance y naturaleza de la buena fe disminuye y, por tanto, se hace mucho más complejo establecerla. Aquí entonces la confianza de las partes debe surgir no sólo por las simples expectativas que todas ellas llevan al comienzo de cualquier negociación, sino que todo ese conjunto de situaciones que conforman los tratos, como las reuniones constantes y extensas, correspondencias, actitudes de las partes, les permitan identificar que en el caso existe una estructura económica del contrato claramente evidenciada y, por tanto, incluso cualquier persona media en situación y circunstancias similares hubiera confiado de igual forma en que el negocio se iba a efectuar. Aquí las palabras de profesor Jordano Fraga, nos ayudan a dar más precisión hasta lo aquí explicado: “La confianza es también aquí, confianza inculpable: la que objetivamente era susceptible de crear la declaración aparente, y la que en concreto, ha suscitado en los destinatarios o terceros que no conocieron ni pudieron conocer con la diligencia exigible (valorada con arreglo a los mismos cánones que para el sujeto declarante) la existencia de la anomalía (discrepancia o divergencia)”⁶⁷.

No es viable atribuir genéricamente que bajo su protección se puedan encuadrar todas las expectativas de las conductas humanas, ya que de ser así se estaría protegiendo caprichosamente situaciones que contrariarían la misma esencia del derecho. Es necesario entrar a valorar los dos comportamientos tanto del que emite la declaración como del receptor. Para lo anterior, es fundamental la objetividad del juzgador que entra a valorar la apariencia jurídica, teniendo especial cuidado en identificar si el presunto dañador exteriorizó y si se comportó de tal forma que dio lugar a la creación de las legítimas expectativas. En la actualidad, existe una total inconcreción de una norma que respalde la doctrina aquí propuesta, lo que hace que al momento de ser aplicada sea necesaria la mayor de las ecuanimidades posibles, así

66 Así, lo sostiene por ejemplo la sentencia del caso De Chirico (Cass. 22.6.82, núm. 2765, G.C., 1982 I, p. 1749.) Es una sentencia sobre una supuesta pintura del famoso pintor De Chirico y en la cual se causan perjuicios a un tercero que había confiado en todos los supuestos de la compra efectuada, al respecto la Corte sostuvo: “Responsabile per fatto illecito il pittore che, dopo aver apposto la propria firma autenticata da notaio sul retro di un quadro senza averne diligentemente controllato la paternita, lo disconosca cagionando un danno patrimoniale al terzo acquirente il quale abbia fatto affidamento sull’autenticita dell’opera”. (Es responsable por el hecho ilícito el pintor que puso su firma autenticada ante notario en el reverso del cuadro sin tener control minucioso de la autenticidad de la obra, lo que generó daños patrimoniales al comprador al tercero adquirente el cual había confiado en la autenticidad de la obra).

67 F. Jordano Fraga, *Falta absoluta de consentimiento...*, 42 y ss.

como una absoluta claridad frente a los presupuestos de la protección de esa confianza nacida en las negociaciones, ya que no en toda ruptura se puede alegar la defensa del tráfico, *sino sólo en aquellos casos donde la voluntad de declarante difiere de sus actos que han generado esa legítima confianza en el destinatario, el cual ha creado legítimamente un estado de confianza que debe ser protegido*⁶⁸, situación que como ya se mencionó, sin duda puede presentarse en la ruptura injustificada en las negociaciones.

68 En el mismo sentido, P. Piotet, *La formation...*, 51.

CONCLUSIONES

En el período precontractual la buena fe objetiva tiene unos vectores fundamentales de la tutela de la confianza. Así entonces, en primer lugar, impide que la conducta de una de las partes frustre la confianza que la otra depositó en la rectitud de la respectiva conducta y, por otra, evita que la conducta ocasione un retiro de las negociaciones, puesto que la formación contractual busca un consenso en el nacimiento de un contrato válido, apto para el derecho, y acorde con las mutuas expectativas de las partes, de tal forma que la confianza permite controlar el nacimiento y el contenido del contrato frente a los desequilibrios e injusticias.

El derecho debe proteger las expectativas de las partes cuando son legítimas, es decir, no simples ejercicios mentales de una de las partes, sino razonables y fiables, de modo que un contratante medio del sector del tráfico al que pertenezca el contrato concreto, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias, contaría que ellas son vinculantes, a pesar de que no se haya concluido el negocio. La protección de la apariencia es un supuesto de reconocida procedencia europea, y radica en el amparo que la jurisprudencia reconoce a la existencia objetiva de una situación (que a pesar de que no corresponde a la realidad lo querido con lo actuado o manifestado), que tiene consecuencias de igualdad jurídica entre la apariencia y la realidad. Esta unidad que se da dentro del universo de la confianza se manifiesta con una imposición de una obligación de indemnizar al dañado, deber que coloca a aquel que ha confiado en una posición jurídica correspondiente a las expectativas que alimentó, aun en los casos en que no existe conclusión contractual. El contratante que no ha previsto de forma negligente o dolosa aquellas consecuencias inherentes al tipo de negocio adelantado, se comporta contra ius y lesiona intereses del otro extremo negocial, obrando de forma antijurídica.

Se debe proteger la confianza, debido a que el fundamento de dicha protección se encuentra en las circunstancias actuales del tráfico moderno, las cuales demandan una tutela de la circulación de la riqueza, segura y rápida, situación que objetiva las reglas de conducta fundadas en la necesidad de un mando judicial en la función económico-social de la acción de autonomía privada y, por consiguiente, en la demanda de proteger al contratante más débil, aquel que confió en un comportamiento coherente y correcto.

Para la valoración y la procedencia de la teoría de la apariencia eficaz deben examinarse todos los hechos que han tenido importancia en la relación contractual, todas las circunstancias que de forma reconocible han intervenido en la actividad recíproca de las partes, orientada a la formación y conclusión del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M., Notas de derecho español a la obra Pietrobon V., El error en la doctrina del negocio jurídico (*R. D. P.*, Madrid, 1971).
- ATYIAH, P. S., *The rise and Fall of Freedom of contract* (Clarendon Press, Oxford, 1979).
- AUBERT, L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats (*L. G. D. J.*, París, 1970), n.º 25.
- BALLESTEROS, M., y COSTEA, M., *La manifiesta intención de obligarse y el derecho nuevo* (Montecorvo, Madrid, 1963).
- BREBBIA, R. *La responsabilidad precontractual* (La Roca, Buenos Aires, 1987).
- BUSTOS PUECHE, J. E., *La doctrina de la apariencia jurídica* (Dikynson, Madrid, 1999).
- CANO MARTÍNEZ, J. I., *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia* (Bosch, Barcelona, 1990).
- CARBONNIER, J., *Les obligations* (*P. U. F.*, París, 1995), n.º 34.
- CASTRO PORTUGAL, M. A., *Teoria da confiança e responsabilidade civil* (Almedina, Coímbra, 2004).
- CUETO RÚA, J. C., *Contrato como consentimiento y como relación*, en *Contratos: homenaje a Marco Aurelio Risolia* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Una expresión de lo que no es buena fe: el ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia Española de las dos últimas décadas*, 50 *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, n.º 2, 12 y ss. (2002).
- DE CUPIS, A., *Il danno*, t. I (Giuffrè, Milán, 1966).
- DE MAURO, A. y FORTINGUERRA, F., *La responsabilità precontrattuale* (Cedam, Padua, 2002).
- DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos* (Bosch, Barcelona, 1952).
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Thomson, Civitas, Madrid, 2007).
- DORAL, J. A., *El negocio jurídico* (Trivium, Madrid, 1982).
- FAGGELLA, G., *Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica*, en *Studi giuridici in onore di Carlo fadda* t. III (Scialoja, Napolés, 1906).
- *II periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale* (*Arch. Giur.*, Roma, 1918).
- *Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, en *Arch. Giur.* (Roma, 1909).
- FLOUR, J. et AUBERT, L., Les obligations, en *L'acte juridique*, 1 (6.ª ed., A. Colin, 1994), n.º 144.
- GOUNOT, E., *Le principe l'autonomie de la volonté en droit privé*, en *Etude critique de l'individualisme juridique* (Payot, París, 1954).
- GRASSETTI, C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti* (Cedam, Padua, 1938).
- IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restées imparfaites*, en *Ouvres choisis de R. von Ihering*, t. II (De Meulenaere, trad., Marescq, París, 1893).

- JORDANO FRAGA, F., *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales* (Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 1988).
- La responsabilidad contractual (Civitas, Madrid, 1987).
- LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II (R. D. P., Madrid, 1959).
- LARROUMET, C., *Droit civil*, en *Les obligations, le contrat*, t. II (2.ª ed., Económica, 1990), n.º 244.
- MACHADO, J. B., *Tutela da confiança e venire contra factum proprium* (R. F. D. U. L., Lisboa, 1988).
- MANZANARES SECADES, A., *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*, 37 *A. D. C.*, n.º 3, 687 y ss. (1984).
- MESTRE, J., *L'évolution du contrat en droit privé français*, en *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier* (Presses Universitaires de France, París, 1986).
- MICHAUX, S., *La formation du contrat: pour un rapprochement entre psychologie et droit*, en *Le processus de formation du Contrat* (Bruylant, Bruselas, 2002).
- MONATERI, P. G., *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, (R. C. P., Roma, 1985).
- MONSALVE CABALLERO, V., *Disertación para una nueva construcción en Colombia de la culpa in contrahendo*, *Revista de Derecho*, n.º 27, 41 y ss. (2007).
- *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta. Una doctrina europea en construcción*, *Revista de Derecho*, n.º 30, 30 y ss. (2008).
- *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*, 117 *Vniversitas*, 15 (2008).
- PASCUAU LIAÑO, M., *Comentario al artículo 1258 del Código Civil, Jurisprudencia civil comentada* (Comares, Granada, 2000).
- PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico* (R. D. P., Madrid, 1971).
- PIOTET, P., *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse* (Stempfi, Berna, 1963).
- *La formation du contrat, en doctrine générale et en droit privé suisse* (Stempfi, Berna, 1956).
- PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de derecho civil francés* (Cultural, La Habana).
- RANGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: obligaciones y contratos* (Dykinson, Madrid, 2000).
- RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept* (P. U. F., París, 1980).
- WALINE, M., *L'individualisme et le droit* (Domat, Montchrestien, 1949).
- WOLFGANG, S., *Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema del derecho alemán* (R. D. P., Madrid, 1942).

Índice jurisprudencial

Tribunal Superior Español

- S. T. S.* de 2 de abril de 1946 (R. J. 1946, 403).
S. T. S. de 17 de enero de 1986 (R. J. 1986, 105).
S. T. S. de 16 de mayo de 1988 (R. J. 1988, 4308).
S. T. S. de 30 de octubre de 1988 (R. J. 1988, 8183).

Corte de Casación Francesa

- Civ. 3, 23/04/1992: Bull. Civ.*, t. III, n.º 137
J. C. P., 1992, *G.*, t. IV, 1864.
Com. 7/04/1987: Bull. Civ., t. IV, p. 93.
Com. 25/10/1994: Bull. Civ., t. I, p. 101.
Civ. 3 5/06/1970: Bull. Civ., t. III, n.º 387
Com 8/07/1975: Bull, Civ., t. IV, n.º 195
Com 10/12/1975: Bull, Civ, t. IV, n.º 283
Civ. 1 4/12/1982: Bull. Civ., tomo I, núm. 317.

Corte de Casación Italiana

- Cass. 22.4.1999, n.º 3988, R. N.*, 1999, p. 735
Cass. 22.6.82, n.º 2765, G. C., 1982 I, p. 1749.