



JORGE RODRIGUEZ RUSSO

Profesor Agregado de Derecho Privado – Universidad de la República de Uruguay

CONTORNOS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL. LA SITUACION EN EL DERECHO URUGUAYO

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *El contrato y su dimensión temporal.* – 3. *Los orígenes de la responsabilidad precontractual y su desarrollo posterior.* – 4. *Las transformaciones de la responsabilidad civil precontractual en los últimos veinte años. Tendencias en el Derecho Comparado.* – 5. *La responsabilidad precontractual en el sistema civil uruguayo.* – 5.1 *La dualidad de disciplinas y la unidad del sistema de Responsabilidad Civil.* – 5.2 *El problema de la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Precontractual.* – 5.3 *La tesis predominante en la doctrina y jurisprudencia se inclina por la naturaleza contractual. Los fundamentos que la sustentan.* – 5.4 *Las objeciones a la tesis contractualista desde la perspectiva de los deberes dimanantes de la buena fe y las notas tipificantes de la obligación. La dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual.* – 5.5 *La relevancia del problema en el sistema civil uruguayo.* – 6. *Conclusiones.*

1. – En el presente trabajo abordamos un tema de enorme relevancia, el de los contornos que asume hoy la responsabilidad civil precontractual. En los últimos veinte años ha sido el escenario de importantes cambios en el Derecho Comparado, tanto en el plano legislativo, como en el doctrinario y jurisprudencial, corroborando que el Ordenamiento Jurídico, como ha dicho Franzoni¹, “*es un universo en constante evolución*”, producto de la confluencia de una multiplicidad de factores, entre los que se destacan la incesante producción de normas y la permanente actividad del intérprete, que en base a reglas, principios y valores imperantes en cada momento histórico debe captar la dimensión y el sentido de las instituciones y de las categorías centrales que lo conforman.

Las profundas transformaciones sociales, económicas, políticas, culturales y tecnológicas verificadas desde la sanción de los Códigos decimonónicos hasta el mundo globalizado en que vivimos, han impactado en las instituciones fundamentales del Derecho

¹ Franzoni, Massimo, “*Il contratto nel mercato globale*”; *Rivista Diritto e Impresa*, N° 1, enero– febrero 2013, Cedam, Padova, p. 69.



Privado, siendo paradigmático en ese sentido lo acontecido con el Contrato y la Responsabilidad Civil².

Entre ambos extremos del referido arco temporal la tendencia normativo cultural de dar preeminencia a la persona humana sobre los intereses económicos condujo al desplazamiento de la “*patrimonialización y despersonalización*” del Derecho Civil hacia su “*despatrimonialización y personalización*”³. Las estructuras codiciales del siglo diecinueve, en total armonía con la ideología subyacente, respondían a una imagen de la persona considerada exclusivamente en su dimensión patrimonial, al extremo que ha podido señalarse que *Code* de 1804 era el Código de la propiedad, de la riqueza adquirida, en tanto se ocupaba de proteger al individuo que poseyese bienes materiales, pero se olvidaba completamente de los que nada tenían⁴.

Hoy la persona ya no puede ser contemplada solamente como titular de relaciones jurídicas, como centro de imputación de derechos y deberes, sino como el fin primordial a cuyo desarrollo integral deben ir orientados todos los instrumentos; en suma, la persona como valor institucional que se deriva de su propio valor intrínseco, de su especial dignidad, de su carácter irrepetible, de ser con fines propios que el Derecho debe respetar y proteger. Por ello –como proclamaba Irti⁵– el Derecho Civil, de Derecho del ciudadano, está llamado a hacerse Derecho del individuo.

Los paradigmas del Código Civil no han permanecido incambiables; familia, propiedad y contrato –por señalar tan solo tres de las instituciones centrales– asumen hoy perfiles sustancialmente distintos. La familia ya no se estructura exclusivamente en base al matrimonio; la propiedad ha dejado de ser una sola; el contrato individual, negociado y paritario, no es ya el único modelo de contrato. Frente a la familia matrimonial, una multiplicidad de modelos de familia; frente a la propiedad, las propiedades; frente al contrato discrecional y paritario, los contratos por adhesión y de consumo. El principio de igualdad ya no empuja hacia la uniformidad, sino hacia la diferenciación, teniendo en cuenta

² Hemos realizado algunas reflexiones en “*Codice Civile e dispersione legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel Diritto Civile uruguayano*”, *Rassegna di Diritto Civile*, N° 3/2014, Esi, Napoli, pp. 853-854.

³ Así lo señala Colina Garea, Rafael, “*Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y de la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil*”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 10, La Coruña, 2006, pp. 217 y 223-232. Sobre el punto puede verse también el trabajo de Adriano De Cupis, “*Sulla depatrimonializzazione del Diritto Privato*”, *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1982, Parte II, p. 484 y ss.

⁴ Colina Garea, *Ob. Cit.*, p. 231.

⁵ Irti, Natalino, *La cultura del Diritto Civile*, Utet, Torino, 1990, Introducción, p. 6.



la cualidad subjetiva, las singularidades económicas, el estado de las cosas⁶. La desintegración del sistema de fuentes, como destaca Lipari⁷, ha provocado la pérdida de uno de los postulados fundamentales a los cuales se reconducía la certeza del Derecho: la univocidad del objeto.

En el campo del Derecho Contractual ha sido elocuente el irreversible proceso de fragmentación de la categoría⁸ con el surgimiento de nuevos modelos con contornos diferentes, como sucede con los contratos por adhesión y los contratos de consumo, en los que existe una situación de notoria desigualdad de poder negocial entre las partes, en función de la objetiva posición del consumidor en el mercado. En los contratos por adhesión el adherente no puede ejercer su libertad de determinar el contenido del contrato, por lo que puede dudarse que sea el fruto de un acuerdo de voluntades⁹; aquí, según expresa Denis Mazeaud, la libertad no es más que una ilusión en ausencia de verdadera negociación, ya que una de las partes no tiene otra opción que adherir al contenido predefinido por el otro contratante, por lo que en esta categoría de contratos, desde el momento en que falta el postulado de la libertad y la igualdad, “*es necesario proteger al contratante débil contra el riesgo de un desequilibrio contractual o al menos contra un desequilibrio excesivo*”¹⁰.

A diferencia de lo que acontece en el Código Civil, basado en la unidad del sujeto, en la legislación especial deviene relevante entonces la calidad de los contratantes, extremo que conlleva a la duplicidad del modelo: por un lado el contrato de base individual (celebrado entre particulares o entre profesionales); por el otro el contrato de los consumidores, con un régimen especial¹¹. La doctrina ha comenzado a hablar de un *tercer*¹² mode-

⁶ Irti, *La edad de la descodificación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 80.

⁷ Lipari, Nicolò, “*I civilista e la certezza del Diritto*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 69, N° 4, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1133-1134.

⁸ Así lo expresamos en “*La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo*”, *Revista Indret*, Barcelona, 4/2013, p. 3 y ss. Sobre las características de algunos contratos de gran importancia en el tráfico jurídico, que en parte vinculan y en parte no (contratos demediados) véase el interesante trabajo de Giorgio De Nova, “*Contratti dimezzati*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LVII, N° 2, giugno 2013, Giuffrè, Milano, pp. 439-459.

⁹ Así lo señala Savaux, Eric, “*El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos*”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIX, fasc. III, Madrid, 2016, p. 739.

¹⁰ Mazeaud, Denis, “*Prime note sulla riforma del Diritto dei Contratti nell’Ordinamento francese*”, *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 62, N° 2, Cedam, Padova, 2016, p. 444 (las cursivas no se encuentran en el original).

¹¹ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 159.



lo de contrato, en el que es parte un contratante débil que no es consumidor, pero en el que se verifica también una situación de asimetría entre los contratantes¹³ –como sucede en los contratos asimétricos entre empresas– desigualdad que no nace de una carencia informativa o de la ausencia de tratativas, sino de una situación de dependencia económica en la que se encuentra un sujeto respecto al otro. No existe acuerdo si ello comporta un paradigma normativo diferente (*tercer contrato*) o si por el contrario es posible conformar un paradigma normativo tendencialmente unitario (contratos asimétricos), capaz de contener el entero universo de relaciones entre sujetos con una significativa desigualdad del poder contractual, sean o no consumidores¹⁴.

Todo ello ha impactado en la categoría general del contrato, desafiando el carácter central de la *Parte General*¹⁵, al punto que un sector de la doctrina piensa que la Parte Especial, relativa a los singulares tipos contractuales, constituye ahora la disciplina general de una determinada figura. En esta línea de pensamiento se argumenta que la Parte

¹² El término “*terzo contratto*” es atribuido a Roberto Pardolesi, que lo emplea en el Prefacio a la obra de Giuseppe Colangelo *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e Diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Giappichelli, 2004.

¹³ Sobre el punto pueden consultarse las contribuciones de Massimo Franzoni, “*Il contratto nel mercato globale*”, p. 71 y ss. Enrico Labella, “*Tutela della microimpresa e terzo contratto*”, *Europa e Diritto Privato*, 4/2015, Giuffrè, pp. 857-897. Roberto Calvo– Alejandro Ciatti, *Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 273. Vincenzo Roppo, *Il contratto del duemila*, Utet, Torino, 2005, p. 23 y ss; “*Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*”, *Rivista di Diritto Privato*, 2001, p. 769 y ss.; “*Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*”, *Rivista di Diritto Privato*, 3/2010, p. 19 y ss. Andrea Zoppini, “*Il contratto asimetrico tra parte generali, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*”, *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 54, N° 5, Cedam, Padova, 2008, pp. 536-541. Gregorio Gitti– Gianroberto Villa, *Il Terzo Contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008. *La tutela del contraente debole nei rapporti tra imprese*, VV. AA., Giunta della Provincia Autonoma di Trento, 2007.

¹⁴ Sobre el tema más ampliamente Vincenzo Roppo, “*Del contratto con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del Derecho contractual europeo*”, *Revista de Derecho Privado*, N° 20, enero-junio 2011, Universidad Externado de Colombia, p. 221. De Cores, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2015, pp. 640 y ss.

¹⁵ Véase especialmente: Giorgio De Nova, “*Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*”, *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1988, p. 327 y ss. Paolo Vitucci, “*Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*”, *Contratto e Impresa*, 1988, pp. 804-818. Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, Cedam, Padova, 2001, p. 85. Emanuele Lucchini Guastalla, “*Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto. Parte Prima*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 58, N° 2, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 379-410. Nicolás Lipari, “*Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 62, N° 1, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1-20. Salvatore Patti, “*Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 62, N° 3, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 735-750. Jorge Gamarra, *Neoconstitucionalismo. Código y Ley especial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 25-41.



General sobre el contrato no puede ser considerada como la disciplina de una figura unitaria; las normas generales, lejos de constituir parte integrante de la disciplina de cada contrato en particular, tienen en algunos casos una función “*meramente subsidiaria y residual*”¹⁶. Roppo¹⁷ destaca que las disciplinas especiales relativas a los singulares contratos, al mismo tiempo que se multiplican, se complejizan, adquieren una nota de generalidad y sistematicidad que en el pasado no tenían, organizándose en microsistemas que dan origen a principios dotados de fuerza expansiva. Como consecuencia de ello –resalta el doctrinario italiano– es imposible ver hoy a la parte especial como un elemento de segundo plano de la disciplina del contrato, pues disputan el carácter central que a la Parte General le pertenecía originariamente de manera exclusiva.

Por otro lado, también corresponde destacar la enorme gravitación de las *cláusulas generales*, como la buena fe, que ha conformado un paradigma de contrato *cooperativo*, contrapuesto al modelo de contrato entre *antagonistas*, vale decir, un paradigma basado en el modelo del juego cooperativo, con perfiles distintos al modelo antagonístico, en el que el contrato representa una tregua provisoria entre las partes, en el contexto de un juego conflictivo de intereses¹⁸.

Al igual que el contrato, la *responsabilidad civil* ha estado en permanente transformación en los últimos años. Sirvan como ejemplo la expansión de las fronteras del daño resarcible, la democratización en la aplicación de la disciplina (sin sujetos excluidos), la ampliación del elenco de los legitimados activos, la tendencia a la objetivación en amplios sectores, el redimensionamiento de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno a partir de la identificación de un principio general, los daños colectivos, la cristalización del principio *pro damnato o favor victimae*, la propia descodificación del Derecho de Daños, tan diáfana y destacada por Díez-Picazo¹⁹. También aquí la evolución ha conducido a la identificación de tres modelos: uno clásico, de base puramente individual y de corte sancionatorio, articulado sobre la culpa y centrado en el comportamiento del dañador; el otro, de corte indemnizatorio, en el que pasa a primer plano la víctima,

¹⁶ Así, De Nova, “*Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*”, p. 331.

¹⁷ Roppo, *Il Contratto*, p. 85.

¹⁸ Cfme. Monateri, Pier Giuseppe, “*Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLIX, N° 4, Cedam, Padova, 2003, p. 409 y ss. Véase también: Sirena, Pietro, “*La categoria dei contratti d’impresa e il principio di buona fede*”, *Rivista di Diritto Civile*, Fasc. 4, 2006, p. 417 y ss. Gamarra, Jorge, *Buena Fe Contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 32 y ss.

¹⁹ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 127 y ss.



con un amplio cauce para la objetivación de la responsabilidad; un tercer modelo, en vías de construcción, en el que la responsabilidad trasciende a los sujetos privados²⁰. Diferentes modelos de responsabilidad que “*conviven de manera inarmónica, tan inarmónica que resulta difícil hablar de responsabilidad por daños como una institución unitaria*”²¹.

Vincenzo Scalisi señalaba con agudeza que un dato seguro del presente es el emerger siempre creciente de nuevas ocasiones de daños, en una sociedad, como la moderna, caracterizada como la sociedad del riesgo y de la incertidumbre, pero también de la información. Fenómeno esencialmente reconducible a su juicio a un cuádruple orden de factores: la impetuosa explosión de la complejidad social, con su politeísmo de valores; el vertiginoso desarrollo tecnológico, con su impacto en los más diversos ámbitos de la vida; la era post industrial, con una modificada escala de exigencias y necesidades, cualitativamente nuevas y diversas; el creciente proceso de globalización, con la cada vez mayor interdependencia y la reducción espacio-temporal de las esferas individual y de grupo²².

Síntoma de las transformaciones ocurridas es el intenso movimiento de reforma en el ámbito internacional, que como ha puesto de relieve Martín-Casals²³, no se limita a los trabajos de armonización europea –como los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)– o las reglas de la Responsabilidad Extracontractual contenidas en el Marco Común de Referencia (DCFR), sino que también comprende a las legislaciones internas, con diversas leyes, anteproyectos y propuestas, como ha sucedido por ejemplo en Alemania, China, Suiza, Austria y Francia.

En las últimas tres décadas se ha producido una importante evolución en el seno de la responsabilidad precontractual²⁴, tanto en la configuración de los supuestos susceptibles

²⁰ López Herrera, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 54-59. Sobre las diferentes concepciones de responsabilidad véase Mosset Iturraspe, Jorge, “*Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones*”, en *Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, I, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires 1990, pp. 27-50.

²¹ López y López, Ángel, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 419 (cursivas de nuestra autoría).

²² Scalisi, Vincenzo, “*Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 58, N° 3, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 785-786.

²³ Martín-Casals, Miquel, “*Nuevas perspectivas de la responsabilidad extracontractual*”, en *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, VV.AA., Bosch, Barcelona, 2012, pp. 225-226.

²⁴ Para el Derecho uruguayo véase Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, cuarta edición, Fundación de Cultura Universitaria Montevideo, 2006, pp. 61 y ss. Rodríguez Russo, “*Contornos actuales de la Responsabilidad Civil precontractual*”, pp. 244-251; “*Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesio-*



de poner en acto este subtipo de responsabilidad, como en los daños resarcibles. Cambios que responden a las propias transformaciones ocurridas en la responsabilidad civil, pues como anota Lambert-Faivre²⁵, mientras en el siglo XIX el eje de la misma era el sujeto responsable (responsabilidad subjetiva basada en la culpa) en el siglo siguiente es desplazado por el objeto de la responsabilidad (obligación de reparar el daño que ha sido causado)²⁶. El modelo clásico de la responsabilidad civil, era un modelo unitario y laico, que representó, como lo destaca magníficamente Rodotà, el paso de la sociedad agrícola a la industrial, cumpliendo “una función binaria, de protección y control de la propiedad, de defensa de la propiedad frente agresiones externas, pero al mismo tiempo, de atenuación de la carga agresiva de la propiedad frente a terceros (que también tenían condición de propietarios). En un período en el cual uno de los problemas centrales consistía en regular el conflicto entre propiedades distintas –todas las cuales se concebían como absolutas– se proponen criterios idóneos para hacer posible una opción entre diversos tipos históricos de propiedad. La responsabilidad civil acompaña este proceso de selección entre los intereses: ella pasa de ser una regla externa de protección de la propiedad, a tener el carácter de un instrumento de gestión de las compatibilidades entre dichos intereses”²⁷.

2. – En el lenguaje común, dice Roppo, la palabra contrato es usada para designar la operación económica *tout court*, la adquisición o cambio de bienes y servicios, el negocio, en suma, entendido en su materialidad, fuera de toda formalización legal, de toda mediación operada por el Derecho o por la Ciencia Jurídica. El contrato concepto jurídico es la formalización de aquella operación económica, asentada en la idea de que las operaciones económicas pueden y deben ser reguladas por el Derecho, a través de la construcción de la categoría científica idónea para tal fin. El concepto jurídico de contrato no es un fin en sí mismo, sino con vistas o en función de la operación económica, de

nado”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLVII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, pp. 919-936.

²⁵ Lambert-Faivre, Ivonne, “L’ evolution de la responsabilité civile de una dette de responsabilité a un credit d’indemnisation”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, Dalloz, París, 1987, p. 1 y ss.

²⁶ Cambios que en general, en el ámbito del Derecho Privado, se enmarcan en el desplazamiento y relevo de un modelo liberal del Derecho por un modelo ligado al Estado Social (Cfme. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 479).

²⁷ Rodotà, Stefano, “Modelos y funciones de la responsabilidad civil”, Revista THĒMIS, N° 50, Perú, 2005, pp. 200-201.



la cual representa, por así decir, su vestimenta exterior, prescindiendo de la cual resultaría una noción vacía y abstracta, y por consiguiente incomprendible²⁸.

Paradigma de los negocios jurídicos patrimoniales, desde su perfil institucional el contrato aparece como el instrumento técnico imprescindible para la circulación de bienes y servicios²⁹. En términos sustantivos representa la composición consensual de intereses contrapuestos, o por lo menos no coincidentes, por cuyo intermedio las partes programan cual deberá ser la conducta futura a asumir respecto a determinada materia sobre la cual opera el propio acuerdo³⁰.

Su significación reposa en que de acuerdo con el principio de autonomía privada, como reconocimiento de la configuración autónoma de las relaciones jurídicas, la reglamentación negocial de una relación jurídica que afecta a varias personas, por regla, sólo puede establecerse por ellas de conformidad, porque de otro modo la autonomía sería sustituida por la heteronomía³¹.

A través de dicho negocio jurídico los sujetos regulan sus propios intereses, dotando de forma jurídica a una relación patrimonial de la cual resultarán prestaciones cuyo cumplimiento permite colmar la necesidad justificante de la propia contratación³². Ello se desarrolla en el marco del principio de libertad contractual, que presupone como dice Larenz³³ la *libertad de conclusión*, que es la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo, y la *libertad de configuración interna*, que consiste en la posibilidad para ambos contratantes de establecer su contenido.

Desde la perspectiva de la dimensión temporal son claramente discernibles tres gran-

²⁸ Roppo, *O Contrato*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 7 y ss. *Il Contratto*, p. 73. Para Andrea D'Angelo, *Contratto e Operazione Economica*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 18 y 58, el contrato es la superestructura de la operación económica.

²⁹ Cfme. Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T. 1, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 15. Galgano, Francesco, *El Negocio Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 57.

³⁰ Rodríguez Russo, Jorge, "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXIX, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1999, p. 541.

³¹ Cfme. Flume, Werner, *El Negocio Jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 714.

³² Cfme. Cafaro, Eugenio– Carnelli, Santiago, *Eficacia Contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, p. 12.

³³ Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, T. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 66 y ss. El principio de libertad de contratación es una consecuencia de la autonomía privada, y ésta, a su vez, un aspecto del derecho de la persona al libre desarrollo de su personalidad. Esta ascendencia política y filosófica de la autonomía contractual es lo que explica su vigencia en todas las legislaciones: Cfme. Santos Briz, Jaime, *Los Contratos Civiles. Nuevas Perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 39.



des etapas en el contrato, en cada una de las cuales puede configurarse una situación de responsabilidad ante el daño injustamente causado. Según Puig Brutau³⁴ ellas son la generación, la perfección y la consumación. La primera comprende los tratos preliminares y el proceso interno de formación; la segunda su nacimiento, al quedar concluido por el concurso de la oferta y la aceptación; la tercera el cumplimiento del fin para el que se otorgó, extremo que se produce con la ejecución de las prestaciones derivadas del mismo.

En un paralelismo que responde a la simetría se dice que así como hay una **responsabilidad precontractual**, que surge en la fase previa a la formación del tipo contractual, también existe una **responsabilidad postcontractual** (*post pactum finitum*) individualizable en la etapa del postcontrato, cuando las obligaciones principales dimanantes del mismo han sido cumplidas, pero quedan subsistentes determinados deberes de conducta derivados de la buena fe³⁵.

En los apartados que siguen trataremos algunos de los principales aspectos de las transformaciones operadas en la responsabilidad surgida en el período precontractual. De la *responsabilidad postcontractual* podemos decir incidentalmente que no ha tenido el mismo grado de desarrollo, pues surgida en la jurisprudencia alemana en el primer cuarto del Siglo XX³⁶ y abordada posteriormente³⁷ por un calificado sector de la doctrina³⁷, es recién en la última década de la pasada centuria que cobra un nuevo impulso en el Dere-

³⁴ Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1988, p. 167.

³⁵ Hemos abordado el tema en algunos trabajos anteriores a los cuales nos remitimos: “*Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil*”, pp. 195 y 196; *La Interpretación del Contrato*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, pp. 87-101; “*Contrato y responsabilidad civil. A propósito de la responsabilidad postcontractual y su disciplina jurídica*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 929-943.

³⁶ Cfme. Menezes Cordeiro, António, “*Da pós-eficácia das obrigações*”, Revista Direito e Justiça, Vol. 2, Lisboa, 1987, p. 112.

³⁷ Mazeaud, Henri y Léon-Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, T. 1 vol. 1, Ejea, Buenos Aires, 1977, pp. 169-171. Mazeaud, Henri, Léon y Jean-Charles, François, *Derecho Civil. Obligaciones*, T. 1, Zavalía, Buenos Aires, 1997, pp. 499-500. Lalou, Henri, *La Responsabilité Civile*, Dalloz, París, 1928, p. 172. De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, pp. 227-228. Dubove, Jorge Pablo, Voz “*Responsabilidad postcontractual*”, Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXIV, Buenos Aires, 1967, pp. 962-964. Pérez Vives, Álvaro, *Teoría General de las Obligaciones*, Vol. II, Temis, Bogotá, 1954, pp. 3, 51 y ss. Puig Brutau, *Ob. Cit.*, pp. 219-220. Ordoqui, Gustavo-Olivera, Ricardo, *Derecho Extracontractual*, T. II, Amalio Fernández, Montevideo, 1974, p. 59. Menezes Cordeiro, “*Da pós-eficácia das obrigações*”, pp. 109-160. Alterini-Ameal-López Cabana, *Curso de Obligaciones*, T.1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pp. 169 y 205. Sánchez Fontans, José, *El contrato de construcción*, T. 2, Montevideo, 1953, p. 137. Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, T. 1, p. 156.



cho latinoamericano, producto de su recepción por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 1998 (art. 1063) y de las elaboraciones de la doctrina de ese país más atenta al fenómeno del daño postcontractual³⁸. Dicho Proyecto regulaba expresamente la etapa del *Postcontrato* en los siguientes términos: “*Deber de buena fe. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de las partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato. B) la restitución y reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este Título. C) La interpretación y el cumplimiento de las obligaciones*”.

En principio parecería inadmisibles que pueda existir responsabilidad civil en esa etapa, por cuanto el cumplimiento comporta la extinción de las obligaciones, con la consiguiente satisfacción del interés del acreedor. Sin embargo, un examen más atento del fenómeno revela que pueden subsistir determinados deberes de conducta dimanantes del principio de buena fe que, al ser infringidos, comprometen la responsabilidad civil de su autor. Señala Lorenzetti³⁹ que las partes contratantes tienen deberes colaterales de conducta derivados de la buena fe que abarcan no solo el período precontractual y el contractual, sino también el postcontractual. Hay deberes secundarios de finalidad negativa, cuya función es impedir las invasiones arbitrarias en la esfera íntima del sujeto (deber de seguridad) y deberes secundarios de finalidad positiva, cuyo objetivo es posibilitar el cumplimiento de la prestación (colaboración, información)⁴⁰. Para el doctrinario la res-

³⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, “*El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo postcontractual*”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pp. 173-201. Leiva Fernández, Luis, “*La responsabilidad postcontractual*”, *La Ley*, 1998-D, 1229, Número 6 (publicado ahora en *Tratado de Derecho Jurisprudencial y Doctrinario*, T. III, Doctrina, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, pp. 471-482). Picasso, Sebastián-Varacalli, Daniel, “*Responsabilidad precontractual y postcontractual*”, *Lecciones y Ensayos*, Ns. 60-61, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 234-239. Picasso, Sebastián, “*La responsabilidad pre y postcontractual en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998*”, *Instituciones de Derecho Privado Moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 486-491. Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 529-530. Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 632-635. López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 86.

³⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Esquema de una teoría sistémica del contrato*”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 247; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pp. 463-464; *Tratado de los Contratos. Parte General*, p. 633.

⁴⁰ Lorenzetti, *Tratado de los Contratos. Parte General*, pp. 392-393.



ponsabilidad *postcontractual* “se caracteriza por ser *una conducta violatoria de un deber colateral acordado por las partes o en la buena fe, que lesiona una posición jurídica de pleno goce de los bienes luego del cumplimiento del contrato*”. Para su configuración, a su juicio, deben concurrir los siguientes tres presupuestos. *Primero*: que se cumplieren las obligaciones nucleares o principales; sólo si tales obligaciones se han cumplido el contrato agota su función principal y puede hablarse de un período “post”. *Segundo*: que existan deberes colaterales, que hay en todo contrato, porque derivan de la buena fe, como sucede con los deberes de seguridad, custodia, consejo, información, confidencialidad, lealtad. La responsabilidad *postcontractual* surge cuando se violan estos deberes, estando ya cumplidas las obligaciones nucleares. *Tercero*: existencia de una conducta violatoria de esos deberes. Existe así una antijuridicidad diferente, que no se revela por la contradicción con el objeto y el contenido del contrato, sino porque la conducta es contraria a deberes secundarios de conducta que subsisten luego de cumplidas las obligaciones nucleares⁴¹.

Según Dahm⁴² la responsabilidad *postcontractual* tiene en cuenta las obligaciones que incumben a las partes contratantes después de la perfección y ejecución del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido, trayendo a colación algunos supuestos concretos, como el del vendedor de un inmueble, propietario de otro contiguo, que tiene el deber de no edificar en éste de tal forma que desmerezca el valor de la finca vendida o el del arrendador de no impedir al ex arrendatario que deje en la finca un aviso indicando su nueva dirección. Lorenzetti menciona otras hipótesis de infracción de estos deberes colaterales de no competencia y de reserva, como el caso del que enajena un comercio y luego de cumplidas las obligaciones principales instala otro igual en la misma zona, o el que transfiere un secreto industrial y luego lo divulga haciendo perder todo su valor.

En similares términos se pronuncia Leiva Fernández⁴³, señalando que es *postcontractual* aquella responsabilidad “*en la que se incurre por alguno de los ex co-contratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, sea que se origine en un hecho anterior o posterior a dicha satisfacción*”. Destaca como rasgos característicos que le imprimen su propia fisonomía el carácter fáctico, la circunstancia que las relaciones sociales entre los ex cocontratantes en todos los casos involucran a

⁴¹ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, p. 634.

⁴² Dahm, Georg, *Deutsches Recht*, 1951, p. 538, nota 7 (citado por Puig Brutau, p. 219, nota 88).

⁴³ “*La responsabilidad postcontractual*”, p. 473.



terceros y que los deberes infringidos son siempre prestaciones de no hacer, a diferencia de lo que acontece en la responsabilidad precontractual, donde los deberes quebrantados pueden ser de hacer o de no hacer. Para el civilista citado lo que caracteriza a esta responsabilidad no es una naturaleza jurídica única, sino el surgimiento en un mismo período temporal: el *postcontractual*. Período éste que comienza luego del cumplimiento de las prestaciones principales del contrato y finaliza al vencimiento del plazo de prescripción extintiva o liberatoria⁴⁴.

3. – Enseña Gamarra⁴⁵ que la responsabilidad precontractual solo tardíamente fue advertida como una figura autónoma, pues los códigos decimonónicos carecen de una disciplina general, dado que las disposiciones particulares que figuran en los mismos corresponden a previsiones particulares, no a la sistematización de principios que el legislador naturalmente ignoró.

Según García Rubio y Otero Crespo⁴⁶ el origen de la denominada *culpa in contrahendo* se remonta a la segunda mitad del siglo diecinueve (1861), cuando Ihering buscó dar respuesta al problema de si la parte que había cometido un error esencial al otorgar el contrato respondía frente a la otra del daño que había sido causado por su culpa. Las fuentes romanas lo llevaron a postular que existe tal responsabilidad⁴⁷, pues la parte que ocasiona la nulidad debe responder del daño causado por la anulación del negocio, no porque el contrato sea inválido, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra parte, causándole un perjuicio.

Destacan que esa idea fue recogida por autores posteriores y recibida en diversas

⁴⁴ Leiva Fernández, *Ob. Cit.*, p. 473. Para el doctrinario el plazo es el de prescripción de la obligación legal específica o el genérico de toda obligación exigible. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos. Parte General*, p. 635, puntualiza que los deberes se han de cumplir hasta tanto su observancia sea relevante, o hasta que se cumpla el hecho extintivo que las partes pactaren, como por ejemplo un plazo.

⁴⁵ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, 4ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 61.

⁴⁶ García Rubio, María Paz– Otero Crespo, Marta, “*La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo*”, *Indret*, 2/2010, Barcelona, p. 4.

⁴⁷ Enseña Díez-Picazo que Ihering llegó a esta conclusión analizando algunos textos romanos que contemplaban supuestos de venta de los *bona sacra vel religiosa vel publica*, cuando el vendedor conocía esta circunstancia y no lo comunicaba al comprador, quien contrata creyendo que se trata de cosas que se encontraban dentro del comercio. Dichos textos conceden al contratante de buena fe una *actio empti* dirigida a proporcionarle el *id quod interest* (Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1976, p. 271).

JUS CIVILE



normas, tanto del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) como del Código Civil suizo, si bien en ninguno de ellos se formula un principio general de la responsabilidad civil surgida en esa fase, por lo que habrá que esperar hasta mediados del siglo veinte para que tal principio reciba consagración legislativa, primero en el Código Civil griego de 1940 (arts. 197 y 198) y en el Código Civil italiano de 1942 tiempo después (arts. 1337 y 1338), siendo seguidos por el Código Civil portugués de 1967 y el ZGB de la República Democrática Alemana de 1975.

Sin embargo, puntualizan las doctrinarias españolas, “*la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung), ha construido sus bases teóricas, ha extendido su ámbito de aplicación de manera inicialmente insospechada y ha servido, en mayor o menor medida, como modelo a la literatura jurídica y la jurisprudencia de buena parte de los países europeos hasta fechas muy recientes*”.

Las dificultades que se generaban en los supuestos de contrato inválido por un error vicio del consentimiento del que se ocupó Ihering radicaban en que la nulidad del negocio parecía excluir la responsabilidad. Sin embargo, para él tenían naturaleza contractual, pues cuando dos sujetos entran en relación con miras a la celebración de un contrato, deben responder en la formación del negocio por la misma culpa que en la ejecución, basándose en un pacto tácito de garantía relativo a las condiciones de validez de mismo, pues cada parte contratante debe verificar que no exista nada que obste a la validez del negocio, sea por vicio de la voluntad, perecimiento del objeto que se vende, o por otra circunstancia cualquiera.

Al caso de la culpa *in contrahendo* del contrato nulo por error⁴⁸ se añaden los supuestos de contrato válidamente celebrado, como acontece en el dolo incidente, en el que hay que conjugar la *regla de validez* con la *regla de comportamiento*, el del contrato que no llega a perfeccionarse por ruptura de las tratativas, donde es necesario buscar el equilibrio entre *libertad de la parte tratante* y *la tutela del interés del lesionado*, el del contrato nulo, relativa o absolutamente, entre otras hipótesis configurativas de esta responsabilidad.

Pone de relieve Gamarra⁴⁹ que en el Código Civil uruguayo han sido contemplados una serie de casos que se enmarcan en la responsabilidad precontractual, como acontece

⁴⁸ Recientemente hemos examinado la situación del error inexcusable y la responsabilidad civil, postulando el mantenimiento de la acción de nulidad: “*Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesionado*”, pp. 919-936.

⁴⁹ *Ob. Cit.*, T. XI, p. 86.



cuando una de las partes conoce la pérdida de la cosa o el vicio o defecto y no lo comunica a la contraparte (compraventa, arts. 1672, 1717 y 1719; cesión de créditos, art. 1762; arrendamiento de cosas, art. 1804; mutuo, art. 2204; comodato, art. 2236; depósito, art. 2249). En todos ellos se produce una actuación contraria a la regla de conducta de la buena fe objetiva y una violación del *deber de informar* en el período precontractual acerca de los vicios o defectos que conoce.

A esta responsabilidad se la llama precontractual porque tiene lugar en el período anterior al perfeccionamiento del contrato, en particular, en el período de las tratativas. Por consiguiente, dice el Maestro compatriota, “*la conducta ilícita del sujeto, que es considerada a efectos de determinar su responsabilidad precontractual, queda delimitada temporalmente por un período que se inicia con las tratativas y se prolonga hasta el perfeccionamiento del contrato. La culpa del sujeto que es parte en un contrato, si tiene lugar luego de formado el mismo (culpa en la ejecución de las obligaciones; incumplimiento), no es nunca culpa precontractual*”. A su juicio son dos los caracteres que presenta: uno temporal, pues se trata de una responsabilidad que se origina en el comportamiento de los sujetos antes del perfeccionamiento del contrato; el otro basado en la naturaleza de la especial relación que se entabla entre los sujetos con motivo de las tratativas (contacto social). Y es indiferente que el contrato luego sea nulo, no llegue a formarse o se concluya válidamente, pues la conducta contraria a la regla de la buena fe durante la fase de las tratativas no desaparece ni pierde su naturaleza de tal por la ulterior formación del contrato⁵⁰.

Surgida entonces a mediados del siglo XIX a partir de casos puntuales, fue construyéndose la categoría en base a las reglas y principios generales de los Códigos, en la que la evolución posterior permitió un más amplio desarrollo y fundamentación teórica, siendo en la actualidad uno de los segmentos de la responsabilidad que más cambios ha registrado.

Desde los clásicos supuestos de contrato nulo, pasando por la ruptura injustificada de las tratativas, el fenómeno de la *responsabilidad precontractual* comprende una multiplicidad de hipótesis heterogéneas⁵¹, que tienen como nota común la **oportunidad temporal** en la que se verifican, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad por incumplimiento (contractual) y con la responsabilidad por actos ilícitos (extracontractual), cuya configuración está centrada en la naturaleza del deber infringido.

⁵⁰ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 63.

⁵¹ Que incluyen por ejemplo, conductas discriminatorias precontractuales, como lo describe con precisión Emanuela Navarreta, “*Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*”, *Rivista di Diritto Civile*, 3/2014, pp. 556-559.



4. – En los últimos veinte años ha sido notable el desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legislativo de la responsabilidad precontractual, con la consagración en textos del más diferente nivel, tanto en Europa⁵² como en América, de una serie de principios y deberes que rigen durante el período de formación del contrato, cuyas líneas más generales queremos resaltar.

Lo primero que corresponde destacar es la clara tendencia a **positivizar** los deberes precontractuales y a establecer las consecuencias de su vulneración, tanto en el Derecho interno de algunos países, como en el *Soft Law* de carácter transnacional. Basta con citar la regulación de la buena fe en los Códigos de Alemania, con la reforma del BGB de 2001 (art. 242), de Cataluña de 2002⁵³, de Argentina de 2014⁵⁴, de Francia con la reforma de 2016⁵⁵; la disciplina de las libertades y deberes en las negociaciones, así como la responsabilidad por ruptura de las tratativas, contenidas en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁵⁶ y en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos⁵⁷; la regulación del deber de confidencialidad y las consecuencias de su violación que se realizan en los Principios de Unidroit⁵⁸, en el Código Civil y Comercial de Argentina⁵⁹,

⁵² Un amplio tratamiento puede verse en el citado trabajo de García Rubio y Otero Crespo, p. 5 y ss.

⁵³ Art. 111-7. “*En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos*”.

⁵⁴ Art. 991. Deber de buena fe. “*Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato*”.

⁵⁵ Article 1112 Code Civil– Les négociations.

“*L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.*

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu”.

⁵⁶ Art. 2:301: “(1) *Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra. (3) En especial, es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte*”.

⁵⁷ Art. 6. “*Cada una de las partes es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que el contrato no sea celebrado, salvo que su conducta sea contraria a la buena fe. Actúa contra la buena fe la parte que comienza o prosigue las tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato. Obra contra la buena fe la parte que interrumpe las tratativas sin motivo justificado cuando suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato*”.

⁵⁸ Art. 2.16. Deber de confidencialidad. “*Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificada-*



en el Código Civil francés⁶⁰ y en Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos⁶¹.

Todo ello es revelador de la preocupación por la disciplina de los deberes y derechos en la fase precontractual en ámbitos y sistemas diferentes. Incluso en sistemas como el norteamericano, donde como ha señalado la doctrina *“tradicionalmente se ha admitido sin apenas discusión la inexistencia de un deber precontractual de buena fe y, correlativamente, la inexistencia de cualquier responsabilidad que tuviera su origen en hechos o circunstancias anteriores a la celebración del acuerdo contractual, se pueden encontrar ya relevantes aportaciones que rechazan el planteamiento tradicional de “ninguna vinculación si no hay contrato” y apuestan por respuestas intermedias que admitan algún género de responsabilidad por la confianza generada en esa etapa”*, en la que no es ajena a dicha preocupación la jurisprudencia, *“sobre todo a raíz del caso Pennozil Vs. Texaco resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 6 de abril de 1987”*⁶², en el

mente en provecho propio, independientemente 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”.

⁵⁹ Art. 992. Deber de confidencialidad. *“Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento”.*

⁶⁰ Article 1112-1. *“Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants”.

Article 1112-2. *“Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun”.*

⁶¹ Título III. Negociación del Contrato. Deber de Confidencialidad. *“La información confidencial que se haya obtenido en virtud de las negociaciones del contrato, la otra no podrá usarse o ser revelada por quien la recibe.*

El incumplimiento de este deber obliga a indemnizar los daños y a restituir los beneficios obtenidos”.

⁶² Cfme. García Rubio, María Paz, *“Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato”*, en Nuevas Perspectivas del Derecho contractual, VV. AA., Bosch, Barcelona, 2012, pp. 262-263 (las cursivas no se encuentran en el original).



que se estableció la indemnización más elevada y que provocó la quiebra de la compañía Texaco.

Una segunda línea de evolución se produjo con la **ampliación del concepto de parte** en las tratativas, para incluir a sujetos que son terceros en el contrato, superando así la visión clásica y reduccionista que hacía coincidir parte *tratante* y parte *contratante*, como lo ha puesto de relieve Gamarra⁶³ en nuestra doctrina. Solución que además ha sido incorporada por el BGB con la reforma introducida por la Ley de Modernización del 26 de noviembre de 2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts), cuyo parágrafo 311, apartado 3º dispone: “*Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el 241, apartado 2, puede producirse entre personas que no vayan a ser luego parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero reclama para sí una confianza especial y a través de ésta influye considerablemente en las negociaciones del contrato o en su perfeccionamiento*”.

La tesis tradicional partía de la base que los sujetos a los que incumben los deberes emergentes de la buena fe eran las futuras partes del contrato. En su pionera obra en la materia Benatti señalaba que la fuente de la obligación de actuar de buena fe es la relación de contacto social dirigida a la celebración del contrato, siendo obvio que una relación de ese tipo sólo se instaura entre aquellos que ponen en vida al negocio, procurando una concreta regulación de intereses, extremo que a su juicio estaba respaldado en dos argumentos legales: el primero, el art. 1337 del Codice, que denomina “partes” a los sujetos que en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe; el segundo, los arts. 1175, 1366 y 1375, normas que están coordinadas a la actuación de un resultado que solo incumbe a los sujetos de una relación obligacional, careciendo de sentido la regla de la buena fe precontractual con respecto a quienes son terceros⁶⁴.

La evolución y desarrollo posterior condujo a la ampliación del concepto de parte en las tratativas, a través de una interpretación amplia y extensiva, que incluye a sujetos que tuvieron una participación decisiva e influyente en la formación del contrato, aunque luego no resulten partes en el mismo, como el caso del mediador. En ese sentido Vincenzo Cuffaro destaca que el elemento textual del art. 1337 del Código italiano no precluye la posibilidad de individualizar como destinatarios de la directiva de conducta a

⁶³ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, pp. 65-69, quien realiza un exhaustivo desarrollo de la evolución producida en este y en otros aspectos.

⁶⁴ Benatti, Francesco, *La Responsabilità Precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, N° 1, pp. 85-86.



sujetos que no son parte del sucesivo negocio, no siendo la letra de la disposición un obstáculo para una interpretación extensiva, pues de acuerdo a la *ratio* de la norma pueden considerarse obligados a observar esta regla de conducta a quienes han participado en las tratativas sin asumir la calidad de parte sustancial del contrato. Añade que la reciente experiencia de las letras de patrocino ofrece al respecto un ejemplo sintomático de una confianza en la fase precontractual inducida por una persona que no asume formalmente la calidad de contraparte en el contrato, pero que desempeña en las tratativas un rol significativo. No es, por ende, la *eventual* conclusión del contrato la que individualiza *ex post* a los sujetos a quienes gravan los mentados deberes, sino la *implicación y participación* en las vicisitudes que preceden, o pueden precederlo, las que justifican la sujeción a la regla de conducta de la buena fe, exigiendo su respeto⁶⁵.

Sólo se exige, como anota Gamarra, que este tercero en el contrato haya tenido una influencia decisiva en la formación del negocio, una participación efectiva, directa y activa. Recuerda el civilista uruguayo el caso resuelto por la jurisprudencia italiana (Tribunal de Milán, 6 de noviembre de 1987; Apelación de Milán, 2 de enero de 1990) en el que fue calificado como parte en la relación precontractual el Banco que actuó como intermediario en la colocación de valores inmobiliarios que habían sido emitidos por una empresa, porque no se limitó a asumir una posición de simple vehículo transmisor de la información, sino que realizó una verdadera campaña promocional para captar inversores y ahorristas, a quienes aconsejó transferir su ahorro de la deuda pública a las obligaciones del consorcio, mediando entonces una activa participación de la entidad bancaria, que en virtud de su calidad profesional generaba confianza, por la causa fiduciaria que ligaba al intermediario con su clientela⁶⁶.

Un tercer aspecto a destacar en el desarrollo de este subtipo de responsabilidad en los últimos lustros ha sido la adecuada **coordinación entre los principios** de libertad en la negociación y buena fe, delimitándose con precisión las exigencias para la configuración de la responsabilidad en caso de ruptura de las mismas, al requerirse que el estado de su desarrollo hubiere generado la confianza legítima y razonable de una de las partes en la conclusión del contrato, un receso sin justa causa por la otra parte y un daño provocado por dicha interrupción⁶⁷. Así lo evidencian los ya referidos Principios de Derecho Euro-

⁶⁵ Cuffaro, Vincenzo, “*Responsabilità precontrattuale*”, Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1268 y 1269.

⁶⁶ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI p. 68.

⁶⁷ Más ampliamente: Afferni, Giorgio, “*Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*”, *Danno e Responsabilità*, 5/2009, pp. 469-478. Díez-Picazo, *Ob. Cit.*,



peo de los Contratos y el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos. De esa manera se logra el equilibrio entre la tutela de las libertades en la negociación del contrato y la tutela del interés del lesionado por la ruptura. Precisa Gamarra⁶⁸ que la confianza de una de las partes en la formación del contrato, que debe ser protegida, solamente puede sacrificarse cuando el sujeto que interrumpe las tratativas tenga una justa causa para ello, puesto que si bien es innegable el derecho a abandonarlas –ya que nadie está obligado a contratar si no lo desea– también es necesario proteger a la contraparte ante una ruptura injustificada. En nuestra jurisprudencia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno⁶⁹ ha expresado en ese sentido que *“la causa válida para cortar las tratativas debe ser objetiva, externa a la esfera del recedente y ello ha acontecido en autos puesto que la actora sabía que existían tratativas también con otras empresas competidoras razón por la cual el “avance” de las tratativas para con su parte es índice equívoco ya que está plenamente probado que el “avance” de las tratativas entre las competidoras es parificable”*.

Por su parte el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno⁷⁰ ha señalado que *“el presupuesto para que pueda configurarse hipótesis de responsabilidad precontractual radica en la existencia de un desarrollo tal de las tratativas que permita calificarlas como serias, extremo del que se puede extraer que generó confianza en la concreción del negocio, confianza que no puede consistir en la sola apreciación subjetiva de la parte sino que debe obtener una base objetiva que la respalde”*.

Según Venturini-Tabakian⁷¹, debe primar el derecho a interrumpir las tratativas –corolario de la libertad contractual– particularmente ante la consideración de mejores posibilidades, salvo que comporte infracción al principio de buena fe, debiéndose estar a

Vol.1, pp. 278-279. Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, pp. 106-107. Venturini, Beatriz– Tabakian, Marcela, *“La responsabilidad precontractual desde la doctrina y jurisprudencia de Uruguay y Estados Unidos”*, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXVII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, pp. 713-714.

⁶⁸ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 107.

⁶⁹ Sentencia N° 174, de 26 de mayo de 2010, Sosa Aguirre (red.), Pérez Brignani y Franca, ADCU, T. XLI, caso 167, p. 426. En el mismo sentido: *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno*, sentencias N° 11, de 11 de junio de 2013 y 96, de 7 de agosto de 2013. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno*, sentencia N° 13, de 29 de mayo de 2013 (casos 591 a 593, ADCU, T. XLIV, pp. 637-639). *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno*, sentencia N° 182, de 23 de diciembre de 2015, caso 585, ADCU, T. XLV, pp. 651-653,

⁷⁰ Sentencia N° 116, de 30 de setiembre de 2009, Salvo (red.), Vázquez Cruz y Castro Rivera, ADCU, XL, caso 916, p. 726.

⁷¹ *Ob. Cit.*, p. 714.



cada caso concreto, practicando una justa ponderación.

La tutela resarcitoria en cuestión no excluye por cierto las estipulaciones de los sujetos inmersos en las negociaciones con vistas al otorgamiento de un contrato, que pueden prever los riesgos derivados de las inversiones realizadas, aunque en este caso, como destaca García Rubio⁷², las partes contractualizan la eventual responsabilidad precontractual, siempre que se trate de verdaderos acuerdos y no meras “cartas de intenciones”; en este tipo de casos los riesgos precontractuales quedan sometido al pacto, sin más limitantes que los que en cada sistema tenga la autonomía privada.

Finalmente, merece también señalarse en esta transformación que delimita los contornos actuales de la responsabilidad precontractual la **ampliación del daño resarcible** y la contractualización de ciertos deberes: se ha pasado del resarcimiento limitado exclusivamente al *interés negativo* (o de confianza) al *interés positivo* (o de cumplimiento)⁷³, más allá que como veremos esta clasificación tiene una justificación histórica y un carácter puramente descriptivo, siendo absolutamente improcedente si se parte de la naturaleza extracontractual de este subtipo de responsabilidad.

En las leyes de sector se ha producido la contractualización de los deberes precontractuales de información y de buena fe (Ley uruguaya de Relaciones de Consumo 17.250, arts. 14 y 32). Ello comporta un nuevo paradigma frente al sistema general codificado, donde la responsabilidad precontractual opera como mecanismo de aseguramiento del correcto desenvolvimiento de las libertades en la negociación⁷⁴, cuyos rasgos tipificantes son la tutela exclusivamente resarcitoria y la extensión temporal del período precontractual. En el microsistema de consumo la contractualización de los mentados deberes está dirigida a la protección de la parte débil y a garantizar el acceso al contrato y a los bienes⁷⁵, caracterizándose por la reducción temporal del período precontractual y la tutela basada en el incumplimiento: *tutela activa* (remedios de ejecución forzada), *ablativa* (remedios resolutorios) y *resarcitoria* (remedios monetarios).

⁷² “*Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato*”, pp. 264-265. En la misma dirección se pronuncia Díez-Picazo, *Ob. Cit.*, Vol.1, p. 280.

⁷³ Sobre el punto véase: Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 135 y ss. De Cores, Carlos– Gamarra, Raúl– Venturini, Beatriz (Directores), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, T. 1, Incumplimiento de Contrato, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, pp. 205– 206. Larrañaga, Luis, “*Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual*”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 149-158.

⁷⁴ Cfme. Sozzo, Gonzalo, *Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 1 y 2.

⁷⁵ Sozzo refiere a un paradigma contractual sectorizado, *Ob. Cit.*, pp. 458-474.



En la civilística nacional recientemente Larrañaga⁷⁶ ha examinado en forma exhaustiva el tema de los daños resarcibles en la responsabilidad precontractual, destacando que el daño al interés positivo o de cumplimiento presupone la validez y eficacia del contrato, siendo la privación de la utilidad que el acreedor hubiere obtenido si el deudor hubiera cumplido, mientras que el interés es negativo porque se le niega al sujeto la posibilidad de concluir el contrato, por lo que ambos tipos de daños se contraponen: uno da cuenta de un contrato frustrado que no se ha formado, en el que el sujeto que infringe el deber de buena fe en las tratativas debe indemnizar el daño derivado del fracaso comercial, en tanto en el otro se responde por la totalidad de los daños generados por el incumplimiento de una obligación en un contrato ya formado. No obstante partir de esta distinción de los daños, el doctrinario compatriota señala luego con precisión: *“conforme a la doctrina moderna, ya no resultan aplicables los conceptos de daño al interés negativo (o de confianza) y daño al interés positivo (o de cumplimiento). Tales límites fueron superados. Lo relevante –y entiendo compatible– es que se cometió un hecho ilícito (incumplimiento de una obligación preexistente de actuar de buena fe, para los contractualistas; inobservancia del deber de actuar de buena fe, para los extracontractualista) y, por consiguiente, se debe reparar el daño en forma íntegra y total. Para lograrlo, resultarán enteramente aplicables, de acuerdo al régimen general de la responsabilidad civil, el art. 1346 C. Civil (tesis contractualista) o el art. 1323 del mismo cuerpo normativo en su caso (tesis extracontractualista). En ambos casos el único límite para el resarcimiento estará dado por la causalidad adecuada (salvo la existencia de dolo)”*⁷⁷.

Expresan De Cores, R. Gamarra y Venturini en su Tratado⁷⁸ que la cuestión que ha impulsado el debate doctrinario en Uruguay está vinculado al cambio de consideración en torno al daño resarcible, que en un principio lo fue únicamente el denominado daño negativo, pero que actualmente alcanza también al positivo, como si el contrato se hubiera perfeccionado y luego incumplido, reparando todas las consecuencias de tal ilicitud en su integridad. Para los doctrinarios compatriotas, más allá de la finalidad de reprimir una conducta reprochable en la fase de las tratativas, el resarcimiento del daño al interés positivo *“supondría una confusión inaceptable entre la situación previa a la celebración del contrato y aquella posterior a su perfeccionamiento, desdibujando totalmente el momento central que separa el área de la libertad del espacio relativo a la obligación”*,

⁷⁶“Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual”, pp. 149-150.

⁷⁷Larrañaga, *Ob. Cit.*, p. 153 (cursivas de nuestra autoría).

⁷⁸*Ob. Cit.*, pp. 206 y 207.



por cuanto el sujeto quedaría colocado en la misma situación que si el contrato se hubiera celebrado, desdibujándose el momento de perfeccionamiento de dicho negocio, que en el área de los contratos discrecionales debe seguir el mojón que separa el ámbito de la libertad del de la obligación. Partiendo, pues, de la distinción entre contratos paritarios y contratos de consumo, los citados civilistas señalan que en los primeros “*no corresponde la apertura en pos de un mayor resarcibilidad de los daños, llegando a la admisión de la resarcibilidad del daño al interés positivo*”, mientras que en las relaciones de consumo procede la solución contraria, “*donde la cuestión formal del perfeccionamiento del contrato no es vista por el legislador como un hito fundamental*”, en las que además el consumidor es tutelado con igual intensidad en la etapa de la información precontractual, la publicidad y las tratativas, que en la etapa contractual, por lo que no habría inconvenientes en reconocerle a esta responsabilidad naturaleza contractual, sin perjuicio de que la ley prescinde de la *summa divisio* en contractual y extracontractual.

Sucede, como lo pone de relieve Gamarra⁷⁹, que la idea de un interés negativo proviene del famoso estudio de Ihering: como en el caso de contrato nulo no surge ningún deber de cumplimiento, hay que colocar al dañado en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado un contrato nulo. Ese interés es negativo porque es el interés en no concluir el contrato. De esa manera en la doctrina iheringhiana el interés positivo presupone la validez y el negativo la nulidad del contrato. Añade el Maestro que la primera observación crítica al interés negativo es la insuficiencia de una noción que era explicable en sus orígenes, en una época en que la responsabilidad precontractual quedaba reducida a dos especies (el del abandono de las tratativas y el caso del contrato nulo), siendo por otra parte una mera fórmula descriptiva. El argumento central para Gamarra está en las limitaciones que impone el interés negativo al derecho al resarcimiento total, porque es el que corresponde a la lesión a la libertad negocial, que constituye el bien jurídico lesionado en la responsabilidad precontractual. Y “*puesto que no existen normas que limiten la reparación del daño, no está justificado ninguna limitación*”⁸⁰. Advierte además que en los casos en que el negocio se forma válidamente, la responsabilidad por omisión del deber de informar o de custodiar la cosa están fuera de la cuantificación basada en el interés negativo, al igual que en el dolo incidente y la reticencia, casos de contrato válido pero inconveniente.

⁷⁹ *Ob. Cit.*, T. XI, p. 135.

⁸⁰ *Ob. Cit.*, T. XI, p. 137.



En esta dirección ha dicho Cuffaro⁸¹ que una vez abandonada la angosta perspectiva de la ruptura de las tratativas y puesto en consideración el contenido efectivo de la norma de conducta, a la que se conectan deberes específicos de comportamiento, no se justifica en el plano lógico limitación alguna al daño resarcible, e inclusive, a la posibilidad de su reparación en forma específica cuando las circunstancias lo permitan.

En los PLDC se regulan los casos de responsabilidad durante las negociaciones en los supuestos de ruptura y de infracción del deber de confidencialidad, estableciendo para la ruptura de las negociaciones que “*en ningún caso de indemnizará la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado*”, excluyendo así la indemnización del interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo). No obstante, según Morales Moreno⁸² esta regla no debería impedir la indemnización en la medida del beneficio cierto, cuando fue la intención del responsable frustrar su obtención.

Como ya anticipamos, pensamos que esta clasificación de los daños resarcibles resulta inoperante y equívoca si partimos de la base que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza extracontractual, pues en tal caso lo relevante es que se repare el daño causado por el comportamiento violatorio de los deberes dimanantes de la buena fe en la etapa precontractual, con total prescindencia que el contrato finalmente no se llegare a celebrar, fuere nulo o se formare válidamente. En ningún caso puede equipararse el quebrantamiento de tales deberes con el incumplimiento obligacional –en el que el daño está representado por la utilidad económica prometida por el deudor y que no recibe el acreedor– pues como bien lo han señalado De Cores, R. Gamarra y Venturini, sería una confusión inaceptable entre la situación *previa* y la *posterior* al perfeccionamiento del contrato.

En definitiva, el daño precontractual no puede ser idéntico en su dimensión al daño derivado del incumplimiento obligacional del deudor, dada la diversidad del ilícito y del interés lesionado en uno y otro caso. La obligación, en tanto deber primario de una prestación de contenido patrimonial, constituye una categoría particular, sustancialmente diversa al deber jurídico no obligacional, sea éste de carácter genérico o específico.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica la mayoría de la doctrina y jurisprudencia

⁸¹ “*Responsabilità precontrattuale*”, p. 1274. Para Afferni, “*Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*”, p. 478, la distinción entre interés negativo y positivo mantiene utilidad en cuanto fórmula breve para individualizar el daño resarcible según el nexo de causalidad.

⁸² Morales Moreno, Antonio Manuel, “*Los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*”, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVII, fascículo 1, Civitas, Madrid, 2014, p. 231.



nacional –como veremos– se pronuncia por el carácter contractual, basándose en diversos argumentos, como la violación de la *obligación de actuar de buena fe*, la específica determinación de los sujetos, el carácter positivo de los deberes que rigen la fase precontractual, la especial relación de contacto social que existe entre las partes en ese período, que voluntariamente acercan sus esferas de intereses con miras a la celebración de un contrato. También se pronuncia por su naturaleza contractual la mayoría de la doctrina italiana⁸³, no así la jurisprudencia, en la que predomina la naturaleza extracontractual, si bien recientemente parece revertirse esa tendencia con algunos pronunciamientos de la Corte di Cassazione, según anota la doctrina más reciente⁸⁴. En efecto, la Cassazione (sentencia 27648, de 20 de diciembre de 2011) postula la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo* en virtud de entender que ha sido prevista en el art. 1337 del Codice una **obligación** de actuar de buena fe, por lo que el contacto social calificado por el propio legislador presenta todos los elementos del art. 1173, siendo por ende el *contacto*

⁸³ Véase para el Derecho italiano: Francesco Benatti, *La Responsabilità Precontrattuale*. Luigi Mengoni, “*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*”, *Rivista di Diritto Commerciale*, Francesco Vallardi, Milano, 1956, p. 360 y ss. Tommaso Febbrajo, “*La “nuova” responsabilità precontrattuale*”, *Rivista di Diritto Privado*, N° 2, 2011, Cacucci Editore, Bari, pp. 195-228. Angelo Riccio, “*Culpa in contrahendo e pactum de tractando: rimedio risarcitorio contro l’ingiustizia contrattuale*”, *Contratto e Impresa*, 6/2006, pp. 1448-1478. Tenella Sillani, Chiara, “*Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*”, *Rassegna di Diritto Civile*, 4/2015, Esi, Napoli, pp. 1245-1278. Febbrajo, Tommaso, “*Good faith and Pre-contractual liability in Italy: recent developments in the interpretation of article 1337 of the Italian Civil Code*”, *The Italian Law Journal*, Vol. 2, N° 2/2016, pp. 291-312. Eugenio Tagliasacchi, “*Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*”, *Contratto e Impresa*, 1/2017, pp. 243 y ss. Por supuesto que no faltan voces que proclaman su autonomía, su carácter de *tertium genus*; entre otros doctrinarios: Rodolfo Sacco, “*Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*”, *Rivista di Diritto Commerciale*, fasc. 3-4, 1951, pp. 82-86 (aunque luego abandonó dicha postura). Vincenzo Cuffaro, “*Responsabilità precontrattuale*”, pp. 1265-1274. Giovanna Visintini, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Vol. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 260-261 (recientemente la autora aborda el tema desde la praxis jurisprudencial italiana: “*Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*”, *Contratto e Impresa*, 2/2017, Cedam, Padova, pp. 335-355)

⁸⁴ Scognamiglio, Claudio, “*Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir C. Fininvest*”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, N° 1, 2014, Giuffrè, Milano, pp. 42-52. “*Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, N° 7-8, julio-agosto 2014, Cedam, Padova, pp. 353-361. “*Tutela dell’afidamento, violazione dell’obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, N° 6, 2012, Cedam, Padova, pp. 1944-1959. Zaccaria, Alessio, “*La natura de la responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*”, *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 61, N°2, 2015, Cedam, Padova, pp. 345-358. Tenella Sillani, Chiara, “*Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*”, *Rassegna di Diritto Civile*, p. 1245 y ss. Más recientemente la Cassazione vuelve a reafirmar la naturaleza contractual de esta responsabilidad (Cass. 12 de julio de 2016, N° 14188).

JUS CIVILE



negocial una fuente de obligaciones, en tanto figura específica “*normativamente calificada*”⁸⁵. En la doctrina y jurisprudencia francesa, por su parte, es dominante por supuesto la tesis extracontractual, dado que limitan la responsabilidad contractual al incumplimiento de un contrato válido⁸⁶. En la doctrina peruana también predomina la naturaleza aquiliana de este subtipo de responsabilidad⁸⁷.

5.1 – Destaca Pablo de Larrañaga que la evolución de la responsabilidad como fenómeno cultural y la progresiva composición de sistemas normativos particulares responde a la confluencia de dos procesos interdependientes: la desintegración de una idea unitaria de responsabilidad y la formación de distintas nociones parciales. Los dos ámbitos de la responsabilidad jurídica (paradigma penal y paradigma civil), con dos clases de consecuencias para las conductas socialmente indeseables (castigo y compensación) nacen como consecuencia de la interacción de dos procesos: la desacralización de las relaciones sociales y la estatificación del Derecho. Anota además que esos dos paradigmas giran en torno a cuatro elementos que componen cualquier sistema de sanción: el tipo de ilícito; el objetivo de la sanción; el contenido de la sanción; el procedimiento para la adscripción de la sanción⁸⁸.

⁸⁵ Véase Zaccaria, *Ob. Cit.*, pp. 346-347. Visintini, “*Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*”, pp. 342 y ss.

⁸⁶ Cfme. Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile*, T. 1, LGDJ, París, 1939, p. 140. Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, 4, Presses Universitaires, París, 1969, p. 416. Rodière, René, “*Responsabilité Contractuelle*”, Encyclopédie Dalloz, T. VI, París 1975, p. 2. Viney, Geneviève, *Traité de Droit Civil. Introduction à la Responsabilité*, 2ª ed., LGDJ, París, 1997, p. 321 y ss. Jourdain, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, pp. 33-40.

⁸⁷ Saavedra Velazco, Renzo, “*De los periodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica: una aproximación a la propuesta teórica de Gabriele Faggela*”, *Ius et Veritas*, N° 38, 2009, pp. 36-65; “*La responsabilidad precontractual en debate: panorama de la doctrina jurídica nacional*”, *Ius et Veritas*, N° 31, 2005, pp. 144-166 (versión ampliada, 2009, pp. 521– 573). León Hilario, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, tercera edición, El Jurista editores, Lima, 2011, Parte V, Capítulo I, N° 16, p. 450 y ss (disponible en <http://www.academia.edu/713130>); “*La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual*”, *Revista THÉMIS*, N° 49, 2004, pp. 127-152. Escobar Rozas, Freddy, “*Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil Peruano)*”, *Revista THÉMIS*, N° 49, pp. 153-160. Moreno More, César, “*¿La responsabilidad precontractual... llega a la casación?*”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 47, mayo 2017, pp. 211-226. Por la naturaleza contractual se pronuncia Manuel de la Puente y Lavalle, *El Contrato en General*, T. 1, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 371 (citado por Escobar Rozas, p. 159, nota 29).

⁸⁸ De Larrañaga Monjaraz, Pablo, *El concepto de Responsabilidad en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Tesis de la Universidad de Alicante, 1996, p. 12 y ss.



En el Derecho Privado con el término “*responsabilidad*” podemos aludir a tres cosas diferentes⁸⁹: a la obligación de reparar un daño que ha sido causado (responsabilidad personal: arts. 1319, 1342 CC), responsabilidad entonces como realidad *ex post*, no como eventualidad *ex ante*; a la situación pasiva y elemento de la obligación, conformando un binomio con la deuda, reflejando la idea de sumisión al poder de agresión del acreedor (responsabilidad patrimonial: art. 2372); como expresión alternativa a “estar obligado”, como otra forma de decirlo, y no necesariamente a indemnizar daños (responsabilidad subsidiaria, solidaria, mancomunada, etc.).

Conviene, entonces, precisar preliminarmente el alcance con el que se emplea el término responsabilidad civil, dado que la expresión es susceptible de ser utilizada al menos en dos grandes sentidos⁹⁰. En una acepción amplia se la concibe como la “sanción” dispuesta por una norma ante una conducta ilícita, entendiéndose por sanción todo acto coactivo que tiene por objeto la privación de un bien como consecuencia de una conducta violatoria de un precepto⁹¹. En sentido restringido significa la obligación de reparar un daño causado por un hecho ilícito; como dice Jourdain, es la “*obligación puesta a cargo de un responsable de reparar los daños causados a otro*”⁹².

En nuestra doctrina Caffera⁹³ ha señalado que la responsabilidad jurídica es aquella situación en la que se encuentra un sujeto que ha pasado a ser destinatario de una sanción (en sentido amplio) por el hecho de haber actuado una conducta ilícita prevista en una norma jurídica. Destaca que esta noción no comprende la responsabilidad objetiva pura o responsabilidad sin deuda, en la que un sujeto está obligado a reparar un daño pero dicha obligación no se relaciona con una conducta (caso típico de los padres que responden por los hechos dañosos de los hijos mayores de 10 años, pues aunque aquellos nada hicieron deben resarcir). Se suele hablar aquí de responsabilidad porque la consecuencia para el sujeto que debe reparar es idéntica a la que hubiere padecido de haber causado él mismo

⁸⁹ Así lo señala De Ángel Yágüez, Ricardo, “Sobre las palabras “responder”, “responsable” y “responsabilidad”, Estudios de Deusto, Vol. 50, N° 1, Universidad de Deusto, 2002, pp. 12 y 13.

⁹⁰ Un exhaustivo examen de las diversas acepciones del término puede verse en: De Ángel Yágüez, *Ob. Cit.*, pp. 11-44. Mayo, Jorge-Prevot, Juan Manuel, “En búsqueda de una noción coherente de responsabilidad civil”, Revista Responsabilidad Civil y Seguros, N° 12, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 42-54.

⁹¹ Cfme. Lumia, Giuseppe, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, Debate, Madrid, 1978, p. 41.

⁹² Jourdain, Patrice, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, Dalloz, París, 2010, p. 1. Marcelo López Mesa, *Presupuestos de la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 7, la define como “la obligación de reparar por sí o por otro, el daño ocasionado contra derecho en la persona o en el patrimonio de un tercero”.

⁹³ Caffera, Gerardo, *Responsabilidad Civil Contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, pp. 11 y 12.



el daño; la asimilación por el nombre deriva de la similitud de las consecuencias. Para el civilista compatriota hay que reservar la expresión responsabilidad para los casos de responsabilidad en sentido estricto, para describir la situación en la que un sujeto está sometido a una sanción por haber actuado una conducta, debiéndose emplear para todos los demás casos la expresión obligación resarcitoria, como especie dentro del género Derecho de Daños. Éste en consecuencia se ocupa de todos los mecanismos de reparación de daños, que comprende dos áreas: la de la responsabilidad en sentido estricto (reparación de daños como sanción frente a la conducta ilícita del obligado a reparar) y la responsabilidad objetiva pura o responsabilidad sin deuda (es decir, no la mera responsabilidad sin culpa, sino aquella que prescinde totalmente de la conducta del obligado a resarcir) en la que no hay una sanción y no hay responsabilidad en sentido estricto⁹⁴.

Entendemos que la responsabilidad civil en su sentido restringido consiste en la obligación de reparar un daño, provenga o no de la conducta del sujeto obligado a resarcirlo, por lo que se identifica enteramente con el *Derecho de Daños*. Representa un fenómeno jurídico unitario, tanto en estructura como en función, a pesar de que en el actual sistema civil codificado existe una dualidad de disciplinas que conforman dos subsistemas, *contractual* y *extracontractual*, cuyo límite conceptual demarcatorio de operatividad se encuentra en la verificación como causa del daño del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente o la infracción de deberes jurídicos no obligacionales⁹⁵.

Las modernas legislaciones en el Derecho comparado se orientan hacia la unificación de la disciplina de la responsabilidad civil⁹⁶, superando así la clásica dicotomía de los Códigos del siglo XIX conformada por dos subsistemas normativos (contractual y extracontractual) con marcadas diferencias en aspectos verdaderamente trascendentes como la extensión del daño resarcible y los términos de prescripción.

En sistemas como el uruguayo, que mantienen la tradicional división, deviene de capital relevancia la determinación de la disciplina aplicable a los supuestos de daños causados en alguno de los dos extremos del ciclo vital del contrato (la etapa previa a su per-

⁹⁴ Caffera, *Ob. Cit.*, p. 13.

⁹⁵ Véase por todos, Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, pp. 81-85; T. XX, 1ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993, p. 46 y ss.; *Responsabilidad Contractual*, T. 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pp. 9 y 12. Santiago Carnelli, “*Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual*”, ADCU, T. XXIX, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 828-840, ha señalado sin embargo que la responsabilidad contractual *solo se configura frente a obligaciones que tengan su fuente en el contrato*.

⁹⁶ El Código Civil y Comercial de Argentina de 2014 la disciplina en el Libro III, Título V, Capítulo I (arts. 1708-1780).



feccionamiento y la posterior a su ejecución), dado que estas dos fases carecen de una específica regulación.

En nuestro Código Civil, al igual que en todos los códigos decimonónicos, la responsabilidad precontractual luce como un mecanismo de aseguramiento del correcto desenvolvimiento de las libertades en la negociación, tal como destaca Sozzo. Los deberes de conducta derivados de la cláusula general de la buena fe objetiva en la fase precontractual tienden a la tutela del interés de la parte tratante: que la representación preventiva del contenido del futuro contrato sea, en lo posible, la que más corresponda a la realidad.

En legislación consumerística, en cambio, la prioridad es la protección de la parte débil, verificándose la contractualización del deber de información y la tutela basada en el incumplimiento obligacional (arts. 14 y 32 de la Ley uruguaya 17.250). Disponen las citadas normas que la información integra el contrato y que la infracción del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del negocio. La preocupación fundamental de la Ley, dice Gamarra⁹⁷, es nivelar la desigualdad informativa, siendo el consentimiento informado del consumidor uno de los pilares fundamentales del Derecho de Consumo. La información es considerada como un “derecho básico del consumidor” (art. 6, lit. D) y otras normas (artículos 12, 15, 17 y 20) se encargan de precisar qué es lo que deber ser informado. Para el tratadista compatriota hay un cambio trascendente, puesto que si bien estos deberes de comportarse de buena fe y de informar ya existían, “ahora son calificados como *obligaciones precontractuales*”, con la importante consecuencia en el plano remedial que acaba de mencionarse”. Pero no toda información integra el contrato, sino solo aquella que la Ley le impone al proveedor en esas disposiciones concretas, cuyo incumplimiento confiere al consumidor el derecho a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato con daños y perjuicios, configurando la violación de este deber de informar una hipótesis de responsabilidad contractual, que tiene según Gamarra la misma relevancia que el incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas en un contrato bilateral. La ausencia de tratativas explica la extensión de los tradicionales deberes de información, por lo que el contrato pasa a ser un instrumento de información para el consumidor, con la doble función de tutelar a la parte débil y promover la competencia en el mercado, al eliminar factores distorsivos, como la deficiencia en el circuito informativo y las asimetrías que genera⁹⁸.

⁹⁷ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, pp. 42-43.

⁹⁸ Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, pp. 127, 128 y 130.



5.2 – Esta es una cuestión que no puede resolverse dogmáticamente en forma abstracta, pues debe tenerse en cuenta el dato del Derecho Positivo de cada sistema, no sólo porque algunos tienen normas concretas que regulan el fenómeno precontractual como tal, sino también porque en ello incide la regulación de la responsabilidad civil, en ciertos casos con un régimen uniforme, en otros con normas distintas para la responsabilidad contractual y la aquiliana, incluso dentro de los sistemas que contienen dos regulaciones varía la configuración de una y otra, como acontece en Francia, donde la disciplina de la denominada responsabilidad contractual⁹⁹ queda reducida al incumplimiento de una obligación emergente de un contrato válido¹⁰⁰.

No pueden soslayarse tales extremos a la hora de examinar el problema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Así, en el sistema alemán antes de la reforma de 2001, imperaba la concepción de la tipicidad del ilícito extracontractual –a diferencia del nuestro o del francés, donde rige la atipicidad del ilícito; “*todo hecho ilícito*” prescribe el art. 1319 de nuestro Código Civil– dado que de acuerdo a los art. 823 y 826 del BGB solo eran resarcibles los daños allí establecidos y tampoco se contemplaba al incumplimiento como comportamiento antijurídico como tal, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia alemana a la construcción de la categoría de los **deberes de protección** (*schutzpflichten*), con la función política de corregir los defectos del régimen del ilícito civil¹⁰¹. Distinta es la situación en el sistema italiano, donde existen normas de portada general (arts. 1337, 1338 y 1175), insertas las dos primeras dentro de la Teoría General del Contrato, y más concretamente en sede de consentimiento, dato que le imprime un claro sesgo contractual¹⁰². Como ha dicho Mengoni, los deberes de protección

⁹⁹ El actual artículo 1217, bajo el título “L’inexécution du contrat”, dispone:
“*La partie envers laquelle l’engagement n’a pas été exécuté, ou l’a été imparfaitement, peut:*
-refuser d’exécuter ou suspendre l’exécution de sa propre obligation;
-poursuivre l’exécution forcée en nature de l’obligation;
-solliciter une réduction du prix;
-provoquer la résolution du contrat;
-demander réparation des conséquences de l’inexécution.
Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s’y ajouter”.

Y el art. 1231, bajo el título “La réparation du préjudice résultant de l’inexécution du contrat”, disciplina in extenso cuáles son los daños resarcibles.

¹⁰⁰ En Brasil también la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se basa en la naturaleza del deber violado: si tal deber se funda en un contrato, la culpa es contractual (Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 1, 29 edición, Saraiva, Sao Paulo, 2012, p. 600).

¹⁰¹ Mengoni, Luigi, “*La Parte Generale delle Obbligazioni*”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, Anno II, N° 3, 1984, pp. 509-510.

¹⁰² Aunque, como anota Visintini, “*Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisita-*



han extendido la tutela de la relación obligatoria, y consiguientemente el régimen de la responsabilidad contractual, al interés de ambas partes en preservar su persona y bienes del riesgo específico de daño generado por la particular relación que se ha instaurado entre los dos sujetos. Deberes de protección que según el ilustre civilista italiano no reciben su determinación de sentido del deber genérico del *neminem laedere*, sino de la relación específica en la cual están insertos. Tales normas, como se apuntó, han llevado incluso a postular la autonomía de la responsabilidad precontractual en el sistema italiano, su carácter de *tertium genus*, como lo han sustentado Rodolfo Sacco, Vincenzo Cuffaro y Giovanna Visintini, entre otros encumbrados doctrinarios.

En virtud de las limitantes de este trabajo no podemos hacer un análisis de los argumentos de las distintas corrientes que han sido construidas en torno a la naturaleza del instituto, que van desde las tesis negatorias a las autonomistas, pasando por las tesis contractualistas, extracontractualistas, eclécticas, dualistas y mixtas, por lo que remitimos al amplio tratamiento del tema que realiza Sozzo en la obra ya citada¹⁰³.

En la medida que en el sistema civil uruguayo son dos las tesis contendientes (naturaleza contractual o extracontractual), siendo dominante la que le asigna naturaleza contractual a esta responsabilidad, examinaremos seguidamente los argumentos centrales que permiten sustentarla, para realizar finalmente algunas anotaciones críticas que nos parecen son susceptibles de formularse contra la misma. En este plano gravita la forma en que se conciba a la cláusula general de la responsabilidad extracontractual (art. 1319 CC¹⁰⁴): como un supuesto en el que los sujetos están indeterminados, debido a la ausencia de toda vinculación ente dañante y dañado, que entran en contacto precisamente a raíz de la causación del daño, o bien como un supuesto basado en la naturaleza del deber infringido por el comportamiento ilícito, en tanto se trata de un deber jurídico no obligacional (*neminem laedere*), que no tiene por contenido un deber de prestación. De acuerdo a la primer tesis se expande el radio de la responsabilidad contractual, desanclándola del exclusivo supuesto del incumplimiento de un deber primario de prestación, mientras

to alla luce della casistica”, p. 336, de esa escasa normativa (arts. 1337 y 1338) no es posible inferir una disciplina completa y exhaustiva de los comportamientos ilícitos que puedan tener lugar durante las tratativas contractuales.

¹⁰³ Sozzo, *Ob. Cit.*, pp. 15-95.

¹⁰⁴ “Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo.

Quando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es, con intención de dañar, constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito.

En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer”.



que conforme a la segunda se la restringe al específico supuesto del incumplimiento obligacional, manteniéndose así el primado de la responsabilidad aquiliana como disciplina general de todo el sistema de responsabilidad civil. En suma, el punto central radica en si la nota tipificante para la configuración de la responsabilidad aquiliana está en la indeterminación de los sujetos o más bien en la naturaleza del deber jurídico infringido, solución que como veremos no puede obtenerse dogmáticamente, puesto que en ello inciden las coordenadas del propio Derecho Positivo, que en el Código Civil de Uruguay (art. 1319) se orientan claramente en torno al deber jurídico que ha sido conculcado con el comportamiento ilícito, que puede ser de carácter positivo o negativo.

5.3 – La tesis dominante en Uruguay le asigna naturaleza contractual a esta responsabilidad¹⁰⁵ sobre la base de una serie de argumentos, como la violación de la obligación de actuar de buena fe (objetiva), la específica determinación de los sujetos, el carácter voluntario de la relación prenegocial, la nota de positivo y concreto del deber de conducta que se infringe en la relación de contacto social que se instaura entre las partes en el período precontractual, el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, que específicamente califica a la buena fe como una obligación, cuya infracción da lugar a una serie de mecanismos de tutela (resarcimiento, resolución, ejecución forzada).

En sentido, en cuanto a la “*obligación de actuar de buena fe*”, señala el Maestro Gamarra¹⁰⁶ que en el período precontractual se crea una particular vinculación entre las partes, que determina una situación de confianza objetivamente valorable, donde impera

¹⁰⁵ Gamarra, *Tratado*, T. XI, p. 73 y ss. Blengio, Juan, “*reflexiones sobre la responsabilidad precontractual*”, *Tribuna del Abogado*, noviembre-diciembre 2005, Montevideo, 2005, p. 8 y ss. Larrañaga, “*Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual*”, pp. 153-154. Nosotros, en cambio, nos hemos pronunciado por la naturaleza extracontractual: “*El sistema de responsabilidad civil y su fundamentación dogmática*”, ADCU, T. XXXII, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 591; “*Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil. Ensayo de fundamentación dogmática*”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, Vol. 1, Carlos Álvarez, Montevideo, 2004, pp. 194-195. Esta era la opinión de Jorge Peirano Facio en su *Curso de Obligaciones*, T. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, p. 340. De la misma opinión es Santiago Carnelli, “*Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual*”, p. 835, argumentando que los deberes de comportamiento que el legislador impone a los precontratantes no son técnicamente obligaciones por carecer del deber de prestación de la utilidad y del derecho de pretensión, por lo que la infracción de los mismos no moviliza el sistema de la responsabilidad contractual. C. De Cores– R. Gamarra– B. Venturini, *Ob. Cit.*, p. 206, se pronuncian también por la naturaleza extracontractual aunque formulando una distinción en cuanto al daño resarcible en los contratos discrecionales y en los contratos de consumo.

¹⁰⁶ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 73 y ss.



ampliamente la *obligación* de actuar de buena fe, que una serie de normas se encargan de explicitar, como los ya citados artículos 1672, 1721, 1804, 2204, 2236, 2349 del Código Civil. A su juicio la aplicación analógica de la buena fe no se realiza por una extensión del período de ejecución del contrato (art. 1291) hacia el período precontractual, sino que tiene lugar en el propio ámbito de este período, siendo evidente que allí se tiende a sancionar un comportamiento contrario a la buena fe. Todas las normas citadas para el ilustre tratadista compatriota “*obligan a los tratantes a desarrollar una conducta positiva, plasmada en deberes de información concretos, con el propósito de lograr una representación de los datos negociales ajustada a la realidad*”; ellas “*imponen a los tratantes comportamientos positivos en interés del otro sujeto determinado con el cual está en relación, a diferencia de lo que sucede con los deberes negativos genéricos o absolutos (erga omnes) del neminem laedere*”¹⁰⁷. Añade que la jurisprudencia nacional ha proclamado que en el período de las tratativas las partes deben ajustarse al principio general de la buena fe, que en nuestro sistema tiene raigambre constitucional y jerarquía supra legal (arts. 7, 72 y 332 de la Carta) y que “*la regla de la buena fe crea entonces vínculos de naturaleza obligacional y no meros deberes extracontractuales; por lo tanto su incumplimiento genera responsabilidad contractual*”. Y si la buena fe en la ejecución del contrato tiene naturaleza contractual, la misma naturaleza debe serle atribuida a la buena fe precontractual. En esa dirección la Suprema Corte de Justicia¹⁰⁸ ha señalado que el plazo de prescripción es el de la responsabilidad contractual, por ser la misma un subtipo de ésta, por verificarse “*la violación de la obligación preexistente de comportarse según e principio de buena fe en el período precontractual*”.

Una segunda línea argumental consiste en la *voluntariedad* de la relación precontractual y en el carácter *positivo y concreto* de los deberes que gravan a los sujetos en esa fase, a diferencia de lo que acontece con la responsabilidad aquiliana donde los deberes infringidos son negativos y genéricos. Según Gamarra¹⁰⁹, “*la circunstancia de que dos sujetos aproximen sus esferas de intereses, no por un acto involuntario sino deliberadamente, otorga una más intensa coloración social al vínculo, reclamando la aplicación de*

¹⁰⁷ *Ob. Cit.*, ps. 78 y 86 (destacados de nuestra autoría).

¹⁰⁸ Sentencia N° 274, de 15 de setiembre de 2004, Troise (red.), Van Rompaey, Parga, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi, ADCU, T. XXXV, caso 1013, p. 500. Sobre el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe como generadora de responsabilidad precontractual: *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno*, sentencia N° 83, de 22 de julio de 2009. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno*, sentencia N° 116, de 30 de setiembre de 2009 (casos 915 y 916, ADCU, T. XL). *Suprema Corte de Justicia*, sentencia N° 820, de 28 de setiembre de 2012 (caso 446, ADCU, T. XLIII).

¹⁰⁹ *Ob. Cit.*, pp. 89-90.



los principios del solidarismo y la cooperación". No es la situación de *no relación* que caracteriza a la responsabilidad extracontractual, sino de verdaderas relaciones, en el que el contacto social calificado que se crea como antesala del contrato en la etapa de las tratativas explica los deberes específicos que incumben a los sujetos y que no se conciben sin ella, dado que refieren a una actividad preparatoria del contrato, destinada a proporcionar a los mismos un conocimiento de la materia negocial que corresponda a la realidad. Por tanto, tiene naturaleza positiva y concreta el deber precontractual de actuar de buena fe, a diferencia de la responsabilidad extracontractual donde los deberes son negativos (no dañar) y genéricos, puesto que se tienen respecto a un número indeterminado de sujetos. Considera que la naturaleza contractual se reafirma si se tiene presente que la relación prenegocial es de carácter voluntario; mientras que en la responsabilidad extracontractual las esferas jurídicas de las partes entran en contacto solamente con ocasión del daño causado, en las tratativas ya están en contacto de antemano y los deberes precontractuales específicos de dicha relación no se conciben sin ella. La existencia de un deber preconstituido es un indicio de la naturaleza contractual de esta responsabilidad.

En una línea similar en la doctrina italiana Benatti¹¹⁰ expresa que las obligaciones derivadas de la buena fe ex art. 1337 del Codice tienden a la *promoción y satisfacción* de la expectativa del otro sujeto con el cual se está en relación, en tanto los deberes negativos de conducta, como el del *neminem laedere*, tienden a la *conservación y el mantenimiento* de un estado de hecho. Los primeros van dirigidos a *realizar* el interés ajeno; los segundos a *protegerlos* de su violación. Por su parte Castronovo, partiendo de la existencia de una obligación sin prestación, donde tiene relevancia en el plano fáctico una confianza a la cual la buena fe conecta obligaciones, destaca que la observancia de las mismas tiene por función *conservar* la esfera jurídica de la otra parte, no de *cambiarla*, como en el caso de la obligación con deber primario de prestación. Y que la buena fe emerge como la fuente de tales obligaciones, de manera que se convierte en autónoma respecto del contrato y de la obligación de prestación¹¹¹, apareciendo la obligación sin prestación como una categoría más amplia respecto de la *culpa in contrahendo*, "como fase madura de una re teorización de la relación obligacional", con un espacio aplicati-

¹¹⁰ Benatti, *La Responsabilità Precontrattuale*, pp. 129-131.

¹¹¹ Castronovo, Carlo, "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Europa e Diritto Privato*, N° 3/2009, Giuffrè, Milano, p. 680. Textualmente señala el doctrinario italiano: "Archiviata la colpa iheringhiana e ritrovata la fonte della reponsabilità nella violazione di obblighi che, non potendo prendere origine dal contratto invalido, risultavano indipendenti dallo stesso, la buona fede venne emergendo come fonte di tali obblighi, in modo da far risultare evidente infine che l'autonomia di essa rispetto al contratto rendeva gli obblighi così individuati a loro volta autonomi rispetto all'obbligo di prestazione".



vo propio que ninguna figura alternativa parece capaz de desplazar.

Un tercer fundamento para postular la mentada naturaleza contractual radica en la *específica determinación* de los sujetos de la relación precontractual: “*el sujeto que entra en tratativa con otro tiene la obligación de observar las normas de la buena fe respecto del otro sujeto determinado que se ha puesto en contacto con él*”¹¹². Expresa el Maestro que los sujetos ya están determinados antes del evento dañoso y los deberes que se crean no se conciben respecto a quienes son ajenos a las tratativas; en la responsabilidad aquiliana, por el contrario, para que se concrete el comportamiento debido es necesario que los sujetos entren en contacto, por lo que antes del mismo la obligación no existe, porque el deber no está impuesto en beneficio de un determinado sujeto. Los deberes precontractuales “*imponen un comportamiento preciso a un sujeto respecto de otro*”, que necesita de esa conducta para satisfacer su propio interés; las obligaciones nacen en función del específico interés de protección de cada parte, de manera que “*cada vez que se crea una confianza nace una precisa obligación*”¹¹³.

Finalmente, la Ley de Defensa del Consumidor N° 17.250 califica expresamente a la buena fe como una **obligación**, argumento que no ha dejado de invocar Gamarra a favor de su tesis, señalando que “*la reciente Ley de Relaciones de Consumo impone al proveedor “la obligación de actuar de buena fe... en la etapa precontractual” (art. 32), texto que apoya la tesis contractualista dentro del ámbito que corresponde a tal tipo de relación, que en la actualidad puede ser el mayor ámbito negocial cuantitativamente hablando*”¹¹⁴.

5.4 – Entendemos que en la etapa precontractual lo que en rigor se infringen son *deberes* que emergen del principio de buena fe, de observar la lealtad y corrección necesarias exigida por las convicciones éticas imperantes en una determinada comunidad social. Pero la buena fe objetiva técnicamente no constituye una obligación jurídica¹¹⁵,

¹¹² Gamarra, *Ob. Cit.*, p. 91.

¹¹³ Gamarra, *Ob. Cit.*, p. 92 (cursivas de nuestra autoría).

¹¹⁴ Gamarra, *Ob. Cit.*, p. 92 (cursivas de nuestra autoría).

¹¹⁵ Así lo expresamos en “*El sistema de responsabilidad civil y su fundamentación dogmática*”, p. 592; “*Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil*”, p. 194; *La interpretación del contrato*, p. 96; “*Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesionado*”, ps. 933-934. Coincide con nuestra opinión Carnelli, *Ob. Cit.*, pp. 834-835.



sino un deber jurídico, pues carece de *patrimonialidad* y de *coercibilidad*¹¹⁶, que son precisamente las notas tipificantes de aquella categoría.

En ese sentido expresa Carnelli¹¹⁷ que si en las pretendidas “obligaciones precontractuales” el destinatario de las conductas impuestas carece del derecho subjetivo de pretensión de reclamarlas y solamente tiene derecho al resarcimiento del daño causado por su inobservancia, una sola consecuencia se impone: no pueden calificarse técnicamente de obligaciones por faltares el *derecho de pretensión*, que es el correlato del deber de prestación.

Con la precisión característica señala Giorgianni que tres son las notas que permiten individuar la *obligación* dentro del amplio campo del *deber jurídico*: la específica determinación de los sujetos, la patrimonialidad de la prestación y el interés del acreedor a la prestación. Justamente, uno de los reflejos de esta característica de la obligación es el nacimiento de un poder (derecho subjetivo) a favor de la persona cuyo interés está destinado a ser satisfecho por el comportamiento del deudor¹¹⁸.

La buena fe, por el contrario, carece de la nota de patrimonialidad, por lo que no puede constituir una verdadera *obligación*, con todas las consecuencias a ella asignables, como el correlativo *derecho de pretensión*, más allá que el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo así la califique.

Los partidarios de la tesis contractualista han objetado este argumento de la ausencia de patrimonialidad del deber partiendo de la patrimonialidad de la relación en la cual estarían insertos. En esa dirección expresa Larrañaga¹¹⁹, siguiendo a Andrea D’Angelo, que la buena fe objetiva no puede ser examinada en forma aislada con prescindencia del plexo negocial, esto es, del marco económico y jurídico de las tratativas, omitiendo en consecuencia la sustancia económica de la relación. No puede olvidarse que aquí las partes están delineando el futuro contrato operación económica, de manera que si se tiene presente este extremo la buena fe presenta un contenido patrimonial típico de la obligación. La buena fe “*se encuentra inserta de manera necesaria en una situación prenegocial concreta, en la cual resulta relevante la sustancia económica que toman los participantes en las tratativas; esa sustancia es la futura operación económica que estará subyacente en el acuerdo definitivo y que se va gestando en las tratativas. Podría decir que*

¹¹⁶ Para Gamarra la coercibilidad es una de las notas características de la obligación (*Estudios sobre Obligaciones*, Editorial Medina, Montevideo, 1956, pp. 29-30).

¹¹⁷ Carnelli, *Ob. Cit.*, pp. 835.

¹¹⁸ Giorgianni, Michele, *La Obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 29 y ss.

¹¹⁹ “*Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual*”, pp. 152-153.



tiene un contenido patrimonial **por conexión, indirecto o comunicacional**, donde la obligación de buena fe “abrazo” o conecta necesariamente al contenido económico de esta específica etapa previa al contrato, como lo hace actualmente el art. 32 de la ley de relaciones de consumo 17.250”¹²⁰.

Pensamos que esta postura no hace sino reafirmar la **ausencia de patrimonialidad** del deber de buena fe, reconociendo inclusive que no lo tiene *per se*, puesto que será en todo caso por vía *indirecta, refleja o por conexión* que asumiría esa fisonomía. No debe perderse de vista, como lo señalara Giorgianni, que una cosa es la patrimonialidad de la prestación y otra diferente el interés del acreedor en la misma, conforme lo establece el artículo 1174 del Código Civil italiano. Porque “*la patrimonialidad de la prestación es un carácter objetivo de ésta, que existe o no*”, de lo que se sigue un principio muy importante: “*dado que el interés del acreedor puede no ser patrimonial, mientras que la prestación debe serlo siempre, no puede considerarse inherente a la función de la obligación que el interés del acreedor tenga como objetivo el resultado económico de la prestación del deudor*”. Para que un deber pueda calificarse de obligación se exige que el mismo, “*aún satisfaciendo un interés no patrimonial, tenga como contenido un comportamiento matrimonialmente valorable*”¹²¹.

En ese sentido expresa Giuseppe Grosso¹²² que la “*patrimonialidad de la prestación se toma en el sentido de que sea posible su valoración pecuniaria según la conciencia social*” y que el interés del acreedor no necesariamente debe ser patrimonial, aunque una vez establecida la patrimonialidad de la prestación, “*en cuanto se exige que la misma se enderece hacia el acreedor y en cuanto se considera que en esto hay un interés de aquél, de cuyo la patrimonialidad se está reflejando en una valoración del interés en la prestación. Y a su turno, el interés puede influir en la propia valoración patrimonial*”.

Pero que se trate de efectos reflejos demuestra que **en sí mismo** son dos cosas distintas la objetiva patrimonialidad de la prestación – que constituye en contenido de la obligación – y la no patrimonialidad de los deberes que forman parte de la relación en cuestión. La circunstancia que la relación prenegocial esté dispuesta con vistas a la conclusión de un contrato, que como instrumento técnico no es otra cosa que una formalización jurídica de una concreta operación económica, no determina que todos los deberes inmanentes a dicha relación sean por ello de contenido patrimonial. *Pensamos que de la nece-*

¹²⁰ Larrañaga, *Ob. Cit.*, p. 153. Los destacados no se encuentran en el original.

¹²¹ Giorgianni, *Ob. Cit.*, pp. 43, 63 y 65.

¹²² Grosso, Giuseppe, *Las Obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, traducción de Fernando Hinestrosa, pp. 206 y 214.



saría patrimonialidad del contrato no se puede remontar a la necesaria patrimonialidad de los deberes precontractuales, como lo son el de actuar de buena fe y los deberes de ella dimanantes, dado que se trata de dos relaciones diferentes.

Por otra parte, conectar a la buena fe con el contenido económico del futuro contrato para configurarla como una verdadera obligación significa en sustancia **convertir** en obligaciones a **todos** los deberes inmersos en la relación, sea esta relación precontractual o contractual, eliminando así las necesarias fronteras entre deber jurídico y obligación. Porque con este criterio todo deber de conducta, por el mero hecho de formar parte o estar conectado a una relación patrimonial, se convertiría automáticamente en una obligación jurídica. Y correlativamente, todos los derechos se convertirían en derechos de crédito, reduciendo la relación obligacional a una vinculación jurídica entre situaciones exclusivas de “obligación” y “derecho de crédito”, cuando en rigor es una relación compleja que comprende una multiplicidad de situaciones jurídicas activas y pasivas, que incluye derechos, facultades, derechos potestativos, obligaciones, deberes, cargas y sujeciones.

A nuestro juicio, mientras por un lado el deber de buena fe carece de la nota de la patrimonialidad – rasgo tipificante de la obligación que permite individualarla como categoría autónoma dentro del amplio campo del deber jurídico – por el otro está ausente el deber primario de prestación y no existe un correlativo **poder del acreedor** de exigir la realización conductual inmanente a toda prestación, extremos que permiten configurar al derecho del sujeto activo de la relación obligacional como derecho de pretensión, tal como lo hemos venido sosteniendo desde hace un tiempo en varios trabajos. La obligación, como lo expresa Lumia, “es el deber jurídico de realizar aquel comportamiento que otros, titulares de un derecho subjetivo, tienen la pretensión de exigir”¹²³. Se trata de conceptos correlativos insusceptibles de concebirse aisladamente, en tanto si el acreedor puede hacer valer una exigencia jurídica (pretensión) es porque frente a la misma existe un deber de prestación del deudor (obligación), de modo que si éste no existiese no podría darse aquel derecho de exigir¹²⁴.

Por lo tanto, sin la existencia de un deber de prestación no puede haber una auténtica obligación, ni un derecho de pretensión, ni por consiguiente responsabilidad contractual, a menos que se piense en la controvertida categoría de la **obligación sin prestación** – ampliamente tratada en la doctrina italiana entre otros por Carlo Castronovo¹²⁵ y Adolfo

¹²³ Lumia, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, p. 101.

¹²⁴ Cfme. Schreier, Fritz, *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1942, p. 248.

¹²⁵ Castronovo, Carlo, “La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità

JUS CIVILE



Di Majo¹²⁶, cuyos orígenes se remontan a Larenz¹²⁷— que coloca la esencia de la obligación en la relación y no en la prestación¹²⁸, pero que nos parece una contradicción (una especie de *oxímoron* jurídico), pues la prestación es el contenido esencial de la relación obligacional en tanto categoría específica de relación jurídica. La obligación sin deber primario de prestación permitiría ejercitar la acción de resarcimiento del daño por incumplimiento, siendo una solución que privilegia no la lógica de la categoría, sino la de los remedios¹²⁹. Sea como fuere, no puede soslayarse la sustancial diferencia con la clásica y genuina categoría de la obligación, cuyo contenido es una prestación de dar, hacer o no hacer (art. 1245), en la que los mecanismos de protección del acreedor frente a su incumplimiento comprenden un amplio universo, que incluye la tutela actuativa, la resarcitoria, la ablativa (cuando se trata de obligaciones emergentes de un contrato), la correctiva en la órbita del incumplimiento inexacto (rectificación de la prestación defectuosa, reducción de la contraprestación), remedios¹³⁰ que en su mayoría resultan inaplicables a la denominada obligación sin prestación. Señala Faillace¹³¹ que la ampliación de la responsabilidad contractual a expensas de la aquiliana —que se produce con la obligación sin prestación— parece difícilmente justificable en un Ordenamiento en el cual el ilícito es disciplinado mediante una norma general. Esto es muy claro en el Derecho Civil uruguayo, en el que impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319) y en el

contrattuale”, Europa e Diritto Privato, N° 1/ 2011, Giuffrè, Milano, pp. 55-76; “*Ritorno all’obbligazione senza prestazione*”, misma Revista, N° 3/ 2009, pp. 679-717.

¹²⁶Di Majo, Adolfo, “*L’obbligazione senza prestazione aproda in Cassazione*”, Corriere Giuridico, 1999, p. 441 y ss.

¹²⁷Larenz, *Derecho de Obligaciones*, T. 1, pp. 106-110.

¹²⁸La obligación sin prestación termina por poner a la responsabilidad contractual al servicio de un proyecto remedial desvinculado del todo del binomio incumplimiento-imposibilidad de cumplimiento (Cfme. Luca Nívarra, “*Le frontiere mobile della responsabilità contrattuale*”, *Giustizia Civile*, 1/2016, p. 11).

¹²⁹Tagliasacchi, “*Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*”, p. 254. Señala el doctrinario italiano: “*Pare, quindi, che la peculiarità dell’obbligazione senza prestazione possa essere colta nella caratteristica di essere non pretensiva, bensì soltanto reattiva, poiché consente di esercitare soltanto l’azione di risarcimento del danno per inadempimento e non anche quella di esatto adempimento diretta a ottenere l’esecuzione della prestazione*”.

¹³⁰En la doctrina española y desde un plano teórico Fernando Gómez Pomar, “*El incumplimiento contractual en Derecho español*”, *InDret*. 3/2007, Barcelona julio 2007, p. 13, agrupa los remedios frente al incumplimiento en tres categorías: “remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica); remedios monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional); remedios de ineficacia (resolución)”.

¹³¹Faillace, Stefano, “*Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social*”, *Revista Ius et Veritas*, N° 48, julio 2014, p. 88.



que el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales reviste carácter taxativo (art. 1246: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley), sin que quede espacio para la buena fe o para el contacto social como fuente autónoma de obligaciones (estén provistas o no de deber primario de prestación). Erigir a la buena fe en fuente autónoma de obligaciones conlleva a una clara alteración del número cerrado de las causas eficientes de las obligaciones, lo que no tolera ni el precepto legal citado, ni el propio sistema del Código Civil.

La existencia de una relación entre las partes –dañador y dañado– es una circunstancia que de por sí no depone por la naturaleza contractual de la responsabilidad civil, sobre todo si se tiene presente la innegable *dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual*, pues la atipicidad del ilícito aquiliano es susceptible de cubrir relaciones intersubjetivas no obligacionales, vale decir, eventos dañosos verificados al interno de una preexistente relación¹³². De lo contrario, como advierte Alessio Zaccaria¹³³ en el comentario de la sentencia de la Corte di Cassazione antes mencionada, si el contacto social es suficiente para calificarlo como fuente de obligaciones, la responsabilidad extracontractual termina siendo *reducida a un contenedor vacío* y por *resultar en sustancia expulsada del ordenamiento* con su consiguiente disciplina, lo que en rigor no es admisible, sobre todo si se tiene presente el carácter específico de la responsabilidad contractual, en donde el interés lesionado es el interés del acreedor en recibir la utilidad económica inmanente a la prestación debida (utilidad prometida y no obtenida). Porque como agudamente expresa Carnelli¹³⁴, mientras el daño que se repara en la responsabilidad extracontractual es la *utilidad de la que ya está gozando el sujeto*, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional es *la utilidad que no recibe*, esto es, la pérdida de la utilidad que le hubiera provocado la entrega de la cosa o la ejecución de la actividad comprometida.

Más allá de lo superflua y contraproducente que resulta ser la vieja distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, como sobre las huellas de Nicolò Lipari lo ha destacado recientemente Busnelli¹³⁵, lo cierto es que en el actual sistema del Dere-

¹³² Cfme. Maggiolo, Marcello, “*La (de) contrattualizzazione della responsabilità professionale*”, *Jus Civile*, I, 2015, pp. 27-28. Busnelli, Francesco Donato, “*Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il “muro” degli interessi legittimi*”, *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 46, Parte I, 2000, pp. 340-342.

¹³³ “*La natura de la Responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*”, p. 351.

¹³⁴ *Ob. Cit.*, p. 832.

¹³⁵ Busnelli, Francesco Donato, “*Quale futuro per le categorie del Diritto Civile?*”, *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 61, N° 1, Cedam, Padova, 2015, pp. 4-5.



cho Privado codificado sigue siendo un factor relevante por la diversidad de la disciplina aplicable, por lo que la determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en cuestión es un extremo dotado de enorme trascendencia, tanto en el plano teórico como en el de su aplicación práctica.

Por otra parte, la obligación y la responsabilidad contractual, como enseña Roppo¹³⁶, protegen aquel específico interés del acreedor que es el **interés a la prestación** y aquí, en las situaciones enmarcables dentro de la responsabilidad precontractual, el interés protegido es otro.

La existencia de una relación jurídica que vincula a las partes, la determinación de los sujetos y el carácter positivo de los deberes dimanantes de la buena fe, tampoco son factores que de por sí le imprimen naturaleza contractual al daño causado, en la medida que lo relevante para la asignación de una u otra naturaleza es si el evento dañoso comporta o no incumplimiento de una obligación previa. Y un deber jurídico se configura como verdadera obligación jurídica en tanto estén presentes **todas** sus notas tipificantes, no siendo suficiente con la presencia de algunas de ellas.

Por cierto que la buena fe objetiva constituye una verdadera cláusula general, de enorme relevancia en el Derecho Privado contemporáneo. Al decir de Bianca¹³⁷, con relación a las partes de la relación contractual ella expresa una concreta exigencia de solidaridad, que se puede indicar como solidaridad contractual y que se especifica en dos fundamentales cánones de conducta: lealtad de comportamiento (en la formación e interpretación del contrato) y obligación de salvaguardia de los intereses de la otra parte con los límites del sacrificio del interés propio (en la ejecución del contrato y de la relación obligatoria). Para Gamarra¹³⁸ “*es fuente de obligaciones contractuales que dan lugar a incumplimiento y resarcimiento del perjuicio causado*”.

En su exhaustivo estudio sobre el tema Menezes Cordeiro destaca que la relación obligacional en su complejo contenido comprende a la prestación principal, a prestaciones secundarias, y a deberes accesorios de conducta: la primera está relacionada con la actividad dominante exigible al deudor; las segundas redundan en actuaciones, legales o convencionales, que funcionalmente sirven a la prestación principal y que, en otras circunstancias, podrían integrar prestaciones autónomas; los terceros derivan en forma directa o indirecta de la buena fe, conformando exigencias necesarias para la buena reali-

¹³⁶ *Il Contratto*, p. 185.

¹³⁷ Bianca, Cesare Massimo, “*La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*”, *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1983, p. 209.

¹³⁸ *Buena Fe Contractual*, p. 177.



zación de la prestación y protección de las partes¹³⁹. La concretización de esos deberes diamantes de la buena fe se verifica en tres direcciones: confianza, lealtad y protección. En virtud del otorgamiento del contrato se establece entre las partes una relación de confianza, derivante de la buena fe, que liga a las mismas con deberes mutuos tendientes a no permitir defraudar esa creencia pacífica en un transcurso sin incidentes de la relación negocial.

En base al principio de buena fe la doctrina alemana sostuvo que el contrato se integraba con una serie de “obligaciones accesorias o instrumentales”, pero en muchos casos, como expresa Gamarra, no serán sino especificaciones del contenido de la obligación principal, como sucede con la custodia respecto a la obligación de dar (artículo 1334 CC). Destaca el doctrinario compatriota¹⁴⁰ que los deberes de protección no se confunden con la prestación principal, respecto de la cual gozan de autonomía, a tal grado que la misma puede haberse cumplido totalmente y con posterioridad verificarse el incumplimiento de la obligación de protección.

A nuestro entender de la buena fe dimanán deberes, no obligaciones. Enseña el Maestro Cafaro¹⁴¹ que la buena fe por sí sola no puede ser fuente de relaciones obligacionales, sino que es generadora de deberes accesorios, que sirven de apoyatura a las relaciones obligatorias que tienen su origen en la voluntad de las partes o en una norma expresa de la ley.

En consecuencia, si lo que se infringen en la etapa precontractual son deberes no obligacionales, la responsabilidad no puede ser sino de naturaleza *extracontractual*¹⁴². Máxime si tenemos en cuenta que de la relación de contacto social en la que los sujetos aproximan sus esferas de intereses emergen deberes de respeto hacia el otro, de contenido esencialmente negativo: abstenerse de toda injerencia indebida en la esfera jurídica ajena y de todo comportamiento incorrecto que pueda perjudicar los intereses de la otra parte, cuya vulneración comporta violación del deber de no dañar la libertad negocial ajena¹⁴³. El deber de actuar de buena en la fase de las tratativas, bien lo destaca Escobar

¹³⁹ Menezes Cordeiro, António, “*Da pós-eficácia das obrigações*”, p. 141.

¹⁴⁰ *Ob. Cit.*, T. XX, 2ª edición, p. 117.

¹⁴¹ Cafaro, Eugenio, “*El instituto de la conversión del negocio jurídico nulo en el Derecho Positivo nacional*”, Revista AEU, Tomo 73, 7-12, p. 15.

¹⁴² En otros sistemas se admite que pueda ser de una y otra naturaleza. Para el derecho francés véase Joanna Schmidt, “*La période precontractuelle en droit français*”, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 42, N° 2, París, 1990, pp. 545–566.

¹⁴³ Cfme. Calusi, Vittorio, “*In tema di trattative e responsabilità precontrattuale (critica della dottrina e della giurisprudenza)*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, pp. 484-485. Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile. 5. La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 550.



Rozas, no es otra cosa que una específica manifestación del deber genérico de no dañar, pues, siendo exigible a todos los que celebran o intentan celebrar un contrato, “tiene como finalidad mantener indemne la esfera de los protagonistas, de modo que éstos no sufran daños injustos como consecuencia de haber invertido recursos y tiempo en tratativas no serias, de haber celebrado un contrato ineficaz, etc.”¹⁴⁴.

La opción por el régimen de la responsabilidad extracontractual ha sido por otra parte la decisión del legislador para la reparación del daño causado en el caso de dolo incidente (art. 1276 CC), dado el expreso reenvío formal practicado por la norma al principio general del art. 1319. En éste lo relevante no es la indeterminación de los sujetos, ni la ausencia de relación entre las partes (dañante y dañado) sino la categoría del **deber infringido**. Existe, pues, una expresa decisión legislativa que delimita el campo extracontractual en función de la naturaleza del deber infringido, extremo corroborado por los artículos 1341 y 1342 – normas centrales de la responsabilidad contractual – que establecen la obligación de reparar frente al incumplimiento temporal o definitivo del deudor (infracción del deber primario de prestación). En el sistema del Código Civil uruguayo la disciplina de la responsabilidad contractual es un régimen específico previsto exclusivamente para el caso de demora o falta de cumplimiento del deudor de la **obligación** a su cargo, cuyo contenido es una prestación patrimonialmente valorable (dar, hacer o no hacer).

Ahora bien, conforme a lo expresado, más que de responsabilidad precontractual¹⁴⁵ corresponde hablar de una responsabilidad que surge en el *período precontractual*. Ni la precontractual, ni la postcontractual, tienen autonomía normativa en nuestro sistema civil; simplemente se singularizan por la instancia temporal en que operan, guardando la denominación congruencia en términos indicativos de los extremos temporales en que ocurren, no representando por tanto una nueva realidad autonomizable normativamente de alguno de los dos subsistemas existentes.

Al examinar los PLDC se pregunta Morales Moreno¹⁴⁶ si es necesario realmente regular la responsabilidad precontractual, en tanto los códigos latinos contienen una cláusula abierta que define el daño extracontractual y permite fundar la indemnización de este tipo de perjuicios, por lo que “*su tipificación legal no tiene propiamente una función*

¹⁴⁴ Escobar Rozas, *Ob. Cit.*, p. 160.

¹⁴⁵ Ya Gabriele Faggella señalaba que esta responsabilidad no puede ser ciertamente una causa por sí misma, sino más bien un efecto de un hecho jurídico (“*Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*”, *Archivio Giuridico*, Vol. XI, Roma, 1909, p. 149).

¹⁴⁶ “*Los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*”, p. 232.



fundamentadora de la responsabilidad, sino de concreción de ciertas conductas dañosas en la fase de formación del contrato”.

5.5 – La determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual no reviste exclusivamente un interés teórico, puesto que también tiene enormes repercusiones desde el punto de vista de la aplicación práctica.

En el sistema civil uruguayo son notorias las diferencias en la disciplina entre responsabilidad contractual y extracontractual¹⁴⁷, en temas tales como los daños resarcibles, los plazos de prescripción, la solidaridad, la mora y la capacidad.

En materia de daños indemnizables en la contractual hay un límite al resarcimiento pleno (art. 1346), pues el deudor de principio solo está obligado a reparar los daños previsibles al tiempo del contrato (cuando nació la obligación), salvo que el incumplimiento fuere doloso, en cuyo caso se expande la obligación resarcitoria para comprender todo el daño causado como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, sea o no previsible ese daño. La regla de la limitación del resarcimiento al *daño previsible* tiene una larga historia, que en alguna medida quiebra los postulados de la responsabilidad civil, pues los coeficientes subjetivos vienen a incidir en la cuantía de la obligación resarcitoria, cuando en rigor no tiene naturaleza punitiva, sino indemnizatoria. Lo cierto es que en la responsabilidad contractual el dolo viene a operar como un *criterio de agravación* del daño¹⁴⁸. Esta severa consecuencia jurídica que tiene su fundamento en la regla de la buena fe y en la intangibilidad del vínculo obligacional, ya que el cumplimiento no puede quedar al arbitrio del deudor (arts. 1253 y 1291) y precisamente el incumplimiento doloso es un incumplimiento voluntario, deliberado, intencional; consiste en la negativa voluntaria cumplir la prestación, sin que sea necesaria una especial malicia, ni voluntad de dañar al acreedor, bastando –como dice Yzquierdo Tolsada¹⁴⁹– con la voluntad de incumplir, de cumplir tarde o de cumplir mal.

Según Bianca¹⁵⁰ el fundamento de la regla de la responsabilidad del deudor por los

¹⁴⁷ Un amplio tratamiento en Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XX, pp. 38-44.

¹⁴⁸ Cfme. Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 1996, p. 612. Tratamos el punto en un trabajo de nuestra coautoría: “*Incumplimiento doloso y daños resarcibles en la responsabilidad contractual. Reflexiones en torno al art. 1346 del Código Civil*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXIX, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, pp. 635-645.

¹⁴⁹ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 253.

¹⁵⁰ Bianca, *Diritto Civile*, 5. *La Responsabilità*, p. 154.



daños previsible obedece a una idea central que gobierna la disciplina de la obligación: que el vínculo obligacional importa la asunción de un sacrificio contenido dentro de límites de normalidad.

En cambio, en la responsabilidad aquiliana no rige dicha limitación, debiendo reparar todo el perjuicio que sea una consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito (art. 1323).

En los términos de prescripción también se presentan importantes diferencias, pues mientras en materia de responsabilidad contractual el término ordinario¹⁵¹ es de veinte años, conforme al principio general del art. 1216, en la aquiliana es de cuatro, contados desde el hecho ilícito, según establece el art. 1332. Sin embargo, nuestra *Suprema Corte de Justicia*¹⁵² ha señalado que afiliarse a una interpretación piedeletrista de esta última norma, iniciando el término prescriptivo en la fecha de perpetración del hecho ilícito, *aun cuando el damnificado no hubiera tenido conocimiento efectivo de su consumación, ni de sus efectos dañosos*, lleva a la consecuencia irracional e injusta de que pueda el mismo perder la posibilidad de acceder a la justicia para obtener la reparación del daño sufrido en virtud del mero transcurso del tiempo, “sin que operase de manera alguna la presunción de abandono, desinterés o negligencia en que se funda el instituto de la prescripción”. Para el máximo órgano jurisdiccional en el enfrentamiento entre el valor seguridad, al que sirve la prescripción, y el valor justicia, que es el fin esencial de la actividad jurisdiccional, ha de preferirse este último, que habilita la tutela del derecho agredido ilícitamente. Por su parte, si el hecho ilícito tiene carácter continuado, el plazo se cuenta desde el momento en que hubiere cesado¹⁵³.

Más allá de lo anacrónico de algunos plazos de prescripción que establece el Código¹⁵⁴, carece de un fundamento racional tal diversidad en el tratamiento del instituto en una y otra órbita de la responsabilidad civil.

En lo que respecta a la solidaridad pasiva en caso de pluralidad de autores de un hecho ilícito el Código Civil uruguayo la estableció para la responsabilidad extracontrac-

¹⁵¹ Existen no obstante otros plazos prescriptivos más cortos para determinados supuestos, que van de los cinco años a los seis meses (arts. 1221-1225 CC).

¹⁵² Sentencia N° 3180, del 17 de noviembre de 2008, caso 476, ADCU, T. XXXIX, pp. 274 y 275.

¹⁵³ En nuestra jurisprudencia: *Suprema Corte de Justicia*, sentencia de 8 de diciembre de 2008, caso 477, ADCU, T. XXXIX. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno*, sentencia N° 333, del 13 de diciembre de 2006, caso 638, ADCU, T. XXXVIII. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno*, sentencia N° 58, de 16 de marzo de 1992, caso 853, ADCU, T. XXII.

¹⁵⁴ Hemos realizado algunas anotaciones críticas en nuestra obra *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 255 y ss.



tual en caso de dolo (art. 1331), vale decir, de ilícito cometido con la intención de causar daño, pero no plasmó la misma regla como principio general para la responsabilidad contractual, puesto que en la obligaciones solidarias la solidaridad *no abarca* a la obligación indemnizatoria nacida del incumplimiento de la obligación primaria (art. 1398), a menos que también se hubiese pactado expresamente la solidaridad para la obligación secundaria. En este plano hay entonces una diferencia en la forma de responder en una y otra órbita de la responsabilidad en caso de ilícito cometido dolosamente por varias personas, sin perjuicio de la diferente acepción del dolo en cada caso, en tanto en una radica en la intención de incumplir, mientras que en la otra consiste en la intención de dañar.

Existen también algunas diferencias de régimen en materia de capacidad y de mora: respecto a la primera debe tenerse presente que la capacidad para contratar está fijada en los dieciocho años (art. 280 CC) mientras que la capacidad para incurrir en culpa (imputabilidad) en sede extracontractual ha sido establecida en diez años (art. 1320 CC); en cuanto a la mora, más allá de las puntualizaciones que hace la doctrina en torno al principio de reparación integral, debe tenerse en cuenta que por definición solo puede operar en el ámbito del *incumplimiento temporal* de una obligación preexistente, por lo que por naturaleza queda excluida de la responsabilidad extracontractual, donde no existe entre las partes una obligación previa a la ocurrencia del evento dañoso. Aunque según Gamarra¹⁵⁵ es equivocado sostener que el instituto de la mora no opera en la responsabilidad aquiliana porque no existe en ella una obligación preexistente; el problema de la mora sólo se concibe respecto de la obligación generada por el acto ilícito dañoso y consiste en decidir si el deudor padece las consecuencias de la mora automáticamente, por el solo hecho de haberlo causado. Añade el tratadista uruguayo que en el sentir de la opinión dominante el autor del daño está de pleno derecho en mora desde que comente el hecho ilícito, lo cual determina una imposición del pago de los intereses respecto de la suma en que luego resulte estimado el monto total del daño, los cuales correrán desde la comisión del acto ilícito dañoso. Sin embargo, para el autor esta manera de ver tropieza con serias dificultades; en primer lugar, no hay texto legal que lo respalde y luego porque el estado de iliquidez del crédito del damnificado impide la mora. Para el doctrinario “*es aconsejable desplazar la situación examinada fuera del ámbito de la mora, para explicarla de acuerdo a los principios generales que rigen la reparación del daño. Esta manera de encarar el fenómeno coincide con la ubicación de la mora en la sistematización del Código Civil, que no legisla en la sección de los actos ilícitos. Por ello creo que la regla de*

¹⁵⁵ *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XX, pp. 41 y 42.



la reparación integral del daño es, en realidad, la que resuelve el punto; el daño debe ser resarcido por completo; el retardo en la reparación, y en consecuencia, el daño que deriva de ello, debe ponerse a cargo del deudor; estamos ante una mera aplicación del art. 1319: al que causa el daño se impone la obligación de repararlo”.

Por lo expuesto se comprueba la trascendencia de la resolución del problema de la naturaleza jurídica de este subtipo de responsabilidad, atento a las diferencias normativas que vienen de ser consignadas. Incluso es relevante en la determinación del factor de atribución del daño, por cuanto si se asigna naturaleza extracontractual no cabe duda que se regirá por el principio general de la responsabilidad subjetiva del artículo 1319, mientras que para la tesis contractualista habrá que determinar previamente la naturaleza de la **obligación incumplida**, si es de medios o de resultado. Este es un aspecto que no ha sido analizado mayormente por la doctrina y la jurisprudencia nacional que sostiene la tesis contractual de esta responsabilidad, pues si bien la fundan en la violación de la obligación *de actuar de buena fe*, no explicitan las razones en torno a la individualización del criterio de imputación, sea en términos de una obligación de medios, basada en la culpabilidad (responsabilidad subjetiva) o de una obligación de resultado (responsabilidad objetiva), centrada en la garantía o en algún otro factor de atribución.

6. – En función de las consideraciones realizadas precedentemente puede señalarse en términos conclusivos:

1. La responsabilidad civil precontractual en el sistema civil uruguayo no tiene autonomía normativa, pues acorde a la propia época en que fue sancionado el Código Civil no ha sido prevista ni disciplinada como tal, más allá de puntuales normas que regulan el fenómeno del daño causado en el período precontractual y que sirven de base para la construcción de la categoría.

2. El problema central que presenta este tipo de responsabilidad es su naturaleza jurídica, dado que en nuestro Código Civil existen dos regímenes para la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) con importantes diferencias en algunos aspectos fundamentales.

3. La tendencia ampliamente mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia nacional – como en varios sistemas en Derecho Comparado– es a la atribución de naturaleza *contractual*, sobre la base argumental del incumplimiento de la *obligación* de actuar de buena fe o de *obligaciones* emergentes de la misma.

4. No obstante, pensamos que la argumentación en que se sustenta dicha tesis es pasi-



ble de ser controvertida en un doble plano. Por un lado, porque el deber de actuar de buena fe carece de las notas tipificantes de la obligación, como los son la patrimonialidad, la coercibilidad y el correlativo derecho de pretensión del sujeto activo de la relación jurídica. Por otro, porque es insusceptible de convertirse ella misma en una fuente autónoma de obligaciones, debido a que en el sistema civil uruguayo, en el que impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319), el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales tiene un claro carácter taxativo.

5. La solución de la responsabilidad extracontractual es la que mejor protege a la víctima en cuanto a la obtención de la reparación integral, puesto que en la contractual el daño resarcible padece el límite subjetivo de la previsibilidad (art. 1346 del Código Civil uruguayo).

6. La progresiva ampliación del concepto de **obligación** para incluir en su seno a cualquier tipo de **deber** termina por eliminar las fronteras entre ambas categorías, reduciendo el campo de la responsabilidad aquiliana a la causación de daños fuera del marco de una relación cualquiera entre los sujetos (como la de contacto social), cuando en rigor en el sistema civil uruguayo ha sido prevista como un principio general que se articula en función de la atipicidad del ilícito, siendo el *alterum non laedere* la regla primaria de comportamiento.

7. Estos problemas en torno a la naturaleza del instituto se atenúan en los sistemas que han unificado la disciplina de la responsabilidad civil, como sucede en las modernas legislaciones de otros países.

8. Las transformaciones verificadas en los últimos años en esta materia, de las cuales hemos procurado reseñar sus aristas más significativas, ponen de manifiesto que la responsabilidad civil se encuentra siempre en un proceso de permanente cambio y redefinición, constituyendo una figura omnipresente en las más diversas disciplinas.

9. En una futura reforma de nuestro Código Civil debería unificarse el régimen de la responsabilidad civil y regularse además el período precontractual, con reglas que establezcan deberes precisos y conjuguen en la etapa de las tratativas el principio de libertad con el de responsabilidad por su abandono.

Anteriormente¹⁵⁶ nos hemos pronunciado por la necesidad de reforma de nuestro Código Civil, señalando que sin llegar a la elaboración de uno nuevo que sustituya completamente al vigente Código de 1867, es posible transitar por la modernización de algunos

¹⁵⁶“*Codice Civile e dispersiones legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel Diritto Civile uruguayano*”, pp. 883-885.

JUS CIVILE



sectores del Derecho patrimonial (Prescripción, Teoría General de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoría General del Contrato) tal como ha sucedido en otros sistemas jurídicos.

El desafío de una reforma, que responda a determinados paradigmas, que refleje ciertos principios y valores, comporta una difícil y compleja tarea, que demanda con carácter previo la resolución de cuestiones tales como la conveniencia de la unificación del Derecho Privado y la oportunidad de incorporar al Código normas sobre los consumidores, como ha sucedido, por ejemplo, con la reforma del Derecho alemán de Obligaciones, vigente desde 1º de enero de 2002 (*Gesetz sur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001), que ha permitido modernizar un Código con más de un siglo de vigencia.

La inserción en el Código de las normas de sector permitiría reducir la inevitable fractura entre Parte General del contrato y nuevos complejos normativos; como ha dicho en Italia Salvatore Patti, “*occorre cercare di ricondurre ad unità, superare un diritto dei contratti «settorizzato» (...) e soprattutto porre rimedio ad una evoluzione che ha causato un diritto «introvabile»*”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ “*Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*”, N° 5, p. 744.