

Responsabilidad Precontractual

MANUEL PEREIRA BARROCAS^(*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *En general.* 3. *Responsabilidad precontractual en el Derecho Consuetudinario.* 3.1. *Inglaterra.* 3.2. *EE.UU.* 3.3. *Australia.* 4. *Comparación general entre el Derecho consuetudinario y el Derecho civil.* 5. *Evaluación del incumplimiento de la obligación de continuar con las negociaciones.* 6. *Doctrina de la culpa in contrahendo.* 7. *Indemnizaciones generalmente existentes en Derecho Civil.* 8. *La responsabilidad precontractual en el Derecho portugués.*

1. INTRODUCCIÓN

Tengo el honor de ser amigo, desde hace más de 25 años, de Bernardo Cremades. Su inteligencia, competencia y brillantez a todos nos encanta y enriquece.

Recientemente he tenido la oportunidad de asistir a ponencias de Bernardo y de conocer sus más recientes trabajos jurídicos y decisiones arbitrales que, pasados tantos años, se convierten, cada vez más, en ejemplos de la importancia de ser un gran maestro y un gran árbitro.

De Yves Derains estoy acostumbrado a leer sus trabajos y su gran contribución a la divulgación y a la valoración del arbitraje internacional.

Un gran ejemplo de sabiduría e integridad.

2. EN GENERAL

Al contrario que en el derecho continental europeo y en otras jurisdicciones europeas continentales no existe responsabilidad precontractual en el derecho inglés, porque no existe un acuerdo entre las partes que pueda dar lugar a indemnización si alguna de las partes rompe ese contrato.

El propósito de este artículo es explicar brevemente el por qué de la existencia de conceptos tan diferentes en esta materia y cuáles son las principales características y requisitos de la institución una vez definidos los límites y el ámbito de la responsabilidad precontractual y dónde se admiten en esas jurisdicciones junto con el régimen legal en mi jurisdicción.

Debemos realizar una advertencia a propósito del concepto exacto de buena fe del que aquí se habla. Como es sabido, hay dos conceptos de buena fe, uno subjetivo que se refiere a la práctica de un acto jurídico con la intención de perjudicar un tercero

(*)

y cometer un acto ilícito; y el concepto objetivo que es el que aquí interesa.

Este tiene por idea central un conjunto de deberes objetivos que pretenden evitar que una actuación menos leal y oscura pueda hacer que alguien obtenga ventajas con respecto a un tercero, ya sea mediante falta de información sobre el acto o negocio jurídico que la otra parte debe facultar, ya sea por actuación maliciosa, ya sea por obtención de un beneficio resultado de la ignorancia de la otra parte, ya sea por creación por una parte de falsas expectativas o de creencias sobre la celebración de un negocio jurídico o sobre la verificación o no de un determinado hecho que, al final, no se producirá debido a una actuación de esa parte o por no haber hecho nada para evitar los efectos de la frustración, o, incluso, por haber provocado voluntariamente esta frustración.

3. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO

3.1. Inglaterra

Una visión general algunos países de derecho consuetudinario podría resultar útil para comprender la responsabilidad contractual, en caso de que exista, en esos países.

En el Reino Unido, a no ser que se produzca una ruptura ilegal de negociaciones en la adquisición de una propiedad inmobiliaria (*property estoppel*), no existe por lo general ninguna obligación de negociación de un contrato según las reglas de la buena fe y, por lo tanto, no existe responsabilidad precontractual. De hecho, hasta que el contrato entre en vigor, no existe obligación vinculante para las partes de celebrarlo e, incluso, se les permite seguir con las negociaciones independientemente de que la contraparte crea o confíe en la posibilidad de que el contrato se celebrará.

Por consiguiente, el modo en el que se llevan a cabo las negociaciones en el derecho inglés está sujeto a la regla que las negociaciones de un contrato son vistas en el derecho inglés obedecen a la regla "*rough and tough*". Esta es, por ejemplo, la postura de jueces de alto nivel como Lord Ackner, que declaró que «el concepto de responsabilidad para llevar a cabo negociaciones de buena fe es intrínsecamente repugnante (sic) a la posición contenciosa de las partes cuando se encuentran implicadas en las negociaciones. La razón para negociar un contrato, igual que para celebrarlo, no es aplicable, ya que no existe la certidumbre (*certainty*) necesaria. "Cómo puede esperarse que un tribunal decida si no existía certeza de que el contrato podía celebrarse?"

Esto es bastante arrogante, falto de elaboración científica y típico de ciertos juristas del derecho consuetudinario, especialmente en el Reino Unido.

Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, la doctrina del *estoppel*

aplicada a la propiedad, aunque no se encuentre completamente desarrollada, ha impuesto a través de la jurisprudencia un deber de negociación de buena fe que protege las legítimas expectativas de celebración del contrato. Las reglas de la racionalidad y del sentido común siempre se imponen en la gente razonable! Si la doctrina de *estoppel* aplicada a la propiedad se extendiese a todos los contratos y no sólo a contratos de propiedad inmobiliaria, la jurisprudencia inglesa tendría la oportunidad de aproximarse al derecho civil que, tal vez, no es tan “repugnante”, utilizando el término de Lord Ackner.

3.2. EE.UU.

En el derecho norteamericano, el punto de partida de la responsabilidad precontractual es más o menos el mismo que en el derecho inglés, pero algunos eruditos y la jurisprudencia (por ejemplo en el caso *Pennzoil contra Texaco*) han desarrollado la idea de que la buena fe también puede aplicarse a la negociación de contratos y, por tanto, puede dar lugar a obligaciones de responsabilidad contractual.

Sin embargo, desde un punto de vista legal, el § 205 de la *Restatement of Contracts (second restatement)* no trata la fase de negociación de un contrato y sólo contempla obligaciones de buena fe en la ejecución de un contrato.

De hecho, el derecho contractual norteamericano se encuentra dominado por las inquietudes económicas y sociales de la sociedad de los Estados Unidos. Teniendo esto en cuenta, se ha dicho que un conocido jurista norteamericano estudia Economía en vez de Derecho romano y Sociología en vez de Historia del Derecho. No obstante, se debe añadir que debido a su formación jurídica, los juristas del Derecho civil, al contrario que los del Derecho consuetudinario, son especialmente sensibles a los temas de justicia y equilibrio de los intereses relevantes por encima de los conceptos de eficacia que son muy importantes en el Derecho norteamericano.

Por el contrario, en Derecho civil, la equidad y justicia predominan sobre conceptos como la eficacia, que puede resultar típico del derecho norteamericano.

Sin embargo, después del caso *Pennzoil contra Texaco*, algunas de las opiniones legales tradicionales sobre el comportamiento de las partes negociadoras durante la formación de contratos cambió significativamente. Esto fue como una bofetada para los conceptos tradicionales del derecho norteamericano. De hecho, un tribunal de Texas concluyó que deberán concederse daños a la expectativa (p. ej. daños por lucro cesante) a favor de la parte agraviada que vio frustrada su confianza en la celebración de un determinado contrato (en este caso, por un tercero, Texaco). La decisión del tribunal de conceder daños a la expectativa condujo a una enorme e injustificada indemnización de 10 billones de dólares norteamericanos que Texaco tendría

que pagar a Pennzoil. Esto fue posible debido a un escaso conocimiento del tribunal de Texas sobre los límites de la responsabilidad precontractual.

De hecho, no resultó una decisión razonable y la jurisprudencia posterior no la tuvo en cuenta e inició una aproximación a los estándares europeos continentales.

Técnicamente, además, el caso Pennzoil contra Texaco no supone propiamente una situación de responsabilidad precontractual, dado el hecho de que Texaco no formó parte de las negociaciones contractuales iniciales entre Pennzoil y el grupo vendedor, sino que Texaco sólo era un tercero que intervino, en contra las reglas de la buena fe, en las negociaciones de Pennzoil con el grupo Getty, lo que provocó la ruptura de estas negociaciones.

La mencionada aproximación a la doctrina y jurisprudencia continental europea en contra la decisión del caso Pennzoil contra Texaco se realizó* poniendo de relieve que durante la fase de la negociación contractual las partes tienen la obligación de cumplir ciertos deberes, tales como:

- a) un deber general de negociar de buena fe
- b) un deber de evitar causar daños a la contraparte
- c) algunos deberes creados por un acuerdo preliminar que puedan haber celebrado las partes.

De este modo, parece que se abrió una puerta a la buena fe y a los deberes de la buena fe.

3.3. Australia

Los tribunales australianos también han conocido algunos casos de responsabilidad precontractual, como es el ejemplo de Western Australia contra Taylor, en el cual se señaló una detallada serie de hechos como reveladores de un incumplimiento de los deberes de la buena fe durante las negociaciones, lo que denota, así, una clara aproximación a la doctrina y jurisprudencia continental europea.

4. COMPARACIÓN GENERAL ENTRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO CIVIL

En resumen, los conceptos que caracterizan los sistemas jurídicos de Reino Unido y Estados Unidos son:

* Ver Arcadia Phosphates Inc. contra Arcadian Corp.; Hoffman contra Red Owl; Teachers Ins. y Annuity Ass'n of America contra Tribune Co.

- 1) En Inglaterra, no existe un principio legal general según el cual haya que negociar de acuerdo con las reglas de la buena fe. Este sólo existe con respecto a la ejecución de un contrato.
- 2) En los Estados Unidos, existe un deber construido por la jurisprudencia de negociación de buena fe, pero las negociaciones se entienden como una fase en la que cualquiera de las partes puede abandonar libremente si eso es lo más adecuado a sus intereses desde un punto de vista económico, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, siempre que actúen de forma que se respeten los deberes de *fair dealing*. Esto es, se entiende que la libertad contractual prácticamente no tiene límites.
- 3) En los Estados Unidos, sin embargo, si las partes han firmado un acuerdo de negociación (*agreement to negotiate*), si, durante las negociaciones, existe una intención de vinculación, si se ha alcanzado un acuerdo parcial o mediante la ley de restitución, la parte agraviada puede obtener alguna indemnización como resultado del incumplimiento de estos acuerdos o compromisos.

Si no hay tales acuerdos o compromisos, no existe posibilidad de concesión de una indemnización.

- 4) El Derecho civil se concentra principalmente en la relación entre las partes, mientras que el derecho norteamericano maneja la declaración de intenciones o la creación de un compromiso en las negociaciones contractuales.
- 5) En el Derecho civil, cualquier relación entre las partes presupone la necesidad de confianza entre ellas. Una relación de confianza existe tanto si esta relación culmina o no en un acuerdo. En consecuencia, la doctrina protege contra un acto de la contraparte que resulte en la ruptura ilícita, esto es contra las reglas de la buena fe, de las negociaciones o en la celebración de un contrato inválido. El Derecho civil también considera que si una parte no tiene intención de celebrar el contrato, pero ha inducido a la otra parte a creer que la celebración del mismo era inminente entonces puede ser responsabilizada de sus acciones.
- 6) La buena fe (que básicamente explica y sustancia los deberes de comportamiento de las partes durante las negociaciones) es, en Derecho civil, una cuestión de moralidad y de justicia y, como tal, forma parte del orden público, mientras que el derecho norteamericano, es una cuestión de intención de vinculación, una cuestión de Derecho contractual y su mecánica.

- 7) Naturalmente, en el Derecho civil, el principio de la libertad contractual también es un concepto fundamental, pero la responsabilidad precontractual puede surgir independientemente de la existencia de declaraciones de intención y de la naturaleza vinculante de esa intención. Esta existe por el mero hecho de que las partes de una relación precontractual, además de cualquier otro requisito, deben respetar los deberes de la buena fe. De este modo, deben considerarse incluidos en ese trámite, entre otros, los siguientes deberes:
- el deber de no romper las negociaciones cuando la otra parte esperaba razonablemente la celebración del contrato;
 - el deber de no rechazar la renovación de un contrato cuando la otra parte confió razonablemente en una promesa de renovación como resultado de declaraciones realizadas por la parte incumplidora o por evidente deducción de su comportamiento;
 - el deber de revelar información a la otra parte que deberá permanecer confidencial.
- 8) La principal diferencia esencial entre el deber de buena fe en la negociación contractual en el Derecho civil y en el Derecho norteamericano es, por tanto:
- En el Derecho civil el deber de buena fe es un tema de orden público y funciona independientemente del consentimiento o de cualquier otro concepto;
 - En el derecho norteamericano, se trata básicamente de un tema de consentimiento.
- 9) En el Derecho civil, la buena fe es un concepto más amplio que en Derecho norteamericano y abarca toda la fase de negociaciones.
- 10) En el Derecho norteamericano, el deber de buena fe sólo se aplica a partir del exacto momento en que ambas partes han alcanzado un consentimiento sobre elementos sustanciales/esenciales del contrato, o cuando se ha llegado a un “acuerdo para celebrar un contrato” o a un “acuerdo con términos abiertos” en forma de declaración de intenciones, memorando de entendimiento, etc.
- 11) La doctrina de *promissory estoppel* [§ 90(1) de la Restatement (second) of Contract] es similar a la del Derecho civil, pero sigue requiriendo una promesa clara e inequívoca o un acuerdo además de una confianza razonable en una promesa.

Las estadísticas demuestran, sin embargo, que sólo el 15% de las acciones judiciales basadas en *promissory estoppels* en Estados Unidos

han obtenido éxito.

- 12) En el Derecho civil, no es necesario ningún consentimiento o acuerdo parcial como condición previa para quedar vinculado por los deberes de la buena fe. Efectivamente, en el derecho civil la responsabilidad contractual está regulada y depende de reglas legales preestablecidas en el orden jurídico y no de acuerdos entre las partes sobre las negociaciones. Estos deberes preexisten en la ley desde el inicio mismo de las negociaciones y se materializan desde el momento en el que las partes comienzan a negociar y realizan un esfuerzo razonable para establecer lazos de confianza y expectativas suficientes en la contraparte basados en el supuesto, por un lado, de que (1) no se producirá una ruptura injustificada e irracional de las negociaciones, o, por otro, de que (2) una de las partes sabe que resulta imposible celebrar el contrato o que este será nulo y, finalmente, y aunque es imposible de ejecutar, esta parte lleva a cabo negociaciones que dan lugar a que la parte agraviada se haga falsas expectativas y/o incurra en gastos innecesarios. Cualquiera de estas conductas negativas de una de las partes dará lugar a una indemnización a favor de la parte agraviada.
- 13) En el Derecho civil, las partes están obligadas, cuando negocian un contrato, a respetar/tener en cuenta las expectativas legítimas o razonables, la confianza y los intereses de la contraparte. Esto no excluye la libertad contractual, pero, en cierta manera, el derecho a negociar se encuentra limitado o condicionado por esta carga.

5. EVALUACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONTINUAR CON LAS NEGOCIACIONES

En las jurisdicciones de Derecho civil, se ha probado un método de evaluación con el propósito de determinar cuándo una parte que rehúsa de forma injustificada a proseguir y concluir las negociaciones de un contrato válido tiene la obligación de indemnizar la otra parte. El más específico es el método del tiempo (plazo o punto de no retorno) adoptado, por ejemplo, en los Países Bajos. El incumplimiento de la obligación de seguir con las negociaciones después de ese determinado punto sin una buena justificación normalmente supone una obligación de indemnización.

El punto de no retorno (también identificado como la “tercera fase de las negociaciones”) se considera la fase en la que ya existe acuerdo sobre todos o prácticamente todos los elementos esenciales del contrato y sólo quedan pendientes algunas formalidades de menor importancia para la conclusión del contrato, y, a pesar de eso, una de las partes rompe las negociaciones sin una buena justificación.

En este caso y siempre que una ley adopte este método, puede no resultar muy clara la diferencia entre daños a la expectativa y daños de confianza relacionados con

la responsabilidad precontractual, y el tribunal puede aplicar la primera aunque la segunda sea la regla general en el Derecho civil con la consecuencia de el montante de indemnización poder ser mucho más elevado do que en el caso de los daños de confianza.

Sin embargo, otras cuestiones como pueden ser una demora injustificable en contestar a la otra parte, dificultades innecesarias en el progreso de las negociaciones, la violación del deber de información, la adopción de una posición de negociación demasiado rígida, la falta de presentación de contrapropuestas, etc., solas (si son de gravedad) o en conjunto, pueden conducir a una ruptura de las negociaciones que afecte a las legítimas expectativas, confianza e intereses de la otra parte y puede generar derecho a indemnización.

Una apunte final para decir que la forma más habitual de incumplimiento del deber de buena fe es el denominado *venire contra factum proprium*, concepto similar al del *estoppel* en el Derecho consuetudinario.

6. DOCTRINA DE LA CULPA IN CONTRAHENDO

Una parte fundamental de las jurisdicciones de Derecho civil adopta la doctrina de la *culpa in contrahendo*, desarrollada por Jering en 1861.

Esta se basa en la idea, como se mencionó con anterioridad, de que cuando las partes entablan negociaciones se establece entre ellas una “relación de confianza” que deben respetar durante todo el proceso de negociación. En caso contrario, cualquier acción u omisión puede resultar ilegítima y dar lugar a un derecho a indemnización.

7. INDEMNIZACIONES GENERALMENTE EXISTENTES EN DERECHO CIVIL

a) indemnización por daños a la expectativa (también conocida como indemnización por el interés contractual positivo). Se calcula evaluando la diferencia entre la posición que la parte agraviada podría haber obtenido si el contrato hubiese concluido o se hubiese ejecutado de forma válida y la posición en la que se encuentran como resultado del incumplimiento.

b) indemnización por daños de confianza (también conocida como indemnización por el interés contractual negativo). Estos se calculan basándose en la diferencia de posición que tendría esta parte si no hubiera entablado nunca negociaciones y su posición actual, derivada de que la otra parte no negoció de buena fe. Incluyen únicamente los gastos y desembolsos que la parte agraviada haya tenido que efectuar al entablar las negociaciones fallidas.

En términos generales, en cuanto a la responsabilidad precontractual, en derecho civil sólo se reconocen daños de confianza.

En derecho civil, este tipo de responsabilidad precontractual se considera responsabilidad extracontractual o, en otros, también se considera un *tertius genus*, puesto que emana directamente de la ley.

Por lo general, no se considera responsabilidad contractual porque, de hecho, no se ha incumplido ningún contrato durante las negociaciones. Su distinta calificación tiene importancia en cuanto se refiere a los diferentes plazos de prescripción aplicables al derecho a indemnización.

En términos generales, no hay ninguna necesidad de celebrar ningún contrato especial ni de acordar una cláusula para mitigar las consecuencias de una negociación no llevada a cabo de buena fe. Las normas que rigen este tema son públicas, razón por la cual no se permiten acuerdos entre las partes sobre esta materia excepto aquellos que establecen las normas sobre los plazos de presentación de las propuestas, de réplica, duración de las negociaciones, etc.

8. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO PORTUGUÉS

El Derecho portugués sigue la doctrina de la *culpa in contrahendo*, brevemente descrita anteriormente y que reproducimos a continuación.

El artículo 227.1 del Código Civil establece que:

Quien negocie con otra parte con vistas a la celebración de un contrato procederá, tanto durante la fase preliminar como durante la negociación del contrato, de acuerdo con el deber de buena fe, so pena de tener que indemnizar a la otra parte por los daños causados.

Debido a la naturaleza y al limitado espacio de este artículo, no se puede añadir mucho más a los comentarios anteriores que explicaban el Derecho civil en esta materia, los cuales también son de aceptación general en el Derecho portugués.

La jurisprudencia portuguesa señala que la responsabilidad precontractual abarca las tres áreas siguientes:

- 1) una trata del deber de protección que exige a las partes que no causen ningún daño ilícito a la contraparte durante las negociaciones;
- 2) otra trata del deber de información que exige a las partes que informen a la otra durante las negociaciones sobre todo lo necesario para llegar a una conclusión honesta de un contrato válido; y, finalmente,
- 3) otra trata del deber de lealtad que exige a las partes llevar a cabo unas negociaciones correctas y honestas, lo incluye los deberes de diligencia y secreto.

No existe "punto de no retorno" y sólo hay lugar para daños de confianza.