

LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE CONDUCTA: UNA DOCTRINA EUROPEA EN CONSTRUCCIÓN*

Vladimir Monsalve Caballero**

* Este artículo es el segundo avance de investigación del proyecto “Responsabilidad precontractual y deberes secundarios de conducta”, adelantado por el grupo de investigación en Derecho y Ciencia Política –GIDCEP–, de la Universidad del Norte, cuyo investigador principal es el autor del mismo.

** Abogado, Especialista en Derecho Comercial y financiero, Máster oficial en Regulación Económica de la Universidad de Salamanca (España) y Doctor en Derecho de la misma Universidad. Profesor investigador del Programa de Derecho de la Universidad del Norte (Barranquilla).

Correspondencia: Universidad del Norte, Km 5 vía a Puerto Colombia, A.A 1569, Barranquilla (Colombia) .

REVISTA DE DERECHO
Nº 30, Barranquilla, 2008
ISSN: 0121-8697

Resumen

El ordenamiento jurídico reconoce o admite que la autonomía privada sea el punto de partida y conformación del contrato, pero no hasta el punto de considerar que, así las negociaciones preliminares permitan la concreción de un contrato, este tenga un sistema propio o autónomo, que esté sujeto a los términos incluidos en el texto contractual. Por el contrario, las reglas generales del juego siguen siendo las establecidas por el marco normativo en su conjunto y por tanto comparten una necesaria adecuación del acuerdo contractual (lex privata,) a las mismas. Así, el principio de buena fe se hace presente, se extiende de igual forma, en el contenido de eticidad de cada acto que deba examinarse a la luz de las circunstancias particulares, direccionando las conductas humanas y en especial los actos y contratos que gobiernan la convivencia, de tal forma que estas prescripciones generales siempre serán aplicadas, no solo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamadas a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución.

Palabras clave: Buena fe, deberes precontractuales, culpa *in contrahendo*, tratos preliminares, responsabilidad precontractual, formación contractual.

Abstract

The juridical classification recognizes or it admits that the private autonomy is the starting point and conformation of the contract, but not until the point of considering that, the preliminary negotiations allow this way the concretion of a contract, this he has an own, or autonomous system that this subject to the terms included in the contractual text. On the contrary the general rules of the game continue being the established ones for the normative mark in their combined one and therefore they share a necessary adaptation of the contractual agreement (lex privata) to the same ones. Thus, the principle in good faith becomes present, it extends of equal form, in the content of eticidad of each act that should be examined by the light of the particular circumstances, addressing the human behaviors and especially the acts and contracts that govern the coexistence, in such a way that these general prescriptions, will always be applied, not only to the contractual agreement, but also they will also be called to govern the whole process of formation, as that of improvement and execution.

Key words: Culpa *in contrahendo*, pre-contractual dealings, pre-contractual responsibility, contractual formation.

Fecha de recepción: 11 de septiembre de 2008

Fecha de aceptación: 22 de octubre de 2008

PRESENTACIÓN

La crisis del sistema capitalista dio paso a la superación de los más tradicionales principios del liberalismo fundacional, que junto con la aparición del moderno Estado Social y la formulación del keynesianismo, origina una nueva faceta para el Estado –que hasta ese momento era inimaginable–, ésta reformulación en lo económico y las actuales tendencias de la economía hacia una orientación mundial y la concebida liberación del comercio, tanto de productos como de servicios, generan en los últimos 30 años un mayor aumento de la riqueza, pero denotarían la necesidad del control y de la intervención aún más visible del Estado en la forma de hacer los negocios¹.

Asistimos en la actualidad a una revolución tecnológica, y con ella la simplificación de los negocios, las nuevas telecomunicaciones permiten y facilitan los procesos de información y por tanto la toma de decisiones, operándose en tiempo real y de forma deslocalizada, lo cual hace que muchas veces desaparezcan las largas negociaciones, lo que conlleva sin duda, a una revalorización de la confianza y la buena fe como el centro del ordenamiento privado y en especial de la materia contractual. Con el aumento del volumen de la contratación y con la necesaria garantía del sostenimiento y seriedad tanto de la oferta como de los operadores responsables, hace que sin duda se retomen y fortalezcan los principios romanos de la *buona fides*.

La moderna doctrina Europea ha estado trabajando arduamente sobre la construcción de unos especiales deberes de conducta que deben ser observados por quienes intervienen en los mercados, sin importar si las negociaciones terminan en el tan anhelado acuerdo contractual o no. En la actualidad estos deberes secundarios de conducta se presentan como fuentes de verdaderas obligaciones que si bien nacen con ocasión a unos principios generales, hoy día se presentan como un instituto autónomo y en construcción, que gobiernan y acompañan el proceso

¹ GARCÍA-CRUCES J.A. (2002). *Globalización económica y derecho mercantil*. Zaragoza, España: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, p. 7 y ss.

de formación contractual, incluso cuando no existen negociaciones o acercamientos preliminares.

El proceso de unificación y uniformidad legal, abanderado por la Unión Europea, ha impulsado esta labor, y en la actualidad diferentes directivas comunitarias consagran los deberes secundarios de conducta como verdaderas obligaciones, cuyo principal objeto recae sobre la protección de la parte más débil de la relación contractual y como una medida que incentiva la libre circulación de capitales dentro de todo el territorio comunitario. No obstante, sobre la materia no todo está dicho, y por el contrario las necesidades del mercado imponen una constante dinámica y evolución no sólo de los deberes sino también de sus alcances y límites, lo que hace que la teoría de la *culpa in contrahendo*, esté todavía en construcción. Se espera entonces que con el presente estudio se aporte material para el debate y comencemos en Latinoamérica a acercarnos y a desarrollar esta fenomenología que está irrigando y transformando el derecho europeo de las obligaciones, y que con el paso del tiempo ha demostrado su utilidad en el derecho de daños (en especial en los casos de la protección de las víctimas de sucesos dañosos), y en la corrección del fallo más común del mercado, la asimetría de la información.

Este artículo tiene como objetivo general, presentarle al lector, cuál es la fuente legal de los deberes secundarios de conducta, cómo y por qué el principio de la buena fe se ha transformado, cuáles son sus límites, cuáles son los deberes secundarios de mayor reconocimiento europeo, y hacia dónde se direcciona dicha escuela en Europa.

De igual forma, es importante precisarle al lector que esta investigación toma como fuente legal las normas del código civil español, reglas que en todo siguen la estructura del código civil francés, lo que hace que el pensamiento aquí esbozado sea aplicable y extensible a la mayoría de los países latinoamericanos cuya legislación toma en gran parte el *code* como estructura articuladora del Derecho privado.

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA BUENA FE Y SU CLASIFICACIÓN

El derecho como sistema regulador de las conductas humanas siempre va a direccionar los actos y hechos que gobiernan la convivencia dentro de un ente social; esta ordenación se hace por medio de la legislación y en especial de las llamadas prescripciones o clausulados generales². Dichas normas legislativas indeterminadas en sus inicios, no fueron consideradas armónicas en el régimen del *ius strictum*; no obstante, con el tiempo, se fueron aceptando con la evolución del derecho romano, incentivadas en gran parte por las figuras de la *exceptio doli generalis*, *bona fides*, *las boni mores* y en las referencias al *ius publicum*. Tendencia que se acentuó en el derecho común, por la necesidad de adaptar los textos romanos a la nueva concepción de la vida, enseñada en los libros de teología moral y por los canonistas. Más tarde dicha clase de normas sería vista con recelo o enemistad por la dirección humanista, por la escuela de la exégesis, por algún que otro pandectista y hasta por aquellos mercantilistas partidarios de la omnipotencia de la autonomía de la voluntad, discutiendo o no su contenido; pero lo que si no se puede ocultar es que hoy por hoy, la buena fe se presenta en la actualidad como un concepto vigente y que gobierna sobre todo el derecho de las obligaciones³.

De tal forma que estas prescripciones generales, siempre serán aplicadas, no sólo al acuerdo contractual, sino también estarán llamadas a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución contractual. La buena fe como una norma general por tanto es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, el cual le reconoce su carácter heterónimo tanto del contrato como de todo el

² Denominadas también como preceptos en blanco (*blakettnormen*) artículos reales (*konigliche paragraphen*), válvulas (*valvole*) del ordenamiento; coincidiendo todas sus denominaciones en que ellas actúan como órganos respiratorios del sistema positivo. Así fueron denominadas por el polaco FERRARA F. (1921). *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, p. 65.

³ ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF (1933). *Tratado de derecho civil*, tomo II, vol. I, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona: Librería Bosc. pp. 16 a 25.

ordenamiento legal. De tal forma que se podría afirmar que los acuerdos a los que llegan los sujetos contractuales, son reglas si bien autónomas, son incompletas. Dentro de esta tendencia entonces aparece el principio de la buena fe, como un horizonte orientador para las operaciones jurídicas en cuanto que a la misma naturaleza del derecho, la ayuda, la suplen y la corrigen.

Este concepto general del principio de buena fe, presente en todo el ordenamiento jurídico, se extiende de igual forma en el contenido de eticidad de cada acto que deba examinarse a la luz de las circunstancias particulares; como toda figura jurídica, la buena fe no es un fin en sí mismo, sino un medio para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales⁴. La buena fe, en cuanto principio general del derecho, no puede resultar extraña a la propia conformación de los usos y al mandato legislativo; se ha de presuponer, por tanto, inserta en ambos o, al menos, teóricamente inspiradora de los mismos. Pero, al mismo tiempo, su virtualidad de principio general del derecho comporta por definición que su plasmación no puede reducirse a lo establecido en la ley o las reglas usuales⁵.

En consideraciones generales, la buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas y basándonos exclusivamente en el concepto como norma de comportamiento⁶, y siguiendo a Díez Picazo⁷, podemos destacar las siguientes:

⁴ GODREAU, M.J. (1992, marzo-abril). Lealtad y buena fe contractual. *RCDI*, N° 609, p. 292. En este mismo sentido Miguel González J. (1989). *Observaciones en torno a la buena fe*. En *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Murcia, España: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, p. 497 y ss.

⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T. S. del 27 de enero de 1977). *RDP*, p. 50 y ss. En ese mismo sentido, MOLLEDA FERNÁNDEZ, A. *La presunción de buena fe*. *Estudios de Derecho Privado*, I, dirigidos por Martínez Radio, Madrid, 1962, p. 194 y ss.

⁶ Ya cuando se habla de buena fe, no solo se habla a propósito de las obligaciones y de los contratos, sino también de la posesión, y de los terceros hablando de legitimación cualificante entre otros, circunstancias estas que nos llevan a establecer que el concepto

- Buena fe es considerada como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el derecho, casos en los cuales la conducta de la persona es antijurídica, pero honrada y justa teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. Aquí la buena fe es considerada como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma⁸.

- Buena fe es tenida en cuenta como una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone. Aquí la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez en el trato. Supone un certero comportamiento o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.

de buena fe adopta contenidos generales y abstractos, o como se denominó, es parte de los clausulados generales de las codificaciones propias del siglo XVIII; pero lo que sí tienen en común todas estas denominaciones es que la buena fe se presenta como medida de conducta de interpretación y de ejecución de los actos humanos.

⁷DÍEZ PICAZO, L. (1952). *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, p. 145 y ss. Siendo ésta la primera clasificación, luego desarrolla una segunda, un poco más completa en el prólogo de la obra de WIEACKER F., *El principio general de la buena fe*, Madrid: Civitas, 1977, p. 19. En esta segunda clasificación, sin duda, el maestro se encuentra influenciado por el estudio de la obra del ilustre alemán, y además sigue también la clasificación de BETTI, E. *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, traducción y notas De los Mozos, J.L. Madrid: Editorial RDP. 1969, pp. 86-100.

⁸ Esta clasificación corresponde a lo que normalmente denomina la doctrina como la buena fe subjetiva, que es la creencia que tiene un sujeto que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento, es aquella que facilita u otorga una legitimación o configura una titularidad con base en aquella conducta (valorando la intención del sujeto, o su creencia o error).

- La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico⁹. Se actúa de mala fe cuando se ejerce un derecho dándole una función económica social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas de la conciencia social imponen al tráfico.

En este artículo trataremos de integrar los dos últimos conceptos, ya que sin duda en el momento en el que las partes entran en contacto negocial, sus comportamientos y el ejercicio mismo de sus derechos les imponen estándares de conducta¹⁰ que en determinadas ocasiones actúan como derechos y en otras ocasiones como limitantes frente al ejercicio de su potestad contractual; lo anterior ya que la buena fe se presenta como una cláusula general que reclama un comportamiento diverso, positivo u omisivo en relación a la concreta circunstancia, de la actuación de las partes, y cuya prevalencia sobre la determinación negocial y contractual, se debe a su característica de norma de orden público. (Siendo el principio más importante de nuestro ordenamiento y el fundamento ético que es reconocido y encontrado en la idea de la moral social activa y solidaria que se pone según la tradición de las buenas costumbres¹¹).

⁹ Afirma DÍEZ PICAZO, L. en el prólogo del libro de WIEACKER, F. *El principio general de la Buena fe*, Madrid: Civitas, 1982, p. 21 y ss. que la doctrina moderna, sobre todo la doctrina alemana, ha elaborado, con base en la jurisprudencia de los tribunales, una serie de supuestos típicos a los cuales parece aplicable la idea de que la buena fe opera como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos. Estos casos pueden enumerarse así: *Venire contra factum proprium*, el retraso desleal, el abuso de la nulidad por motivos formales, el cumplimiento parcial la moderación de los plazos contractuales, *dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*.

¹⁰ Es también conocida por la doctrina como la buena fe objetiva, aquella que se refiere a la honradez moral de una conducta de acuerdo con el tipo de negocio de que se trate y lo que resulte de las características sociales, económicas y jurídicas en las que se inserte aquella, lo que equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico. Es decir, se comporta con buena fe objetiva la persona que procede en la forma acostumbrada, según el negocio de que se trate y los parámetros fijados por los usos negociales lo que implica admitir la existencia de unos modelos estándar de conducta en el tráfico jurídico.

¹¹ BIANCA, M.C. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. En: *Rivista di Diritto civile*, 1983, p. 206.

Nuestro punto de partida será entonces: que la buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de 'ejecución continuada', desde la etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)¹². Sin duda entonces en todo este proceso se esgrime la buena fe y la confianza, como unos principios supremos que inspiran la conducta de las partes en los tratos preliminares o negociaciones.

Se habla por tanto en formación contractual de *buena fe in contrahendo* a aquel criterio de reciprocidad, que debe ser observado mutuamente en las relaciones entre los sujetos del mismo grado en el periodo *in contrahendo*, y cuyas condiciones nos permiten afirmar que tienen una igual dignidad moral¹³. Reciprocidad en que se manifiesta en la solidaridad que liga a uno y a otro de los participantes en una relación de contacto social, a comportarse con fidelidad en el cumplimiento de la expectativa ajena aún independientemente de la palabra que haya sido dada, o del acuerdo que haya sido concluido, asumiendo entonces un significado de regla de comportamiento fundamental en todo el proceso de formación contractual¹⁴.

2. IMPORTANCIA DE LA BUENA FE IN CONTRAHENDO EN EL PROCESO DE FORMACION CONTRACTUAL

La admisión de este principio no supone introducir moldes acabados que puedan fácilmente formular esquemas normativos de validez general sino líneas, directrices de la conducta social que deben ser ajustadas a cada caso¹⁵, eso si, sustentada en un principio universal del cual se ha venido hablando, que impone a las partes que negocian un arquetipo de conducta social, de lealtad y de fidelidad¹⁶.

¹² STIBLITZ, R.S. *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 440.

¹³ GODREAU, M.J. *Op cit.*, p. 296.

¹⁴ En este mismo sentido, COSTANZA, M. *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 28.

¹⁵ WIEACKER, F. *Op cit.*, p. 37

¹⁶ Alonso Pérez, M. *Op cit.*, p. 888.

Debe existir la buena fe como una norma social y como una expresión de exigencia social insuprimible, originándose necesariamente de la coexistencia y armonía con la libre y autónoma actividad de todos los negociantes. Se observa que el principio de la buena fe viene, en definitiva, a constituirse en uno de los límites impuestos por el ordenamiento a la explicación de la autonomía privada. Existe entonces no una libertad indiscriminada sino que la libertad debe estar inspirada en el principio de la buena fe¹⁷. Es por tanto una norma jurídica que obliga a todo sujeto a que actúa en el tráfico a un deber objetivo de fidelidad y crédito¹⁸, y constituye en el ordenamiento, un concepto abierto que permite concretar los deberes de conducta de los contratantes durante la celebración y el desarrollo del contrato.

De igual forma, la buena fe es compatible con las exigencias de la convivencia y de la solidaridad social, si tratamos de profundizar en estas exigencias de la convivencia, encontramos que se presentan bajo un doble aspecto cuya naturaleza puede imponer obligaciones positivas y negativas, como bien lo señala Betti¹⁹:

“Las cuales se deben distinguir claramente: a) bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima romana del “*Alterum non laedere*” y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. b) Bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto sino una activa de colaboración con los demás, encaminadas a promover su interés”²⁰.

En este sentido se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes cuando están en negociaciones; por una parte, absteniendo de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su contraparte, y a su vez ejercitando todos aquellos actos necesarios para la satisfacción de sus

¹⁷ Para ver más, GALOPPINI, C. *Appunti sulla rilevanza Della regola di buona fe*, p. 1402.

¹⁸ DE LOS MOZOS, J.L. *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965, p. 34.

¹⁹ *Digesto* 1, 1, 10, 1.

²⁰ BETTI, E. *Teoría general de las obligaciones...* *Op cit.*, p. 71 y ss.

mutuas necesidades, lo que nos lleva a concluir que tanto en el ejercicio de sus intereses legítimamente protegidos, las partes deben actuar de conformidad con la buena fe *in contrahendo*.

2.1. La Buena Fe *in contrahendo* como generadora de los deberes de conducta

En general los ordenamientos civiles napoleónicos ofrecen un criterio elástico de valoración de conducta de un sujeto; esto significa que es necesaria la referencia a un momento prejurídico como índice de mediación de las actuaciones de las partes en las negociaciones. Como, en efecto, la buena fe, mentalmente exige la honestidad, la transparencia, la coherencia y rectitud en la conciencia y la fe en la palabra dada, *a dictorum conventunquę constancia ac veritas* (tal era el significado originario de la buena fe romana, que designaba a la persona prudente y diligente, completamente determinada en el cumplimiento de la expectativa del otro)²¹. Esta lealtad exigible impone normalmente obligaciones de carácter negativo, y la buena fe impone obligaciones de carácter positivo. De todos modos debe tenerse presente, desde ahora, que el criterio de la corrección o de la lealtad se identifican con el criterio de la buena fe; por tanto, se habla de respeto a las relaciones de obligación, como criterio de conducta que deudor y acreedor deben observar en sus relaciones recíprocas, y que deben comenzar a observar desde un principio en la fase de las negociaciones, como ya se había dicho, en la medida que éstas deben conducirse de conformidad con las reglas de la buena fe y la lealtad.

Antes de entrar a estudiar los deberes genéricos o secundarios de conducta a los cuales se ha venido haciendo relación, es imprescindible clarificar que existe un deber básico y a juicio propio el más importante que le incumbe a las partes: es el deber de lealtad, ese concepto general cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma leal frente al

²¹ BENNATI, F. (1970). *A responsabilidade pré-contratual*, Trad Port. por Vera Jardim, A. Coimbra: Livraria Almedina, p. 79.

otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza.

La confianza es el soporte de cualquier vínculo obligacional que pueda regir las conductas humanas; desde los inicios de las mismas negociaciones de conformidad con el tráfico normal, las partes interactúan y comienzan a cimentar las bases de un futuro acuerdo basado en los actuares leales y correctos, y justo en ese estado de la negociación en la cual las partes se entregan confiadamente a la concreción de unas expectativas legítimas que se puedan tener, en ese mismo instante se justifica en todo la imposición del deber de lealtad. Recuérdese que se contrata es con quien se confía, por tanto, sin duda es el principio nuclear del derecho de las obligaciones contractuales.

Este deber de lealtad, emprende para las partes un actuar de cooperación permanente y constante, tomando siempre en cuenta las expectativas legítimas de la contraparte, ello incluso puede representar el deber de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira la otra parte. Este tipo de relación no basta con actuar conforme a derecho o no ejercer conductas fraudulentas, sino por el contrario emprender actuaciones positivas y negativas, con tal de satisfacer las necesidades que le incumben a las partes en unos intereses que en principio se presentan como antagónicos, terminarán siendo estos siempre armónicos²².

En sentido muy general puede decirse que, en todo momento del *iter* contractual, las partes que intervienen en todas sus fases están obligadas a conducirse con aquella diligencia y consideración de protección de interés mutuos, y por tanto esto le permite confiar a las partes que según la buena fe su contraparte actué de la misma forma como ella lo ha venido haciendo y por tanto ésta diligencia debe acompañar no sólo la etapa de formación sino la de ejecución y cumplimiento contractual.

²² Para profundizar más en el tema se puede consultar a GODREAU, M. *Op cit.*, p. 315 y a LASARTE ÁLVAREZ, C. *Op cit.*, p., p. 50 y ss.

La doctrina moderna sustenta que los deberes precontractuales encuentran su fuente en la relación (en el contacto social) que nace entre las partes con el fin de preparar el contenido del futuro contrato. De tal forma que hoy la literatura jurídica germánica habla que todo se resume al significado de una ecuación: Relación precontractual = relación de confianza²³. La relevancia de la confianza como elemento esencial no solo del periodo de formación negocial, sino de todo el proceso contractual, está orientada en el propio concepto de la buena fe objetiva reconocida expresamente como norma dirigida a la tutela de confianza y la lealtad en correlación al otro, con quien primero se entra en relaciones negociales.

Dicha percepción jurídica que en la ley ha hallado solamente expresión en algunas disposiciones particulares (art. 1337²⁴ del *Codice*, art. 227²⁵ del código civil portugués, art. 197²⁶ del código civil griego y el parágrafo del BGB 311.2.²⁷), ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia en un instituto de derecho vigente que actualmente

²³ Así lo consagran diferentes autores de la talla de STOLL, F. en su obra *Die lehre von den leistungsstorungen*, Tübingen, 1936, p. 26. De igual forma, EICHLER, K. *Rie rechtslehre vom vertrauen*, Tübingen, 1950, p. 11ss y ENNECCERUS, L. *Recht der schuldverhältnisse* 15, t I, Tübingen, 1958; BENNATI, F. *culpa in contrahendo, contratto e impresa*, Torino, 1987, p. 245 y en *A responsabilidade pré-contratual*, Trad. Port. por Vera Jardim, A. Livraria Almedina, Coimbra, 1970, p. 140 y ALONSO PÉREZ, M. La responsabilidad precontractual, *RCDI*, 1971, p. 849, cuando afirma en su escrito, que la doctrina alemana establece casi unánimemente la siguiente ecuación: *vertragsverhandlungen = vertrauensverhältnis* (es decir, relación precontractual = relación de confianza)

²⁴ Art. 1337: *Trattative e responsabilità precontrattuale: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"*.

²⁵ Art. 227: *(Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*

²⁶ Art. 197: *Au tours des négociations, pour la conclusion d'un contrat, les parties se doivent mutuellement la conduite dictée par la bonne foi et les usages dans le rapports d'affaires.*

²⁷ El código civil alemán, a pesar que no se contemplaba en su texto original de 1896, tras la reforma introducida por la ley de modernización del derecho de obligaciones, del 26 de noviembre de 2001, reza: 311.2 Si una parte proporciona a la otra la posibilidad de incidir sobre sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o se los confía, con la intención de crear una relación contractual, o similares contactos negociales, puede surgir una obligación de las previstas en el parágrafo 241.2 del BGB.

tiene fuerza de norma consuetudinaria a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general²⁸. Además, es importante anotar que, dentro de los modernos movimientos de armonización y unificación del derecho privado como una de las perspectivas de las políticas de la Unión europea, existen en la actualidad todos unos marcos legales que pretenden la elaboración de un marco común de referencia, en el cual se reconoce expresamente que las partes en la etapa de negociación están sujetas al cumplimiento de unos deberes precontractuales que tienen su fundamento en la buena fe contractual²⁹.

Esta conciencia jurídica general es reconocida por Asúa González³⁰, quien afirma que las bases teóricas, de estos deberes fueron sentadas y

²⁸ LARENZ, K. *Derecho de obligaciones*, tomo I. Trad. Espa, Madrid, 1958, p. 108. De conformidad con lo afirmado por LARENZ, se tiene que ya desde inicios del siglo pasado la idea de unos deberes generadores de responsabilidad la encontramos en la sentencia almenada del 26 de abril de 1912, del Tribunal supremo español.

²⁹ En los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, proyecto abanderado por el grupo Lando, que tiene a su cargo la *Commission Europa Contract Law*, CECL, consagró en diversidad de normas todo un conjunto de fundamentos dogmáticos de responsabilidad precontractual. Por tanto, es frecuente encontrar dentro de su cuerpo legal, normas sobre libertad contractual y el respeto a la buena fe y su favorecimiento en la seguridad de las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación (Artículo 1:102 y Artículo 1:106.); se consagran los deberes generales de los contratantes de conformidad con la buena fe contractual (Artículo 1:201); de igual forma, se establecen que las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas (Artículo 1:105); se dedica todo un capítulo a la formación contractual y se establecen disposiciones generales, para la conclusión contractual, y una norma que a juicio propio consolida un sistema de responsabilidad precontractual, frente a la intencionalidad de las partes la cual consagra: "Artículo 2:102: Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte". También se reúnen normas sobre los denominados acuerdos suficientes; en fin, es un texto que a juicio propio no solo aborda la formación contractual sino que también propone unos nuevos y modernos principios que se ajustan a las necesidades históricas y por tanto de las realidades de los usos y tráficos que demandan las novísimas formas contractuales. También reconoce estos deberes precontractuales el código europeo de los contratos de la academia de Pavía (artículos 6, 7, y 8). Para ver más, capítulo I.

³⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. *La culpa in contrahendo*, Bilbao: Departamento de Publicaciones Universidad del País Vasco, 1989, p. 49.

consolidadas durante las décadas de los años veinte y treinta son las que aportan los conceptos fundamentales a los que hoy todavía se recurre. De este modo, la existencia de deberes precontractuales que derivan de una relación vinculante de carácter legal, surgida de las conversaciones y cuya vulneración se sanciona, ha venido siendo, y lo es actualmente, un lugar común de la doctrina y la jurisprudencia, reconociéndose a este principio el carácter de costumbre jurídica.

De la buena fe nace un modelo de comportamiento no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales³¹. En este sentido se podría hablar de deberes de conducta del hombre en el prólogo negocial susceptibles de generar una responsabilidad precontractual³², la cual tiene su fundamento en el concepto de fe *in contrahendo*, aquella que tiene su fundamento en el concepto general de la buena fe objetiva, pero aquella que es exigible única y exclusivamente a las partes cuando entra en negociaciones, y se origina por el contacto social. En la fase de negociaciones, las partes tienen la obligación de cumplir con los deberes secundarios de conducta, y es evidente que la violación de estas obligaciones es fuente de responsabilidad independientemente del acto ulterior de un acuerdo.

Por lo general, al no proceder estos deberes de una voluntad expresa o tácita y venir exclusivamente justificados por la teoría general de obligaciones y contratos, y en particular por la buena fe, constituyen únicamente unos deberes de conducta (en la medida exigida por la buena fe)³³, derivada de la nociones vecinas de los vicios ocultos, evicción o incluso, los vicios de la voluntad. Sin embargo, esta afirmación puede

³¹ DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo I. *Introducción a la teoría del contrato*. Madrid: Civitas, 1996, p. 49.

³² El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto que, en otro caso, se pueden producir situaciones de responsabilidad por *culpa in contrahendo* (STS, de 26 de febrero de 1994 RJ 1198).

³³ SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1977, p. 100.

a veces ser desacertada, pues muchas veces se nos presenta como una verdadera obligación; por tanto, considero que es pertinente entrar a clarificar las diferencias que existen entre los deberes naturales y jurídicos.

Pero antes es necesario recapitular afirmando que, en la actualidad, estos deberes de conducta, que otrora estuvieron en entre dicho, hoy por hoy gozan del reconocimiento continental, y por ello es que, poco a poco, han ido adquiriendo su carácter de tipicidad en las diferentes leyes, en especial las que regulan el derecho de consumo. Su importancia y relevancia es tal, que todas las iniciativas académicas³⁴ que se han desarrollado dentro de los procesos de unificación y uniformidad del derecho europeo de los contratos y del ordenamiento civil, las han consagrado, reconociendo su origen en la buena fe contractual, lo cual sin duda da fin al debate suscitado especialmente entre la escuela aquiliana que desconocía la existencia de estos deberes como unos deberes específicos que llegan a la esfera negocial cuando las partes comienzan las negociaciones.

3. LA FUENTE LEGAL DE LOS DEBERES DE CONDUCTA

La doctrina de los deberes de conducta tuvo sus inicios en interesantes estudios realizados a finales del siglo XIX y principios del XX por la escuela alemana e italiana³⁵, la cual logró unificar sus criterios integradores

³⁴ Para ver más consultar mis dos estudios sobre la materia: MONSALVE CABALLERO, V. Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares dentro del sistema continental europeo. *IUSTA*. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Vol 25, julio-diciembre, 2006. Y La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial en el derecho europeo continental. *Via in iudicandi*. Revista electrónica de la Universidad Santo Tomás. Tomo 3, julio de 2006. www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/profesores.htm

³⁵ Al respecto ver MEDICUS, *Zur entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo, festgabe fur MAXKASER zum 80. Geburtstag*, Wien-Koln-Graz 1986, DOLLE, *Aussergesetzliche Schuldlichkeiten*, Zges. Staats W. 103, 1943. HELDRICH, *Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen romischen Rect. In der spateren Rechtsentwiclung*. Leipzig, 1924; LARENZ, *Culpa in contrahendo Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt*, MDR, 1954. Y del mismo autor, *lehrbuch des schuldrechts, i. Allgemeiner Teil.*, 13^a ed., Mnchen 1982A;

respecto al alcance y naturaleza de los mismos, fundamentando que las partes desde el mismo momento en que comienzan las negociaciones hasta cuando logran concretar sus acuerdos mediante la manifestación de su voluntad, estas gozan de un interés común el cual fundamenta un acuerdo final.

Razón tenía Osorio³⁶, cuando afirmaba que la exigencia de la buena fe se constituye como una fuente de las obligaciones y de los límites impuestos a la conducta humana, estimando que como principio debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, así como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie. Señalemos también que los deberes secundarios de conducta no se presentan solamente en la ejecución del contrato, como complemento de las obligaciones nucleares, sino que tales deberes también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa postcontractual, toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el

THUR y PETER. *Allgemeiner teil des schweizerischen obligationenrechts*, 3ª ed., 1979; GHUL T y MERZ H, *das schweizerische obligationenrecht*, 7ª ed., 1980. BERG *vertrage mit drittschutzwirkung und drittschadensliquidation jus*, 1977, p. 363; HEINRICHS, comentario a los SS 31, 145, 118, 179, 242, 276, 306, 307, 309, 328 e introducción al 305 en palandt kommentar...) Munchen, 1989, y demás bibliografía citada en ASÚA GONZÁLEZ, C. *Op cit*, pp. 29, 31-40 En la doctrina italiana, los escritos más famosos fueron: FAGGELLA, G. *Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ad esatta costruzione scientifica*, "Studi fadda", III. *Op cit*, p. 269. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918, p. 36, y este es el texto monográfico más completo donde se dedicó a recopilar gran parte de todo lo construido en sus artículos en mención, o en otro texto del mismo autor: *Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Giur.*, 1909, p. 128. Son también de destacar los artículos publicados por este mismo autor en la *Rev. Crítica*, 1909, p. 1 y ss; en la *Giur. Ital.*, 1917 IV, I; en la *Riv. Dir. Comm.*, 1910 II, pp. 1016, y 1917, p. 129; en *arch. Giur.*, 1909, p. 128 y ss. BENATTI, F. *Op cit*, p. 15-25; ALBERICI. *Il dovere precontrattuale di buona fede*, *Rass. Dir. Civ.* 1982, p. 1901. ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, *Dir. Comm.*, 1910, p. 48 y ss. LOI, M.L. y TESSITORE, T. *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975. Aunque no se puede olvidar, que fue gracias a los estudios de Ihering, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites. Oeuvers divisies*. Traducción francesa por De Meulenaere, O., 1893, tomo II, pp. 1 a 100, que irrumpe la teoría de la *culpa in contrahendo* en el panorama de la civilística mundial.

³⁶ OSORIO, A. *Op cit.*, p. 247.

cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya producido, incluso después de su “consumación”³⁷. Por tanto la fuente legal de estos deberes accesorios o secundarios de conducta se haya en una norma dispositiva de carácter superior y es el principio de la buena fe, el cual gobierna absolutamente todas las relaciones negociales existentes, pues esta es sin duda la creadora de la obligación de una norma de conducta social y prejurídica, y por tanto la verdadera fuente de la obligación de la buena fe es la relación social dirigida a la preparación del contenido del contrato³⁸.

En los Estados europeos, donde existe expresa disposición legal sobre la conducta que las partes deben mantener o conservar (Italia, Alemania, Portugal y Grecia), el determinar su origen legal en principio no es tarea difícil, situación que cambia sustancialmente en el caso de la normativa francesa y española, donde hay que acudir a una labor integradora y extensiva de los principios de la buena fe y de las obligaciones nucleares que emanan del contrato, siendo el caso del art. 1258 del Código civil español³⁹, haciéndose aplicable, ante una *eadem ratio* que se ofrece evidente, aún con mayor intensidad a la etapa precontractual. En un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas; los elementos engaño, fraude, falacia, como tipificadores del dolo, son por sí mismos opuestos a la buena fe *fides bona contraria est fraude et dolo*.

³⁷ MORELLO, A.M. *Indemnización del daño contractual*, 2ª ed., Buenos Aires: Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1974, p. 76. En este mismo sentido DE VERDA y BEAMONTE, J., *Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual. Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006 p. 763 y ss.

³⁸ Ya en la sentencia del 29 de enero de 1965, el Tribunal supremo, a razón de analogía, dio aplicación extensiva del art. 1258 del Código civil diciendo que: “En los tratos preliminares ha de actuarse de buena fe y comportarse como exigen las convicciones éticas imperantes en la comunidad”.

³⁹ Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. En el mismo sentido el art. 1134 y 1135 del code.

El valor social que recoge el principio de la buena fe, hace que ella contenga en el ordenamiento fuerza suficiente como para imponer un comportamiento positivo y negativo a las partes del *iter* contractual. Entendemos que el legislador ha dejado abiertas vías de comunicación entre las normas formuladas, el orden moral, encarnadas por los valores humanos y culturales y ese gran entramado de hechos, creencias, necesidades, aspiraciones y problemas integrantes de la realidad social⁴⁰. Sin embargo el problema perdura a la hora de fijar la responsabilidad por incumplimiento de estos deberes, en tanto que aquella nace incluso cuando el contrato ha sido ejecutado de la forma prevista.

Luego de estudiar la naturaleza y fuente de los deberes secundarios de conducta, es necesario entrar a estudiar el alcance de los mismos, su exigibilidad y ámbito de aplicación, de tal forma que durante los tratos preliminares la buena fe impone tres obligaciones a las partes (las dos primeras de tradición alemana) y la última de tradición italiana: el deber de información, secreto y conservación, deberes éstos que como ya se explicó hoy día hacen parte de la doctrina⁴¹ y de la costumbre válidamente aceptada y de los nuevos proyectos de unificación y armonización de la normatividad europea.

4. EL DEBER DE INFORMACIÓN

La admisión de deberes precontractuales de información como una categoría específica es el fruto de una evolución tardía y ligada a los cambios sociales y al objeto del comercio. En el derecho romano, se tenía la creencia de que a cada una de las partes le correspondía informarse y adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato, ya que de conformidad con la máxima *caveta emptor, o bien*

⁴⁰ HERNÁNDEZ GIL, A. *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1979, p. 12.

⁴¹ Así lo corrobora el creciente movimiento jurisprudencial y las nuevas tendencias unificadoras estudiadas en el primer capítulo, ver ASÚA GONZÁLEZ, C.I. y HUALDE SANCHEZ, J.J. Codificación de la *culpa in contrahendo* en el derecho alemán, en *Estudios Homenaje al profesor Diez Picazo*. T II, *Derecho civil, Derecho de obligaciones*, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 1425 y ss.

emptor debet esse curiosus, es a cada una de las partes a la que le incumbe satisfacer sus intereses con el objeto a negociar.

Esta situación se mantuvo durante el derecho clásico y moderno⁴², solo hasta cuando se comenzó a estructurar la responsabilidad precontractual; por vía de los estudios de la doctrina italiana y alemana, comenzó a darse este reconocimiento paulatino que conllevó a introducir en los diferentes marcos legales existentes este deber precontractual de información.

En los últimos años, debido, entre otras cosas, a la aparición de deberes precontractuales de origen legal y a la necesidad de garantizar la buena fe durante los tratos, se ha despertado un interés por estudiar esta figura con carácter autónomo, es decir, sin necesidad de referirlos a los vicios del consentimiento o a la obligación de saneamiento, y es en esa autonomía donde es procedente el estudio de este deber de información en los tratos preliminares.

Todo reforzamiento de la fase de precontrol deber ir en una línea clara de imponer un modelo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación⁴³. Este modelo de comportamiento se suele concretar en un deber de información, de forma que más que hablarse de deberes precontractuales en sentido genérico se podría hablar de una obligación de informar⁴⁴. Si bien la doctrina europea reconoce tres deberes básicos emanadas de la buena fe, en la etapa de tratos o negociaciones preliminares, es este deber, el de informar, el que ha sido mayormente

⁴² GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: Editorial la Ley, 1994, p. 12. Solo se reconocía el deber de información aquel que nacía de conformidad con las exigencias de la buena fe o de los vicios del consentimiento (error y dolo).

⁴³ GÓMEZ CALLE, E. *Op cit.*, p. 14.

⁴⁴ De la buena fe deriva el no adoptar una actitud meramente pasiva durante los tratos, de forma que se permita o induzca el error en la otra parte, porque hay ocasiones en las que el que calla debe hablar y no adoptar una actitud meramente negativa en el curso de las relaciones jurídicas que le ligan con la otra parte, pues de tal forma se induce al error. STS 21 de noviembre de 1988 rj 7595; STS 23 de diciembre de 1991 rj 9476, 23 de febrero de 1988 rj 1278.

estudiado y desarrollado por las directivas comunitarias hablando del derecho europeo propiamente; hoy por hoy es este el deber más exigible y el más tutelado en lo que tiene que ver con las relaciones comerciales y en especial en la protección del consumidor, por ser esta la parte más vulnerable dentro de la relación contractual. En esta materia propiamente las exigencias de la buena fe y de la tutela de la confianza depositada en la otra parte, son las que nos permiten exigir un comportamiento positivo durante la realización de los tratos. Y ello porque la libertad de cada uno encuentra el freno de la confianza y la buena fe de la parte que esta enfrente. La lealtad y diligencia durante los tratos se mide por la información precontractual del proveedor profesional hacia el profano⁴⁵.

Pero ¿qué comprende realmente este deber? Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e, incluso, de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. De tal forma que si no se entrega esta información o, por el contrario, se hace pero omitiendo contenido fundamental, estamos ante un caso de incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe y por tanto habría lugar a reparar el eventual daño producido.

El inconveniente se haya es en establecer ¿qué se debe considerar por el contenido fundamental que deba ser transmitido a la contraparte?

⁴⁵ CORRIPIO GIL-DELGADO, M. R. *Los contratos informáticos, el deber de información precontractual*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1999, p. 142 y ss. Así también lo reconoce LLAMAS POMBO, E. *La responsabilidad civil del médico*. Madrid: Trivium, 1988, pp. 158 a 167, como la obligación precontractual que tiene el médico frente a su paciente de informar antes y después de las intervenciones quirúrgicas, acerca de las características del tratamiento o intervención, las posibilidades de curación y los riesgos que entraña, por mandato de la *bona fides in contrahendo*, la cual se origina una relación jurídica prenegocial, la que da lugar a una obligación de resarcimiento, cuando entre otros supuestos, una de las partes consiente anomalías. También, Vid. ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 881, y BENATTI, F. *Culpa in contrahendo...*, *op. cit.*, p. 295 a 297; CUADRADO PEREZ, C. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 48.

En este caso la solución no es tan simple y anticipo, que siempre le corresponderá al funcionario jurisdiccional entrar a estudiar el caso en concreto y mirar cuál de las partes actuó conforme o no a derecho, teniendo entre otras circunstancias presentes la consideración de si existe igualdad en cuanto a conocimiento especializado entre las partes, esto quiere decir, que si estamos hablando de un negocio entre dos comerciantes o expertos en el comercio, en este caso será mayor el grado de diligencia exigible para los dos sujetos negociales o si, por el contrario, se da el caso de una relación entre experto del comercio y profanos o consumidores, en este caso se deberá propender por proteger en todo la parte débil de la relación.

Pero ¿hay lugar a indemnización cuando una de las partes dentro de las negociaciones se percata que por actos fraudulentos como ocultar información, o por el contrato se entrega información que no corresponde a la verdad y decide apartarse de las negociaciones en ese momento se habla de una ruptura justa? En este caso nos inclinamos por la idea que sí, y la obligación resarcitoria, si hubiese lugar a daño, sería para el que frustró sus las expectativas de concreción del contrato sin importar si se actuó con dolo o con negligencia. De tal forma que si la parte en este caso, oculta o por el contrario entrega una información que no corresponde a la verdadera, la víctima de este hecho ilícito está en todo el derecho de solicitar una reparación del daño, siempre y cuando no se cumpla cabalmente esta obligación. La vulneración de este deber puede provocar, si se concluye el contrato, el ejercicio de una acción de anulación del mismo por dolo omisivo.

Alonso Pérez⁴⁶, por el contrario, considera que las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad, como eje central de la etapa preparatoria del negocio, exigen que solo se responda cuando el deber de comunicación o información se infringe conscientemente o por negligencia crasa. Situación que no se comparte, ya que hoy día los niveles de diligencia exigen que las partes se comporten adecuadamente para conservar la integridad de la esfera jurídica de la otra parte, sobre

⁴⁶ ALONSO PÉREZ, M. *Op cit.*, pp. 907-909.

todo, que se salven siempre los intereses personales y patrimoniales en las negociaciones, es lo que se denomina como *diligencia in contrahendo*, de tal forma que si se causa un daño, no será –incluso– necesario que ocurra culpa, para tener que entrar a reparar el mismo.

La obligación de información encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes. Este desequilibrio de conocimientos entre los contratantes puede venir determinado en función de las circunstancias⁴⁷. Es decir, que uno de los contratantes estará obligado a informar al otro siempre que esté al corriente de un elemento que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente, como sucede en la mayoría de casos de los consumidores.

Está reconocido por la comunidad jurídica internacional, que la igualdad entre los contratantes no es más que pura ficción. En materia de información, es obvio que cada uno de los negociantes conoce o tiene la posibilidad de conocer más fácilmente que el otro aquellos datos, que afectando al contrato que se pretende celebrar en el futuro, le quedan más próximos, o si se quiere, dentro de su ámbito de conocimiento y /o influencia. Por tanto, los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación, pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial⁴⁸.

5. EL DEBER DE SECRETO Y CONFIDENCIALIDAD

Los sujetos a la exigencia de ser informados sobre todas las circunstancias esenciales del contrato que quieren celebrar, también tienen la

⁴⁷ Al respecto afirma ASÚA GONZÁLEZ, C. *Op cit.*, p. 64. que este deber está fundamentado en aquellas circunstancias que a una parte le resultan o le deben resultar conocidas y que sabe o debe saber que pueden ser de influencia en la decisión de la otra parte, todo depende del dictado de la buena fe en sentido objetivo, cuyos imperativos se determinan con base en variadas circunstancias como pueden ser la complejidad de la relación, el carácter profesional del informante, la confianza que se ha despertado en la otra parte, etc.

⁴⁸ GÓMEZ CALLE, E. *Op cit.*, p. 15.

necesidad de que no sean difundidas todas las informaciones y datos que fueron adquiriendo durante el transcurso de las negociaciones preliminares. Ya que de no cumplir este deber negativo, se podrían causar sendos perjuicios a aquel que confió en la rectitud y lealtad de su contraparte.

Cada día, y con más fuerza, se admite en las actuales sociedades evolucionadas la enorme importancia que sus integrantes atribuyen a la posesión de información. De tal forma que una vez comunicada a terceros se pierde el control absoluto que se poseía sobre la misma, y llegando el caso, cualquiera que ha llegado a su conocimiento podrá disfrutarla perjudicando a aquel que le pertenecía y a quien muy probablemente le era considerada como su bien más importante⁴⁹. Por tanto la utilidad de la información es diversa en atención a su misma esencia⁵⁰. En efecto en unos casos, su valor vendrá dado por su capacidad para ser explotada por quien la conoce con el propósito último de obtener un beneficio una vez recuperados, en su caso los recursos dedicados a su obtención⁵¹.

En el caso del derecho de español, son dos los ámbitos de protección que pueden identificarse con claridad respecto al ámbito de protección ejercida desde el Estado (descartando el caso de aquella información que por ser de interés estatal es considerada como clasificada o secreta⁵²).

⁴⁹ FARRANDO, M.I. *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas. Estudios de derecho mercantil*. Madrid: Civitas, 2001, p. 27 y ss. Este autor afirma que puede sostenerse la validez de la siguiente regla, idea que compartimos en todo: la consideración económica que se atribuye a la información es inversamente proporcional al número de sujetos que la conocen. Es por tanto este criterio el que ha sido amparado por diversos ordenamiento legales, el cual busca proteger la creación y el uso de la información.

⁵⁰ AMAT LLARIT, M.E. *La protección de las ideas durante los tratos preliminares*, 55 *der. Neg.* 1995, pp. 21 y ss.

⁵¹ Es el caso del *Know how*, hoy por hoy considerado como un verdadero activo empresarial, sobre el que existe un auténtico derecho patrimonial y que, en definitiva, explica que dicha información pueda ser transmitida a terceros a través de diversos mecanismos, como puede ser el caso de las licencias del *know how*, en cuyos casos los comerciantes suelen cancelar cuantiosas sumas de dinero por su explotación.

⁵² Para ver más, consultar la Ley 9/1968 del 5 de abril, de secretos oficiales, modificada por la Ley 48/ 1978 del 7 de octubre.

El primero es el destinado a amparar la intimidad de las personas que, con fundamento en el art. 18.1 CE, tiene su principal desarrollo en la normativa protectora de la intimidad encarnada en los diversos textos que protegen la privacidad o esfera personal de los ciudadanos. El segundo grupo es aquel destinado a proteger una categoría de información muy especial, *la empresaria*, cuya protección se encuentra consagrada en el artículo 25.22 LPI⁵³.

Los medios de protección que consagra el Estado para resguardar dicha información empresarial y confidencial son en primer lugar el sistema de patentes y en segundo lugar el sistema protector de exclusivas el sistema del *copyright*. El sistema de patentes, le da a su titular la exclusiva jurídica que por un tiempo específico y limitado ofrezca el poder público al titular de ciertas ideas o formas de expresión su explotación económica exclusiva. Ya hablando del *copyright*, se entra a estudiar es propiamente el derecho de explotación económica que le da a un titular de obras literarias, científicas o de cualquier otra especie para que la reproducción o copias de la misma se hagan bajo su directa explotación y autorización, mediante el pago de unos tributos. Protección esta que opera mediante la salvaguarda de la forma como se reproduce o circula la idea o información protegida⁵⁴.

Centrándonos ya en el deber de secreto propiamente dicho, el rasgo que se advierte al hacer un estudio sobre la protección legal de esta nos lleva a la lastimosa idea de afirmar, que en el ordenamiento jurídico español⁵⁵,

⁵³ La entidad o entidades de gestión, o en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de sus facultades.

⁵⁴ Desde la óptica del régimen protector del secreto, esta información siempre es divulgada y parece que así es totalmente ineficaz, y así se habrá perdido la reserva imprescindible para acceder al sistema protector. Sin embargo, en palabras de FARRANDO, M.I. *Op cit.*, p. 37 y ss., no es posible negar que existen casos (marginales) en que el régimen del *copyright* y del secreto son compatibles, como sucede, por ejemplo, cuando se facilita bajo régimen de secreto una obra literaria al objeto de su valoración y ésta se comunica a terceros.

⁵⁵ Caso muy contrario se observa en el derecho anglosajón donde se gozan de verdaderos códigos perfectamente armonizados y unificados sobre la normativa de los *trade secret*. Famoso por su gran utilidad es la *law of Uniform trade secrets act* (UTSA).

no impone en una única sede la obligación de guardar secreto sobre la información empresarial, y como es de imaginar, tampoco existen soluciones unitarias frente a las sanciones de las mismas. Por tanto, el legislador ha preferido cimentar en múltiples normas la protección de confidencialidad de dichas informaciones, normas de índole bursátil, administrativa, laboral, comercial, civil, diversos tipos penales⁵⁶.

El primer y principal recurso de naturaleza sancionadora para el caso de que un obligado vulnere el deber de secreto tiene naturaleza punitiva. Las opiniones a favor de la criminalización se acostumbran presentar alrededor de la necesidad de equilibrar el balance entre el beneficio que puede obtener el sujeto al transmitir ilícitamente información protegida, o la pérdida económica que dicha conducta puede causar a su titular, con la escasa probabilidad de que dicha conducta sea castigada pues, como ya se dijo, el tipo penal, en el caso español, no alcanza a incluir todos los eventos en los cuales puedan ajustarse todas las conductas reprochables y en especial las acaecidas con ocasión de los tratos preliminares. Bajo esta óptica asociada a la prevención general, dicen sus defensores que ha de desincentivarse que sujetos con una capacidad económica limitada para reparar el daño causado (trabajadores, etc.) puedan verse tentados a comunicar ilegítimamente las informaciones más valiosas de una empresa con el resultado de producir daños especialmente elevados⁵⁷.

⁵⁶Este interés también es protegido por vía de las normas del ordenamiento del Código Penal, en especial las consagradas en el título X, en el cual se castiga a aquellos que revelen secretos ajenos sin el consentimiento previo en razón de su oficio o relaciones laborales. Art. 199. Basta estudiar esta disposición para encontrar que el ordenamiento penal al respecto se encuentra limitado y, por tanto, no consagra todos los casos de inobservancia del deber del secreto que se puede verificar en el transcurso de las negociaciones contractuales, una vez que se puedan configurar hipótesis que no correspondan a las descripciones de los artículos en mención, y por tanto es vital conceder esa tutela al contratante perjudicado por lo menos por vía del articulado civil. BENATTI, F. *A Responsabilidade pré-contratual*. *Op cit.*, p. 67, nos ilustra casos en los cuales no son aplicables las normas penales en casos de incumplimiento de los deberes de secretos, ejemplos estos que se pueden aplicar en todo al caso español, ya que en los artículos 622 y 623 del código penal consagran los mismos elementos del articulado penal español, antes citado.

⁵⁷ MASSAGUER, J. *Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico*. Monográfico. *Derecho de la propiedad industrial*. Madrid: CDC, 1994. LLOBREGAT, M.L. Aproximación al concepto de secreto empresarial. Vol. II, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ*, Valladolid, 1998.

La obligación de secreto, no solo tiene una fuente legal, sino que también puede tener un origen contractual (mediante pacto secreto o de confidencialidad); irrefutablemente tendremos que admitir que la posibilidad de que sean varios los mandatos que simultáneamente vinculen a un mismo sujeto a mantener secreto sobre una misma información, hace aun más compleja la situación.

Frente a la inexistencia de una técnica homogénea, producto del panorama anteriormente descrito, estaremos en la imperiosa obligación de acudir a deducirlo de un principio o norma de ámbito general, siendo este forzosamente el principio de la buena fe. Un ejemplo claro de esto se encuentra en que en la actualidad no existe ningún soporte normativo expreso –vigente en el contrato de trabajo– que imponga a los trabajadores la obligación de guardar secreto sobre las informaciones reservadas de la empresa, situación ésta que obliga a retomar esta norma general a la cual se ha venido haciendo alusión⁵⁸. Pero no quiere decir lo anterior que siempre debemos acudir a esta norma general, ya que como también se dijo anteriormente, existen en la actualidad múltiples normas colmadas de diversos preceptos que consagran esa obligación negativa de no revelar o comunicar información privilegiada o aquella que haya sido obtenida con ocasión de relaciones comerciales, laborales o administrativas, encuadrando aquí perfectamente aquellas ocurridas con ocasión a los tratos preliminares. Ahora lo que si es preciso establecer es que todas estas normas son aplicaciones específicas del principio universal, al que aquí nos hemos dedicado, la buena fe objetiva, siendo este el modelo de conducta que se considera como referente para la comunidad, por ser sinónimo de corrección, probidad, honestidad, lealtad.

En lo que tiene que ver con el establecimiento del *quatum* indemnizatorio por la violación de este deber en las tratativas, es necesario entrar a estudiar la intencionalidad del causante del daño; dependiendo si opera

⁵⁸ Al respecto cita FARRANDO, M.I. *Op cit.* p. 47 una abundante bibliografía de autores, en sumatoria españoles, quienes afirman que el deber de secreto es una concreción jurídico-laboral del principio de la buena fe.

el factor culpa o dolo serán opuestos los factores indemnizatorios, de tal forma que si la contraparte falta a su deber de secreto y confidencialidad sin intención de causar daño, esta deberá reparar exclusivamente los que pudieron ser previstos al momento de constituir la obligación; si por el contrario en su conducta media dolo (art. 1107)⁵⁹, en el caso de dolo el *quantum* del resarcimiento es pleno o integral, sin posibilidad de pacto alguno o acuerdo previo para determinar su entidad. Tal sería el caso de aquel que se beneficia directamente de la información recibida, revelando una recetas sobre la elaboración de productos especializados, o utilizándolas para su provecho, elaborando los mismos productos con base en la información obtenida.

6. EL DEBER DE CUSTODIA Y CUIDADO

La obligación de custodia y cuidado, para la doctrina italiana, existen a cargo de una de las partes en las negociaciones respecto a aquellos bienes que la otra le han entregado para su examen de cara a la realización del contrato. De tal forma que viene aquí a responder aquel que, habiendo recibido los bienes en el ejercicio de su experimentación, uso o simple tenencia, no emplea la diligencia debida y por tanto le causa daños a aquellos bienes entregados. No se trata con ello solamente de salvaguardar esos bienes de la actuación lesiva de quien los tiene, sino, y sobre todo, de consagrar una obligación de salvaguarda y custodia frente a terceros que, en caso de ser violada, le obligaría a aquel a reparar⁶⁰.

Los deberes de custodia y conservación surgen por lo general cuando una de las partes que negocia ha manifestado su intención de examinar las mercancías o las cosas a contratar antes de decidirse o no a adquirirlas. Si hay una pérdida o un deterioro de estas mercancías por defecto o por culpa imputable a quien se le han entregado éstas, siendo este un

⁵⁹ Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

⁶⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. *Op cit.*, p. 222.

comportamiento opuesto a la buena fe, existe aquí defraudación y falta a la confianza depositada.

Cuando se realiza un acto que produce una pérdida de valor económico, ¿quién debe soportar la pérdida procedente de este acto? Planteada así la cuestión, la respuesta no puede ser dudosa. Es el patrimonio del autor del perjuicio el que debe soportar la pérdida sufrida, como contrapartida del beneficio o placer conseguido o esperado. Por lo tanto, es equitativo que, aun cuando esté libre de toda culpa, sea quien soporte en forma de reparación pecuniaria, el daño procedente de sus actos. En otros términos, el que hace algo, debe soportar los riesgos de su acto. Todo riesgo creado, debe quedar a cargo de la actividad creadora de quien da lugar a estos riesgos, en su beneficio, con el fin de procurarse un enriquecimiento patrimonial, debe estar, no solo a las consecuencias del éxito, sino también a los perjuicios⁶¹.

En la actualidad se acepta por parte de la doctrina italiana, que si bien es cierto esta protección también podría operar desde el genérico *neminem ledere*, se establece que de acuerdo con la buena fe *in contrahendo* surge una especial obligación de protección, custodia y conservación de aquel que ha confiado en una conducta correcta y leal durante la fase de negociaciones.

No se debe confundir lo anterior, con los supuestos que han sido manejados desde la doctrina alemana, como el de la responsabilidad precontractual ante los daños y lesiones físicas como patrimoniales, los cuales se dan con ocasión a las conversaciones preliminares. Estos perjuicios han de rechazarse, ya que pueden generarse con total autonomía o independencia de las negociaciones, de lo contrario cabría imponer una responsabilidad objetiva al empresario por el hecho de tener abierto al público un local⁶², aunque la actividad desarrollada en

⁶¹ Para ver más, OSSORIO, A. El hecho generador de las obligaciones. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1934, p. 257; MAZEAUD H. *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*. *Revue trimestrielle. Dr. Civil*, julio- septiembre, 1929.

⁶² Al respecto ha reconocido la sala primera del Tribunal Supremo en las sentencias del 12 de noviembre de 1993 y de 12 de julio de 1994 –concretamente con respecto a una

el mismo le produzca lógicamente un rendimiento económico del que se beneficia. Además, como hasta aquí ha quedado claro, los deberes secundarios de conducta nacen con ocasión a un momento específico y no acompañan todos los momentos de la actividad humana.

Los llamados deberes de conservación, o *Schulzpflichten* por la doctrina alemana, en la actualidad consisten en la protección de la integridad física y de la propiedad ante daños que se puedan sufrir con ocasión de un contacto sobre el plano negocial. Se crea con ello, durante la preparación de un contrato y dentro de determinado ámbito físico, una obligación de salvaguardia, de protección del otro contratante. Situación esta que debido a la naturaleza misma de la buena fe *in contrahendo* y a los deberes secundarios de conducta que de ella emanan, no puede ser aplicados en el sistema jurídico español. Lo que corresponde a los deberes de custodia y cuidado, anteriormente enunciados, se limita a las cosas entregadas de cara a la futura realización de un contrato, pero no a la protección general de la persona ni de la propiedad frente a cualquier hecho lesivo dentro de un ámbito negocial.

En Alemania, y según una práctica judicial criticada y además no unánime, entrarían en la órbita de la *culpa in contrahendo* todos los daños en un ámbito negocial tanto en la persona como en los bienes, aunque no exista directa relación con el objeto del contrato; sin embargo, cuando

peluquería y a un restaurante— un local abierto al público no supone en principio la creación de un nuevo riesgo o de un riesgo añadido para la seguridad de las personas. Así se repite con frecuencia en las sentencias de las audiencias provinciales (Sentencia de la audiencia provincial de Málaga (sección 6ª) de 2 de noviembre de 1996, Num. 280 de actualidad civil. Y la sentencia de la audiencia provincial de Asturias- sección 1ª- de 4 de noviembre de 1993, Num. 2309 de Aranzadi civil), para añadir a partir de esa premisa la necesidad de que haya existido una culpa imputable al empresario, por leve que la misma sea, para atribuirle responsabilidad en los daños sufridos por un cliente que cae al suelo. Aquí la negligencia apreciable, a efectos de responsabilizar al empresario titular del local de los daños sufridos por un cliente al caerse dentro del mismo, se relaciona lógicamente con las medidas razonablemente exigibles para que el mismo impida o remueva cuanto antes los obstáculos o suciedades en el suelo del local que puedan hacerlo más peligroso, permitiendo prever la posibilidad de un tropezón o de un resbalón determinante de alguna caída.

aquí se habla de deberes de custodia estos quedan restringidos a los entregados para que la otra persona pueda decidirse respecto a la contratación, que irá además dirigida hacia ese tipo de artículos. Con la reforma de la ley de modernización del derecho de obligaciones, del 26 de noviembre de 2001, se incluyó en el cuerpo legal del BGB, los deberes de protección a la fase precontractual, a través de la reforma del parágrafo 311.2., dando punto final a la discusión y por tanto, según el derecho civil alemán, también ya no por mediación del concepto de interpretación de concepto de la buena fe, como ocurre con los deberes secundarios en Italia, Francia y España, sino por directo mandato de la ley, las partes deben no solo tiene deberes de prestación, sino también los deberes de protección (*schutzpflichten*). Lo anterior de conformidad con el nuevo parágrafo 241.2 y el 282 al consagrar la posibilidad de ser indemnizado por la violación de los deberes de protección.

Todo comenzó con el muy famoso caso del *linoleum*⁶³, cuya sentencia del *Reichsgericht* fue acogida favorablemente por la doctrina alemana, la cual no se limitó a adherirse a la construcción hecha, sino porque atribuyó a la relación preparatoria la naturaleza de contrato. A pesar de las críticas,

⁶³ Fue presentado ante el tribunal alemán el siguiente caso: “Una señora estaba examinando en un almacén algunos tapetes de lino traídos por un empleado, cuando un rollo de tapetes le cae encima hiriéndole una pierna. El *Reichsgericht* decía que el patrón estaba en la obligación con el cliente de resarcir el daño a título de responsabilidad contractual (278BGB). En efecto, la propuesta de examinar los tapetes era una aceptación tendiente a la conclusión de un contrato de compra venta, y por tanto un resultado negocial. Nace consecuentemente entre las partes una relación preparatoria y accesoria sobre la venta, relación que tiene un carácter casi- contractual y que es fuente de obligaciones vinculadas a cada uno de los sujetos al observar ciertas cautelas con el fin de evitar el perjuicio a la persona o a los bienes del otro. Sentencia del *Reichsgericht* del 7 diciembre de 1911 en *Entscheidungen des reichsgerichts in zivilsachen*, 78 (1912). Y documentada también por ASÚA GONZÁLEZ, C. *Op. cit.*, p. 90 y BENATTI, F. A *Responsabilidad pré-contratual. Op. cit.*, p. 97. Estos dos autores coinciden en afirmar que, en últimas, lo que buscaba el *Reichsgericht* era evitar la posibilidad de que el dueño del negocio se exculpara, desplazando su responsabilidad sobre el empleado, quien había sido el autor directo del daño (quien por lo general tiene menos capacidad económica); debido a esto es que se aplica la norma del 278 y no la del 831. En similares términos, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 27 y 28.

los autores germánicos no abandonarán la idea del *Reichsgericht* de incluir entre los deberes *in contrahendo* los de conservación, procurando apenas una justificación que no fuera como las precedentes, pero abierta a las objeciones. Se sustentó, entonces, que quien inicia negociaciones expone la propia esfera jurídica a riesgos y peligros que sin ellas no existirían, entran en una zona de inseguridad por el hecho de que la actividad negligente de la otra parte puede resultar dañosa y perjudicial a los bienes y a la misma persona. Por tanto, la regla de la buena fe (242BGB) completaría y reforzaría la tutela de los dos derechos absolutos ya previstos en el 823 y 826 del BGB, de ahí surgiría una serie paralela de las obligaciones (relativas) de protección⁶⁴.

A través de esta sentencia se aceptó, por parte de la doctrina alemana, la protección de la integridad física y de la propiedad ante daños que se puedan sufrir con ocasión de un contacto sobre el plano negocial, convirtiendo esta sentencia en todo un hito⁶⁵. Se creó con ello, durante la preparación de un contrato y dentro de determinado ámbito físico, una obligación de salvaguardia protección del otro contratante.

Tal consideración, como lo expone Benatti, es incongruentemente latente. No llega a superarla la consideración de que los deberes de conservación nacen en el momento de entrada de una persona a un local público o a una zona de influencia de aquella actividad. Es que restaría lo siguiente: “el llamado interés que tienen los sujetos de no sufrir daños acompaña todos los momentos de su actividad, exige independiente del acto de que hayan sido iniciadas las negociaciones y no se descubre entonces, por qué razón habría de someterlo a la tutela que deriva del principio de la buena fe prenegocial⁶⁶”.

Nótese que la única relación entre el daño y el negocio fue la coincidencia temporal, y por tanto el yerro se dio en la doctrina de *linoleum* en la no exigencia; que los daños se dieran como una relación directa de

⁶⁴ BENATTI, F. *A Responsabilidade pré-contratual. Op. cit.*, p. 103 y ss.

⁶⁵ Considerada así por CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ *Vid.* BENATTI, F. *A Responsabilidade pré-contratual. Op. cit.*, p. 103 y ss.

la ejecución del contrato, o durante su preparación, por tanto no existía una consecuencia directa de la negociación o de la ejecución. La razón de la inclusión de estos casos en la disciplina contractual (de la *culpa in contrahendo* alemana), ya se ha puesto de relieve, es fundamentalmente el lograr hacer responder al titular de una actividad a través del 278 (BGB) aunque en los últimos tiempos ha sido también determinante para analizar un caso de este tipo a la luz de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* el plazo de la prescripción más largo en el campo precontractual⁶⁷.

Para Asúa González, además, existe una diferencia muy marcada entre el contacto y el ámbito negocial, situación esta que se dio el caso del *linoleum*, y de haberse tenido en cuenta, nunca se hubiera incluido el deber de protección físico y patrimonial como un deber precontractual en Alemania. Existe una diferencia entre contacto y ámbito negocial. El primero es, desde luego, requisito imprescindible para que los daños que se puedan producir pasen del campo extracontractual al contractual –a través de la culpa *in contrahendo*–; el segundo, que es del que aquí nos ocupamos, no puede ser objeto de consideración tan estricta pues es posible, como se acaba de ver, que se produzcan daños en el periodo precontractual no circunscritos a un determinado ámbito físico. Este cobra, sin embargo, gran importancia en los casos típicos de accidentes dentro de establecimientos abiertos al público, ya que el simple hecho de penetrar en ellos es lo que hace presumir una intención negocial, de muy difícil prueba en contrario, que permite considerar los daños sufridos desde la perspectiva de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. En tales ocasiones es muy importante delimitar el ámbito porque es a este al que se circunscribe el deber de protección precontractual, deber que subsistirá hasta que dicho ámbito sea abandonado⁶⁸. Con la nueva reforma, esta diferencia que sustentaba el yerro alemán, desaparece y lo que Asúa González y sus seguidores considerábamos como indebida delimitación, hoy día, al unificarse, desaparece este límite y por tanto se hace la situación más que compleja.

⁶⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C. *Op. cit.*, p. 98.

⁶⁸ *Vid.* ASÚA GONZÁLEZ, C. *Op. cit.*, p. 100.

Lo cierto es que, en la actualidad, el BGB, y tras su reciente reforma, se contempla por expresa disposición legal la configuración del contenido de la relación obligatoria no solo de los deberes de prestación sino también los deberes de protección aunque hoy por hoy se siga viendo esta inclusión como un yerro jurídico (a pesar de ser considerado como parte del patrimonio jurídico alemán, por vía de la costumbre desde hace más de ocho décadas).

Para nosotros, los llamados deberes de conservación (*oschutzpflichten*) difícilmente serían de aplicación práctica dentro del ordenamiento jurídico latino, porque así como están fundamentados darían lugar a una imposición de una norma de responsabilidad objetiva a aquel que tiene un negocio abierto al público, y deberá proteger a todo aquel que ingrese a este, incluso, cuando su interés no sea el de realizar un negocio, sino simplemente en casos de protección de inclemencia del clima, por citar algún ejemplo. Frente a una complejidad tan grande como la que se plantea y, además, que como se ha defendido hasta ahora la categoría de los deberes precontractuales o los deberes secundarios de conducta nacen con ocasión a un momento específico y no acompañan todos los momentos de la actividad humana.. En verdad los deberes tienen su fuente la buena fe objetiva, aquella que nace del acto de negociación y no de cualquier circunstancia y versa sobre la preparación del contenido del futuro acto de autonomía privada, requisito este que solo se encuentra en los deberes de comunicación, secreto y custodia.

En los últimos años, un moderno autor español, Jordano Fraga⁶⁹, ha venido afirmando que dentro de estos llamados deberes accesorios, o complementarios de conducta, habría que incluir el llamado interés de protección, que consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina, no resulte daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte. Posición jurídica que se comparte pero, a título personal, no lo denominaría como otro deber de conducta más, sino básicamente como el principio general que sustenta estas tres exigencias de conductas anteriormente estudiadas.

⁶⁹ JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987, p. 31.

7. LA NECESARIA PROTECCIÓN DE LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA Y SUS PERSPECTIVAS

En la actualidad, el debate se puede abordar desde diferentes perspectivas u horizonte otorgándole o suprimiéndole importancia a los conceptos hasta aquí analizados, la buena fe, la corrección, el tráfico jurídico y la confianza, entre otros, pero donde sí existe acuerdo, y por tanto un criterio o valor entendido y aceptado pacíficamente por la doctrina en general, es en la existencia de la responsabilidad precontractual, de tal forma que quien infringe el deber de buena fe (materializado en cualquiera de los deberes secundarios de conducta), o quien se comporta indebidamente (por dolo o culpa), ejerciendo arbitrariamente sus propios derechos, olvidando el interés del otro, y causando un perjuicio a su contraparte, este actor incurre en un acto antijurídico y por tanto reprochable por el ordenamiento legal.

La buena fe, como el principio de solidaridad, se especifica en un fundamento o código de conducta; este canon de la buena fe se refiere principalmente a la formación e interpretación del contrato, que impone una lealtad de comportamiento. (Recuérdese, como hasta aquí se ha dicho, que la buena fe es en todo el centro de la relación precontractual). De tal forma que se puede afirmar que, cuando una de las partes en esa etapa de formación no ha empleado adecuadamente la energía y los medios idóneos para la realización del fin común (la realización del negocio jurídico), ha faltado a la adecuada y correcta diligencia que deben tener los sujetos prenegociales. Esta diligencia impone el adecuado y forzoso actuar volitivo o técnico para realizar el interés del acreedor, y para no perder los motivos altruistas. Así, entonces la diligencia impone a las partes el cumplimiento de los deberes emanados de la buena fe (anteriormente estudiados), lo cual conlleva direccionar unas negociaciones sobre una lógica fundada sobre un constante intercambio de informaciones, instaurar o restaurar la confianza (según sea el caso), escuchar atentamente, y sobre todo fundamentar este *iter* contractual en unos principios morales que, sin duda, dará un *pro* a la seguridad jurídica⁷⁰ y obligacional.

⁷⁰ Gracias al artículo de EHRENBERG, V. Seguridad jurídica y seguridad del tráfico,

Es Messineo⁷¹, quien afirma:

“que estos deberes de comportamiento se ratifican en la probidad, en la representación real y no falsa de derechos y obligaciones que derivan del contrato, de tal modo que cada una de las partes deberá ejercer sus derechos respetando siempre satisfacer las mutuas aspiraciones, y siempre en armonía de los intereses de las partes, lo cual exige una reciprocidad y lealtad en la conducta de las partes”.

La obligación de diligencia implica un respeto al interés tutelado de un derecho relativo o absoluto; para satisfacer o respetar tales intereses, el sujeto debe emitir todo el esfuerzo apropiado, según los criterios normales, implicando medios materiales, observando normas técnicas y jurídicas, actuando con cautela y adecuación. La corrección en comparación con la buena fe es una norma de conducta que impone a la parte la consideración de la utilidad de la otra parte; esta consideración de que el interés que no es objeto de una tutela jurídica específica pero que el contrayente debe salvaguardar en virtud de la solidaridad contractual⁷². En esos mismos términos encontramos a Badosa Coll⁷³,

Anuarios IHERING, vol. 47, 1903, estas dos expresiones se han venido utilizando en todos los manuales y tratados de derecho civil y en especial el de obligaciones en Europa. Para ver más, existe una traducción al español: EHRENBerg, V. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, 2003. Para este célebre pensador alemán, la seguridad jurídica consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona, p. 10 y ss, de la segunda obra citada. Consideramos también preciso recordarle al lector que fue justamente EHRENBerg quien se encargó de perpetuar la obra de IHERING (cuando este maestro murió en el año de 1982), pues se hizo a cargo de su herencia intelectual, salvo la dirección de los *Iherings Jahrbücher* (de ellos se ocupó GIERKE), quedando al frente de todas las obras inéditas e inconclusas de su suegro (pues contrajo nupcias con Helena) en la Universidad de Göttingen, claustro universitario al que justamente logró que le trasladaran el influyente IHERING y del cual fue nombrado Profesor Emérito en 1922.

⁷¹ MESSINEO, F. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXI, T. I, Dott. A. Milano: Giuffrè Editore, 1968, p. 361.

⁷² BIANCA, M. *Op. cit.*, p. 210.

⁷³ BADOSA COLL, F. *Comentario del Código civil*, Tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, p. 40 y ss.

nos ayuda a incardinar la cuestión cuando afirma que la diligencia ha de estar dirigida a provocar el cumplimiento como conducta, lo que implica que la diligencia ha de ser, al menos en principio, una conducta adecuada para la efectividad de la prestación.

Este interés se halla jurídicamente tutelado, y por tanto opera contra todas aquellas conductas, dolosas o culposas y se consagra en los preceptos de la buena fe *in contrahendo*, y en los principios de respeto y consideración al derecho de otro⁷⁴. También, como se enunció anteriormente, está protección se debe hacer de conformidad con las realidades del mercado, que obligan al derecho a hacer un análisis económico, y a conciliar lo justo y lo bueno con lo equitativo y lo provechoso. Conforme lo anterior no es difícil, entender como bien lo anota García Rubio⁷⁵,

“es una constante en la jurisprudencia alemana por medio de la responsabilidad precontractual servir como medio de protección de la parte más débil, pero lo mismo puede afirmarse en el campo del derecho francés, suizo o italiano, que los tribunales bajo el pretexto de los deberes precontractuales de información y esclarecimiento, tratan de proteger a la parte débil de la relación contractual persiguiendo el logro de una igualdad efectiva, llegando incluso a actuar en el interior de los propios contratos cuando su contenido parezca injusto”.

El derecho civil en general ha cambiado notablemente y en especial el derecho de las obligaciones, en la actualidad existen nuevas formulaciones y principios que en la época codificadora eran impensables, no obstante este dinamismo jurídico se ha dado por la jurisprudencia, básicamente en la nueva forma de interpretar los textos, y por las nuevas iniciativas

⁷⁴ MIRABELLI, G. *Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1987, p. 111 y ss., afirma: El progreso e intensificación del tráfico, está implícita la gravedad del daño que un sujeto puede sufrir, cuando estando en contacto con otro y extrayendo del comportamiento de éste, la convicción que con el puede ser concluido un contrato, se encuentra luego frente a una conducta cuestionable, y si ello aparece como incorrecto, puede llegar a dañar gravemente sus intereses [...] la conducta incorrecta en los negocios, no puede ser configurada de otra manera que como una vulneración del precepto general de no dañar a otro, o sea como un acto ilícito.

⁷⁵ GARCÍA RUBIO, M. *La responsabilidad precontractual... Op. cit.*, p. 45 y ss.

reguladoras de orden internacional, permaneciendo estática e inamovible la normativa codificada en general⁷⁶. Estos nuevos principios⁷⁷, que hoy día guían las diferentes reflexiones jurídicas y conducen poco a poco una modificación del derecho de las obligaciones, se sustentan básicamente en la búsqueda de una igualdad efectiva, ya que como se explicaba ampliamente en el acápite de las obligaciones de información, la igualdad contractual en la actualidad no constituye más que un sofisma.

Se defiende entonces, que el principio de igualdad contractual permite:

“Sancionar la inigualdad o reestablecer la igualdad entre las partes en la formación en la ejecución del contrato concluido, a fin que la parte en situación de inferioridad –técnica, económica...– pueda contratar y ejecutar en conocimiento de causa y que la otra no pueda abusar de su posición dominante o de fuerza”⁷⁸.

Con la aparición de estos nuevos derechos se protegen principalmente los intereses de los consumidores y de aquellas partes débiles de los contratos, que con las napoleónicas normas civiles estaban en total desprotección. En la actualidad el reconocimiento de la inigualdad de las partes es un elemento natural y por tanto de ahí procede la validez de protección de la parte más *faible au contrat*⁷⁹. Sin duda, la responsabilidad precontractual puede ser utilizada como un instrumento que fomenta o

⁷⁶ Así, por ejemplo, lo precisan THIBIERGE-GUELFUCCI, C. *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*. RTDC, 1997, p. 357 y JESTAZ, P. *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre*. RTDC, 1996, p. 311 y ss.

⁷⁷ Se reconocen como nuevos principios el equilibrio y la fraternidad o cooperación contractual. Para ver más, THIBIERGE-GUELFUCCI, C. *Op. cit.*, pp. 377 y 378.

⁷⁸ FONTAINE, M. *Rapport de synthèse. En la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, Paris : LGDJ, 1996, p. 615 y ss.

⁷⁹ En este mismo sentido se puede ver a FONTAINE, M. *Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique. Le processus de formation du contrat*. Bruylant Bruxelles, 2002, p. 861, quien sostiene: “El principio de la ejecución de buena fe juega un rol grandísimo en el complemento de las lagunas, el cual siempre está guiado en su aplicación por las consideraciones de equidad (art.1135 del código civil francés y belga) y de protección de la parte débil, muy distante de las consideración de eficacia económica”. Lo anterior con ocasión a si debían prevalecer las condiciones

reequilibra las desigualdades que existen entre los extremos negociales; así, entonces, el juez, mediante un juicio de cognoscibilidad puede exigirle un mayor grado o nivel de diligencia a la parte que tiene o debería tener más información sobre el objeto de las negociaciones o, por el contrario, también operar en sentido opuesto, cuando quien se constituye como dañado es el profesional, es el juez quien debe elevar el listón frente a las medidas que este debía haber tomado por los mandatos que le impone su nivel de experiencia y conocimiento de los negocios, lo cual le permitiría ser más cauteloso al momento de efectuar gastos o costos en vía contractual.

Una consideración así estaría acorde con el desarrollo de las nuevas formas contractuales que, en la mayoría de casos, son agresivas y que hacen que incluso las partes actúen inducidas por la publicidad. Este fenómeno cada día está más generalizado y por consiguiente existe una multiplicación de nuevas formas de celebrar los negocios (por vía telemática, Internet y, en general, todos los instrumentos que utilizan las ventas a distancia) que hacen que, sin duda, la confianza adquiera un valor supremo y en especial en aquellos que por aspectos técnicos, físicos o económicos no están en condiciones de adquirir fácilmente la información. Así entonces, proteger a la parte débil de la relación precontractual exige en la práctica un control del uso arbitrario de sus propias razones, y del abuso del derecho (la buena fe impide ejercitar abusivamente el propio derecho subjetivo), pues de no dar esta interpretación a las normas, se estará ante evidente e irrazonables desequilibrios. La responsabilidad precontractual ha de representar una protección más concreta a quien sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o culposa frente a la otra parte. Portalis⁸⁰, sostenía, que «*l'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui et non pas de nous dispenser de faire usage de notre raison*».

económicas de las negociaciones para establecer si la ruptura de las negociaciones es injusta o no, criterio defendido básicamente por los economistas por la teoría de los costes de transacción.

⁸⁰ Citado por THIBIERGE-GUELFUCCI, C. *Op. cit.*, p. 380.

Es conveniente reconocer que la responsabilidad precontractual es un mecanismo que responde a una necesidad real y que, con el tiempo, se acrecienta proteger a la parte más débil de la relación contractual; razón tiene el profesor Fontaine⁸¹ cuando afirma que la protección de la parte débil es en la actualidad un elemento omnipresente del derecho de los contratos en los Países de la Unión.

CONCLUSIONES

Los mandatos y prescripciones que demanda la buena fe siempre serán aplicados, no solo al acuerdo contractual, sino también estarán llamados a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución. La buena fe, como una norma general, es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, ya que es por expresa disposición legal (art. 1258 C.C), que se reconoce su carácter heterónomo tanto del contrato como de todo el proceso de formación y construcción. Es, a su vez, fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles por vía del concepto de la buena fe *in contrahendo*, el cual tiene su fundamento en la buena fe objetiva, pero es exigible única y exclusivamente a las partes cuando entran en negociaciones, y se origina el contacto social, el cual se genera en el ámbito de las relaciones económico-patrimoniales entre dos sujetos. Esta buena fe *in contrahendo* es creadora de la obligación de una norma de conducta social y prejurídica, la cual impone la adopción de actitudes leales que deben adoptar las partes, en cuanto a sus deberes y comportamientos, presentando siempre situaciones reales y cognoscibles.

⁸¹ FONTAINE, M. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, París: LGDJ, 1996, p. 652. En este mismo sentido MAZEAUD, D. *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle. Le contrat u debut du XXIe siècle*, Etudes Ghestin J, París: LGDJ, 2001, pp. 637-659, quien afirma que: Gracias a los deberes emanados de la buena fe, se da seguridad a las transacciones, instaurando una dosis de confianza en los casos de los *pourparlers contractuels*, y haciendo que frente a su existencia se den las condiciones necesarias para un veraz diálogo entre los agentes económicos libres y responsables. Así, mismo MESTRE, J., *La période précontractuelle et la formation du contrat*, PA, mai 2000 pp. 7-13.

Los deberes secundarios de conducta tienen su nacimiento en la doctrina, y en la actualidad, en diferentes países europeos, se reconoce su existencia y vinculación por vía jurisprudencial; su inclusión legal comenzó en las normas de consumo y su extensión ha alcanzado los diferentes proyectos de unificación y armonización del derecho privado como una de las perspectivas de las políticas de la Unión Europea. La importancia de estos deberes no se presenta solamente en la ejecución del contrato, como complemento de las obligaciones nucleares, sino que tales deberes también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa postcontractual, toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya producido entre las partes.

Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente lo que determina el texto legal, sino a todo lo que impone cada situación. En este sentido se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes cuando están en negociaciones; por una parte, absteniéndose de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su contraparte, y a su vez ejercitando todos aquellos actos necesarios para la satisfacción de sus mutuas necesidades, lo que nos conlleva a que en el ejercicio de sus intereses legítimamente protegidos, las partes deben actuar de conformidad con la buena fe.

Con el dinamismo con el que se ha transformado la forma de hacer los negocios, se puso en evidencia, y más en los años setenta del siglo pasado, que el culto al individualismo profesado durante años estaba en crisis y que tanto la legislación como los principios básicos de la economía debían apuntar hacia la eficacia, equidad y altruismo de las negociaciones, imponiéndose por tanto estándares de conducta que vieron respaldados por principios romanos, como la buena fe y el fortalecimiento en cuanto a la protección de la parte más débil de las negociaciones, asignándole unas especiales condiciones de comportamiento durante toda la intervención dentro del *iter* contractual. Sin duda, el aumento del volumen de la contratación, y la sensación de desprotección y desigualdad entre las partes, conllevaron a se buscara

una doctrina que garantizara unos comportamientos que fundamentaran lealtad y rectitud en la época de las negociaciones.

Referencias

- ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual, RCDI. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*. Madrid.
- AMAT LLARIT, M.E. (1995). La protección de las ideas durante los tratos preliminares, 55 *der. Neg. Derecho de los negocios*, 6 (55).
- ARIAS RAMOS, J.A. (1986). Derecho Romano II. *Revista de Derecho Privado*, 18, Edersa.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. (1989). *La culpa in contrahendo*. Bilbao: Departamento de Publicaciones, Universidad del País Vasco.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I. & HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (2003). Codificación de la culpa in contrahendo en el derecho Alemán. En: *Estudios Homenaje al profesor Díez Picazo*. T II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Madrid: Thomson-Civitas.
- BADOSA COLL, F. (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- BENNATI, F. (1987). *Culpa in contrahendo, contratto e impresa*. Milano: Editorial Contratto e impresa.
- BENNATI, F. (1970). *A responsabilidade pré-contratual*. Trad Port. por Vera Jardim. Coimbra: Livraria Almedina.
- BETTI, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I., Trad. y notas por De los Mozos J.L. Madrid: RDP.
- BIANCA, M.C. (1983). La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. En: *Rivista di Diritto civile*, Tomo I.
- BRECCIA, U. (1968). *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milan: Giuffrè.
- CARRESI, I. (1965). *In tema di responsabilità precontrattuale*. Roma: Editorial Temi.
- CASTRO LUCINI, F. (1983). *Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor De Castro F. ADC*.
- COLIN, A. & CAPITANT, H. (1960). *Curso elemental de derecho civil RGLJ*. Tomo III. Madrid: Reus.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. (1999). *Los contratos informáticos, el deber de información precontractual*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1965). *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona: Bosch Editores.

- DE LOS MOZOS, J.L. Derecho civil. *Método, sistemas y categorías jurídicas. La buena fe en el título preliminar del Código Civil*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ PICAZO, L. (1952). *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch Editores.
- DÍEZ PICAZO, L. (1979). Prólogo de WIEACKER, F. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Introducción a la teoría del contrato. Tomo I. Madrid: Civitas.
- ENNECCERUS, L; KIPP, T. & WOLF (1933). *Tratado de derecho civil, Derecho de las obligaciones*. Tomo II, vol. I. Barcelona: Librería Bosch.
- ENNECCERUS, L. (1958). *Recht der schuldverhältnisse 15*, t I. Tubingen: AUFL.
- EICHLER, R. (1950). *Rie rechtslehre vom vertrauen*, Tubingen.
- EHRENBERG, V. (1903). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. En: *Anuarios IHERING*, 47.
- FARRANDO, M.I. (2001). *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*. Estudios de derecho mercantil. Madrid: Civitas.
- FERRARA, F. (1921). *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma: Treccani.
- FONTAINE, M. (2002). *Le processus de formation du contrat*. Bruxelles: Bruylant.
- FONTAINE, M. (2002). *Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique. Le processus de formation du contrat*. Bruxelles: Bruylant.
- FONTAINE, M. (1996). *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*. Paris: LGDJ.
- GALGANO, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-CRUCES, J.A. (2002). *Globalización económica y derecho mercantil*. Zaragoza (España): Servicio de Publicaciones, Universidad de Zaragoza.
- GARCÍARUBIO, M. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Técnos.
- GODREAU, M.J. (1992, marzo-abril). Lealtad y buena fe contractual. *RCDI*, 609.
- GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: Editorial La Ley.
- HEDEMANN, J. (1933). *Die Flucht in die Generalklausen. Ein Gefahr Rur Recht und Staat*, Tubingen: Mohr, Gelbe Or-Broschur.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1979). *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- JESTAZ, P. (1996). *Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à l'autre*. RTDC.
- JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1992). *Estudio de derecho privado común y foral*, Tomo II. Barcelona: Editorial Bosch.
- LARENZ, K. (1958). *Derecho de obligaciones*. Tom I, trad. Madrid: Espa.

- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980, enero). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (en torno a la sentencia del T. S. del 27 de enero de 1977). *Revista de Derecho Privado*.
- LLAMAS POMBO, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico*. Madrid: Trivium.
- LLOBREGAT, M.L. (1998). Aproximación al concepto de secreto empresarial. En: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol II. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- MASSAGUER, J. (1994). *Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico*. Monográfico. Derecho de la propiedad industrial, Madrid: CDC.
- MAZEAUD, H. Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. *Revue trimestrielle. Dr. Civil*. julio - septiembre.
- MAZEAUD, D. (2001). *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle. Le contrat u debut du XXIe siècle*, Etudes Ghestin J, Paris: LGDJ.
- MESSINEO, F. (1968). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXI, T.I. Milano: Giuffrè Editore.
- MESTRE, J. (2000). *La période précontractuelle et la formation du contrat*, PA. París: Número especial 90.
- MOLLEDA FERNÁNDEZ, A. (1962). La presunción de buena fe. En *Estudios de Derecho Privado*. I, Martínez Radio (Dir.), Madrid: RDP.
- MONSALVE CABALLERO, V. (2006, diciembre). Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares dentro del sistema continental europeo. *IUSTA*, 25.
- MONSALVE CABALLERO, V. (2006, julio). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el derecho europeo continental. En: *Via in iudicandi*, revista electrónica. USTA. Tomo 3. Disponible en: www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista_profesores.htm
- MORELLO, A.M. (1974). *Indemnización del daño contractual*, 2ª ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense - Abeledo Perrot.
- OSSORIO, A. (1934). El hecho generador de las obligaciones. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Reus.
- PIOTET, P. (1963). *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit prive suisse*, Berne: Stempfi.
- PLANIOL, M. & RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho civil francés*, Tomo VII, *De las obligaciones*. La Habana: Cultural.
- RAVAZZIONI, (1973). *La formazione del contratto*, T. I (Le fasi del procedimento) Milano: Ristampa Nalterata.
- SANTOS BRIZ, J. (1977). *La responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo.

- SCHMIDT, J. (1974). La sanction de la faute précontractuelle. En: *Revue Trimestrielle de droit civil*, T-72. Paris.
- STIBLITZ, R.S. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- STÖLL, H. *Die lehre von den leistungsstor-ungen*, Tübingen: AUFL.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, C. (1997). *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*. RTDC.
- WIEACKER, F. (1982). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Cuadernos Civitas.