

# EL PERIODO PRELIMINAR O DE FORMACION DEL CONTRATO Y LA RESPONSABILIDAD PRE-CONTRACTUAL. \*

**SUMARIO:** 1.—El período preliminar o preparatorio del contrato. Necesidad de su estudio para un conocimiento integral del contrato. Las simples conversaciones preliminares o la policitud, en regla, le dan surgimiento: nace desde que las partes se ponen en relación para contratar. 2.—El problema de la responsabilidad pre-contractual o responsabilidad que surge en el período preliminar. El caso clásico de la responsabilidad pre-contractual: la revocación de la oferta en los contratos entre ausentes. Naturaleza de esta responsabilidad. 3.—La responsabilidad pre-contractual a consecuencia de otros actos de los futuros contratantes realizados en el período preparatorio del contrato: la “culpa in contrahendo” de IHERING. Deberes de comunicación, conservación y explicación en la preparación de todo contrato y a cargo de los futuros contratantes. 4.—Fundamento de la responsabilidad pre-contractual basada en “culpa in contrahendo”. Diversas doctrinas: contractual, delictual. 5.—Extensión de la responsabilidad pre-contractual. La responsabilidad abarca el “interés contractual negativo”, solamente, y da derecho a obtener la reparación de los “daños”, stricto sensu, pero no de los “perjuicios”. 6.—Derecho mexicano: a).—El problema clásico de responsabilidad pre-contractual, por revocación de la oferta entre no-presentes. Solución de los Códigos civiles de 1870 y 1884. Solución del Código vigente. Crítica. b).—La responsabilidad pre-contractual por “culpa in contrahendo”: Códigos clásicos; su fundamentación legal en el Código vigente. Su extensión.

“Es necesario proteger los derechos en formación, por ejemplo, dándole más fuerza a la oferta, ocupándose de la responsabilidad pre-contractual...”

(DEMOGUE, “Traité des Obligations”)

1.—La doctrina moderna estudia bajo el nombre de “período preliminar o preparatorio del contrato”, todas aquellas cuestiones que pueden surgir desde el momento en que las partes se ponen en relación para contratar, sea a virtud de simples conversaciones preliminares, en las que todavía no puede encontrarse una oferta pro-

---

\* Capítulo de una monografía en preparación, sobre Contratos en particular.

piamente dicha, sea a consecuencia de una policitud que reúna todas las condiciones requeridas por la ley. (1)

El estudio de la fase preparatoria del contrato, no había sido hasta ahora objeto de atención de parte de los juristas, quienes siguiendo también en este aspecto —como en todos los demás del Derecho privado—, las orientaciones de los jurisconsultos romanos, se limitaban a estudiar el contrato una vez formado y en proceso de ejecución, y apenas si los problemas conexos a la formación de contratos entre ausentes —según veremos con detalle más adelante—, merecieron la atención de los jurisconsultos clásicos.

Conviene, sin embargo, reaccionar contra esta manera de estudiar el contrato, pues, como opina un autor “el jurista no debe ignorar el período pre-contractual, como no ignora el período predelictual”; debe estudiar el “*iter contractus*” completo, o sea desde que se exterioriza la voluntad de contratar, y así como “hay delitos en grado de tentativa y de frustración, cuya valoración jurídica no puede despreciarse, también hay tentativas de contrato y contratos frustrados, cuyos efectos jurídicos no cabe ignorar”. (2) En consecuencia, un estudio integral del contrato —considerado como el instrumento jurídico para la realización de los fines económicos perseguidos por los particulares— requiere indiscutiblemente que se atienda, no sólo a los problemas que pueden surgir en el curso de la ejecución del contrato, sino también a aquellos que pueden presentarse en la fase de formación del convenio, a partir del instante en que se inician las negociaciones que tienden al perfeccionamiento de la figura contractual.

El problema fundamental que se plantea al estudiar el período preparatorio o preliminar del contrato, es el de determinar si puede hablarse de una responsabilidad precontractual, esto es, si puede imputarse a alguna de las partes que están en tratos, responsabilidad por el hecho de que durante los tratos previos del contrato las partes

---

(1) La doctrina europea, principalmente la italiana, distingue en el período pre-contractual cuando menos dos fases bien definidas: la primera constituida por tanteos o tratos preliminares, anteriores a la policitud y que tendrían por objeto preparar ésta; y la segunda constituida por la oferta, propiamente dicha. (Barassi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Milán, 1948, pág. 394; Ruggiero, *Instituciones*, Madrid, 1944, pág. 281, en Nota.) Así precisadas las dos fases, algunos autores como Barassi y Faggella, sostienen que la responsabilidad pre-contractual existe en ambas fases, mientras que otros como Ruggiero y los autores por él citados (Albertario, Mattini, Polacco), niegan que se derive alguna responsabilidad de la ruptura de los tratos.

(2) Menéndez Pidal, en el **Apéndice** a la obra de Hilsenrad: **Las obligaciones pre-contractuales**, Madrid, 1938, pág. 168.

hagan gastos en vista del contrato futuro, o sufran daños de otra naturaleza derivados de la misma preparación del contrato, si no se llega a la conclusión de éste, así como también determinar si puede incurrir en responsabilidad pre-contractual la parte que motive la ruptura de las conversaciones preliminares, por el sólo hecho de romper esas conversaciones. Una vez determinada la existencia de la responsabilidad precontractual y fundamentada jurídicamente, para lo cual deberá determinarse si se trata de una responsabilidad contractual o delictual, habrá que resolver si la persona responsable deberá resarcir los perjuicios, esto es, las posibles ganancias que se hubieran derivado del contrato que se preparaba, o si solamente deberá pagar los daños, esto es, los gastos que su co-tratante hizo durante los tratos previos del contrato y directamente encaminados a la conclusión del mismo.

2.—El problema de la responsabilidad precontractual, surgió inicialmente en los contratos entre ausentes, alrededor de la revocación de la oferta hecha por el peticitante antes de que el destinatario de la misma hubiera resuelto si la aceptaba o no, y la preocupación de los juristas giraba en torno al problema de determinar si el peticitante que revocaba su oferta incurría en responsabilidad y si —en consecuencia—, estaba obligado a reparar los daños y perjuicios que hubiera causado a la otra parte con su acto de revocación.

Este caso clásico de responsabilidad pre-contractual, originó una controversia que en muchos países todavía no termina, tendiente a determinar, como se dice arriba, si existía responsabilidad para el oferente que revocaba y, caso de existir, cuál podría ser el fundamento jurídico de la misma. En Francia, por ejemplo, casi todos los jurisprudencistas optaron por el reconocimiento de la existencia de responsabilidad por la retractación del peticitante, pero mientras que unos, como Demolombe y Planiol, (3) pretenden derivarla de la existencia de una convención tácita, existente en toda oferta y que tendría por objeto mantener la peticitación durante cierto tiempo, de lo que se desprende que en caso de revocación, la responsabilidad surgente sería una especie de responsabilidad contractual resarcible de acuerdo con el texto del artículo 1147 del Código civil francés, otros juristas, por el contrario, estimaron que sólo podía fundarse la responsabilidad del oferente que revocara su proposición en la idea del delito, es decir,

---

(3) Planiol, *Traité Elementaire*, No. 983; Hemard, *Précis Elémentaire*, París, 1932, pág. 64.

que se trataría de una responsabilidad delictual y se reclamaría fundándola en el texto del artículo 1382 del propio Código francés.

En México encontramos que el Código civil de 1884, siguiendo la tradición francesa estipulaba en su artículo 1292 la obligación del proponente de mantener su oferta mientras no recibiera contestación de la otra parte, en el plazo fijado por los contratantes o, en su defecto, en el término de tres días establecido por la ley. Si el policitante se retractaba de su oferta, era responsable de los daños y perjuicios que podían resultar de la revocación. (Artículos 1290, 1291, 1292 del Código civil de 1884). Este sistema que arranca desde el Código de 1870 (Artículos 1405 a 1408), se fundaba en la Exposición de Motivos de aquel ordenamiento en los siguientes términos:

“¿El que hace una propuesta está obligado a sostenerla mientras no reciba contestación en que la rehuse el otro contratante, o puede revocarla libremente, mientras no reciba contestación?. La Comisión reconoce el principio de que mientras no haya conformidad de las partes acerca de un mismo objeto, no hay contrato; pero esta conformidad, tñn fácil de comprobarse cuando el negocio se trata entre presentes, no lo es cuando se trata entre ausentes; y aun entre presentes, cuando el negocio, para ser aceptado, necesita meditación y detenimiento. Luego que se hace una propuesta, parece que existe, si no la obligación, por lo menos un principio de ella; pues que el requerido puede desde luego hacer preparativos para la entrega de la cosa o del precio y contraer acaso compromisos para estar en aptitud de cumplir por su parte. La retractación intempestiva del proponente originaría graves perjuicios y podría en muchos casos ser fraudulenta y motivada por el sólo deseo de obtener una ganancia mayor, sin respeto alguno a la obligación contraída”.

El Código vigente, adoptando el sistema del Código Suizo de las Obligaciones, establece en su art. 1806 que el policitante quedará obligado a mantener su oferta durante todo el plazo, de manera que su retractación sobrevenida antes del término fijado será inoperante: se considerará a la primera voluntad como subsistente todavía, y la aceptación hecha dentro del plazo operará la conclusión del contrato. “En este sistema, dice Planiol, (4) la parte que recibió la oferta tiene el derecho de exigir el cumplimiento del contrato, especialmente la entrega de las mercancías, y si no lo logra se resolverá el caso

---

(4) Planiol, op. cit., No. 982.

como si se tratara de un contrato realmente formado, que hubiere quedado incumplido”.

Que es éste el sistema de nuestro Código vigente lo demuestra el citado artículo 1806, al establecer no ya una indemnización de daños y perjuicios en caso de retractación, como lo hacía el Código abrogado en su art. 1292, sino una declaración expresa de que el peticitante —en los casos de oferta a no presentes sin fijación de plazo— “**quedará ligado** durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.” La frase “quedará ligado” indica, sin lugar a dudas, que aunque el peticitante retire su oferta antes del vencimiento del plazo fijado por los tratantes o por la ley, esa retractación es inoperante y el contrato será perfecto una vez otorgada la aceptación, quedando a favor del aceptante una acción de ejecución en caso de incumplimiento, como si se tratara de un contrato normalmente formado. Puede, pues, establecerse que nuestro Código vigente de 1928 aceptó el sistema suizo, descartando nuestra vieja tradición jurídica, que sólo daba según hemos dicho, una acción de daños y perjuicios por la retractación, hecha por el peticitante, de la oferta.

Creemos, sin embargo, que es un acierto del Código vigente la adopción de este nuevo sistema, si se tiene en cuenta que, como dice **Von Tuhr**, el peticitante podría en cualquier momento frustrar el nacimiento del contrato si su voluntad cambiaba antes de llegar la aceptación por el que el destinatario nunca estaba seguro de que su aceptación cerrase el contrato. Por eso, “para dar una mayor estabilidad al comercio jurídico, las leyes modernas dotan a la oferta de eficacia obligatoria. La obligatoriedad, consiste en que el oferente no puede revocar la oferta una vez que haya llegado a su destino, ni evitar por consiguiente que el contrato se celebre, siempre y cuando la aceptación llegue en momento oportuno.” (5)

Esta obligatoriedad, añade ese autor, impuesta por la ley a la oferta, puede ser derogada por las partes mediante la reservación, por el peticitante, de su derecho a revocar aquella mientras que la aceptación se formula o llega a su poder y aun reservarse el derecho a decidir libremente respecto a la aceptación formulada. Este caso se llama, en la práctica de los negocios, “oferta sin compromiso”;

---

(5) Von Tuhr, *Derecho de las Obligaciones*, No. 32.

pero aquí, dice **Von Tuhr**, “no hay verdadera oferta, sino una simple invitación hecha a la otra parte, para que ésta la formule”.

3.—La responsabilidad que puede surgir por la revocación de la oferta hecha entre ausentes y que en nuestro Derecho, según hemos visto, se resuelve siguiendo a la doctrina más moderna en una obligación de mantener la propuesta, esto es, en una conclusión forzada del contrato no obstante la revocación, no es sin embargo el único caso de obligación nacida dentro del período preparatorio o de formación del contrato. En efecto, ya desde **Ihering** se delimitó el concepto de “**culpa in contrahendo**”, para calificar la infracción cometida por alguno de los tratantes, de aquellos deberes que les asisten (a ambos, no sólo al proponente o al iniciador de las conversaciones preliminares), durante el curso de las negociaciones preliminares. Se trata, según lo estima **Ihering** y lo ha sostenido la doctrina germánica, de ciertos deberes de conservación, de explicación o de comunicación, que surgen de los actos preparatorios del contrato. Como dice **Enneccerus**, (6) esos deberes imponen a una de las partes la obligación de explicar a la otra los hechos que sean de importancia para la decisión que esta última tome, y los cuales no podría conocer de otro modo: como por ejemplo, la obligación del vendedor (ya afirmada desde el Derecho romano), de no ocultar en forma maliciosa o negligente los defectos ocultos de la cosa a vender, sino de hacérselos saber al comprador, caso de existir, para que éste pueda normar su conducta y decidir si en vista de tales defectos efectúa o no la operación. Idéntica obligación encontramos en el mútuo, comodato, transporte, y en general en todos los contratos conmutativos en los que el enajenante está obligado al saneamiento y al pago de los daños y perjuicios que haya causado cuando, conociendo los defectos ocultos de la cosa, no los manifestó al adquirente. (7)

También podría hablarse de “**culpa in contrahendo**”, dice **Von Tuhr** cuando “siendo imposible el contrato o contrario a la ley, una de las dos partes conociese al tiempo de contratar, la imposibilidad e ilicitud de la prestación, si esta circunstancia era ignorada del otro contratante”, así como cuando alguno de ellos sea incapaz y actúe a sabiendas

(6) **Enneccerus**, Kipp. y Wolf. *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, 1933. 20. Tomo, Vol. I, No. 43, III, pág. 224.

(7) Sancionan en nuestro Código estas obligaciones de carácter pre-contractual, los artículos 2145, 2272, 2390, 2514, 2658, 2659, etc.

de su incapacidad, pudiéndose en estas hipótesis reclamar de la otra parte, los perjuicios que se hayan sufrido.

En términos generales, podemos afirmar que la Doctrina moderna da una amplitud cada vez mayor al concepto de “culpa in contrahendo” al grado de sostenerse que, “por el mero hecho de entrar en negociaciones contractuales, se produce entre los futuros contratantes una relación jurídica de la que derivan ciertos deberes; deberes que no versan precisamente sobre el cumplimiento del contrato que todavía no existe, sino sobre su conducta mútua en el transcurso de dichas negociaciones”. (8) “La culpa in contrahendo, añádese, engendra un deber de indemnización aun en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término”.

Enneccerus, por su parte, confirmando el punto de vista de la doctrina jurídica germánica observa que, si bien el Código civil alemán no reconoce de manera expresa una responsabilidad por culpa en la conclusión del contrato, fundándose en la “culpa in contrahendo”, si contiene —como también el Código de comercio—, una serie de disposiciones aisladas que regulan la responsabilidad en razón de aquella especie de culpa, en el grado de los actos preparatorios del contrato. Añade que, partiendo de esta base, los autores y la jurisprudencia han pretendido encontrar un principio general, en tal forma que el Tribunal alemán “ha llegado a derivar, de la circunstancia del comienzo de los actos preparatorios de un contrato, una situación de confianza análoga a la contractual, y que obliga a los interesados a observar la diligencia exigible en el tráfico, imponiendo (a los futuros contratantes) ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación. Esta responsabilidad —añade— es independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato y para que exista basta la mera negligencia”. (9)

**Teoría que niega la existencia de la responsabilidad pre-contractual.**—No faltan, sin embargo, opiniones muy respetables en contra de la tesis que admite la existencia del concepto de “culpa in contrahendo”. Puede afirmarse que la doctrina tradicional estima que sería arriesgado para el desenvolvimiento económico, imponer a las personas que entablan tratos en vista de la celebración de un contrato futuro, la obligación de resarcir los gastos que el co-tratante haya hecho tomando en cuenta el contrato que

---

(8) Von Tuhr, *op. cit.*, No. 32.

(9) Enneccerus, *op. cit.*, pág. 225.

se pretende, o la exigencia de que se reparen los perjuicios causados en la fase preparatoria del contrato. Se estima, igualmente, que ninguna responsabilidad puede acarrear a los tratantes el hecho de la ruptura de las conversaciones preliminares y, en consecuencia, se niega la existencia de una responsabilidad pre-contractual que pudiera surgir por alguna de estas causas: gastos realizados o perjuicios sufridos en vista de la preparación del contrato; ruptura de las conversaciones preliminares.

Conforme a esta teoría negativa que, repetimos, puede ser considerada como la tradicional, la vida de los negocios impone a los co-tratantes diversos riesgos que éstos deben afrontar sin que puedan pretender que los gastos que hacen les sean resarcidos por la otra parte con la que estuvieron en tratos, ni tampoco querer derivar una responsabilidad por el hecho de la ruptura. En efecto, la circunstancia de entrar en negociaciones no obliga ni puede obligar forzosamente a concluir el contrato, puesto que el principio de la libertad de contratación, permite a los particulares no sólo el que celebren contratos de cualquier contenido y el que atribuyan a esos convenios los efectos jurídicos que quieran —con las limitaciones que ya conocemos—, sino también, racionalmente, el que no los celebren, pues de otro modo su libertad quedaría coartada. “La ruptura de las negociaciones —dice Saleilles (10)—, es un derecho absoluto de las partes. Ellas pueden, si quieren, romper los tratos sin ninguna responsabilidad, sin que pueda considerarse a este hecho como culposo, porque cada una de las partes debe prever el abandono de las negociaciones.” Es posible, añade, que cada una de las partes haga gastos en vista del contrato que se presenta, pero eso son preparativos que el tratante emprende a su riesgo y costa y porque así lo quiere, sin que pueda decirse, agrega Saleilles, “que la otra parte sea causa de esos gastos y si se retira, su responsabilidad no queda comprometida, pues falta toda liga de causalidad”.

Lo anterior, sin embargo, no debe inducirnos a equivocaciones: si no se celebraron solamente conversaciones preliminares, sino que ya fué emitida una policitud, entonces, la situación varía, pues como ya ha quedado precisado con anterioridad, aun la doctrina tradicional admite que la revocación de una policitud hecha antes de que fenezca el plazo fijado para su aceptación, por la ley o los

---

(10) Saleilles, *De la responsabilité precontractuelle a propos d'une étude nouvelle sur la matière*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, Tomo VI, 1907, págs. 697 y sigtes.

contratantes, produce responsabilidad para el proponente, obligándolo a pagar los daños y perjuicios que causó, o bien dicha revocación es inoperante, quedando obligado el policitante a celebrar el contrato (en el sistema moderno).

¿Cuál es la razón de ser de esta diferencia en el efecto jurídico de ambas fases preliminares del contrato?: “Todo el mundo admite —afirma Saleilles— que hay una diferencia esencial entre el hecho de revocar una oferta y la hipótesis del abandono o ruptura de las negociaciones. En el primer caso, añade, se ha celebrado un acto jurídico, la emisión de la oferta, mientras que en el segundo no se ha llegado todavía a la fase y al período decisivos de manifestación jurídica. Por el sólo hecho de la emisión de la oferta se ha producido algo nuevo: ha surgido un hecho que tiene valor jurídico. Antes de la oferta, los tratos celebrados entre las partes tienen como finalidad preparar una manifestación jurídica: la emisión de la oferta. Pero se trata sólo de pláticas, de cambio de impresiones. Al cabo de un tiempo, una de las partes resume sus puntos de vista en una proposición que conteniendo ya los elementos del contrato, recibe el nombre técnico de “oferta” y la cual significa un proyecto definitivo al que nada hay que cambiar, mientras que las negociaciones suponen un proyecto que está en perpetuo cambio, en constante devenir. Esta diferencia entre ambas fases de la evolución contractual, es lo que para ese autor explica que mientras la ruptura de las conversaciones no puede comprometer la responsabilidad de las partes, como antes hemos visto, en cambio la revocación de la oferta sí engendra la responsabilidad del policitante.

4.—Frente a la posición negativa de la doctrina tradicional, en lo que concierne a la responsabilidad pre-contractual, derivada de los tratos previstos, anteriores a la oferta, la doctrina moderna, por el contrario, inspirándose fundamentalmente en la equidad y buena fé que deben presidir las relaciones jurídicas contractuales, afirma, según hemos visto ya, “que por el mero hecho de entrar en negociaciones, se produce entre los futuros contratantes una relación jurídica de la que derivan ciertos deberes... sobre su conducta mútua en el curso de las negociaciones...”, y “que existe una obligación de reparar el perjuicio sufrido por la persona que ha efectuado gastos en vista de la preparación de un contrato”. (11)

---

(11) Hilsenrad, *op. cit.*, pág. 187.

En otras palabras, se sostiene que la circunstancia de entrar en negociaciones es susceptible de comprometer la responsabilidad de las partes, y que "por el sólo hecho de consentir en las negociaciones, cada una de las partes está obligada a obrar de acuerdo con la equidad y la buena fé, sin que pueda sostenerse que las partes tengan libertad absoluta de romper los tratos no incurriendo en responsabilidad." Una novedosa teoría (12), estima que la retractación en las negociaciones debe obligar a la responsabilidad aunque dicha retractación se origine por un interés legítimo y aun cuando de acuerdo con las normas del Derecho común, dicha retractación estuviese desprovista de todo carácter delictual, siempre que la misma pueda ser calificada de "arbitraria". Dicha teoría la estudiaremos con detalle más adelante, pero ahora sólo debemos decir que la esencia íntima de la misma consiste en considerar que toda retractación viene a lesionar la seguridad que surge por virtud de las conversaciones preliminares, seguridad que debe encontrar un apoyo en el orden jurídico.

El estudio de la responsabilidad pre-contractual, derivada no sólo de la revocación de la oferta, sino de la ruptura o retractación de los tratos preliminares, plantea desde luego el problema de saber si aquella es una responsabilidad de índole contractual o delictual. Sabido es, en efecto, que la doctrina distingue tradicionalmente —si se exceptúa la tesis unitaria de **Planiol**—, dos especies de responsabilidad atendiendo a la fuente de las que puedan surgir: la responsabilidad contractual, que nace del contrato y la delictual o proveniente de actos ilícitos. La primera existirá siempre que se deje de cumplir, total o parcialmente, con un contrato. La responsabilidad delictual surgirá cuando la persona que incurre en ella, no estando ligada por ningún convenio hacia el perjudicado, ha violado la obligación que todos tenemos de no perjudicar a otro: **neminem laedere**. Como dice **Planiol**, la diferencia entre ambas clases de responsabilidad o de culpas (que él no admite), consistirá, según las tesis dualistas, en que mientras "la culpa contractual supone la preexistencia de una obligación cuyo incumplimiento constituye tal culpa, la culpa delictuosa supone ausencia de obligación y su resultado es (precisamente) **crear una obligación**". (13)

La doctrina sobre la materia de la responsabilidad pre-contractual se divide al analizar el fundamento jurídico que a la misma puede

---

(12) La de Faggella, que es materia del ya citado estudio de Saleilles.

(13) **Planiol**, *op. cit.*, No. 873.

atribuirsele, sosteniendo unos autores que se trata de un aspecto de la responsabilidad contractual, sea porque se afirme la existencia de un contrato preparatorio innominado de que derivarían ciertos deberes para los tratantes (**Enneccerus**), sea porque se estime que deben aplicarse a la responsabilidad pre-contractual, por analogía, las normas referentes al incumplimiento de contrato (**Von Tuhr**). Para otros juristas, la responsabilidad pre-contractual es tan sólo un aspecto de la responsabilidad delictual, pues se considera que aquella sólo puede existir en los casos en que uno de los tratantes o futuros contratantes, incurre en una falta u omisión, en un acto ilícito y como tal, sancionado por la ley.

No vamos a hacer aquí una amplia exposición de las diversas doctrinas planteadas al respecto, ni de la controversia que las mismas suponen. (14) Bástenos decir que, por regla general, la tesis de la responsabilidad pre-contractual como responsabilidad de índole contractual, goza de gran privanza sobre todo en las legislaciones de tipo germánico y, correlativamente, en sus comentaristas, (15) mientras que los juristas latinos son partidarios de considerar que sólo cuando las partes, durante las conversaciones preliminares, obren ilícitamente, incurrirán en responsabilidad, y ello porque la responsabilidad pre-contractual, para dichos juristas, sólo puede entenderse como una responsabilidad delictual. (16) Adelante veremos

---

(14) Para una amplia documentación al respecto, remitimos al lector a la importante monografía de Hilsenrad, donde encontrará bien y ampliamente expuestos los temas a controversia.

(15) Ihering, Enneccerus, Von Tuhr y los autores por ellos citados. Para el primero, ilustre divulgador del concepto de "culpa in contrahendo", como el perjuicio que se sufre durante los tratos preliminares se deriva de la preparación de un contrato, ese perjuicio deberá repararse en virtud del contrato que se venía preparando, aunque el mismo no haya llegado a perfeccionarse. Enneccerus, como se dice en el texto, si bien no se adhiere expresamente a la teoría contractual de la responsabilidad, que estudiamos, si se refiere —sin refutarlos—, a algunos juristas que "han pretendido derivar las responsabilidades, de un pre-contrato innominado el cual obliga a los tratantes a asumir ciertos deberes de explicación y conservación, en virtud, del contrato que va a concluirse". *Op. cit.*, pág. 225.) Por excepción, entre los autores latinos acordes con la teoría que estudiamos, encontramos a Demogue, quien en el proemio de la obra de Hilsenrad, admite que puede aceptarse el principio de que "se responde contractualmente de los actos que tienen lugar durante las conversaciones preliminares". (*Op. cit.*, pág. 17.)

(16) Es interesante poner de relieve, entre las opiniones que al respecto han emitido juristas latinos, las expresadas por Planiol, Ripert y Esmein, en su *Tratado*, y Mazeaud en su *Traité de la Responsabilité Civile*, ambos citados por Hilsenrad en la obra que hemos mencionado; para los primeros solamente puede engendrar responsabilidad la ruptura de las conversaciones preliminares si, en vista de las circunstancias, se demuestra que uno de los tratantes incurrió al retractarse en alguna falta, v. gr., si se prueba que el autor de la ruptura nunca tuvo intención firme de tratar. A Mazeaud, le parece ilógico hablar de una responsabilidad con-

cómo el Derecho mexicano, fiel a su derivación latina, aunque en forma de reglas generales tiene sentadas las bases para poder hablar de una responsabilidad precontractual, juzgada como especie de la responsabilidad delictual.

Es interesante, por el amplio examen que el autor hace del período preliminar del contrato y por la sugestividad de las conclusiones a que llega, referirse con alguna atención al estudio de Gabriel Faggella, sobre la responsabilidad pre-contractual, de cuyo análisis se ocupa Saleilles. Según Saleilles, la teoría de Faggella puede agruparse alrededor de las siguientes ideas: I.—La determinación de diferentes fases, entre las que puede subdividirse el período de la formación del contrato, con reconocimiento de valor jurídico para cada una de esas fases. II.—La admisión del derecho que tienen los futuros contratantes para retractarse en cualesquiera de las fases previas del contrato; pero, a la vez, la afirmación de que pueden incurrir en responsabilidad por su retractación.

Las fases del período de formación del contrato serían, fundamentalmente, dos: la constituida por los "tratos preliminares" que tiene por fin permitir que los contratantes lleguen a un acuerdo sobre los puntos principales del contrato, discutiendo sobre los elementos esenciales del mismo, a fin de formar "la estructura del proyecto de conjunto"; y aquella constituida por la emisión de la oferta, bajo la forma de declaración de voluntad dirigida por una de las partes a la otra. Para Faggella, y aquí radica según Saleilles, la importancia de su tesis, no sólo la oferta tiene valor jurídico, sino que también las negociaciones preliminares pueden crear efectos de derecho elevándose a la categoría de verdaderos actos jurídicos (los "actos preparatorios", como algunos autores los llaman), y no quedándose en la simple categoría de manifestaciones de hecho sin relevancia jurídica, hasta en tanto no se tradujeran en una declaración de voluntad como es la oferta.

Ahora bien, si los tratos preliminares son actos jurídicos, actos preparatorios, la retractación de los mismos, en ciertos casos, puede originar la responsabilidad de aquel que rompió las conversaciones preliminares, independientemente de toda idea de culpa; porque

---

tractual donde aún no hay contrato, añadiendo que las teorías que pretenden asignar una base contractual a la responsabilidad pre-contractual, forman parte de "una concepción que no se adapta a un Derecho que, como el francés, contiene un principio general de responsabilidad delictual, susceptible de adaptarse a todas las situaciones".

puede afirmarse, dice Faggella, "que el sólo hecho de entrar en conversaciones... es susceptible de comprometer la responsabilidad de las partes", en virtud de que "hay como una especie de responsabilidad virtual, en toda negociación emprendida de común acuerdo...".

Pero, ¿cuáles serían los casos en que la retractación de los tratantes produjese su responsabilidad, y cuál el fundamento jurídico de tal responsabilidad?: el autor que comentamos establece desde luego el principio de que el hecho de entablar conversaciones, no significa que haya una obligación de las partes para llevar esas negociaciones hasta la conclusión de una oferta, pero sostiene que si durante los tratos hay una retractación arbitraria de uno de los tratantes, no justificada por ninguna razón comercial que pueda derivarse de las mismas negociaciones, esa retractación sí puede engendrar la responsabilidad de aquél. Un ejemplo de retractación arbitraria, sería aquel en que la retractación se hiciera por mera preferencia personal, es decir, en que sin razón justificada alguna se prefiriera a persona distinta de aquella con quien se venía tratando, no obstante ofrecer ambas personas, idénticas proposiciones o condiciones para la contratación, al tratante que se retractó. En resumen, para Faggella habrá responsabilidad pre-contractual, por ruptura de los tratos preliminares, toda vez que la retractación que origina dicha ruptura sea arbitraria o injustificada.

La responsabilidad así precisada, no descansa para Faggella en una base delictual, ni tampoco en una idea de compromiso tácito tendiente a llevar por buen camino los tratos preliminares, porque las partes todavía no están ligadas, ni ha habido contrato o pre-contrato. Pero, "como todo individuo que consiente en entrar con otro en conversaciones preliminares para celebrar un contrato, asume por el acto mismo de su consentimiento la responsabilidad derivada de la destrucción de valores patrimoniales que pueda ocurrir durante los expresados tratos preparatorios, es evidente que está asumiendo un "riesgo contractual", que está asumiendo todos los riesgos engendrados por su consentimiento, durante las conversaciones...".

Este riesgo que podría denominarse, dice Saleilles, "riesgo por adhesión pre-contractual", debiera ser reconocido por la ley, de la misma manera que ésta ha reconocido el "riesgo profesional", derivado de las enfermedades o accidentes de trabajo, o el "riesgo objetivo o creado", que surge por el empleo de las cosas peligrosas.

**Crítica que hace Saleilles a la tesis de Faggella.**—Estima Saleilles que el aspecto más novedoso de la teoría de Faggella, lo constituye “el reconocimiento de un principio de responsabilidad en materia de tratos previos a la emisión de la oferta, así como la concepción de que esta responsabilidad es independiente de toda idea de culpa y de que deriva únicamente de la conformidad de las partes en entrar en negociaciones, sin que éstas sean absolutamente libres para retirarse (de los tratos) sin correr riesgo alguno”.

Como se ha visto antes, de acuerdo con la teoría del autor italiano, la responsabilidad surge por la retractación de una de las partes, aunque dicha retractación se origine por un interés legítimo y aun cuando de acuerdo con las normas del Derecho común, estuviere desprovista de todo carácter delictual tal retractación. Ahora bien, para Saleilles, este es el punto débil de la teoría faggelliana y es que Saleilles estima, con justa razón, “que el concepto de “retractación arbitraria” es muy vago y difícil de precisar. Desde luego, dice el autor francés, es muy delicado admitir que por el hecho de que uno de los futuros contratantes rehuse una de las proposiciones que su co-tratante le haya hecho, se puede atribuir a aquél responsabilidad y, al efecto, afirma: “De lo contrario, ¿quién osaría comprometerse en negociaciones (preparatorias del contrato) si la simple retractación —fundada en el hecho de que se rechazaren condiciones propuestas por uno de los tratantes—, pudiera ser una causa de responsabilidad?” Y más adelante añade: “No puede, pues, considerarse como retractación arbitraria, el hecho de que una de las partes se rehuse a aceptar las proposiciones de su co-tratante, por razonables que ellas parezcan, porque debe entenderse que jamás existe una promesa previa de estar de acuerdo con determinadas propuestas juzgadas razonables. No debe olvidarse, en efecto, que en el período de tratos previos cada uno es juez, sin control, de sus intereses, en relación a las proposiciones que se le hacen, debiendo admitirse y reconocerse que cada parte entra a negociar bajo reserva de esta libertad absoluta a discutir libremente las cláusulas que se le proponen”.

La crítica de Saleilles demuestra, pues la imprecisión y vaguedad del concepto de “retractación arbitraria”, que está en la base del sistema preconizado por Faggella, aunque bien pudiera sostenerse que sentado el principio de la responsabilidad por la adhe-

sión a los tratos preliminares, sería tarea de la jurisprudencia determinar en cada caso concreto la existencia de una retractación arbitraria e injustificada que originara dicha responsabilidad.

Puede decirse, en síntesis, que la doctrina pugna por encontrar un fundamento a la obligación de reparar los perjuicios causados en el curso de la preparación de un contrato, y que para ello no ha dejado de examinarse fuente alguna de las obligaciones, pues hasta el abuso del derecho ha sido considerado como posible factor genético de la reparación.

5.—**Extensión de la reparación en caso de responsabilidad pre-contractual.**—Así como se ha discutido mucho sobre la existencia y fundamento de la responsabilidad surgida de los actos preparatorios del contrato, también se controvierte sobre el alcance y extensión de la reparación que debe hacerse cuando se incurre en dicha responsabilidad, esto es, sobre la naturaleza de la reparación que debe ofrecer el que causa el daño, al perjudicado.

La doctrina germánica que, según hemos dicho, ve en la responsabilidad pre-contractual una variante de la responsabilidad contractual, sea porque afirme la existencia de un contrato preparatorio innominado del que derivarían ciertos deberes para los tratantes, sea porque estime que deben aplicarse a la responsabilidad generada por los tratos preparatorios, las normas referentes al incumplimiento de contrato, toma en cuenta para la determinación del alcance de dicha responsabilidad el contrato que se preparaba, y emplea el mismo criterio que hace una distinción entre dos especies de daños derivados de las relaciones contractuales: a).—El daño derivado del incumplimiento del contrato, una vez celebrado; “este daño se deriva, dice Von Tuhr, del interés que tiene el acreedor en que la obligación se cumpla bien y fielmente”. (17) A este interés, la doctrina le da el nombre de “interés contractual positivo”. b).—El daño que se deriva del hecho de que se deje de celebrar un contrato. Este daño afecta a lo que los juristas llaman el “interés contractual negativo”. (Dice Von Tuhr que también recibe el nombre de “daños de confianza”, y que el Código civil alemán lo define como aquel “daño que alguien experimenta por confiar en la validez de una declaración”.)

Este daño puede surgir, por ejemplo, del hecho de que un contrato resulte nulo por falta de poder en quien lo celebró: aquí, el que

---

(17) Von Tuhr, *op. cit.*, pág. 32.

sufrió el abuso de poderes tiene acción para exigir la indemnización de su "interés negativo", es decir, del interés que tenía, no todavía en que el contrato se cumpliera, sino en que se celebrara.

El propio **Von Tuhr** considera que la lesión del interés contractual negativo, por la falta de celebración de un contrato que se proyectaba, dará derecho al que sufre aquella a obtener de su co-tratante el resarcimiento de los gastos hechos para cumplir la prestación, o bien para hacerse cargo de ella, si se le iba a entregar alguna cosa, así como el de los daños que al tratante perjudicado se le irroguen, por perder la ocasión de celebrar con otro el contrato que aquí se frustró, siendo dicho resarcimiento justo, pues confiaba en la validez del que a la postre resultó nulo. El autor mencionado afirma que los Tribunales suizos han resuelto que, en todos aquellos casos en que se celebra un contrato sabiendo una de las partes que era imposible o ilícita la prestación, debe condenarse a la parte que obró a sabiendas a indemnizar a la otra al llamado "interés contractual negativo", esto es, "los daños que se originaron al otro contratante por haber confiado en la validez del contrato"; mismo "interés negativo" que debe ser indemnizado en caso de simples tratos preliminares, atendiendo a que dejó de celebrarse un contrato.

**Enneccerus**, frente al problema de saber si en caso de responsabilidad pre-contractual se ha de indemnizar solamente el "interés negativo", asimismo llamado por él, "interés de la confianza", o también el "interés de cumplimiento", adopta una posición idéntica a la de **Von Tuhr**, como que, fundando como funda —según se ha dicho— la responsabilidad pre-contractual en una base contractual (ya que para él, "la medida de la responsabilidad y el plazo para la prescripción han de regularse, en principio, de acuerdo con las normas de la relación contractual definitiva", (18) estima que al perjudicado por el rompimiento de las conversaciones preliminares se le ha de indemnizar sólo en atención al interés de la confianza y no por lo que **Enneccerus**, como los otros juristas germanos, llama el interés del cumplimiento. Insiste este autor en que las obligaciones que surgen de los actos preparatorios, son fundamentalmente deberes de conservación, comunicación y explicación, lo que significa que una de las partes debe poner en conocimiento de la otra los hechos relativos a los elementos existenciales del contrato (objeto, consentimiento), que tengan relevancia para la decisión que tome ésta.

---

(18) **Enneccerus**, *op. cit.*, pág. 226.

Entre los italianos, **Barassi** y **Ruggiero** son también partidarios de la teoría de que la responsabilidad pre-contractual abarca solamente el interés negativo y no el positivo o de cumplimiento. Así, para **Barassi**, (19) la violación de los deberes que incumben a todo tratante en la fase preparatoria, trae consigo la responsabilidad por los daños y perjuicios que se derivan de su culpa (**culpa in contrahendo**), debiendo consistir la indemnización en el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la otra parte, "por la fallida estipulación, por el fracasado contrato", (interés negativo). Y **Ruggiero**, después de sentar las bases de la responsabilidad pre-contractual, afirma que si la parte que sufrió el perjuicio por la ruptura de las conversaciones preliminares ha emprendido ya actos tendientes a lograr la ejecución del contrato, se admite generalmente que hay obligación de resarcir el perjuicio causado, "en la medida, no ya del interés positivo (porque no puede haber incumplimiento de un contrato que todavía no se celebra), sino tomando en cuenta el interés negativo que implica la confianza, abrigada por la otra parte, de poder concluir el contrato ofrecido".

Emitiendo una opinión que va en contra de las dominantes en los países que consideran a la responsabilidad pre-contractual como una variante de la responsabilidad contractual, **Faggella** en el estudio al que hemos tenido oportunidad de referirnos, sostiene que aquella responsabilidad sólo engendra para el causante del daño la obligación de reparar los gastos hechos inmediatamente por las partes, en ocasión de la elaboración del proyecto de contrato, pero que la misma no significa que el tratante que rompa las conversaciones preliminares esté obligado a resarcir el "interés contractual negativo", en la forma amplia que conciben los autores a este "interés", puesto que no puede exigirse al que se retracte el pago de las ganancias frustradas (es decir, el "perjuicio" *strictu sensu*), de aquello que se dejó de obtener por la falta de celebración del contrato. **Faggella** sostiene que lo que debe repararse son sólo los gastos derivados directa e inmediatamente de los tratos preliminares, tales como las erogaciones hechas por el tratante en virtud de los trabajos, estudios y en general las labores preparatorias del contrato, llevadas a cabo sea directamente por el futuro contratante, sea por terceros por encargo y cuenta suya, y las cuales resultaron inútiles a virtud de la retractación.

---

(19) **Barassi**, *op. cit.*, pág. 394.

Las siguientes palabras del autor que comentamos, explican claramente su pensamiento y son de gran importancia para determinar con justicia el alcance que puede dársele a la indemnización derivada de la responsabilidad pre-contractual que venimos estudiando:

“De hecho, dice Faggella, es ya un gran riesgo imponer a las partes que tienen pláticas en relación a un proyecto de contrato, la amenaza de obligarlos a compensar los gastos preparatorios que la otra parte hubiere hecho, aun fuera de toda idea de culpa. Es necesario, entonces, limitar este riesgo a las consecuencias directas e inmediatas de la aquiescencia a las negociaciones (de la retractación o ruptura, diríamos nosotros), y como tales consecuencias no pueden considerarse sino los trabajos realizados a virtud de estas negociaciones: proyectos, planos, viajes, etc., etc. En cambio, la falta de ganancias por la no celebración del contrato, sólo puede ser considerada como resultado indirecto y mediato de la ruptura, sin que pueda imputársele al tratante que se retractó, ya que éste siempre ha tenido el derecho de abandonar las primeras proposiciones para seguir otras nuevas...”, (20) pues como ya se sabe, en esta materia prevalece el criterio de la libertad de contratación, atendiendo a la propia utilidad.

Este criterio del jurista italiano, aunque sustentado en la estimación de la responsabilidad pre-contractual como una variante de la responsabilidad contractual, es aceptable para fijar la extensión de la indemnización derivada de aquella especie de responsabilidad, cualquiera que sea el fundamento jurídico que a la misma se le asigne, y no obstante que se le trate como a una mera responsabilidad delictual, pues tiene su base en un principio tradicional que deriva desde el Derecho romano y que es de la más estricta justicia, conforme al cual los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.

Por último conviene asentar que un estudio de la jurisprudencia francesa hecho por Hilsenrad, llevó a este autor a la conclusión de que la misma sólo admite, por el ejercicio de la acción de responsabilidad derivada de los tratos preliminares, que se reclame el resarcimiento de los gastos verificados en dichos tratos y efectuados en interés común de las partes, pero no el cobro de supuestos perjuicios o ganancias frustradas; solución ésta que puede considerarse, en

---

(20) Paleilles, *op. cit.*, pág. 701.

general, como la adoptada por la jurisprudencia de los países latinos en Europa.

6.—**Derecho Mexicano.**—El problema de la responsabilidad pre-contractual dejando a un lado ya el aspecto clásico del mismo, consistente, según sabemos, en la responsabilidad derivada de la revocación de la oferta (y cuyo análisis en nuestros Códigos se ha hecho antes), debe examinarse en nuestro Derecho, siguiendo el mismo orden que nos ha servido para estudiar la cuestión a través del Derecho extranjero. En efecto, debe decidirse en primer lugar si puede hablarse en Derecho mexicano de la llamada “responsabilidad pre-contractual” y en qué casos se dará la misma; en segundo lugar, y siempre que la anterior cuestión sea resuelta afirmativamente, conviene inquirir por el fundamento, la base legal, de una responsabilidad de tal índole: ¿la responsabilidad por “culpa in contrahendo” será una responsabilidad contractual o delictual? Por último, y afirmada ya la posibilidad de que nuestro Derecho imponga una reparación en algunos casos de ruptura de los tratos previos al contrato, habrá de resolverse cuál será la extensión de la reparación: ¿deberá condenarse al responsable únicamente al pago de los **daños** que le fueron causados por la falta de contratación, entendido el concepto de “daño” en el sentido estricto que le señala el artículo 2108 de nuestro Código civil (pérdida o menoscabo sufridos por el patrimonio); o ¿será posible condenar a aquél a pagar los “**perjuicios**”, esto es, a resarcir todo el lucro cesante, todas las ganancias posibles que se prometía obtener el tratante con el contrato que se frustró, entendiendo “perjuicio” también en el sentido riguroso del artículo 2109 del citado ordenamiento, o sea como privación de cualquier ganancia lícita?

En relación a la primera cuestión, creemos que en nuestro Derecho puede tener cabida el concepto de “responsabilidad pre-contractual” o responsabilidad basada en “culpa in contrahendo”, para usar los términos consagrados por la doctrina, ya que nuestro Código civil reconoce en su artículo 1910, ese principio elemental para la convivencia social conforme al cual el hombre debe conformar su actividad mundana cuidando de no perjudicar a tercero, **neminem laedere** y, caso de hacerlo, reparar los daños que causa. Al establecerse así una regla general de responsabilidad capaz de jugar en todos los casos en que la conducta de un individuo lesione los intereses de sus

semejantes, puede admitirse la existencia de una responsabilidad surgida de los actos preparatorios del contrato, y es deber de la jurisprudencia, llegado el caso, reconocer dicha especie de responsabilidad y sancionarla convenientemente, puesto que todo orden jurídico debe procurar regular, cada vez en mayor grado, los efectos de la conducta humana que representen una lesión o daño a los individuos. (21)

Sólo que la responsabilidad pre-contractual basada en el artículo 1910 del Código Civil, estará condicionada necesariamente a la circunstancia de que el tratante que incurra en ella haya obrado ilícitamente o contra las buenas costumbres, y éste tendrá derecho a liberarse de esa responsabilidad, si demuestra la culpa o negligencia inexcusables de la víctima.

Cuando se rebase el *dolus bonus* del Derecho romano, (22), es decir, la astucia lícita existente en el curso de toda contratación y cuando los co-tratantes no se limiten a exponer "las meras consideraciones generales sobre los provechos y perjuicios que naturalmente puedan resultar de la celebración o no celebración del contrato..." (23), sino que incurran abiertamente en una actitud engañosa, francamente ilícita, puede hablarse de responsabilidad pre-contractual y abrirse una acción fundada en el citado artículo 1910 del Código Civil.

(21) La Suprema Corte, en la ejecutoria que obra a fojas 2304 del Tomo LVII del Semanario Judicial de la Federación, hace una referencia a los "actos preparatorios de la venta" y a las obligaciones que de ellos surgen, tales como pagar al corredor o comisionista que intervino en la operación. Además, entre los Códigos civiles del país, uno de los más modernos, el del Estado de Morelos, reconoce expresamente un caso de responsabilidad precontractual en su artículo 1953, que dice textualmente: "Antes de que esté prestado el servicio, cumplida la condición o aceptada en su caso la oferta que se hubiere hecho a persona indeterminada, podrá el promitente revocar su ofrecimiento, siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que aquél. En este asunto el que pruebe que ha hecho erogaciones para prestar el servicio, cumplir la condición o aceptar la oferta, tiene derecho a que se le reembolsen y al pago de daños y perjuicios. Si tales erogaciones implican ya un principio claro y directo de ejecución respecto a la prestación del servicio, cumplimiento de la condición o aceptación de la oferta, el promitente no podrá ya revocar su ofrecimiento, estando obligado a cumplirlo en sus términos".

(22) Por "*dolus bonus*" dice Maynz, (*Cours de Droit Romain*", No. 202), los romanos entendían la astucia y el artificio empleados para llegar a un resultado loable y desde luego lícito. "La simple reticencia, dice Coviello (*Doctrina General del Derecho Civil*, Ed. Uteha, pág. 426), no constituye el dolo. Tampoco lo son las añagazas que se emplean, la elocuencia que se despliega para exagerar las buenas cualidades de una mercancía, y todos los ingeniosos expedientes del moderno réclame...". Brugi, en sus *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Uteha, No. 24 (c), pág. 131, dice: "Hoy hemos llegado a consentir en la contratación, especialmente en la del comercio, una abundancia deplorable de afirmaciones falaces que encuadrarían en el *dolus malus* romano".

(23) Artículo 1821 del Código civil.

Actitud ilícita del tratante existiría en aquellos casos de falta de seriedad en la manifestación de voluntad, como cuando alguno aparenta querer celebrar un contrato y lo hace sólo con el fin de burlar a alguien, esto es, por simple broma; ejemplo éste de un caso de desacuerdo entre la voluntad interna y la declarada, cuando dicho desacuerdo sea debido a una mala fé y pueda probarse (24). Además, en aquellas situaciones en las cuales el tratante oculta determinados hechos o datos, v. gr., los relativos a su capacidad o a la falta de personalidad necesaria para poder llegar a la conclusión del contrato, o bien, en casos de ruptura francamente arbitraria de los tratos. En todo caso, es esta una cuestión de hecho que debe ser resuelta por la jurisprudencia.

La segunda cuestión, o sea la relativa a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, está implícitamente resuelta con la sola mención del artículo 1910, pues sabido es que dicho artículo forma parte de los preceptos que regulan, en nuestro Código, la responsabilidad delictual también llamada extra-contractual. En consecuencia, podemos afirmar que para nosotros la responsabilidad precontractual es una especie de responsabilidad delictual, y que no puede considerarse como un aspecto de la responsabilidad contractual, como lo sostienen la doctrina y las legislaciones de tipo germánico, según aparece del superficial examen de las mismas, que antecede. Y es que nuestro Código, en este como en otros aspectos, sigue la tradición latina, que sienta un principio general de responsabilidad... , válido para ser aplicado en todas las circunstancias.

La cuestión relativa a la extensión de la reparación por responsabilidad pre-contractual, para saber si por virtud de ella debe imponerse al tratante que motivó la ruptura de las conversaciones preliminares, el pago de los daños, entendidos como pérdida efectiva sufrida por el patrimonio, o también el de reparar los perjuicios, esto es, la ganancia que hubiera sido posible obtener por el contrato, debe ser resuelta, a nuestro juicio, en la forma en que lo hace la mayoría de la doctrina europea, o sea decidiendo que sólo deben repararse los daños, el "interés contractual negativo", que llama la mencionada doctrina; pero nunca debe condenarse a la reparación de los perjuicios, esto es, a que se reponga lo que se dejó de ganar, porque tal cosa sólo hubiera sido posible cuando el contrato se hubiera ya celebrado y hubiera quedado incumplido. Condenar al pago de los perjuicios sufridos, obli-

---

(24) Coviello, *op. cit.*, págs. 400, 401.

gando al resarcimiento de las ganancias que se hubieren obtenido, equivaldría a establecer la existencia del contrato, y a condenar al "interés contractual positivo" que sólo existe cuando el contrato ya se celebró.

En lo relativo a la naturaleza de los daños (pérdidas y menoscabos) que deben ser reparados, creemos que aquí debe seguirse también el principio (no obstante que esté contenido en la materia de responsabilidad contractual) conforme al cual, sólo pueden ser reparados aquellos daños que sean consecuencia inmediata y directa de la ruptura de los tratos preliminares, no otros que no llenen esos caracteres: por eso, los gastos hechos en vista de la celebración del contrato y absolutamente indispensables para poder celebrar las conversaciones preliminares; aquellos que el tratante culpable autorizó o sugirió expresamente, etc. etc., es lo único que puede ser reparado. Las circunstancias del caso concreto determinarán cuáles gastos deban ser reparados, y cuáles no, sea porque al hacerlos se excedió el tratante no culpable, o por cualquier otra causa.

Los accidentes sufridos por los tratantes o por terceras personas en el curso de los tratos preliminares, y que algunos autores europeos pretenden sean reparados invocando la responsabilidad pre-contractual, como por ejemplo los que sufriera el posible comprador y otras personas en la prueba o ensayo de un automóvil, son hechos —a nuestro juicio— totalmente extraños a la preparación del contrato y que caen en la esfera de la responsabilidad delictual, pero cuya fuente es totalmente ajena a la ruptura de los tratos preliminares. Podrá ser la responsabilidad a consecuencia de un delito, la que surge del empleo de cosas peligrosas, etc. etc., pero nada tiene que hacer aquí el futuro o posible contrato y ninguna necesidad hay, en nuestro Derecho a lo menos, de invocarlo para exigir esa responsabilidad.

En resumen: el estudio del período preliminar del contrato, en nuestro Derecho nos lleva a las siguientes conclusiones: El período en cuestión puede surgir a consecuencia de simples conversaciones o tratos previos, o bien de una oferta en forma. Ambos actos pueden entrañar responsabilidad, pero la responsabilidad variará. La consecuencia de la ruptura de las conversaciones preliminares no podrá ser, jamás, la de obligar a los tratantes a celebrar el contrato (25), pues es

---

(25) Así lo ha reconocido la Suprema Corte en la ejecutoria que obra a fojas 418 del Tomo XXIV del Semanario Judicial de la Federación, al decir que: "No puede ejercitarse una acción para exigir el cumplimiento de un contrato que no se consumó".

evidente que la libertad de contratación trae implícita la de no contratar. La única consecuencia será solo el condenar al culpable de la retractación, o bien al tratante que sin retractarse hace imposible la celebración del contrato, al pago de los daños (*stricto sensu*) sufridos en ocasión de dicha ruptura de los tratos y ello siempre que el culpable haya obrado implícitamente. Esos daños por reparar serán exclusivamente aquellos que se hayan producido como consecuencia directa e inmediata de la ruptura, no otros, y fundamentalmente consistirán en la reparación de los gastos hechos por uno de los tratantes en virtud de las conversaciones.

En el caso de que haya existido ya una oferta en forma, existe una solución legal. Conforme al Código civil de 1884, la retractación obligaba a pagar daños y perjuicios solamente, como en el caso de ruptura de conversaciones preliminares. El Código vigente ha establecido que la revocación no produce efecto alguno si se hace dentro del plazo fijado por los contratantes o por la ley para mantener la oferta, cuando se trata de contratos entre ausentes. Aquí sí, la ruptura no impedirá que el contrato se celebre.

**Antonio AGUILAR GUTIERREZ**

**Investigador del Instituto de Derecho Comparado  
de México.**