

Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas precontractuales

Sheraldine PINTO OLIVEROS *

Sumario

Introducción 1. Condiciones de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas: La culpa *in contrahendo* 2. Condiciones de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas: El daño. Conclusión

Introducción

La responsabilidad precontractual o, lo que es lo mismo, la obligación de reparar el daño ocasionado por hecho ilícito en la fase previa al perfeccionamiento del contrato¹, no se encuentra expresamente regulada en nuestro Código Civil. Por lo tanto, las tradicionales hipótesis² reconducibles a dicha responsabilidad

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado *Cum Laude*. *Università degli Studi di Roma I «La Sapienza»*, Especialista en Derecho del Consumidor y en Responsabilidad Civil. *Università degli Studi di Roma II «Tor Vergata»*, Magíster en Derecho Privado. *Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna*, Doctora en Derecho Privado, *Summa Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela**, Profesora de Derecho Civil III (Obligaciones) y de Contratos y Garantías. **Universidad Metropolitana**, Profesora de Contratos Petroleros en el Diplomado de Estudios Avanzados en Derecho de Hidrocarburos.

¹ Para DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, p. 544, la responsabilidad precontractual es aquella que «se genera durante el período de formación del contrato por la violación de un deber de conducta impuesto por la buena fe en sentido objetivo».

² Sin duda, estas no son las únicas hipótesis de responsabilidad precontractual. De allí que, agudamente, LUPINI BIANCHI, Luciano: *La responsabilidad precontractual en el*

—es decir, la responsabilidad por celebración de contrato inválido y la responsabilidad por ruptura injustificada de tratativas precontractuales— deben subsumirse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual³.

De hecho, la ausencia de contrato en la oportunidad de acaecimiento del hecho ilícito excluye en esas hipótesis el régimen alternativo de la responsabilidad contractual⁴, que, en cambio, presupone la existencia de contrato entre las partes, y que además protege un interés jurídico distinto, respecto a aquel tutelado por la responsabilidad extracontractual⁵.

Derecho comparado moderno y en Venezuela. ACPS. Caracas, 2014, p. 140, observe que «un hecho que no impide la celebración del contrato o que no se traduce en una anomalía del que se llegue a concluir puede, sin embargo, desencadenar la responsabilidad de una de las partes».

- ³ En este sentido, MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 2ª, reimp., 5ª, ACPS. Caracas, 2014, p. 118, afirma: «durante el decurso mismo de tratos o conversaciones las partes (...) no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido un consentimiento en sentido técnico, pero los mecanismos de la responsabilidad extracontractual (artículo 1185 del Código Civil) pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella». En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 545. Por su parte, LUPINI BIANCHI: ob. cit., p. 261, sostiene que «actualmente, se suele estar de acuerdo en incluir dentro de los supuestos generadores de responsabilidad precontractual no solo la ruptura injustificada de las negociaciones o tratativas, sino también a los casos en que se celebra un contrato inválido o nulo, por haberse incurrido en una violación de la buena fe precontractual y, finalmente, a la celebración de un contrato válido, pero desventajoso, que merma las razonables expectativas económicas de una de las partes, como consecuencia de la actuación desleal de la otra parte en la fase precontractual».
- ⁴ Sobre las diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, se permite el reenvío a PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «A propósito de la responsabilidad contractual». En: *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas Roma y América*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. R. MORALES HERVIAS y G. PRIORI POSADA, editores. Lima, 2012, pp. 283-305.
- ⁵ De acuerdo con DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 281, «la responsabilidad civil extracontractual tiene lugar por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato o de ninguna convención entre agente y víctima —fuentes de las obligaciones distintas al contrato—».

En la responsabilidad contractual, el interés protegido por el ordenamiento jurídico es el interés del acreedor a la prestación u obligación contractual incumplida por el deudor. De allí que dicha responsabilidad se fundamenta en la violación del principio de la fuerza obligatoria del contrato, previsto en el artículo 1159 de nuestro Código Civil.

En la responsabilidad extracontractual, en cambio, el interés protegido por el ordenamiento jurídico es el derecho subjetivo –o el interés digno de tutela– de la víctima, lesionado por el daño –injusto– ocasionado por el agente. Por ello, la también denominada «responsabilidad delictual» o «aquiliana» se fundamenta en la violación del principio *neminem laedere* o, lo que es lo mismo, del deber genérico de «no ocasionar daño –injusto– a otro». De allí que el artículo 1185 del Código Civil consagre el corolario de dicho principio al expresar «el que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo».

La responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas constituye una especie de la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, comparte las mismas condiciones de procedencia de esta última, es decir, la culpa, el daño y la relación de causalidad entre la culpa y el daño. Sin embargo, el interés específicamente protegido por el ordenamiento jurídico en la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas es la confianza «legítima» defraudada por dicha ruptura⁶. De allí que, en la responsabilidad

⁶ En este sentido, se ha pronunciado también la doctrina italiana, *cf.* BRECCIA, Umberto *et aliter: Diritto privato*. Parte I. UTET. Torino, 2005, p. 238, al señalar que «En la responsabilidad precontractual la razón del ilícito no se encuentra ni en el incumplimiento de una prestación debida, ya que ésta aún no ha surgido pues se fundamenta únicamente en el contrato, ni en la violación de un compromiso contractual, que aún no se ha celebrado. Dicha responsabilidad, en cambio, resulta al mismo tiempo de una conducta antijurídica consistente en la contrariedad a la rectitud en el ejercicio de la libertad contractual, en la violación de un deber de aviso o de uno de los deberes de información que limitan dicha libertad, y de la lesión de un interés jurídicamente relevante constituido por la confianza legítima en la celebración del contrato, o de la confianza legítima en el perfeccionamiento de un contrato válido o no viciado» (trad. libre).

por ruptura injustificada de las tratativas, la culpa y el daño presenten ciertas peculiaridades en atención al interés protegido por dicha especie de responsabilidad. El presente artículo se dirige a analizar las peculiaridades de la culpa y del daño en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas precontractuales.

1. Condiciones de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas: La culpa *in contrahendo*

El contrato puede perfeccionarse inmediatamente o como resultado de una etapa previa⁷, generalmente denominada «tratativas» o «tratos precontractuales», donde las partes negocian el contenido —es decir, los términos y condiciones— del futuro contrato. Esta fase precontractual está regida, de un lado, por la libertad de contratar o no contratar⁸, que las partes conservan hasta el perfeccionamiento del contrato; y, del otro lado, por la buena fe en sentido objetivo⁹.

⁷ En opinión de DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 542, el período preparatorio de todo contrato «abarca desde que las partes experimentan el deseo de contratar hasta que se perfecciona la integración de voluntades». Para un análisis de las distintas fases de formación del contrato, véase, LUPINI BIANCHI: ob. cit., pp. 144 y ss.

⁸ La doctrina venezolana reconoce la libertad de contratar o no contratar como consecuencia o corolario del principio rector del derecho contractual, es decir, el principio de autonomía de la voluntad. Sobre el tema, véase, entre otros, KUMMEROW, Gert: *Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el Derecho privado*. UCV. Caracas, 1956, p. 45; PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual». En: *Nuevas tendencias en el Derecho privado. Memorias de las I Jornadas franco-venezolanas de Derecho Civil*. J. ANNICCHIARICO, S. PINTO OLIVEROS y P. SAGHY, coords. EJV. Caracas, 2015, p. 264, nota 28.

⁹ En este sentido, TERRÉ, François; SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les obligations*. 9^a, Dalloz. París, 2005, p. 185, recuerdan que «el período precontractual se coloca bajo el doble signo de la libertad y de la buena fe» (trad. libre).

La buena fe¹⁰ en sentido objetivo se refiere a un patrón o regla de conducta correcta y leal de los sujetos¹¹ que presiden las distintas etapas del contrato¹², incluyendo la fase precontractual¹³. De allí que, además de ser un principio del derecho contractual¹⁴, la buena fe en sentido objetivo constituye «un criterio

¹⁰ En el ordenamiento jurídico, la buena fe también posee una acepción subjetiva referida a un estado psicológico o de espíritu del sujeto; o, más específicamente, a la creencia de estar conforme a Derecho. Esta acepción es especialmente aplicable a los derechos reales y, en particular, a la prescripción adquisitiva, pero, no al derecho contractual. Para un exhaustivo análisis de la buena fe, véase, LUPINI BIANCHI: ob. cit., pp. 76 y ss., y 192 y ss.

¹¹ Al entender la buena fe objetiva como patrón de conducta (MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 423), regla de conducta (LUPINI BIANCHI: ob. cit., p. 198), comportamiento ético (MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones*. Tomo II. UCAB. 2001, p. 805), etc., la doctrina venezolana sigue fundamentalmente las enseñanzas de BETTI, quien señala que, con relación al perfeccionamiento del contrato, la mención a la buena fe no es otra cosa que una aplicación del criterio de rectitud –*correttezza*– que se deben recíprocamente deudor y acreedor. Asimismo, el insigne jurista italiano atribuyó a la buena fe el significado de «empeño de cooperación», «espíritu de lealtad», «actividad de cooperación», «respeto recíproco de los contratantes»; y, además, la vinculó con el principio de solidaridad. Cfr. BETTI, Emilio: *Teoria generale delle obbligazioni*. Tomo I. Giuffrè editore. Milano, 1953, pp. 80 y ss.

¹² A pesar de que el artículo 1160 del Código Civil regule la buena fe respecto a la etapa de ejecución del contrato, y el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil con relación a la interpretación del contrato, la doctrina y la jurisprudencia venezolana unánimemente aceptan que la buena fe debe presidir todas las fases del contrato. Sobre este aspecto, véase, MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 423; MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: ob. cit., p. 805; RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo: «La buena fe en la ejecución del contrato». En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andres Aguilar Mawdsley*. Vol. II. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 446; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., pp. 5-16.

¹³ LUPINI BIANCHI: ob. cit., p. 201, señala: «no parece posible dudar actualmente que en Venezuela se configura al deber de comportarse conforme a cánones de lealtad, honestidad y corrección, en la fase precontractual, como una aplicación concreta de la buena fe en su acepción objetiva»; a pesar de ello, el autor añade valiosas precisiones y aplicaciones en razón del relativo desarrollo doctrinal del tema.

¹⁴ Entre otras sentencias, la jurisprudencia venezolana ha reconocido la buena fe como principio de derecho contractual en: TSJ/SPA, sent. N° 01423, del 06-11-08; y, como principio general del derecho en TSJ/SPA, sents. N° 03668, del 02-06-05 y N° 00087, del 11-02-04.

de valoración *a posteriori* del comportamiento de las partes»¹⁵ por parte del juez; quien, a tal fin, debe atender a las circunstancias del caso concreto¹⁶.

En este sentido, la buena fe en sentido objetivo se inspira en la exigencia de conciliar los intereses contrapuestos de las partes; en la fase precontractual, específicamente, ello significa conciliar la libertad de contratar o no contratar de una de las partes con la protección de la confianza «legítima» en la celebración del futuro contrato de la otra parte. En otros términos, el juez debe valorar –atendiendo a las circunstancias del caso concreto, que deben ser alegadas y probadas en el proceso– si la libertad de contratar o no contratar de una de las partes fue ejercida de manera arbitraria, lesionando la confianza «legítima» de su contraparte; dado que, en materia de responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas precontractuales, el interés protegido por el ordenamiento es la confianza «legítima» en la celebración del futuro contrato, defraudada por la ruptura «injustificada» de las tratativas en violación de la buena fe.

De allí que, a los fines de verificar la subsistencia de la culpa –cual condición de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de tratativas– que, en este último ámbito, se denomina «culpa *in contrahendo*», el juez deba apreciar, de un lado, si las tratativas crearon confianza «legítima» en la contraparte respecto a la celebración del futuro contrato o, lo que es lo mismo, si las tratativas fueron serias; y, del otro lado, si la ruptura de las tratativas fue injustificada.

La efectiva presencia de los precitados requisitos de la culpa *in contrahendo* debe ser constatada por el juez; en cuanto, no toda interrupción de las tratativas

¹⁵ Cfr. BRECCIA *et al.*: ob. cit., p. 211.

¹⁶ De allí que la buena fe en sentido objetivo sea al mismo tiempo un principio del derecho contractual y una cláusula general, que debe ser concretada, por el juez, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En este orden de ideas, KUMMEROW: ob. cit., p. 163, señala: «debemos entender que, al referirse a la ‘buena fe’, lo que ha querido recoger el Derecho positivo es un concepto que permita al juez desplazarse más libremente en su apreciación de las relaciones concretas en las cuales debe constatar si se realiza el tipo abstractamente previsto por la norma jurídica».

precontractuales viola la buena fe, y además la fase precontractual es regida también por la libertad de contratar o no contratar¹⁷. En consecuencia, las partes pueden interrumpir las tratativas en cualquier estado de las negociaciones, incluso en el último momento, sin ningún tipo de responsabilidad, siempre que lo hagan conforme a la buena fe¹⁸.

Para determinar si las tratativas engendraron en la contraparte confianza «legítima» en la celebración del futuro contrato, y no una mera expectativa¹⁹ que, en cambio, no merecería tutela por parte del ordenamiento jurídico, el juez debe atender a las circunstancias del caso concreto; y, en particular, a la

¹⁷ En tal sentido, AMATO, Cristina: *Affidamento e responsabilità*. Giuffrè editore. Milano, 2012, p. 122, ha sostenido que «la protección de los intereses reconocidos como merecedores –de tutela– por parte del ordenamiento jurídico no es, a su vez, absoluta, sino que requiere un equilibrio entre intereses contrapuestos, sometido a la experiencia del juez y de la doctrina. De forma específica, los intereses apenas citados deben medirse con el principio de libertad contractual, entendido también en sentido negativo, es decir, –libertad– de no celebrar el contrato. Por tal razón, la jurisprudencia –no solo italiana– no considera incorrecto la ruptura de tratativas, sino la ruptura injustificada; ni siquiera el estado avanzado de las tratativas representa, por sí solo, un motivo injustificado de ruptura, más bien es relevante la conciencia –no necesariamente dolosa– de no querer/poder celebrar el contrato, quizás manteniendo tratativas paralelas, o el inicio de ejecución de la prestación por parte de quien confió, o la presencia de cartas de intención; así como es incorrecto no respetar los compromisos precontractuales: típicamente, la cláusula de confidencialidad» (trad. libre). Para evitar una impropia aplicación del abuso del derecho a la libertad de contratar o no contratar en el supuesto de la ruptura injustificada de las negociaciones, véase, LUPINI BIANCHI: ob. cit., pp. 238 y ss.

¹⁸ De allí que DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 545, sostenga: «si los precontratantes, por el hecho de la realización de las tratativas, no contraen obligación alguna de permanecer en ella, resulta evidente que el acto unilateral consistente en ponerle fin en cualquier momento no puede por sí solo generar responsabilidad, aunque pudiera generar daños para el interlocutor. Es necesario más que una ruptura meramente intempestiva para que nazca la obligación de resarcir. Será menester que ese retiro o acto sea culposo».

¹⁹ Las meras expectativas, que alguien haya podido crearse sin justo motivo –por ejemplo, por excesivo optimismo o credulidad–, no merecen tutela por parte del ordenamiento jurídico; en cuanto, la buena fe también impone la actuación diligente de las partes. De allí que, respecto a la excesiva credulidad o, en general, la actuación negligente rija la máxima: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

proximidad de las negociaciones respecto al perfeccionamiento del futuro contrato o, de manera más general, al avanzado estado de las negociaciones.

A tal fin, el juez puede tomar en cuenta diversos factores como: i. La extensión del proceso de negociación, o el número de reuniones o contactos entre las partes, y ii. las estipulaciones que las partes «ya» han acordado, o los acuerdos parciales alcanzados; en particular, si estos se refieren a aspectos principales o claves del futuro contrato.

En cambio, otros factores –como: i. Los aspectos o puntos en los aún no existe acuerdo entre las partes, o que aún no han sido negociados; especialmente, si estos están referidos a aspectos principales o claves del futuro contrato; ii. los aspectos en los que las partes están en desacuerdo, o los problemas que aún deberían resolver, y iii. los acuerdos o estipulaciones que deberían ser revisados, en atención al desarrollo de las negociaciones– permitirían al juez constatar el nulo o limitado avance las negociaciones, respecto al perfeccionamiento del contrato; y, en consecuencia, lo llevarían a descartar que las mismas fueron capaces de generar confianza «legítima» en la celebración del futuro contrato.

Si con base en lo alegado y probado en el caso concreto, no puede reputarse que las negociaciones hayan sido capaces de engendrar confianza «legítima» en la celebración del futuro contrato, no podrá considerarse satisfecho el requisito de la culpa *in contrahendo* y, en consecuencia, no procedería la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas. En otros términos, la mera expectativa de celebración de un futuro no es suficiente para justificar la procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas.

En todo caso, para constatar o descartar la presencia de los precitados factores o para verificar el estado de avance de las negociaciones, el juez debe analizar el «contenido» del *term sheet*, de la carta de intención, del memorándum de entendimiento, de las minutas y de los acuerdos parciales, que las partes hayan eventualmente realizado en el caso concreto; así como los demás medios probatorios, que estas hayan producido en el juicio.

Por otra parte, el juez debe valorar si la ruptura de las tratativas fue (in)justificada; ya que, durante la fase precontractual, las partes son libres de contratar o no contratar. Por lo que pueden interrumpir las tratativas en cualquier estado de las negociaciones, siempre que lo hagan conforme a la buena fe. En consecuencia, la ruptura de las tratativas fundada en una justa causa no genera responsabilidad, incluso si tiene lugar en el último momento o cuando las negociaciones presenten un estado considerable de avance, ya que la ruptura de las tratativas fundadas en un justo motivo no viola la buena fe.

2. Condiciones de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas: El daño

El daño es la *condictio sine qua non* de la responsabilidad. Sin daño no hay responsabilidad. De allí que, en caso de demandarse la indemnización de daños y perjuicios, el libelo de demanda deba indicar la especificación de estos y sus causas, de acuerdo con el ordinal 7° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

El carácter imprescindible del daño, respecto a la responsabilidad, fundamenta también las exigencias conforme a las cuales la parte actora debe cuantificar el monto de los daños demandados²⁰; y, además, debe probar la existencia del daño –*an*– y su consistencia –*quantum*– en el juicio, conforme a las reglas de la carga de la prueba²¹ en el procedimiento venezolano.

Para identificar los daños reparables debe atenderse al interés protegido por el ordenamiento jurídico, según el tipo de responsabilidad.

En la responsabilidad contractual, el interés protegido por el ordenamiento jurídico es el interés del acreedor a la prestación u obligación contractual incumplida por el deudor. En consecuencia, la reparación del daño se dirige

²⁰ En atención al artículo 38 del Código de Procedimiento Civil.

²¹ *Cfr.* artículo 506 del Código de Procedimiento Civil.

a colocar al acreedor en la situación en la que se habría encontrado si el contrato se hubiese cumplido. De allí que la reparación pueda abarcar el daño emergente y el lucro cesante resultantes del incumplimiento del contrato, de acuerdo con el artículo 1273 del Código Civil.

En la responsabilidad extracontractual, en cambio, el interés protegido por el ordenamiento jurídico es el derecho subjetivo –o el interés digno de tutela– de la víctima, lesionado por el daño injusto, atribuible al agente. Por lo tanto, la reparación del daño se orienta a colocar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño; o, cuando ello no fuera posible, en la situación lo más semejante posible²². Por ello, la obligación de reparar se extiende a todo daño material o moral causado por el hecho ilícito, de conformidad con el artículo 1196 del Código Civil.

Dado que, en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, el específico interés protegido por el ordenamiento jurídico es la confianza legítima defraudada por la ruptura injustificada de las tratativas precontractuales, la reparación del daño se dirige a colocar a la parte, cuya confianza legítima fue defraudada, en la situación en la que se encontraba antes de la ruptura de las tratativas²³, y no en aquella que resultaría de la celebración o de la ejecución del contrato, cuya negociación fue interrumpida.

²² Esta diferenciación fundamenta la distinción entre resarcimiento e indemnización.

²³ En este sentido, la doctrina italiana, BRECCIA *et al.*: ob. cit., p. 238, señala: «la identificación del interés protegido permite también identificar el daño resarcible, que es distinto a aquel resarcible en la responsabilidad contractual. La pérdida sufrida –daño emergente– y la ganancia privada –lucro cesante– (...) no se determinan como efecto de la falta de obtención del interés en la prestación, sino como efecto de la lesión de la expectativa respecto a la celebración del contrato o al perfeccionamiento de un contrato válido o no viciado. Entonces, el daño emergente estará representado por todos los gastos realizados con miras a la celebración del contrato o por la ejecución de un contrato que se consideraba formado. En cuanto al lucro cesante, éste no puede referirse a la prestación que la víctima quería obtener con el contrato, ya que éste no es el interés protegido por la responsabilidad precontractual, sino que debe valorarse respecto a las oportunidades que la parte ha perdido por haber legítimamente confiado en la celebración, o en el perfeccionamiento válido del contrato» (trad. libre).

De allí que, en materia de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, no exista controversia respecto a la irresarcibilidad del denominado «interés positivo» o, lo que es lo mismo, de la prestación, utilidad, ganancia o, en general, de las ventajas que el contrato, cuyas tratativas fueron interrumpidas, habría procurado a la parte cuya confianza legítima fue defraudada. En otros términos, no es reparable el lucro cesante por la falta de celebración o por la inejecución del contrato, cuya negociación fue interrumpida, en el ámbito de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, pues ello equivaldría a identificar erróneamente el interés jurídico protegido por la responsabilidad precontractual con aquel tutelado por la responsabilidad contractual.

En cambio, se acepta la resarcibilidad del denominado interés negativo²⁴ que «consistirá en los gastos que hubiera incurrido justificadamente el negociador defraudado por contar con la seriedad de los tratos»²⁵. En otras palabras, en el ámbito de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, es resarcible el daño emergente²⁶ y, progresivamente, la doctrina ha aceptado la resarcibilidad de la denominada «pérdida de oportunidad»²⁷.

Sin embargo, la pérdida de oportunidad no debe confundirse con el lucro cesante, en cuanto la pérdida de oportunidad es un daño actual o cierto, mientras que el lucro cesante es un daño futuro²⁸. De hecho, «en la también

²⁴ Para DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 546, «la regla general se sitúa en la reparación del interés negativo, es decir, los gastos generados por tal comportamiento; no alcanzando los beneficios que hubiera generado el contrato no celebrado».

²⁵ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 118.

²⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 543, precisa que «el contenido de la obligación de indemnizar se ciñe en todo caso a los daños producidos por la ruptura de los tratos; alcanza a los gastos que se hicieron en vistas a la celebración de un contrato determinado, siempre que sean específicos; no se extienden así a los que se hubieran tenido por el solo hecho de iniciar la negociación. No comprende, en general, de ganancia dejada de obtener».

²⁷ En tal sentido, MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 118.

²⁸ En la actualidad, el lucro cesante constituye el único daño futuro reparable en el ordenamiento jurídico venezolano.

denominada pérdida de chance, el daño es haber privado a la víctima de una específica oportunidad»²⁹, es decir, el daño ya aconteció; en consecuencia, «el problema no es la certeza del daño, sino las consecuencias del perjuicio»³⁰ o, lo que es lo mismo, la determinación de la situación en que se encontraría la víctima si no hubiese sido privada de dicha oportunidad.

Por ello, la reparación de la pérdida de oportunidad es proporcional a la probabilidad que tenía la víctima de obtener el resultado, ofrecido por la oportunidad de la que fue privada, sin que en ningún caso el monto de la reparación pueda equipararse a la consecución de dicho resultado; debido a que, como la oportunidad ya aconteció, nunca se podrá tener certeza de lo que habría sucedido si la víctima no hubiese sido privada de dicha oportunidad³¹.

En el específico ámbito de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, la oportunidad perdida se refiere a otras negociaciones, contratos, licitaciones, etc., distintos al contrato cuyas tratativas fueron interrumpidas injustificadamente³², que la víctima haya perdido por haber confiado «legítimamente» en la celebración del contrato, cuyas tratativas fueron interrumpidas.

²⁹ Cfr. PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «*Taking Personal Injury Seriously*: Luces y sombras en la determinación del daño extrapatrimonial». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*. ACPS. Caracas, 2012, p. 493.

³⁰ *Ibid.*, p. 493. En Francia, respecto a la pérdida de oportunidad, FABRE-MAGNAN, Muriel: *Les obligations*. PUF. París, 2004, p. 711, ha señalado: «Si, para ser reparado, un daño debe ser cierto, es decir, que no debe haber ninguna duda sobre su existencia o sobre su futura ocurrencia. Es posible, sin embargo, que exista cierta incertidumbre respecto a la situación que habría tenido la víctima si el hecho dañoso no se hubiese producido. A pesar de ello, una indemnización puede ser concedida, considerando que hay certeza respecto a la existencia del daño, pero con base en el cálculo de probabilidades: esto es lo que se denomina ‘la indemnización de la pérdida de oportunidad’» (trad. libre).

³¹ En este sentido, PINTO OLIVEROS: *ob. cit.* («*Taking Personal...*»), p. 493; y FABRE-MAGNAN: *ob. cit.*, p. 711; DOMÍNGUEZ GULLÉN: *ob. cit.*, pp. 259 y 260.

³² En opinión de MÉLICH-ORSINI: *ob. cit.*, p. 118, el interés negativo consiste también «en las negociaciones paralelas que viniera celebrando y que hubiera sido inducido a abandonar por el mismo motivo; pero debe tenerse en cuenta que semejante indemnización no podrá superar en ningún caso el interés contractual positivo».

Por lo que, en un juicio de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de tratativas, la parte que invoca la pérdida de oportunidad debe alegar y probar, de un lado, la específica oportunidad que perdió –por ejemplo, otra negociación en la que dejó de participar, u otra licitación en la que no participó, etc.– por haber confiado legítimamente en la celebración del contrato, cuyas tratativas fueron injustificadamente interrumpidas, y, del otro lado, la probabilidad de alcanzar el resultado ofrecido por la oportunidad –alternativa– de la que fue privada –por ejemplo, la probabilidad de haber celebrado el contrato alternativo que dejó de negociar, o de que se le adjudicase la licitación alternativa, etc.–.

De hecho, la pérdida de oportunidad es perfectamente cuantificable y demostrable en juicio. Por lo que el juez podrá calcular el monto de la reparación a título de pérdida de oportunidad multiplicando la ventaja, utilidad o ganancia, ofrecida por la específica oportunidad perdida, por la probabilidad de obtener dicho resultado; sin que, en ningún caso, la reparación pueda equipararse a la obtención del resultado que derivaría de dicha oportunidad. En otras palabras, la reparación de la pérdida de oportunidad es proporcional a la oportunidad perdida.

Adicionalmente a la culpa y al daño, la responsabilidad precontractual por ruptura injustificadas de las tratativas exige, entre sus condiciones de procedencia, la relación de causalidad entre la culpa *in contrahendo* del agente y el daño sufrido por la víctima. Sin embargo, la relación de causalidad no presenta peculiaridades en la responsabilidad precontractual, respecto a la responsabilidad extracontractual³³. Por lo que no ha sido objeto de análisis en el presente ensayo.

Conclusión

La Dra. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, en cuyo homenaje se realiza el presente número de la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, y a quien dedico este estudio, subraya el contraste entre la insuficiente regulación del proceso

³³ En este sentido, DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 546, señala: «por tratarse de una responsabilidad extracontractual cabe seguir la teoría de la causalidad adecuada».

de formación del contrato y su relevancia en la práctica³⁴; revelando, de esta manera, la multiplicidad de problemáticas que requieren mayor atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, especialmente, con relación a la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas.

La responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas comparte las mismas condiciones de procedencia de la responsabilidad extracontractual, debido a que constituye una especie de esta última. Sin embargo, el interés específicamente protegido por el ordenamiento jurídico en dicha especie de responsabilidad —es decir, la confianza «legítima» en la celebración del contrato, defraudada por la ruptura injustificada de las negociaciones— determina ciertas peculiaridades respecto a la culpa y al daño, cuales son condiciones de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas.

Para determinar la subsistencia de la denominada «culpa *in contrahendo*», el juez debe apreciar, de un lado, si las tratativas crearon confianza «legítima» en la contraparte respecto a la celebración del futuro contrato y, del otro lado, si la ruptura de las tratativas fue injustificada. La efectiva presencia de estos requisitos debe ser constatada por el juez; en cuanto no toda interrupción de las tratativas precontractuales viola la buena fe, y debido a que la fase precontractual es regida también por la libertad de contratar o no contratar.

En la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, el daño resarcible es el denominado «interés negativo» que puede comprender el daño emergente y la pérdida de oportunidad, ocasionados por la interrupción injustificada de las negociaciones, ya que, en este tipo de responsabilidad, el interés protegido es la confianza legítima en la celebración del contrato, defraudada por la ruptura injustificada de las tratativas precontractuales. De allí que la reparación del daño se dirija a colocar a la parte, cuya confianza legítima fue defraudada, en la situación en la que se encontraba antes de la ruptura de las tratativas, y no en aquella que resultaría de la celebración o de la ejecución del contrato.

³⁴ Cfr. *ibid.*, p. 542.

Sin embargo, la pérdida de oportunidad no debe ser confundida con el lucro cesante, en cuanto aquella es un daño actual o cierto, mientras que el lucro cesante es un daño futuro; el cual, además, es irresarcible en el ámbito de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, en atención al interés protegido por el ordenamiento jurídico en este tipo de responsabilidad. De hecho, en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas, el interés protegido es la confianza legítima en la celebración del contrato, cuya negociación fue injustificadamente interrumpida, y no la prestación a la que la víctima habría tenido derecho si el contrato se hubiese celebrado.

Para dilucidar estas y otras problemáticas que coloca nuestro ordenamiento jurídico es indispensable el aporte de juristas como la Dra. María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, quien, con sus obras, ha contribuido, y contribuye, al desarrollo de las diversas áreas del Derecho Civil, incluyendo las obligaciones y el contrato, donde se ubican las problemáticas relativas a la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas.

* * *

Resumen: La responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas constituye una especie de la responsabilidad extracontractual y, por lo tanto, comparte sus mismas condiciones de procedencia. Sin embargo, el interés específicamente protegido por el ordenamiento jurídico en este tipo de responsabilidad –es decir, la confianza «legítima» en la celebración del contrato, defraudada por la ruptura injustificada de las negociaciones– determina ciertas peculiaridades respecto a la culpa y al daño. El presente artículo analiza las singularidades en estas condiciones de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas. **Palabras clave:** Responsabilidad precontractual, ruptura de las tratativas, buena fe, culpa *in contrahendo*, pérdida de oportunidad. Recibido: 31-01-18. Aprobado: 19-02-18.