

# Los tratos preliminares: Una aproximación a la formación del contrato

Juan Reyes Eloy\*

## SUMARIO

- Introducción
- I. Marco conceptual
- II. Los tratos preliminares y otras figuras jurídicas de la fase precontractual
- III. Posibles efectos vinculantes de los tratos preliminares y su incidencia en la formación e interpretación del contrato
- IV. El principio de la buena fe en los tratos preliminares
- V. Responsabilidad por el abandono o ruptura de los tratos preliminares
- VI. Conclusión / VII. Bibliografía

## Resumen

Los tratos preliminares son aquellas conversaciones, actuaciones o negociaciones previas a la formación del contrato, que sientan las bases para llegar al convencimiento de dicho compromiso definitivo. Estos no poseen –en principio– fuerza vinculante, no crean obligaciones y por ende, no constituyen actos jurídicos per se. A pesar de ello, en algunos casos habrá efectos jurídicos como resultado de ellos.

Los tratos preliminares muestran de manera más clara la voluntad de las partes que intervienen en el acto jurídico. El principio de buena fe debe estar claramente presente desde esta fase. La doctrina dominicana señala que la responsabilidad de la parte que rompe la negociación en este punto es extracontractual, aunque la falta resulte difícil de probar.

Actualmente, se requieren previsiones legales que brinden una definición clara sobre la fase precontractual, estableciendo los deberes de las partes, los posibles vínculos legales que pudieren crearse y las eventuales consecuencias de un abandono injustificado.

## Summary

Precontractual negotiations are those conversations, actions or prior to the formation of the contract that provide the basis for arriving at that final commitment conviction negotiations. These have no binding power, in principle, do not create obligations and that's why they're not legal acts per se. However, in some cases there will be legal consequences resulting from them.

Precontractual negotiation show more clearly the will of the parties involved in the legal act. The principle of good faith must be clearly present at this stage. Dominican doctrine states that the responsibility of the party who breaks the negotiation at this point is extracontractual, although difficult to prove lack.

Currently legal provisions are necessary to provide a clear definition of the pre-contractual stage, establishing the duties of the parties, potential legal ties that could be created and the possible consequences of an unjustified abandonment.

(\*) El autor es abogado en ejercicio y profesor de la asignatura Derecho de los Contratos del Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

## INTRODUCCIÓN

El proceso de formación del contrato puede darse de manera inmediata, a través del intercambio del consentimiento entre las partes, pero en muchas ocasiones –dada la complejidad que conlleva la negociación, tanto por el monto que envuelve o porque la formación del mismo se encuentra supeditada a la obtención de ciertas aprobaciones y autorizaciones– supone que las partes entren en una serie de intercambios que incluyen conversaciones, reuniones, discusiones, opiniones e informaciones referentes a las negociaciones que se llevan a cabo y que eventualmente pudieran culminar en una posible celebración y firma del contrato.

En efecto, esas conversaciones, actuaciones o negociaciones previas a la formación del contrato (en especial en casos complejos y de relevancia económica) es lo que se denomina tratos preliminares.

En el presente estudio, sobre los “Tratos Preliminares, abordaremos la figura en el ordenamiento jurídico dominicano, auxiliándonos de los precedentes doctrinales y jurisprudenciales emanados del Derecho francés y de la abundante doctrina y jurisprudencia española<sup>1</sup>.

De entrada, examinaremos el concepto de los tratos preliminares, para luego delimitar las diferencias entre estos y otras figuras jurídicas similares.

Evaluaremos, por igual, el principio de buena fe, que debe primar en las relaciones precontractuales (2), la posible vinculación jurídica que generan los tratos (3) y finalmente, la responsabilidad derivada de la ruptura o abandono de los mismos (4).

Con el presente trabajo, pretendemos enfocar un tema que, aunque muy común en la práctica contractual, no se encuentra definido claramente en la ley y muy escasamente abordado a nivel doctrinal y jurisprudencial en nuestro país.

## I. MARCO CONCEPTUAL

El autor Jorge Oviedo nos señala que los tratos preliminares son los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada. Estos buscan permitir a las partes

---

1. El abordaje en este ensayo del Derecho Español se encuentra justificado por el hecho de que el mismo fue resultado del trabajo final del autor para optar por la Especialidad en Derecho de Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca.

discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, toda vez que gozan de la característica de no ser obligatorios<sup>2</sup>.

En igual sentido, el Tribunal Supremo de España, los define como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y ad lateres realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio de ideas, especulaciones, planteamientos<sup>3</sup>.

En la práctica, los tratos preliminares brillan por su ausencia en los contratos instantáneos, en los actos contractuales en masa y sometidos a condiciones generales, en la mayor parte de los contratos normativos y, en general, en todos aquellos supuestos en que el contenido del contrato se encuentra virtualmente predeterminado y deja escaso margen de negociación a las partes<sup>4</sup>.

Aun cuando algunos doctrinarios españoles entiendan que en los tratos hay más una voluntad de discutir que de contratar<sup>5</sup>, opinamos con otros que el espíritu que rige estas negociaciones va más allá, ya que sienta las bases para llegar al convencimiento del compromiso definitivo<sup>6</sup>.

En el caso de República Dominicana, no existen precedentes doctrinales ni jurisprudenciales que establezcan un concepto claro y definido de los tratos preliminares. Nuestros tribunales han sido tímidos en la formulación de un concepto que defina los mismos.

En una decisión del año 2010, la Suprema Corte de Justicia Dominicana rechazó el argumento de la parte recurrente que alegaba que las negociaciones llevadas a cabo por las partes en litis comprendieron solamente conversaciones no constitutivas de un contrato. No obstante, nuestro más alto tribunal, en dicha decisión, omite referirse al concepto y características de los tratos o negociaciones preliminares. Tampoco explica su diferencia con el contrato, limitándose a señalar la existencia de un acuerdo tácito entre las partes<sup>7</sup>.

2. OVIEDO (Jorge). Tratos Preliminares y Responsabilidad precontractual. Albán Vniversitas. Bogotá (Colombia), pág. 87, enero-junio de 2008. (en línea). Disponible en: [www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev).
3. Tribunal Supremo de España. Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1999. (Tol 2586, citada por Aznar Giner, pág. 17).
4. La Igualdad de las partes contratantes y la formación del contrato. (en línea). Disponible en: [Derecho.isipedia.com/segundo/...contratos/04-la-formación-del-contrato.s/p](http://Derecho.isipedia.com/segundo/...contratos/04-la-formación-del-contrato.s/p)
5. ALONZO PEREZ M. citado por QUEZADA SANCHEZ, Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato. Aparece en la obra Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España pág. 62, (en línea). Disponible en: [books.google.com.do](http://books.google.com.do)
6. ÁNGELES LOZANO. Los tratos preliminares y acuerdos de intenciones en las operaciones comerciales internacionales. Agosto 2009. (en línea). Disponible en: [www.gestioneficaz.net](http://www.gestioneficaz.net) s/p
7. Que no obstante la inexistencia de un contrato válido entre las partes, en el entendido de que BR no había firmado el acto que recoge lo convenido, es un hecho no controvertido que entre BR y P & A, S. A., existía una negociación que permitió, obviamente con la anuencia de la institución, que la ahora apelada iniciara la

## II. LOS TRATOS PRELIMINARES Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DE LA FASE PRECONTRACTUAL

Dentro del período pre contractual, pueden darse otras figuras como la oferta, el precontrato y las cartas de intención, en los cuales el paralelismo con los tratos puede ser muchas veces confundido. En ese tenor y de manera muy breve, haremos una comparación a los fines de conocer el concepto y alcance de cada una de ellas e identificar sus posibles diferencias con los tratos preliminares.

### 2.1 Con la oferta

El autor dominicano Jorge Subero Isa señala que en ocasiones resulta difícil establecer si una persona lo que hace es una simple invitación a iniciar tratos o si, por el contrario, esa manifestación de voluntad es una verdadera oferta. El autor indica que la oferta, por sí sola no configura el contrato, sino que constituye la primera operación del consentimiento, en pro de su formación<sup>8</sup>.

Para establecer las diferencias entre los tratos preliminares y la oferta, compartimos el criterio de Sánchez Quezada, de que los tratos preliminares persiguen negociar los términos del futuro contrato, mientras que la oferta pretende directamente concluirlo; los tratos preliminares preceden normalmente a la oferta y están dirigidos a conseguir la proposición de una oferta concreta y seria del contrato<sup>9</sup>.

### 2.2 Con el precontrato

En el precontrato ya existe un pacto, existe un contrato en el que se prefigura un convenio futuro, mientras que en los tratos preliminares no existe deber de concluir en concreto un pacto futuro, pues lo que existe es un interés de discutir<sup>10</sup>.

En la misma línea, Aznar Giner citando al profesor Lasarte, señala que en el precontrato las partes se obligan a celebrar un futuro contrato, ora

---

colocación de publicidad en las estaciones de peajes concertadas; que ello se desprende de las comunicaciones cursadas entre las partes, así como las declaraciones hechas por los representantes de ambas compañías ante el primer juez... 4) que existen depositadas en el expediente varias comunicaciones en las cuales la recurrida, P & A, S. A., hacía del conocimiento de la recurrente, BR, todas y cada una de las actuaciones que ella realizaba con respecto al acuerdo antes indicado, a lo que la apelada nunca presentó objeción alguna. B.J. No. 1201, diciembre 2010 Ob. cit.

8. SUBERO ISA (Jorge), Teoría general de las obligaciones en el Derecho Dominicano. El contrato y los cuasi contratos. Tercera edición, Editora Corripio, Santo Domingo, D.N. República Dominicana, agosto 2010, pág. 132.

9. QUEZADA SANCHEZ (Antonio José) Ibidem, pág. 64

10. QUEZADA SANCHEZ, (Antonio).IbidemPág.62.

mediante la prestación de un nuevo consentimiento, ora mediante la manifestación de una sola de las partes, por entender que la otra ya se encuentra vinculada por el primer contrato, señalando que el precontrato es un auténtico contrato que vincula a las partes con su suscripción y despliega sus efectos obligacionales entre las partes, con los correspondientes efectos en caso de incumplimiento<sup>11</sup>.

La promesa de venta –aun cuando puede ser entendida como un contrato preparatorio del contrato definitivo– produce los efectos de una verdadera venta, cuando las partes han consentido sobre la cosa y el precio.

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia, dominicana, respecto a la promesa de compraventa ha juzgado que desde el momento en que las partes han consentido mutuamente sobre la cosa y el precio, la promesa de venta equivale a venta, adquiriendo el comprador el derecho de propiedad aunque la cosa no haya sido entregada ni pagada, convirtiéndose el vendedor en deudor de la entrega y el comprador en deudor del precio<sup>12</sup>.

### 2.3 Con las cartas de intención

Las cartas de intención bien pueden asimilarse a los tratos preliminares dado que, en principio, ninguna de las dos figuras crea vinculación jurídica entre las partes.

De acuerdo a lo definido por la doctrina, una carta de intención es la que se utiliza ordinariamente para materializar por escrito un acuerdo preliminar entre las partes”. De cualquier modo, puede servir para demostrar la existencia de tratativas preliminares<sup>13</sup>.

En el mismo sentido, la autora Llodrà Grimalt, señala que “en las cartas de intención generalmente se plasman los tratos previos porque todavía no se quiere concluir el contrato, al no haber acuerdo en todos los aspectos; pero si se quiere dejar constancia, a efectos probatorios, para el caso de que se produzca una ruptura de las negociaciones, del estado de las conversaciones”<sup>14</sup>.

En una decisión de diciembre del 2010 de la Suprema Corte de Justicia dominicana se infiere una diferencia entre las negociaciones preliminares y la carta

11. AZNAR, Giner. Pág. 42.

12. B.J. No. 1201, diciembre 2010 Ob. cit.

13. DRA. BRIZZIO (Claudia), *Tratativas previas al contrato.*, pág. 6.(en línea), Disponible en: [www.ejuridico-brizzio.com](http://www.ejuridico-brizzio.com).

14. MARIN NARROS (Héctor Daniel), *Noticias Jurídicas*, s/p. Febrero 2009. Citada por Héctor Daniel Marín Narros, *Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones*.

de intención, cuando se puntualiza que los acuerdos o negociaciones preliminares preceden a la carta de intención<sup>15</sup>.

En síntesis, una carta de intención resume por escrito los tratos preliminares llevados a cabo por las partes, como por ejemplo conversaciones, reuniones, intercambio de correos y comunicaciones, entre otros, sin que se cree vinculación jurídica entre ellas, salvo que acuerden obligarse respecto al carácter de exclusividad en las negociaciones, al carácter confidencial de las informaciones intercambiadas, a los deberes de no competencia, etc., Esos aspectos los analizaremos en breve.

Más aún, las partes pueden establecer en las cartas de intención la posibilidad de que cada una pueda retirarse de las negociaciones sin responsabilidad alguna para ellas.

### **III. POSIBLES EFECTOS VINCULANTES DE LOS TRATOS PRELIMINARES Y SU INCIDENCIA EN LA FORMACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.**

Las negociaciones o tratos preliminares no poseen –en principio– fuerza vinculante, no crean obligaciones y por ende, no constituyen actos jurídicos per se.

El autor Cuadrado Pérez, citado por Aznar Giner, indica que en los tratos preliminares falta el elemento volitivo necesario para la formación del contrato, ya que las partes no tienen el propósito de vincularse por la mera negociación. A través de los tratos preliminares se pretende tratar y negociar las líneas esenciales del futuro contrato, sin que se produzca una vinculación desde ya<sup>16</sup>.

Ahora bien, preciso es preguntarnos si pueden surgir dentro de las negociaciones o tratos preliminares acuerdos con una verdadera naturaleza contractual que permanezcan vigentes aun cuando se abandonen los tratos.

La doctrina española ha opinado que los tratos preliminares son susceptibles de producir efectos entre las partes y respecto a terceros, aun cuando se abandonen las negociaciones y por tanto, no se concluya el contrato. El contrato de confidencialidad que se firma para acceder a la información de la sociedad que se pretende adquirir, es un ejemplo. Aun cuando la negociación no se concluya al no llegar a un acuerdo, la obligación de confidencialidad subsistirá. O el perito

---

15. B.J. No. 1201, diciembre 2010. Luego de una serie de negociaciones y partiendo ambas partes de los acuerdos plasmados en la Carta de Intención, firmada con este mismo objeto, entre representantes de las ahora partes contratantes, la promitente decidió otorgar en promesa de venta, a la compradora acciones.

16. AZNAR GINER, (Eduardo) *Ibidem* pág.19.

a quien se encarga una valoración: si las partes desisten de la venta proyectada, deberán abonar los honorarios del mismo con independencia de tal abandono<sup>17</sup>.

Por igual, el autor Vladimir Monsalve Caballero, señala, que se produce una relación jurídica entre las partes en la fase de tratos “en el evento en el cual las negociaciones han llegado a un punto en el cual nacen expectativas recíprocas en las partes, las cuales tienen su fundamento en la confianza determinada por la buena fe in contrahendo, que en todo momento debe inspirar estos tratos preparatorios en relación al futuro negocio”<sup>18</sup>.

En igual sentido, la doctrina francesa ha admitido la validez de un acuerdo que incluya cláusulas de exclusividad durante el período de las negociaciones preliminares, a los fines de bloquear la posibilidad de que uno de los negociadores entable negociaciones con un tercero, de la misma naturaleza de lo que se negocia<sup>19</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, parece evidente la vinculación jurídica producida por efecto de los tratos preliminares, en los supuestos señalados.

### 3.1 Incidencia en la formación del contrato

Como hemos analizado precedentemente, en este período de negociaciones que constituyen los tratos preliminares, las partes aún no se han comprometido contractualmente, pero lo que suceda en esta fase preliminar, tendrá alguna influencia en el propio contrato, si llegara a formalizarse.

Muchos ordenamientos jurídicos y la doctrina más reciente se han ocupado en delinear las tratativas porque entienden que hay ciertos deberes en ellas, que comprenden el de negociar de buena fe, suministrar determinadas informaciones de protección y de confidencialidad<sup>20</sup>.

En un sentido similar, la doctrina española ha opinado que, aun cuando los tratos preliminares no comportan una vinculación jurídica, eso no implica que sean intrascendentes o irrelevantes desde el punto de vista jurídico, pues no solo pueden generar la llamada responsabilidad precontractual, sino que también es clara su trascendencia, en orden a la formación de la voluntad contractual y para la interpretación del contrato. También influyen en la posible ineficacia del contrato y en la integración del mismo<sup>21</sup>.

17. AZNAR GINER, (Eduardo) Ibidem pág.20

18. MONSALVE CABALLERO (Vladimir), La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Tesis Doctoral, pág. 489, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, mayo 2008, España

19. Les Pourparles ou les négociations préalables à la contractualisation définitive entre les partenaires, pág. 2. Tomado de [www.avocat-de-marguerye.com/..pourparles-nego](http://www.avocat-de-marguerye.com/..pourparles-nego).

20. BARRIENTOS ZAMORANO (Marcelo), Los tratos preliminares en la formación contractual, pág. 3. Upecen.edu.pe

21. AZNA GINER (Eduardo), citando a los autores Valpuesta Fernández, M.R. Gómez Calero, J. Lasarte, C. García Granero, Coloner y Diez Picaso, pág. 23.

Los acuerdos preliminares, como hemos señalado, comprenden una serie de discusiones que bien pueden conducir a las partes a la conclusión de un contrato y que, en efecto, constituyen por igual una etapa importante de la validez jurídica, del futuro del mismo, puesto que las partes tienen la vocación de completar ciertas informaciones que conlleven a la formación del consentimiento.

El autor Aguilar Gutiérrez señala en síntesis, que un estudio integral del contrato requiere que se atienda, no solo a los problemas que puedan surgir en el curso de su ejecución, sino también aquellos que pueden presentarse en la fase de la formación del convenio, a partir del instante en que se inician las negociaciones que tienden al perfeccionamiento de la figura contractual.

En el mismo tenor, Olga Lucía Alfonso V. apunta que los acuerdos preliminares tienen una función instrumental frente al contrato definitivo. De ahí que cuando las partes llegan a la formalización del contrato, es porque todas las condiciones del mismo ya están acordadas<sup>22</sup>.

Abundamos nosotros que, como tales acuerdos han sido fruto de esas negociaciones preliminares, necesarias para la formación de un contrato, este último recoge dichas negociaciones y concretiza la real voluntad de las partes y el alcance de los derechos y obligaciones contraídas por ellas.

### 3.2 Incidencia en la interpretación de los contratos

En la República Dominicana las disposiciones relativas a la interpretación de los contratos se encuentran contenidas en los artículos 1156 al 1164 del Código Civil.

En ese tenor, la Suprema Corte de Justicia dominicana ha juzgado que las referidas disposiciones contenidas en los artículos antes mencionados son meras reglas dirigidas al juez para averiguar la intención de las partes, según el contexto del acto o todas las circunstancias de la causa<sup>23</sup>.

La doctrina contemporánea y la jurisprudencia constatan que la interpretación del contrato no puede extraerse exclusivamente de la común intención de las partes, es decir, en los elementos intrínsecos del contrato. En ese sentido, observan que el juez debe referirse a otros indicios o elementos extrínsecos para descubrir la real intención de las partes<sup>24</sup>.

Igual criterio ha sido sostenido en nuestro país para la interpretación del contrato, debiendo tomarse en cuenta todos los elementos exteriores al mismo,

22. ALFONSO VELASQUEZ (Olga Lucía), *Ibidem.*(pág. 210)

23. B.J. 833.805, Suprema Corte de Justicia Dominicana

24. Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana. (ENJ), *El Juez y los Contratos*. Diapositivas 11 y 12, disponible en: [www.slidershare.net/enjportal/en400](http://www.slidershare.net/enjportal/en400)

especialmente, la proposición escrita pre-contractual, la correspondencia cursada, el comportamiento ulterior de las partes o anterior a la formación del contrato, la ejecución de buena fe y los usos. Para determinar la voluntad real partes, el juez verifica no solamente el texto –campo contractual– sino también el contexto-factores extra-contractuales<sup>25</sup>.

#### IV. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LOS TRATOS PRELIMINARES

El Derecho dominicano establece el principio de la buena fe en la celebración y en la ejecución del contrato, no refiriéndose a la etapa preliminar al contrato. Así lo establece el artículo 1134 del Código Civil cuando establece:

Art. 1134.- Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe.

No obstante, entendemos que debe reconocerse que el principio de la buena fe, establecido en el artículo 1134 del Código Civil, debe estar presente tanto en la fase contractual como precontractual.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia francesa, al exigir un deber de lealtad, que se impone a las partes durante las negociaciones y en ocasión de la ruptura de tales negociaciones<sup>26</sup>.

La doctrina, con Aznar Giner<sup>27</sup>, señala que en Derecho español, el principio rector y guía de los tratos preliminares es el principio de la buena fe (art.7) y que en el art.1258 se establece que los contratos se integrarán por la buena fe, el uso y la ley.

Existen otros deberes que se derivan del deber de buena fe, que aplican para los tratos preliminares. Para citar un ejemplo, podemos mencionar el deber de la información. Los negociadores deben informarse para informar<sup>28</sup>. El que deba informar a la otra parte debe asegurarse de buscar los datos precisos y con conocimiento de causa para comunicarlos a ésta.

En igual sentido, entra dentro del deber de buena fe que deben observar

25. Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana. (ENJ). *Ibidem* (diapositivas 11 y 12).

26. MALKES KOSTER (Nathalie). *Le devoir de loyauté: une obligation dans les négociations commerciales*. Disponible en: [www.nmk-avocats.com/publications/janvier-2007](http://www.nmk-avocats.com/publications/janvier-2007).

27. AZNAR GINER (Eduardo), *Ibidem* (pág. 30). Artículo 7.1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

28. *Les Pourparles ou les négociations*, *Ibidem*.

los tratantes, guardar la confidencialidad de aquellas informaciones sensibles y confidenciales que intercambien durante las negociaciones y no divulgarlas a terceros. Nosotros entendemos que, en virtud de ese principio de buena fe, ese deber debe prevalecer, aun cuando no haya sido expresamente establecido entre las partes.

## V. RESPONSABILIDAD POR EL ABANDONO O RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

En muchas ocasiones, las partes negociadoras abandonan las negociaciones que llevan a cabo en aras de llegar a la firma de un contrato.

En virtud de la libertad contractual, las partes siempre cuentan con la facultad de terminar o abandonar las negociaciones.

Parafraseando a Barrientos, opinamos que las partes son libres de no seguir negociando. Y es que, durante la etapa preparatoria, “los intervinientes tratan, pero no contratan”: hay tractatus, pero no contractus<sup>29</sup>.

No obstante, se da el caso de que las partes se retiran de las tratativas –incluso muy próximo a la firma del contrato– luego de meses o días de negociación, en que cada cual ha invertido tiempo y dinero o ha renunciado a otras ofertas con miras a contratar.

En los casos de una ruptura injustificada de los tratos preliminares, donde no resulta en principio vinculación jurídica alguna, ¿comprometería su responsabilidad la parte que rompe la negociación?

La jurisprudencia francesa ha sostenido que el ejercicio de un derecho de ruptura unilateral en las negociaciones precontractuales, no constituye la causa de un perjuicio, la pérdida de una oportunidad de las ganancias esperadas, si el contrato se hubiese concluido<sup>30</sup>.

En igual sentido, el autor español Diez Picazo señala que debe considerarse como regla general, que la ruptura de una negociación no origina ninguna responsabilidad. Las partes, por el hecho de haber tratado preliminarmente la formación de un contrato, en manera alguna están obligadas a su conclusión<sup>31</sup>.

No obstante, señala dicho autor que si el estado de las negociaciones era tan avanzado por haberse logrado acuerdos importantes que hacían confiar lícitamente a la parte perjudicada en la celebración del contrato, debe imponerse la responsabilidad al que las rompe, salvo causas justificadas de desistimiento<sup>32</sup>.

29. BARRIENTOS (Marcelo), pág. 1.

30. Les Pourparles ou les négociations, *Ibidem* (pág. 5).

31. DIEZ PICAZO, *Ibidem* (pág. 58).

32. DIEZ PICAZO, *Ibidem* (pág. 59). Les Pourparles ou les négociations, *Ibidem* (pág. 5)

Igual criterio lo sostiene el autor William C. Headrick, en su obra *Contratos y Cuasicontratos en Derecho francés y dominicano*, al expresar que, en principio, nadie está obligado a celebrar un contrato y si en el transcurso de las negociaciones se da cuenta de que no le convienen los términos propuestos, puede poner fin a las negociaciones sin responsabilidad. Sin embargo, si la negociación se ha prolongado mucho en el tiempo, con el empleo de recursos de la otra parte negociadora, no debe romperse la negociación sin una justificación convincente.

Los tribunales españoles han señalado al respecto, que los contactos previos o “tratos preliminares” no tienen trascendencia ni eficacia obligacional, por lo que -lógicamente- su ruptura unilateral por la parte demandada, no puede generar responsabilidad alguna y, en consecuencia, derecho a indemnización, ya que solo en el caso de mala fe, cabría considerar una posible responsabilidad por culpa “in contrahendo”<sup>33</sup>.

Cuando dichos tratos preliminares han sido llevados a cabo por una de las partes sin observancia del principio general de buena fe, para después provocar injustificadamente la ruptura de los mismos, ésta dará lugar a la denominada responsabilidad precontractual.

La autora francesa Joanna Schmidt señala sobre el particular que, en vista de que el contrato no ha sido concluido, la reparación no puede resultar más que del régimen delictual. Esta solución es conforme al fundamento de la responsabilidad delictual en Derecho francés, en que la doctrina rechaza acoger la posición de Ihering, que justifica el régimen contractual de la responsabilidad precontractual, por la existencia de un trato implícito, a los términos del cual, los negociadores se obligan a la diligencia in contrahendo. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa<sup>34</sup>.

En el caso de España y Francia, se aborda el tema de las rupturas precontractuales, desde la fórmula general de la responsabilidad aquiliana<sup>35</sup>.

En ese tenor, en el Derecho español, la indemnización por ruptura injustificada se fundamenta en la culpa extracontractual regulada en el art. 1.902 del CC que expresamente establece “El que por acción u omisión causa daño, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Lo anterior aplicaría en su justa medida en Francia y en República Dominicana, en cuyos códigos el artículo 1382 dispone que todo aquel que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo.

33. Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª.) dictó sentencia de fecha 26 de febrero de 2010 Nivel contribución 2/20 Abogado de Albacete Contratos Albacete. actos preliminares no tienen fuerza obligacional. es.lexdir.com sin páginas.

34. SCHMIDT (Joanna), *La période précontractuelle en droit français*, pág.547. *Revue Internationale de droit comparé*. Cita la jurisprudencia París, 13 fév. 1883, Gaz. Pal. 1883, 2, 414.

35. MONSALVE CABALLERO (Vladimir), *Ibidem* (pág. 50).

Al respecto, se ha pronunciado la doctrina dominicana, cuando señala que la responsabilidad de la parte que rompe la negociación es extracontractual<sup>36</sup>.

No obstante lo anterior, en sintonía con el autor Monsalve Caballero, entendemos que en la práctica contractual resulta difícil demostrar los supuestos para que una de las partes pueda exigir el resarcimiento de un daño en vía de formación contractual, ya que sin duda, los tribunales han mantenido posturas clásicas y al respecto, sus sentencias se han basado en la rigidez de principios, y por tanto, la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones siempre ha sido de difícil prueba<sup>37</sup>.

En Francia, los tribunales parecen prudentes en admitir una falta precontractual a los fines de no comprometer de manera excesiva la libertad de contratar y la seguridad del comercio<sup>38</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

A diferencia de otros países, el Derecho dominicano (tampoco el francés) posee disposiciones en sus códigos civiles que aborden la etapa preliminar al contrato. En el caso de Francia y España, existe abundante doctrina y jurisprudencia al respecto, elaborando y unificando criterios tanto sobre el concepto, el vínculo obligacional, la buena fe precontractual y la influencia de la fase precontractual en la formación e interpretación del contrato, hasta la responsabilidad derivada por la ruptura abrupta de las negociaciones.

En el caso de la República Dominicana –aun cuando en los últimos años el país ha presentado un auge significativo en las inversiones locales y extranjeras que dan lugar a negociaciones precontractuales– el abordaje del tema ha sido muy escaso, por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

Entendemos que los ordenamientos jurídicos actuales ameritan previsiones que brinden una definición clara sobre la fase precontractual, estableciendo entre otros aspectos, los deberes de las partes, los posibles vínculos legales que pudieren crearse y las eventuales consecuencias de su abandono injustificado.

En ese tenor, varios ordenamientos jurídicos (incluyendo el Derecho español) ya han dado los primeros pasos, intentando incorporar a su legislación las previsiones que regulan la etapa de las negociaciones precontractuales. El Código Civil dominicano ha seguido la tradición francesa y no posee reglamentación específica sobre el período precontractual, obviando, como bien señalan algunos

36. HEADRICK, William C. *Contratos y Cuasicontratos en Derecho francés y dominicano*. Pág. 10. 1era. edición, 2007.

37. MONSALVE CABALLERO (Vladimir), *Ibidem* (pág.180)

38. SMITH, Johanna. Pág. 552

autores que con la inclusión de disposiciones que abarquen esa etapa se acaba con la indeterminación legal existente y la necesidad de acudir a construcciones doctrinales y jurisprudenciales para solucionar los problemas generales durante esta fase de aproximación dirigida a celebrar un contrato.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

#### – Libros

- ALFONSO VELÁSQUEZ (Olga Lucía). La interconexión de redes de telecomunicaciones. Editorial Reus, S.A. Preciados 23 28013, Madrid, España. Octubre 2006. ISBN: 978-84-290-1451-8.
- ARNAU MOYA (Federico). Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos. Publicaciones de la Universitat Jaume I. España. ISBN: 978-84-691-5640-7
- AZNAR GINER (Eduardo). Las negociaciones o tratos preliminares al contrato: doctrina y jurisprudencia. Editorial Tirant Lo Blanch, S.L., 2010. ISBN: 8498768012, 9788498768015.
- DÍEZ-PICAZO (Luis), GULLÓN (Antonio). Sistema de derecho civil. Volumen II, Tomo I. Décima edición. 2012. Editorial Tecnos, Grupo Anaya, S.A. Madrid, España.
- QUESADA SANCHEZ (Antonio José). Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato. En: Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España. Atelier, vía Laitena 12 08003. Barcelona, España. 2011. Págs. 55-107. ISBN 978-84-92788-59-0.
- SUBERO ISA (Jorge). Teoría general de las obligaciones en el derecho dominicano. El contrato y los cuasi contratos. Editora Corripio, Tercera edición. Santo Domingo, D.N., República Dominicana. Agosto 2010.
- HEADRICK (William C.). Compendio Jurídico Dominicano. Segunda Edición ampliada 2000. Editora Taller. Santo Domingo, República Dominicana. Marzo 2000.
- HEADRICK (William C.). Contratos y cuasicontratos en derecho francés y dominicano. Compendio Jurídico Dominicano. Primera Edición. Editora Taller. Santo Domingo, República Dominicana. Año 2007.

#### – Memorias y tesis

- MONSALVE CABALLERO (Vladimir). La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Facultad de derecho, España. Mayo 2008.

#### – Artículos y Ensayos

- AGUILAR GUTIERREZ (Antonio). El período preliminar o de formación del contrato y la responsabilidad pre-contractual [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/7/dtr/dtr2.pdf>
- BARRIENTOS ZAMORANO (Marcelo). Los tratos preliminares en la relación precontractual [en línea]. Disponible en: <http://upecen.edu.pe/ebooks/Derecho/Civil/>
- BOSCH CAPDEVILA (Esteve). Precontrato y opción [en línea]. Tarragona, España. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/civil/pdf/1-48s.pdf>
- BRIZZIO (Claudia). Tratativas previas al contrato [en línea]. Disponible en: [www.ejuridico-brizzio.com](http://www.ejuridico-brizzio.com)

- Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana (ENJ). El Juez y los Contratos [en línea]. Diapositivas. Disponible en: <http://www.slideshare.net/enjportal/enj400-el-juez-y-los-contratos-2432047>
- GABINETE LÓPEZ SANTIAGO. El precontrato [en línea]. Disponible en: <http://www.lopez-santiago.com>
- GARCÍA RUBIO (María Paz). La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos [en línea]. Boletín del Ministerio de Justicia, España. Abril 2011. Disponible en: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3915664.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3915664.pdf)
- KNOEPFLER (François). Pourparlers precontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail [en línea]. 10 Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, France, 1998. Disponible en: [http://www.bail.ch/uploads/tx\\_baileseminaires/Knoepfler98.pdf](http://www.bail.ch/uploads/tx_baileseminaires/Knoepfler98.pdf)
- La igualdad de las partes contratantes y la formación del contrato [en línea]. En: La formación del contrato. Apuntes de Grado en Derecho – UNED. Disponible en: <http://derecho.isipedia.com/segundo/derecho-civil-ii/derecho-de-contratos/04-la-formacion-del-contrato>
- La Phase Précontractuelle [en línea]. Disponible en: [http://www.lexinter.net/JF/la\\_phase\\_precontractuelle.htm](http://www.lexinter.net/JF/la_phase_precontractuelle.htm)
- Les pourparlers ou les négociations préalables à la contractualisation définitive entre les partenaires [en línea]. Disponible en: <http://www.avocat-de-marguerye.com/gifs/pourparlers-negociations.pdf>
- LOZANO (Ángeles). Los tratos preliminares y acuerdos de intenciones en las operaciones comerciales internacionales [en línea]. 2009. Disponible en: <http://lozanoalonso.blogspot.com/2009/07/los-tratos-preliminares-y-acuerdos-de.html>
- MALKES KOSTER (Nathalie). Le devoir de loyauté: une obligation dans les négociations commerciales [en línea]. 2007. Disponible en: <http://www.nmk-avocats.com/publications/janvier-2007/>
- MARÍN NARROS (Héctor Daniel). Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones [en línea]. Febrero 2009. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>
- MONSALVE CABALLERO (Vladimir). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el derecho europeo continental [en línea]. Revista Virtual VIA INVENIENDI ET IUDICANDI, “CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO”. Disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi3/rupturainjustificadadelostratospreliminares.pdf>
- OVIEDO-ALBÁN (Jorge). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual [en línea]. Bogotá, Colombia. 2008. ISSN: 0041-9060. Disponible en: [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/03Tratospreliminares.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/03Tratospreliminares.pdf)
- SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna). La période précontractuelle en droit français [en línea]. En: Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. pp. 545-566. Disponible en: [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc\\_0035-3337\\_1990\\_num\\_42\\_2\\_1979](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1979)

#### – Jurisprudencia

- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha 14 de julio del 2009, B.J. No. 1196.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha 8 de diciembre del 2010, B.J. No. 1201.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha junio 2004, B.J. No. 1123.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia en BJ 833.805.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha febrero 2010, B.J. No. 1191.

Los tratos preliminares: Una aproximación a la formación del contrato, Juan Reyes Eloy.

**Instrumentos de carácter normativo**

**– Leyes**

- ESPAÑA. Código Civil Español [en línea]. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>.
- FRANCIA. Code Civil. Dalloz, Edition 2000.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Código Civil de la República Dominicana: Santo Domingo, Editora Corripio, 1985.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana, G.O. 10561, Santo Domingo, 26 de enero del 2010.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, No. 358-05. Santo Domingo.